



Semestre **enero-junio 2023**

Edición, diseño y maquetación:



- |           |   |                 |
|-----------|---|-----------------|
| <b>1</b>  | Policía sanitaria y problemática de los arrozales y humedales del litoral valenciano: estudio histórico-jurídico<br><b>Francisco José Abellán Contreras</b> | <b>Pág. 5</b>   |
| <b>2</b>  | Contratos y otras relaciones jurídicas agrarias en la Comunitat Valenciana: cuestiones de derecho interregional<br><b>Alfonso Ortega Giménez</b>            | <b>Pág. 33</b>  |
| <b>3</b>  | 315 años de lucha por el Derecho Civil Valenciano: los decretos de la nueva planta castellana<br><b>Salvador Salas Arrue</b>                                | <b>Pág. 41</b>  |
| <b>4</b>  | El régimen económico matrimonial en España: una perspectiva comparada entre el derecho común y los derechos forales<br><b>Manuel Ortiz Fernández</b>        | <b>Pág. 65</b>  |
| <b>5</b>  | La guarda de hecho. El ejercicio de hecho de un derecho<br><b>Carlos Bellido González del Campo</b>   | <b>Pág. 89</b>  |
| <b>6</b>  | Derecho de sociedades y diversidad de género: nuevos retos en la legislación comunitaria y española<br><b>Carmen Boldó Roda</b>                             | <b>Pág. 115</b> |
| <b>7</b>  | Marco jurídico general de la promoción de la igualdad en el sistema educativo español<br><b>Luis Sebastián Castañares</b>                                   | <b>Pág. 131</b> |
| <b>8</b>  | La asistencia judicial penal entre EEUU y España, en especial, los equipos conjuntos de investigación<br><b>Óscar Presa González</b>                        | <b>Pág. 143</b> |
| <b>9</b>  | La fiscalidad y la financiación de los modelos públicos de previsión social en Italia, Suecia y Austria<br><b>Carlos David Aguilar Segado</b>               | <b>Pág. 177</b> |
| <b>10</b> | El principio de primacía del derecho de la unión europea ¿peligra la integridad del proyecto europeo?<br><b>Virginia Saldaña Ortega</b>                     | <b>Pág. 191</b> |

# REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

## **Associació de Juristes Valencians**

revista@ajv-val.org

## **DIRECCIÓN:**

### **José Bonet Navarro**

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

### **Luis Sebastián Castañares**

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

## **COMITÉ CIENTÍFICO:**

### **María Begoña Ribera Blanes**

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

### **Federico Arnau Moya**

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

### **Juan Benito Cañizares Navarro**

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

### **Manuel Ortiz Fernández**

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

### **José Manuel López Jiménez**

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

### **Rafael Bernad Mainar**

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

### **José Ramón Chirivella Vila**

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

ISSN: 1139-5885.



**Edición, diseño y maquetación:**  
Editorial Colex

# PRESENTACIÓN

Es un honor presentar el número 41 de la Revista Jurídica Valenciana. Y lo hacemos con un nuevo formato más actualizado, que favorece la lectura y el análisis de las diferentes investigaciones publicadas. Aunque ha sido un trabajo de los últimos años, estos últimos meses, desde la Dirección, hemos estado dedicados a fortalecer y perfeccionar los estándares de calidad de nuestra revista. Con el fin de garantizar la excelencia y el rigor académico, hemos implementado mayores filtros en los procesos de revisión y aprobación de las investigaciones a publicar. Este esfuerzo ha sido llevado a cabo con el objetivo de presentar a nuestros estimados lectores y lectoras trabajos de investigación que sean verdaderamente relevantes, innovadores y sólidos en su fundamentación teórica y técnico jurídica.

En este número, hemos reunido una variedad de artículos que abordan temáticas de gran relevancia en el ámbito jurídico y científico. Entre los temas destacados en este número se encuentran: la problemática sanitario jurídica de los arrozales y humedales del litoral valenciano, los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias en la Comunitat Valenciana, la lucha por el derecho civil valenciano, el régimen económico matrimonial, la guarda de hecho, el derecho de sociedades y la diversidad de género, el marco jurídico de la promoción de la igualdad en el sistema educativo, la asistencia judicial penal entre EEUU y España, la fiscalidad de la previsión social en derecho comparado y el principio de primacía del Derecho de la UE.

Me embarga una gran satisfacción al llegar a este histórico número 41 de nuestra revista, cada vez con mayor peso científico y una creciente cantidad de publicaciones de alta calidad. Este logro es el resultado del trabajo arduo y comprometido de nuestros autores y autoras, así como del cada vez más riguroso proceso de revisión y selección llevado a cabo por nuestro Comité Científico, actualmente constituido por María Begoña Ribera Blanes, Federico Arnau Moya, Juan Benito Cañizares Navarro, Manuel Ortiz Fernández, José Manuel López Jiménez, Rafel Bernad Mainar y José Ramón Chirivella Vila.

Asimismo, me complace informar que actualmente hemos redoblado nuestros esfuerzos para mejorar la indexación de RJV en los índices científicos de renombre, particularmente en aquellos que se encuentran vinculados con las ciencias sociales y jurídicas. Buscamos, de esta manera, aumentar la visibilidad y el reconocimiento de nuestra revista en la comunidad científica nacional e internacional.

En conclusión, desde el Equipo de Dirección agradecemos sinceramente el apoyo y compromiso continuo de nuestra comunidad académica en el éxito de la Revista Jurídica Valenciana. E invitamos a todos los interesados a sumergirse en las páginas de este número, donde encontrarán una riqueza de conocimiento jurídico y científico de alta calidad.

Valencia, 30 de junio de 2023.

**Luis Sebastián Castañares**  
**Director Adjunto Revista Jurídica Valenciana**



# POLICÍA SANITARIA Y PROBLEMÁTICA DE LOS ARROZALES Y HUMEDALES DEL LITORAL VALENCIANO: ESTUDIO HISTÓRICO-JURÍDICO

SANITARY POLICE AND THE PROBLEMS OF RICE  
FIELDS AND WETLANDS ON THE VALENCIAN  
COAST: HISTORICAL-LEGAL STUDY

**Francisco José Abellán Contreras<sup>1</sup>**  
Profesor Ayudante Doctor de Historia del Derecho Español.  
Universidad de Alicante  
[fj.abellan@ua.es](mailto:fj.abellan@ua.es)

## Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA EN ESPAÑA: PREVENCIÓN HIGIÉNICO-SANITARIA Y CONTROL DE EPIDEMIAS. 1. Contribución del poder regio y de la Administración Local en la prevención y contención de epidemias. 2. El saneamiento de humedales como eficaz medida de prevención contra enfermedades infecciosas como las fiebres tercianas. III. SALUD PÚBLICA Y PROBLEMÁTICA JURÍDICO-SANITARIA POR EL CULTIVO DEL ARROZ. 1. Consideraciones a la tutela higiénica del arroz en el antiguo Reino de Valencia: exégesis histórico-jurídica. 2. Marco normativo decimonónico: principales medidas preventivas y coercitivas previstas en la legislación especial para el cultivo del arroz. 3. Principales efectos y consecuencias de la legislación especial en la fachada mediterránea peninsular. IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS.

**Palabras Clave:** Policía sanitaria, desecación de humedales, tutela del arroz y ordenamiento jurídico decimonónico

**Keywords:** Sanitary police, wetland drainage, protection of rice and the 19th century legal system

1 Es profesor Ayudante Doctor de Historia del Derecho Español en la Universidad de Alicante, Coordinador de Calidad de la Facultad de Derecho, miembro del Grupo de Investigación *Instituciones Jurídicas Valencianas*, y Editor de la Revista *Sostenibilidad: Económica social y ambiental*.

**Resumen:** Los humedales, desde tiempos inmemoriales, han sido calificados por el legislador y los poderes públicos como áreas insalubres e improductivas, motivo por el cual se desecaron y acondicionaron para uso agrario y, especialmente, para la ricultura. Sin embargo, debido a las similitudes naturales de estos singulares ecosistemas con los arrozales, en cuanto a la proliferación de epidemias infecciosas, se hizo necesario la adopción de medidas urgentes de prevención, control y policía sanitaria a lo largo de toda la Edad Moderna y el siglo XIX, viéndose reflejado en una prolífica colección legislativa que concedía beneficios, exenciones fiscales y auxilios económicos para estimular la desecación. En el caso particular del litoral valenciano, dominada por vastas superficies de humedal, se implementaron importantes estrategias en favor de la salud colectiva a costa de la desecación masiva de humedales y el establecimiento de un fuerte control administrativo respecto al cultivo del arroz.

**Abstract:** Since time immemorial, wetlands have been classified by the legislator as unhealthy and unproductive areas, which is why they were drained and conditioned for agricultural use, especially for rice farming. However, due to the natural similarities of these unique ecosystems with rice fields, in terms of the proliferation of infectious epidemics, it became necessary to adopt urgent measures of prevention, control and sanitary police throughout the Modern Age and the 19th century, and this was reflected in a lengthy collection of legislation. In the particular case of the Valencian coastline, dominated by vast areas of wetlands, important measures were established for collective health at the cost of the massive draining of wetlands and the establishment of strong administrative control over rice cultivation.

## I. INTRODUCCIÓN

El cultivo del arroz ha ocupado un lugar muy destacado en la historiografía jurídica valenciana. La ricultura intensiva, a pesar de las múltiples restricciones e incluso prohibiciones, fue clave para el sostenimiento de una población campesina en continuo crecimiento y expansión entre los siglos XVII y XIX. Su alto rendimiento económico contribuyó a la desecación y acondicionamiento de numerosos humedales del litoral valenciano, al tiempo que acrecentó las inversiones en tierras, concentrado su dominio o propiedad en manos de la oligarquía local en detrimento del campesinado<sup>2</sup>.

En el antiguo Reino de Valencia, durante el Setecientos, se extendió una polémica en torno a este cultivo —introducido por los musulmanes en el siglo IX— entre quienes manifestaban un profundo rechazo hacia los arrozales por considerarlos, junto a los humedales y aguazales, enclaves nocivos para la salubridad pública a causa de la proliferación de numerosos brotes epidémicos de *tercianias* por todo el territorio<sup>3</sup>, y los que movidos por

---

2 ABELLÁN CONTRERAS, F. J. «Régimen Jurídico de las zonas húmedas del Reino de Valencia (XV-XVIII). Aproximación a la política colonizadora y a la gestión de aprovechamientos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm., 91, 2021, págs. 129-168.

3 Las *fiebres tercianas, cuartanas, intermitentes o paludismo* son términos con los que se conocía en los tratados médicos de los siglos XVII y XIX a una enfermedad asociada a ambientes corruptos de aguas estancadas cuyas emanaciones o efluvios causaban la muerte. No será hasta finales del siglo XIX cuando el científico, naturalista y premio Nobel francés, Charles Louis

intereses económicos favorecían su expansión. Este posicionamiento, entre defensores y detractores, en realidad, se originó en el medievo, pero durante los siglos XVII y XVIII fue cuando alcanzó una mayor repercusión a causa del auge demográfico que experimentó la capital, que obligó a ampliar las tierras de labor a costa de la desecación y roturación aguazales y lagunas aledañas a la Albufera. De tal modo, que la utilidad agraria se convirtió en uno de los principales factores de su saneamiento y transformación en campos de arroz. El cambio demográfico fue un factor que obligó a las autoridades locales a buscar nuevos modos de subsistencia ante el déficit y carestía de los cereales valencianos (como, por ejemplo, el trigo). Durante el Setecientos, se cultivó vastas extensiones de arrozal aprovechando las condiciones ambientales de las zonas húmedas del litoral, circunstancia que pondría de manifiesto el afán colonizador de la población de convertir áreas pantanosas en fértiles arrozales<sup>4</sup>. No obstante, esta expansión trajo consigo problemas de salud pública, como se desprende de la documentación de archivo consultada para este trabajo, que supuso la adopción de medidas preventivas por parte de los poderes públicos.

---

Alphonse Laveran, demostró que el paludismo —o malaria— en realidad era una enfermedad infecciosa transmitida por la picadura de un parásito (el mosquito de género *Anopheles*) y no se debía a las emanaciones pestíferas de determinados enclaves (teoría de las miasmas). Las condiciones ambientales y climáticas de la cuenca mediterránea lo hacían propicio para el desarrollo y reproducción de estos mosquitos. Las transformaciones de numerosos humedales en arrozal provocaron cambios ecológicos de efectos imprevisibles que favorecieron sobremanera la expansión del mosquito por todo territorio convirtiéndose en una grave amenaza para la salud pública. *Vid.*, PESET REIG, J. L. y PESET REIG, M., «Tercianas y ciencia médica en el Setecientos valenciano», en *Primer Congreso del País Valencià, celebrado en Valencia del 14 al 18 de abril de 1971*. (Edad Moderna) Vol. III, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1976, págs. 685-694. CALVO CHARRO, M., *El régimen jurídico de los humedales*, Universidad Carlos III, Madrid, 2005, págs. 34-36. BOX AMOROS, M., *Humedales y áreas lacustres de la provincia de Alicante*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2004, pág. 58. BRAUDEL, M. F., *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976, págs. 79-84. ABELLÁN CONTRERAS, F. J., *La desecación de los humedales en el sur del Reino de Valencia (ss. XVII-XX). Estudio histórico jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 42-55. MATEU TORTOSA, E., *Arroz y paludismo. Riqueza conflictos en la sociedad valenciana del siglo XVIII*, Ediciones Alfons el Magnànim, Valencia, 1987, págs. 79-80. DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales.*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 250-251. MARTSET CAMPOS, P. y SÁEZ GÓMEZ, J. M., «Teoría académica y práctica ciudadana en el paludismo: Las causas de las enfermedades en Murcia durante el siglo XVIII desde la perspectiva de la Administración Local», *Revista de Historia de la Medicina y la Ciencia*, vol. 52, 2000, págs. 161-18. RICO-AVELLO y RICO, C., *Aportación española a la historia del paludismo*, Gráficas González, Madrid, 1947, págs. 6-94. ALBEROLA ROMÁ, A. y BERNABÉ GIL, D., «Tercianas y calenturas en tierras meridionales valencianas: una aproximación a la realidad médica y social del siglo XVIII», *Revista de Historia Moderna*, núm. 17, 1988-1999, págs. 95-112. ALBEROLA ROMÁ, A., «La bonificación de enclaves insalubres en el País Valenciano durante la Edad Moderna: El ejemplo de la laguna de la Albufereta (Alicante)», *Investigaciones Geográficas*, núm. 7, 1989, págs. 69-82. *Ídem.*, «Una enfermedad de carácter endémico en el Alicante del XVIII: las fiebres tercias», *Revista de Historia Moderna*, núm. 5, 1985, págs. 127-140.

4 RIERA, J., *Estudios y documentos sobre arroz y paludismo en Valencia (s. XVIII)*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1982, págs. 15-69.

Será a comienzos de la nueva centuria cuando se dicten importantes disposiciones legales atribuyendo al Régimen local competencia propias y exclusiva en materia de sanidad, salubridad e higiene de los municipios. Así es, a comienzos del siglo XIX la «*policía sanitaria*» o «*sanidad pública*» se configuró como una actividad administrativa a cargo de los Ayuntamientos, quienes desde entonces asumieron la responsabilidad de proteger la salud colectiva que con frecuencia se veía amenazada por focos de diversa naturaleza epidémica (cólera, peste o paludismo, entre otras enfermedades infecciosas)<sup>5</sup>. A modo de ejemplo, la instrucción para el Gobierno económico y político de las provincias, de 13 de junio de 1813, señalaba que los Ayuntamientos tenían a su cargo «*la policía de salubridad y comodidad*», y el deber adoptar las medidas necesarias para cuidar y mejorar la salud pública, autorizando, por ejemplo, la ejecución de proyectos de saneamiento de humedales o «*dar curso a las aguas estancadas o insalubres*» a través de canales de drenaje de nueva obra. Estas medidas o acciones, por tanto, formaban parte de la «*policía de salubridad*» a cargo del Régimen local aunque con el tiempo muchas de sus competencias serán asumidas por la Administración Central<sup>6</sup>. Ante las similitudes ambientales que presenta la ricultura con los humedales, en cuanto al temor de constituir «*cuna de fiebres y efluvios insalubres*», resultó necesario aprobar, a mediados del siglo XIX, una normativa especial que sometiera este cultivo a un férreo control administrativo. Así es, se exigió, previa formación del expediente instruido, una autorización expedida por el Ministerio de Fomento para acotar terrenos destinados al cultivo del arroz. La concesión regia en el sistema restrictivo de los acotamientos, quedaba condicionada, al cumplimiento

- 
- 5 La anexión de la salubridad y sanidad en ámbito local o municipal obedece a dos razones yuxtapuestas y concordantes: la inmediatez en la lucha contra la expansión de la epidemia entre la población y, por otro lado, la solución a la problemática sanitaria en el propio lugar donde se originó la epidemia. De manera que la actuación de las autoridades locales, en la España decimonónica, irá encaminada a prevenir y evitar que la salud colectiva se viera gravemente alterada por la expansión incontrolada de alguna enfermedad infecciosa. La prevención sanitaria, en la lucha contra determinadas epidemias, jugó un papel muy destacado; muestra de ello son las múltiples acciones y/o medidas que se adoptaron como, por ejemplo, la desecación y saneamiento de humedales o la acotación del cultivo del arroz son sólo algunas de las medidas que a la luz del ordenamiento jurídico decimonónico español se pusieron en práctica para prevenir y acabar con el paludismo en algunos lugares del área mediterránea peninsular. *Vid.* MUÑOZ MACHADO, M., *La salud pública en España. Evolución histórica y situación actual*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, págs. 15, 18, 28 y 62. ABELLA Y, BLAVE, F., *Tratado de sanidad y beneficencia: arreglado á todas las disposiciones vigentes que se han dictado sobre los diversos puntos, servicios y detalles que comprenden estos ramos hasta julio de 1885*. Imprenta E. de la Riva, Madrid, 1885. CALVO CHARRO, M., *El régimen jurídico de los humedales*, Universidad Carlos III, Madrid, 2005, págs. 37-38. DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 250-252. LOPEZ PIÑERO, J. M., «Los orígenes de los estudios sobre la salud pública en la España renacentista», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 80, 2006, págs. 445-456.
- 6 Con el tiempo las competencias en el ámbito sanitario pasarán a depender de la Administración Central modulándose de esta manera el ejercicio de las funciones propias de los entes locales que paulatinamente irán perdiendo su autonomía funcional quedando relegados al papel de financiadoras de los nuevos servicios sanitarios que implantará el Estado. En esta centuria existirá, por tanto, un predominio hacia la centralización de la actividad y servicios sanitarios que se verá reflejado en una multitud de acciones y medidas preventivas.



de determinadas formalidades y requisitos como, por ejemplo, que la zona reuniese las características naturales de «terrenos pantanosos e improductivos para otras cosechas»<sup>7</sup>.

En suma, a lo largo del presente trabajo se pretende analizar los efectos del cultivo del arroz en el plano jurídico, socioeconómico y sanitario en España y, en particular, en el territorio valenciano. Para lo cual, se analizarán las acciones y medidas de prevención y policía sanitaria que el ordenamiento jurídico contemplaba, entre los siglos XVII y XIX, para el control de enfermedades endémicas infecciosas como, por ejemplo, el paludismo, y la erradicación masiva de humedales por su condición de áreas marginales e insalubres.

## II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA EN ESPAÑA: PREVENCIÓN HIGIÉNICO-SANITARIA Y CONTROL DE EPIDEMIAS

### 1. Contribución del poder regio y de la Administración Local en la prevención y contención de epidemias

El control de la salubridad y sanidad en la Monarquía Hispánica, desde el medievo hasta principios del siglo XIX, quedó perfectamente definida y configurada en una serie de instituciones que velaban por la salud pública<sup>8</sup>. En la Corona de Castilla, por ejemplo, la «*legislación alfonsina*», prestó especial atención a este capítulo regulando, entre otras cuestiones, la práctica legal de los profesionales del sector sanitario (médicos y cirujanos) y su responsabilidad —civil y penal— por mala praxis e intrusismo profesional. Además, confería al monarca —y a las autoridades locales— competencias en gestión y policía sanitaria<sup>9</sup>. El control de la sanidad, a comienzo de la Edad Moderna, recayó en los *Alcaldes Examinadores Mayores* (nombrados por el monarca y subyugados a su control), pero a partir del siglo XVI, tal competencia pasó a un órgano especial creado por los Reyes Cató-

7 Artículo 2 de la Real Orden de 10 de mayo de 1860 «sobre autorización para acotar terrenos destinados al cultivo del arroz»

8 A modo de ejemplo; el «*Tribunal Protomedicato*», «*Colegios de cirujanos, médicos y barberos*», «*Examinadores Médicos*» y la «*Junta Suprema de Sanidad*». Vid., CAMPOS DÍEZ, M. S., «De la policía sanitaria en el Antiguo Régimen al orden constitucional», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, págs.1009-1028. Ídem., *El Real Tribunal del Protomedicato castellano (siglos XIV-XIX)*, Universidad de Castilla la Mancha, 1999. GALLET MARCOS, M., «Licencias reales para ejercer la medicina y la cirugía a judíos aragoneses», *Revista de Historia Medieval*, núm. 15, 2008, págs. 47-56. GARCÍA LUQUERO, G., «Organización sanitaria en España durante las Edades Media y Moderna», *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, núm. 7, 1951, págs.1-15. MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad...*, op.cit., págs. 78-84.

9 *Partidas*, I, IV, 37 y II, XI, 1. [*Las Siete Partidas*. Consultado en Biblioteca Jurídica Digital. Agencia Boletín Oficial del Estado. Ministerio de la presidencia. Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60)]

licos al amparo de una *Pragmática* de 1477, nos referimos al «*Tribunal del Protomedicato*» encargado, entre otras cuestiones, del asesoramiento y evaluación de los candidatos a desempeñar la profesión sanitaria<sup>10</sup>. La intervención regia se extendió también al patronato, promoción y fundación de albergues para pobres, hospitales y establecimientos especializados de asistencia a personas con enfermedades infecciosas y de rápida transmisión (por ejemplo, las «*leproserías*»)<sup>11</sup>. Menos impacto tuvo la intervención del poder real en la prevención colectiva e integral de enfermedades infecciosas, al limitarse a la aprobación puntual de disposiciones legales en casos de epidemias graves (como, por ejemplo, la peste, cólera y paludismo)<sup>12</sup>. En realidad, los gobiernos municipales asumieron una mayor competencia en este capítulo, habida cuenta que éstos contrataban los servicios de los profesionales sanitarios para el cuidado y atención de enfermos. A modo de ejemplo, en el antiguo Reino de Valencia, entre los siglos XV y XVI, los *Consells* de Valencia y Castellón, con el respaldo de la Corona de Aragón, promovieron un alto número de proyectos de desecación de terrenos pantanosos y lagunas para erradicar «*les moltes infeccions e males odors*» y poner fin a la problemática higiénica-sanitaria en la fachada

10 Esta institución, hasta su derogación en los primeros años del siglo XIX, además de la función jurisdiccional -sobre todos los asuntos relativos al ejercicio de la profesión sanitaria-, se ocupó de examinar a los aspirantes a practicar la medicina y asesoramiento. *Vid.*, GARCÍA LUQUERO, G., «Organización sanitaria en España durante las Edades Media y Moderna», *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, núm. 7, 1951, págs.1-15. MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública...*, op.cit., pág. 80. En el resto de reinos hispánicos, las autoridades municipales se ocuparon de manera directa de cualquier cuestión relativa a salubridad e higiene. Por ejemplo, en los territorios de Corona de Aragón -en particular en el Reino de Valencia- desde la Edad Media existió una importante figura dentro de la administración municipal (*mustasaf*) que tenía competencias muy similares al del *mustashib* andalusí. Como representante del gobierno municipal tenía encomendado, entre otras funciones: el control y supervisión de las condiciones higiénico-sanitarias del medio urbano, en particular, de los alimentos (pescado, carnes, verduras y frutas) que se vendían en los mercados y de los desechos generados en ellos y en los talleres artesanales. Además, el *mustasaf* tenían encomendado la custodia de los pesos y medidas para evitar fraudes en la venta de productos y materias primas de primera necesidad (como, por ejemplo, la sal y cereales para su molienda, entre otros). *Vid.*, RODRÍGUEZ OCAÑA, E., y MARTINEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. De la Edad Media al siglo XXI*, Escuela Andaluza de Salud Pública, 2008, pág. 21. LÓPEZ PIÑERO, J. M., «Los orígenes de los estudios sobre la salud pública en la España renacentista», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 80, 2006, págs. 447-448. En la Corona de Aragón —y en Navarra— tales competencias recayeron en otras instituciones de análoga naturaleza como, por ejemplo, en los «*Colegios de cirujanos, médicos y barberos*» y en los «*Examinadores médicos*» cuyo nombramiento, a diferencia del Protomedicato, recayó en exclusiva en las autoridades municipales o locales. *Vid.*, LÓPEZ PIÑERO, J. M., «Los orígenes...», op.cit., pág. 446.

11 El *Tribunal Protomedicato*, en tiempos de Felipe II, tuvo jurisdicción sobre la acogida de enfermos de lepra y, con el fin de garantizar un tratamiento adecuado y personalizado a las necesidades de los enfermos, se dispuso la condición indispensable de un certificado -firmado y sellado- por un profesional sanitario habilitado por el *Tribunal* para que los enfermos de lepra pudieran ser atendidos en unos establecimientos sanitarios especiales alejados de los núcleos de población.

12 GARCÍA LUQUERO, G., «Organización sanitaria en España durante las Edades Media y Moderna», *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, núm. 7, 1951, pp.1-15. LÓPEZ PIÑERO, J. M., «Los orígenes...», op.cit., págs. 447-448.

mediterránea peninsular<sup>13</sup>. Para tal empresa, se contrataron los servicios de cuadrillas especializadas en obras de drenaje y canalización de las aguas sobrantes de los huertos (*livelladors d'aigües*). El *Consell* de Castellón, a mediados del siglo XV, solicitó al *Batle General* del reino auxilio económico para formalizar los contratos y erradicar la epidemia de *tercianas*. Las obras se ejecutaron con éxito y, en breve espacio de tiempo, el humedal contiguo al núcleo urbano se desecó por completo y quedó, al fin libre, de un foco infeccioso que durante décadas amenazó la salud de la población<sup>14</sup>.

Estas prácticas, a lo largo de la Edad Moderna, se repitieron en otros muchos lugares de reino; hecho que propició la conversión masiva de vastas superficies de humedal en fértiles huertas y arrozales. Pero las epidemias de *tercianas* no se erradicaron a pesar del anhelo, esfuerzo e interés mostrado por las autoridades públicas locales. Véase, a modo de ejemplo, el caso de la ciudad de Xátiva (Valencia), cuyo *Consell*, ante un nuevo brote de *tercianas* (registrado en 1739), adoptó con carácter de urgencia medidas preventivas y de control para intentar evitar su expansión<sup>15</sup>. De igual modo, si se atiende a lo dispuesto en el Auto de 23 de septiembre de 1747 de la Real Audiencia de Valencia, se observa la dimensión y gravedad del problema sanitario en las villas de Benaguacil y la Puebla a causa del área de marjal y de las plantaciones de arroz que circundaban los núcleos poblacionales. Se instaba con urgencia, a tenor del informe emitido por una comisión de facultativos, la inmediata erradicación de ambos espacios<sup>16</sup>. A pesar de la intención higienista de la Real Orden de 14 de abril de 1753, que limitaba el cultivo de esta gramínea en todo el territorio valenciano, los brotes de «*tercianas*» se extendieron con suma rapidez a otros muchos lugares del reino en donde se cultivaba arroz. Por ejemplo, en la comarca de la Vega Baja del Segura, un Informe remitido por la Audiencia de Valencia —en octubre de 1775— al Gobernador civil de Orihuela ponía de relieve el grave riesgo para la salud pública que suponían los arrozales y las áreas lacustres que abundaban en la zona<sup>17</sup>. En aquel documento se citaba directamente a las *Pías Fundaciones del Cardenal Belluga* como modelo de colonización moderna libre de arrozales, de áreas pantanosas y, por ende, de *tercianas* gracias a la admirable labor social del obispo de la diócesis de Orihuela, don Luis Belluga y Moncada<sup>18</sup>. Por aquellas fechas, la Diputación de Sanidad de Valencia, remitió

13 AMV (Archivo Municipal de Valencia). *Manuals de Consells.*, t. A-29, fol. 206, v.

14 AMC (Archivo Municipal de Castellón). *LLibres de Consells.*, 12. III, fols. 35-41.

15 Entre otras medidas; la eliminación de las plantaciones de arroz más próximas al núcleo urbano, la desecación de áreas de marjal y la distribución de *quinina* entre la población afectada; medidas o acciones que al parecer dieron sus frutos, pues a mediados de la centuria se logró erradicar por completo la epidemia en todo el territorio.

16 AGS (Archivo General de Simancas). Legajo 846. *Secretaria de Hacienda*. «Pleito con la cartuja de Portacel», de 23 de septiembre de 1747. fol.3. «(...) Para hacer los arroces y criarlos resulta necesario que los campos estén llenos de aguas, las cuales corrompiéndose parece preciso que infecten a los habitadores de aquellas cercanías (...). Que, dado que el ayre se infectase, por la cria de arroces, la distancia que ay desde las partidas sobredichas hasta la villa de la Puebla ya era bastante para embarazar la comunicación y el contagio porque cada lugar tiene su particular atmosfera corporum, y la experiencia enseña (...)».

17 AGS (Archivo General de Simancas). Legajo 848. *Secretaria de Hacienda*. «Informe de la Audiencia de Valencia sobre la situación de los arroces», 16 de octubre de 1775, fols. 14-19.

18 El prelado granadino en sólo tres décadas logró transformar 40.000 tahúllas de terrenos baldíos e insalubres en fértiles campos de cultivo. Hecho que permitió aumentar de manera exponencial los valores demográficos y acrecentar la economía agraria gracias a la expansión de

un Memorial e Informe al Gobernador del Real y Supremo Consejo de Castilla (don Pedro Rodríguez de Campomanes), informándole de la crisis sanitaria que padecían algunas ciudades y pueblos valencianos debido a un brote de *tercianas* originado en los arrozales y aguazales próximo a las poblaciones<sup>19</sup>. Con motivo de los estragos causados por éstas y otras epidemias, el rey Carlos III aprobó una Real Orden de 6 de marzo de 1789, por la que se establecía una serie de directrices, de obligado cumplimiento, a modo de acciones preventivas para Reino de Valencia<sup>20</sup>. Varias décadas antes, se dictó una Real Cédula de 8

---

la irrigación en la comarca de la Vega Baja del Segura. Para más información sobre esta colonización del Setecientos y sus efectos en la economía local véase; LEÓN CLOSA, T., «Aportación al estudio de la colonización de la Vega Baja del Segura», *Estudios sobre el Cardenal Belluga*, Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1985, págs. 138-211. SERRA RUIZ, R., *El pensamiento social-político del Cardenal Belluga (1662-1743)*, Patronato de Cultura de la Excm. Diputación de Murcia, Murcia, 1963. MILLÁN y GARCÍA-VALERA, J., *Rentistas y Campesinos. Desarrollo agrario y tradicionalismo político en el sur del País Valenciano (1680- 1840)*, Instituto de Estudios Juan Gil-Albert, Alicante, 1984. LATOUR BROTONS, J., «El Cardenal Belluga y sus Pías Fundaciones», *Estudios sobre el Cardenal Belluga*. Edit. Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1985, págs. 56-107. ABELLÁN CONTRERAS, F. J. «Régimen Jurídico de las zonas húmedas del Reino de Valencia (XV-XVIII). Aproximación a la política colonizadora y a la gestión de aprovechamientos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm., 91, 2021, págs. 129-168. GIL OLCINA, A. y CANALES MARTÍNEZ, G.: «Consolidación de dominios en la Pías Fundaciones del Cardenal Belluga (Bajo Segura)», *Investigaciones Geográficas*, núm. 5, 1987, págs. 7-26.

Desde un punto de vista sanitario, si atendemos a la documentación histórica observamos numerosos testimonios que describían el estado de los terrenos previos a la colonización de Belluga. Con frecuencia eran calificados como «*nocivo para la salud pública*» amén de «*terrenos pantanosos de aguas corrompidas y amargores*». Siendo en estos terrenos «*(...) el más principal motivo de las epidemias de tercianas que allí se ha percibido*» [AMM. (Archivo Municipal de Murcia). Legajo. 286. *Pías Fundaciones*, «Real Cédula de 21 de julio de 1716», fol. 9].

19 *Vid.*, «Copia de la Representación, de la Diputación de Sanidad, de esta Ilustre Ciudad de Valencia, a la Suprema Junta, con motivo de la Epidemia de Tercianas, padecida el otoño del año 1784 en algunos Pueblos de su Reyno: De las cartas que se recibieron de resulta; y de la Cédula de los Señores del Real Consejo de Castilla, que comprehende las Providencias tomadas, para su remedio, en virtud de Orden de S.M». Diputación de Valencia 1785, fol. 4. [Consultado en el Biblioteca Digital Hispánica. Sig.VC/1017/7. Disponible en: <http://bdh.bne.es/bnearchivo/detalle/bdh0000126118>].

20 Las aguas estancadas de las «*vegas, azarbes ú otros parajes encharcados*» debían reconducirse hacia el mar a través de canales de drenaje, se debían desecar cualquier aguazal u zona húmeda que pudiera constituir un foco infeccioso y, por último, se debía practicar con cierta periodicidad —al menos dos veces al año— una la «*monda*» o limpieza de las principales infraestructuras hidráulicas que jalonaban la huerta. [Novísima Recopilación de las Leyes de España. XII. XL. 7 (Consultado en Biblioteca Jurídica Digital. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63)).

Por las mismas fechas, una Circular de 11 de noviembre, ordenaba a los facultativos que tomaran en consideración las medidas o acciones propuestas por los técnicos —y personal sanitario— que se habían personado a la zona afectada y comprobaran que las aguas retenidas eran las responsables de la expansión de las *fiebres tercianas* por buena parte del solar valenciano. La norma mencionaba entre otras medidas de prevención sanitaria «*el dar corriente a las aguas estancadas hacia al río ó mar, ó bien terraplenar las partes que exhalasen vapores infectos, ya que aquí podía haber provenido la infección*» [Novísima Recopilación de las Leyes de España. XII. XL. 7].

de noviembre de 1721, con el propósito de prevenir una epidemia de «peste» originada en la ciudad de Marsella (Francia) y que amenazaba a España. La *Junta Suprema de Sanidad* —rama especializada en el seno del Consejo de Castilla— dictó diversas disposiciones para intentar frenar el avance de la enfermedad infecciosa, pero pasado el peligro aquél órgano acabó languideciendo hasta su exterminio en 1742<sup>21</sup>.

La epidemia de *peste* dio paso, tiempo después, a otra nueva epidemia en España: el *cólera-morbo asiático*<sup>22</sup>. El inicio de las guerras carlistas, tras la muerte del rey Fernando VII, contribuyó a su propagación por buena parte de Extremadura, Castilla la Mancha y Andalucía; circunstancia que evidenciaba la necesidad de instrumentar jurídicamente las acciones sanitarias y reorganizar —en el plano administrativo— todo el sector. Con el propósito de contener y erradicar la epidemia se dictó una Real Orden, de 24 de agosto de 1834, que establecía la eliminación de los cordones sanitarios por su ineficacia en la contención de la infección; no sólo no impidieron que la infección se propagara con rapidez a otras localidades vecinas, además condenó a numerosas poblaciones a una situación de pobreza extrema por la carestía de alimentos de primera necesidad, al quedar paralizado el tráfico de mercancías. Esta nueva epidemia evidenció el deplorable o paupérrimo estado de la sanidad pública del país, iniciándose, por ello, un proceso de reforma. Por un lado, la Reina Gobernadora María Cristina ordenó que se eliminan los cordones sanitarios y se restablecieran de inmediato las comunicaciones interiores<sup>23</sup> y, por otro lado, se acordó realizar cuantas reformas fueran necesarias en las disposiciones vigentes —en materia de sanidad— para garantizar un mayor nivel de protección a la ciudadanía. El Ministerio del Interior, el 14 de agosto de 1834, presentó ante las Cortes una memoria sobre su actuación

21 Tal supresión fue consecuencia directa de la tendencia centralizadora latente entonces, que supuso la integración de diversos Ministerios a órganos que habían existido hasta la fecha con relativa independencia. Como resultado de su supresión, todas sus competencias activas pasaron a manos de la *Dirección General de Sanidad* y las consultivas al *Consejo de Sanidad del Reino*. Ambos órganos quedaron integrados en el Ministerio de Gobernación. Pero poco tiempo después volvió a restablecerse en sus funciones para desaparecer, ya de manera definitiva, a mediados del siglo XIX en base a un Real Decreto de 17 marzo de 1847. *Vid.*, MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública...* op.cit., págs. 78-84.

22 Hay autores que señalan el origen del foco de infección en el puerto de Vigo —(Galicia)—. Esta enfermedad infecciosa y de rápida transmisión (el cólera asiático), según el autor, llegó a España a través de un viejo buque inglés el «London Merchant» que atracó en el puerto vigués y se acabó extendiendo. En los primeros meses de 1833 se registraron los primeros enfermos y poco tiempo después se extendió por buena parte de la Península Ibérica (por mar, a través de buques mercantes y por vía terrestre desde Portugal por Extremadura, al interior). *Vid.*, SAEZ DE SANTAMARÍA GÓMEZ MAMPASO, B., «El derecho frente a las epidemias: el caso del cólera morbo en la España decimonónica» en *La humanidad puesta a prueba. Bioética y Covid-19*, Universidad Pontificia de Comillas, 2020, págs. 47-65. LENO GONZÁLEZ, D., «El cólera morbo asiático, (1832-1834), Recomendaciones que en materia de cuidados fueron realizadas por la comisión enviada al extranjero para estudiar esta nueva enfermedad». *Temperamentvm. Revista internacional de historia y pensamiento enfermero*, núm. 13, 2017. PESET, M. y PESET, J.L., *Muerte en España: política y sociedad entre la peste y el cólera*, Seminarios y Ediciones Castilla, S.A, Madrid, 1972. ALMARCHA OCHOA, J., «La gestión de las epidemias durante el constitucionalismo isabelino: el caso del cólera», *Revista Cuadernos Constitucionales*, núm. 2, 2021, págs. 181-207. MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad...* op.cit., págs. 101-103.

23 Artículo 1 de la Real Orden de 24 de agosto de 1834.

en la lucha contra la epidemia, poniendo en valor la perentoria necesidad de una *Ley de Sanidad* en España<sup>24</sup>.

## 2. El saneamiento de humedales como eficaz medida de prevención contra enfermedades infecciosas como las *fiebres tercianas*

En los primeros años del siglo XIX, con ocasión de la creación del Estado Liberal, se estableció en España un férreo control administrativo en la tutela del derecho individual a la asistencia sanitaria y al de higiene general, al tiempo que se reguló, de manera específica, tanto la actividad sanitaria como la del personal a su servicio. La idea de elaborar un reglamento general en materia sanitaria que compilara las nuevas técnicas y conocimientos aportados hasta la fecha por la ciencia —para la prevención y control de enfermedades transmisibles en el interior del país— y que favoreciera la constitución de un nuevo organigrama administrativo del sector, estuvo presente tanto en las Cortes gaditanas como en los primeros años del régimen absolutista de Fernando VII. No en vano, ante la perentoria necesidad de regular los modos de acción ante una epidemia grave, el monarca encargó la redacción de un *Reglamento General de Sanidad* adecuado a las necesidades del momento<sup>25</sup>.

Los trabajos de redacción se reanudaron durante el Trienio Liberal y, el 30 de abril de 1822, se presentó un proyecto de *Código de Sanidad* ante las Cortes que finalmente acabó siendo rechazado por varias razones<sup>26</sup>. La sanidad pública, a pesar del fracaso del pro-

24 Pero nada se logró por entonces, ya que al cesar la epidemia quedó en el olvido la redacción normativa. Es más, en virtud de una Real Orden de 27 de marzo de 1834 se suprimieron la mayoría de las *Juntas de Sanidad* cuyas funciones fueron transferidas a los Subdelogados de Fomento. Vid. MOREL OCAÑA., L. «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 63, 1970, págs. 131-165. A pesar de la erradicación del cólera, sus devastadores efectos en la esfera socio-económica y sanitaria española se sintieron con fuerza. Esto explicaría la aprobación de varios Reales Decretos en 1835 que obligaban a los Alcaldes de todos los pueblos a adoptar las acciones y/o medidas oportunas para prevenir cualquier posible amenaza sanitaria para el conjunto de la población. El aislamiento de enfermos, la fijación de un cordón sanitario en las zonas afectadas, la desecación masiva de humedales y áreas lacustres, la construcción y conservación periódica de infraestructuras de drenaje (para facilitar la salida de las aguas estancadas al mar), son solo algunas de las muchas medidas preventivas que las autoridades públicas adoptaron para combatir futuras epidemias. En los años siguientes se darán los últimos pasos hacia la reforma y, en su caso, desaparición paulatina de los órganos que respondían a criterios de épocas pasadas, pero también a la creación de otros nuevos. Por ejemplo, la *Junta Suprema* fue suprimida por un Real Decreto de 1847, como consecuencia de la tendencia centralizadora, y sus funciones —consultivas y activas— fueron asumidas por dos órganos de nueva planta: el *Consejo de Sanidad del Reino* y la *Dirección general de Sanidad*. ALMARCHA OCHOA, J., «La gestión de las epidemias durante el constitucionalismo isabelino: el caso del cólera», *Revista Cuadernos Constitucionales*, núm. 2, 2021, págs. 181-207.

25 Vid., MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad*.op.cit., pp. 77-101. CAMPOS DÍEZ, M.<sup>a</sup> S., «De la policía sanitaria en el Antiguo Régimen al orden constitucional», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, págs. 1009-1028.

26 Una de las principales razones de oposición, expuestas en la sesión plenaria de 10 de octubre de 1822, era la «severidad» de las sanciones y medidas preventivas que preveía el Proyecto

yecto, no quedó desatendida en el plano legislativo, más bien todo lo contrario. El 3 de febrero de 1823 se aprobó una *Instrucción para el Gobierno Económico y Político de las Provincias* —en sustitución de la anterior de 1813— que sirvió de modelo para posteriores leyes del régimen local<sup>27</sup>. En aquella Instrucción, en la que se abordaban numerosas cuestiones sobre salubridad e higiene municipal, se aludía directamente a los humedales y a las aguas estancadas como focos infecciosos de *fiebres tercianas* altamente perjudiciales para la salud pública. Como medida preventiva se ordenaba «la desecación de las lagunas o pantanos» y el «dar cursos a las aguas estancadas e insalubres». Esta labor de «policía sanitaria», al igual que en la Instrucción de 13 de junio de 1813, correspondía en exclusiva a los Ayuntamientos, quienes debían velar por la salud de la ciudadanía evitando a toda costa que tanto los efluvios procedentes de las aguas estancadas como los humedales —por constituir cuna de fiambres endémicas— pudieran desencadenar en una grave epidemia con fatales consecuencias para la población<sup>28</sup>. Por entonces, la salu-

---

legislativo. De ahí que algunos diputadlos liberales llegaran a considerar que lo que en ella se prescribía era contrario a los principios liberales, dado que se contemplaba la posibilidad de que la justicia dependiera, en parte, de las autoridades sanitarias y no de las ordinarias. El proyecto legislativo se limitó a recopilar y regular las técnicas sanitarias desarrolladas hasta la fecha, para la prevención y defensa de cualquier enfermedad transmisible que pudiera entrar en España —por vía marítima o terrestre— proveniente de otros países infectados. El aislamiento de enfermos, previa comunicación de la situación a las *Juntas municipales o provinciales de Sanidad* y a la *Dirección General de Sanidad* (máximo órgano sanitario creado por aquel proyecto); la desinfección de la carga o mercancía de embarcaciones sospechosas de estar infectadas y el establecimiento preventivo de la cuarentena —bajo un estricto control y vigilancia médica— de la tripulación y/o pasaje, eran algunas de las numerosas medidas de defensa y prevención que aquel proyecto preveía contra los brotes de enfermedades infecciosas en el interior del país. El rigor y «severidad» de estas medidas, salvando las distancias, podían ser comparadas con las recogidas en una Ley de 3 de marzo de 1822 que fue promulgada por el Gobierno francés para evitar la entrada en su país de una grave epidemia de «fiebre amarilla» que se había localizado en algunas comarcas del norte de Cataluña. Esta disposición preveía, entre otras medidas, la implementación urgente de cordones sanitarios en las zonas infectadas y el aislamiento de los enfermos bajo pena de muerte a los infractores. *Vid.*, RODRÍGUEZ OCAÑA, E., y MARTÍNEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. De la Edad Media al siglo XXI*, Escuela Andaluza de Salud Pública, 2008; CAMPOS DÍEZ, M.<sup>a</sup> S., «De la policía sanitaria en el Antiguo Régimen al orden constitucional», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, págs. 1009-1028, MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad*..op.cit., págs. 34-68.

27 Destacó sobremanera por ordenar, de manera más descentralizada, el régimen local atribuyendo a los municipios dos tipos de competencias: por un lado, unas propias, constitutivas y definitorias del «*pouvoir municipal*» y, por otro lado, las competencias delegadas de la Administración central. CALVO CHARRO, M., *El régimen...*, op.cit. págs. 38-39.

28 Como respuesta a la importancia de la enfermedad, en la esfera socio-económica y sanitaria, se puso en práctica medidas preventivas que se centraron en la desecación masiva de humedales para acabar con el mosquito transmisor y su hábitat. Las primeras reacciones de los poderes públicos en materia ambiental se remontan a principios del siglo XIX y afectó a la esfera local o municipal. ABELLÁN CONTRERAS, F. J., «Exégesis sobre el tratamiento de las zonas húmedas en el ordenamiento jurídico español de aguas decimonónico», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2021, págs. 15-42. MARTÍN MATEO, R., «La protección de las zonas húmedas en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública*, núm. 96, 1981, pág. 11.

bridad y sanidad pública era una actividad administrativa desarrollada de manera exclusiva por los Ayuntamientos y tratada como un problema de «orden público»<sup>29</sup>.

Las Corporaciones Locales, en la primera etapa del Estado Liberal, tuvieron un papel muy significativo en la tutela sanitaria quedando reflejado en la propia Constitución de 1812<sup>30</sup>. La sanidad pública, desde entonces, constituyó una actividad administrativa ejercida por los Ayuntamientos y estuvo dirigida a la preservación de la «salud de la colectividad» y esto incluía al conjunto de la sociedad que por un motivo u otro se hallaba expuesta a contraer alguna enfermedad grave e infecciosa como, por ejemplo, las *tercianas* (o paludismo) cuyo foco se localizaban en lagunas, terrenos pantanosos, aguazales y los arrozales, es decir, enclaves que reunían determinadas condiciones ambientales, hídricas y naturales que resultaban esenciales para el desarrollo de los mosquitos que transmitían la enfermedad<sup>31</sup>. La tutela higiénico-sanitaria en el campo de la ricultura extensiva adquirió relevancia en el plano jurídico y socio-económico habida cuenta de sus similitudes ambientales con los humedales en el desarrollo y expansión del paludismo. De ahí la necesidad de promulgar con urgencia normas especiales de prevención que, como se verá en sucesivos apartados, sometían la agricultura arrocería a un férreo control de la Administración con el fin de preservar la sanidad pública<sup>32</sup>.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, fruto de las carencias y necesidades del momento, se desarrolló un importante núcleo legislativo entorno a las aguas terrestres y marinas. El Real Decreto de 29 de abril de 1860 —precedente inmediato de la *Ley de Aguas* de 3 de agosto de 1866—, incluyó a los pantanos, lagos, lagunas y albuferas, por vez primera en el *Derecho de aguas* español, pero sin mención alguna a la actividad desecadora<sup>33</sup>. Para ello hubo que esperar a la *Ley de Agua* de 1866, quien dedicó dentro de la regulación de las aguas terrestres y marítimas (de dominio público, privado o comunal) un capítulo al régimen jurídico de los humedales —de ambas tipos— y a su desecación. El legislador, por entonces, se refería a estos espacios de manera despectiva como «aguas muertas o estancadas»; hecho que ponía de relieve la nula consideración que se tenía de

29 Vid., MORELL OCAÑA, L., «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 63, pág. 131-165. MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad...*, op.cit., págs. 15-62. CALVO CHARRO, M., *El régimen ...*, op.cit. págs. 38-39.

30 Artículo 321 de la Constitución de 1812 [Disponible en <https://www.congreso.es/es/cem/const1812>.].

31 No obstante, a medida que la actividad sanitaria se hacía más y más compleja, la organización centralizada se especializó y fortaleció, asumiendo poco a poco la dirección de asuntos que con anterioridad correspondieron, de manera exclusiva, a los Ayuntamientos. En paralelo se crearán —en provincias y municipios— agentes sanitarios de nueva planta que coadyuvarán a hacer más eficiente la acción estatal. Y paulatinamente, los Ayuntamientos quedarán relegados a un mero papel de «entes financiadores» de los nuevos servicios implantados por el Estado.

32 Real Orden de 10 de mayo de 1860 —y su Reglamento de 15 de abril de 1861— para la acotación de terrenos destinados al cultivo del arroz.

33 Ésta se ocupó de regular solo el aprovechamiento de las aguas públicas, de manera que aludía únicamente a las zonas húmedas creadas —de forma natural o artificial— en terrenos del Estado, comunales o sin dueño aparente; es decir, aquéllas sobre las que la Administración tenía poder de disposición. arts. 26 y 27 del Real decreto 29 de abril de 1860, consultado en ABELLA F., *Manual de aguas, expropiación y colonias agrarias*, Las Torres, Madrid, 1877].



ellos y explicaría las medidas de fomento para incentivar la actividad desecadora: auxilios económicos, beneficios fiscales y la concesión de la propiedad de los terrenos saneados por particulares o empresas. Medidas que también se recogieron —o mejor dicho reprodujeron— en la nueva *Ley de Aguas* de 13 de junio de 1879, donde a diferencia de la anterior se centró únicamente en regular las aguas terrestres —incluyendo los humedales de aguas dulce—<sup>34</sup> teniendo las *aguas saladas* una regulación específica en la *Ley de Puertos* de 7 de mayo de 1880<sup>35</sup>. En efecto, al igual que en la normativa de aguas de 1866/1879, la *Ley de Puertos* buscaba erradicar las zonas húmedas por medio de la desecación. En las marismas de propiedad privadas, por ejemplo, era requisito *sine qua non* para su saneamiento o desecación, la concesión de una licencia o autorización del Gobernador provincial, condicionada a que las obras nos afectasen ni a la navegación ni a la pesca<sup>36</sup>. Por el contrario, si el humedal era de dominio público y no constituía un aprovechamiento comunal, la autorización, en este caso, recaía en el Ministerio de Fomento teniendo la concesión carácter perpetuo<sup>37</sup>. De esta manera el concesionario que se comprometía a acometer las obras de desecación adquiriría los terrenos, ya que el Estado le confería un derecho de goce a perpetuidad; incentivo que también se recogerá años después en el Decreto-Ley de Puertos de 19 de enero de 1928<sup>38</sup>.

El tratamiento unificado de los humedales —tanto de aguas dulces como salada— se restableció años después con la «*Ley de Desecación y Saneamiento de Lagunas, Marismas y Terrenos Pantanosos*», de 24 de julio de 1918. Aquí los humedales —terrestres y costeros— tuvieron una consideración unitaria con el fin de fijar unas bases generales sobre la actividad desecadora, ya que con anterioridad habían estado sometidos a regímenes jurídicos diferentes e independientes<sup>39</sup>. La norma en cuestión tuvo una larga y prospera vida pues estuvo vigente en España hasta el año 1985; fecha de la promulgación y publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de la nueva *Ley de Aguas*. A partir de entonces, los humedales terrestres gozaron de un tratamiento más acorde a los principios y directrices

---

34 Véase los artículos 60 a 68 de la *Ley de Aguas*, de 3 de agosto de 1866. [Consultado en «La Gaceta de Madrid», núm. 119, 7 de agosto de 1866. Agencia Estatal BOE. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1866/219/A00001-00004.pdf>].

35 *Ley de puertos*, de 7 de mayo de 1880. [Consultado en «La Gaceta de Madrid» núm. 129, de 8 de mayo de 1880, pág. 331 a 333 (3 págs.) Agencia Estatal BOE. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1880-3257>].

Los humedales marinos o de aguas saladas —como, por ejemplo, las albuferas, marismas y marjales, entre otros— también fueron objeto de desecación y saneamiento, adoptándose al respecto idénticas medidas de fomento que en los humedales de agua dulce. Vid. ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Problemática jurídica por el control de los sistemas naturales salineros y sus recursos en el sureste del área mediterránea peninsular (ss. XVI-XIX)». *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, núm. 30 2022, págs. 17-46. ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Régimen jurídico de las zonas húmedas del Reino de Valencia (ss. XV-XVIII): aproximación a la política colonizadora y a la gestión de aprovechamientos». *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 91, 2021, págs. 129-168.

36 Artículo 51.3 *Ley de puertos*, de 7 de mayo de 1880.

37 Artículos 51.2 y 55.

38 Artículo 51 del Decreto-*Ley de Puertos* de 19 de enero de 1928.

39 *Ley de Desecación de Lagunas, marismas y terrenos pantanosos*, de 14 de julio de 1918. [Consultado en «Gaceta de Madrid», núm. 208, 27 de julio de 1918, (páginas 268 a 270). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1918-3999>].

internacionales de preservación ambiental y conservación de la biodiversidad, dándose así un giro opuesto al pensamiento exterminador que se tenía en la pasada centuria y que se remontaba a tiempos pretéritos<sup>40</sup>.

### III. SALUD PÚBLICA Y PROBLEMÁTICA JURÍDICO-SANITARIA POR EL CULTIVO DEL ARROZ

#### 1. Consideraciones a la tutela higiénica del arroz en el antiguo Reino de Valencia: exégesis histórico jurídica

Con la llegada de los primeros pobladores musulmanes a la Peninsular Ibérica —en particular en el levante peninsular—, allá por el siglo VIII, se comenzó a desarrollar la irrigación que, con ayuda de un novedoso y sofisticado sistema hidráulico importado desde Egipto, lograba un racional y eficiente aprovechamiento del agua<sup>41</sup>. Así mismo, se introdujo

40 ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Consideraciones histórico-jurídicas sobre el saneamiento de terrenos pantanosos, lagunas y marismas en España (ss. XIX-XX): exégesis de la «Ley Cambó», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 58, 2022, págs. 7-34.

41 La construcción de extensas redes de canales de riego y avenamiento permitieron transformar, en breve espacio de tiempo, el territorio ocupado. Se acrecentó la superficie agraria gracias a una eficiente y racional optimización de los recursos hídricos del entorno; los ríos Turia (Valencia) y Segura (Orihuela/Alicante) se convirtieron en unos grandes aliados de los pobladores musulmanes a la hora de modelar el paisaje en favor de la agricultura. No en vano, su sistema de riego giró en torno a ambos y con ayuda de infraestructuras de nueva creación —como azudes (presas) y acequias— se logró elevar y conducir sus aguas hacia las tierras cultivadas. *Vid.* MARTÍNEZ ALMIRA, M. ABELLÁN CONTRERAS F. J y PAYÁ SEYÉS, J., «Cultura jurídica y patrimonio hidráulico». *Canelobre. Revista del Instituto Alicantino de Cultura «Juan Gil-Albert»*, núm. 70, 2019, págs. 130-147. DE GEA CALATAYUD, M., «La construcción del paisaje agrario en el Bajo Segura. De los orígenes hasta la implantación de la red de riego-drenaje principal en el alfoz oriolano», *Alquibla*, núm. 1, 1995, págs. 65-100. *Ídem.*, «La formación y expansión decisiva de la Huerta de Murcia-Orihuela: un enfoque desde la perspectiva de la Orihuela musulmana. (Siglos VIII-XIII)». En *Alquibla* núm. 3, 1997, págs. 155-217. *Ídem.*, «Los regadíos de la huerta histórica de Orihuela. Patrimonio y paisaje cultural», *Historia Natural de la Huerta de Orihuela*, Excelentísimo Ayuntamiento de Orihuela, Orihuela, 2015, págs. 215-249. CANALES MARTÍNEZ, G y PERTUSA MARTÍNEZ, A., «La gestión del agua en la Huerta del Bajo Segura: Ordenanzas de riego y Derecho consuetudinario». *Libro Jubilar en homenaje al profesor Antonio Gil Olcina*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2016, págs. 907-939. CANALES MARTÍNEZ, G., «Avenamiento y utilización de aguas muertas». En *La cultura del agua en la cuenca del Segura*. Antonio Gil Olcina (Dir.). Edit. Fundación Caja-Murcia, Murcia, 2004, págs. 439-478. CANALES MARTÍNEZ, G., «La Huerta del Bajo Segura paradigma de la cultura», *Fundación Séneca. Agencia española de Cooperación Internacional para el Desarrollo*, Compobell, S.L, Murcia, 2012, págs. 265-287. GUTIÉRREZ LLORET, S., «El origen de la Huerta de Orihuela entre los siglos VII y XI: una propuesta arqueológica sobre la explotación de las zonas húmedas del Bajo Segura», *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 593, 1995, págs. 65-94.

el cultivo del arroz que con el tiempo se acabó convirtiendo en uno de los pilares de la economía local. Esto explicaría por qué una vasta superficie de humedal y aguazal del litoral valenciano se acondicionó en arrozal en un breve espacio de tiempo<sup>42</sup>.

Con la Reconquista, los monarcas cristianos conservaron la tecnología hidráulica y las técnicas agrarias de cuño islámico, pero en el caso particular del cultivo del arroz —a pesar de su productividad y rentabilidad— pronto recelaron del grave perjuicio para la salud pública, dictando disposiciones que limitaban e incluso prohibían el cultivo. Por ejemplo, Pedro IV, a finales del siglo XIV, abordó la problemática sanitaria del arroz en el Reino de Valencia y no dudó en prohibir los arrozales en los límites de la capital; medida que se extendió más tarde al resto del reino<sup>43</sup>. A pesar de conceder exenciones fiscales a favor de los labradores que reducían a cultivo los baldíos próximos a la desembocadura del río Turia, no se permitió el cultivo de arroz bajo severas penas (pecuniaria y el destierro para los contraventores). De igual modo, a principios del XV, el rey Juan I confirmó aquella prohibición y las coerciones, pero no logró los resultados deseados habida cuenta que muchos agricultores, de manera clandestina, continuaron con su cultivo aprovechando las zonas bajas de los marjales. Ante la inoperatividad y eficacia normativa, se dictó un Privilegio de 21 de mayo de 1448, que imponía la pena de muerte y el decomiso de todos los bienes para quienes contravenían la prohibición regia. A pesar de estas nuevas medidas el cultivo del arroz no desapareció, pero a mediados del siglo XVI, se dictó una disposición por la cual, a modo de «cordón sanitario», fijaba un espacio libre de este cultivo en los límites de la ciudad de Valencia<sup>44</sup>.

42 Los monarcas cristianos, tras Reconquista del territorio, conservaron tanto la agricultura como las técnicas y sistemas de riego desarrollados por los antiguos pobladores musulmanes. Entre los siglos XVI y XVIII se agudizó la problemática higiénico-sanitaria en torno a este cultivo poniéndose de relieve sus beneficios, pero también sus perjuicios. Algunas voces lo consideraban un cultivo nocivo muy perjudicial para la salud pública, en cambio, otros veían en él una importante fuente de ingresos y una oportunidad de sacar rentabilidad de los terrenos improductivos —como los humedales— que tras la conversión se convirtieron en tierras feraces para la agricultura. La ampliación de la superficie agraria, en detrimento de los humedales, transformó por completo el paisaje valenciano a finales del siglo XVIII. Este proceso gradual se vio favorecido gracias a diversos factores, estrechamente relacionados entre sí. Por un lado, al crecimiento demográfico que experimentó Valencia y que obligó a buscar nuevos modelos de subsistencia para nutrir a toda la población. El arroz, en este sentido, ocupó un lugar muy destacado ante el problema de subsistencia y carestía de otros cereales (como el trigo o la cebada) en el Reino; hecho que explicaría el afán colonizador a través de los establecimientos de nuevas tierras arroceras tanto en los terrenos pantanosos circundantes a la Albufera como en otros lugares del solar valenciano (como, por ejemplo, en el área de marjal de Xàtiva y Gandia o en las Riberas del Júcar y del Turia). El otro factor que explicaría el desarrollo y expansión del arroz en el Reino de Valencia tenía que ver con los pingües beneficios económicos que reportaba su producción y exportación frente a otros productos. *Vid.*, RIERA, J., *Estudios y documentos sobre arroz y paludismo en Valencia (s. XVIII)*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1982, pp. 15-69. BELTRÁN y FOS, E., *problemática del arroz en el País valenciano*, Consellería de Trabajo del País Valenciano, Valencia, 1980, MATEU TORTOSA, E., *Arroz y paludismo*, E. Alfons El Magnanim, Valencia, 1987, págs. 19-95.

43 BUENO MARÍ, R., «Crónicas de arroz, mosquitos y paludismo en España: el caso de la provincia de Valencia», *Hispania. Revista Española de Historia*, núm. 236, 2010, págs. 687-708.

44 RIERA, J., *Estudios...* op.cit., págs. 10-15.

Este tipo de agricultura siguió creciendo hasta que se frenó de manera brusca tras la publicación del *Bando de Expulsión* de los moriscos en 1609. Muchos lugares de la Península quedaron despoblados y abandonados; circunstancia propicia para que antiguas áreas de humedal desecado se regeneraran y volvieran a su estado primigenio. La falta de mano de obra cualificada provocó un importante retroceso en la economía agrícola local y, en particular, en el cultivo de arroz y la huerta, pero a comienzos del Setecientos, a pesar de la oposición del Consejo y de la *Junta de Comercio y Agricultura de Valencia* debido a los devastadores efectos de la epidemia de tercianas, el cultivo del arroz volvió a recuperar su antigua hegemonía, aunque a mediados de la centuria —en virtud de una Real Orden de 14 de abril de 1753— se establecieron por motivo sanitarios nuevos cotos dentro del solar valenciano<sup>45</sup>. Conscientes las autoridades públicas del enorme peso que este tipo de cultivo tenía en la economía valenciana se estableció, como medida complementaria a la prevista en aquella Real Orden, la implantación «*del cultivo de arroz a riegos*» por entrañar un menor peligro sanitario que el ancestral sistema por inundación. Este sistema innovador, aprobado por Real Orden de 9 de junio de 1767, tuvo buenos resultados; de ahí que una Real Orden de 14 de abril de 1768 autorizara nuevos ensayos fuera de los cotos establecidos y en todo el reino, pero con el tiempo fue también objeto de abusos y malas prácticas por parte de algunos agricultores que por codicia no dudaron en poner en riesgo la salud colectiva<sup>46</sup>.

A lo largo del último tercio del siglo XVIII llegaron numerosos informes al Consejo de Castilla procedentes de la Audiencia de Valencia. Se hacía patente el malestar generalizado de los agricultores por los cotos, al tiempo que se reconocía cierta preocupación sanitaria; preocupación y malestar que se prolongaron en el tiempo hasta el punto de desarrollarse, en la primera mitad del siglo XIX, un nuevo marco legal para el establecimiento de nuevos cotos<sup>47</sup>. La *Comisión de Agricultura de la Real Sociedad Económica*

---

45 Esta providencia regia tuvo como precedente inmediato un amplio informe o expediente sanitario-demográfico en cuya elaboración participaron —bajo la dirección de la Capitanía general del Reino de Valencia—, los Corregidores y Alcaldes Mayores en cumplimiento de las indicaciones del Ministerio de Gracia y Justicia. Este valioso documento, conocido con el nombre de *Expediente General de Arroces*, contenía no sólo valiosos datos epidemiológicos para conocer el estado de la población valenciana y sus tasas de decesos, sino también datos estadísticos sobre la extensión del cultivo hasta mediados de la centuria [Archivo General de Simancas (AGS). Secretaría de Hacienda, legajos 846 y 847].

46 Por ello, el *Gobierno Superior Político de la Provincia de Valencia* en 1843 ordenó la constitución de una comisión consultiva de arroces para estudiar los casos en los que se habían producido abusos, bajo pena de comiso de la tierra y pérdida de toda la cosecha ilegal. Asimismo, se prohibió el cultivo de arroz a menos de cinco mil pies de la población, y aquellos Ayuntamientos valencianos que permitieron o no hicieron nada para impedir los abusos fueron sancionados con elevadas penas pecuniarias. ROSADO BATEA M.<sup>a</sup> y VIDAL CASERO, M.<sup>a</sup> C. «Problemática...», op.cit, págs. 357-366.

47 El Consejo emitió un dictamen conminado a la Audiencia a que autorizara el cultivo sólo en los terrenos acotados en 1753 y se destruyeran el resto: medida que ponía en serio peligro la economía de muchos agricultores. La Audiencia de Valencia remitió, a finales de la centuria, un extenso informe al Alto Tribunal en el que se analizaba de manera individual la situación de las poblaciones arroceras y llegaba a la conclusión de que el cultivo de la gramínea, a pesar de su rentabilidad, era muy perjudicial para la salud pública en términos generales, especialmente en los núcleos poblacionales de los Corregimientos de Valencia y Xàtiva. En cambio, en las

de *Amigos del País de Valencia*, se reunió por aquellas fechas para debatir los efectos de los cotos. Este órgano colegiado y consultivo consideró que perjudicaban gravemente los intereses económicos de los agricultores implicados. Por ello elevó al *Jefe Superior Político de la Provincia de Valencia* un Informe manifestando que los arrozales ubicados a menos de cinco mil pies de los núcleos de población no tenían apariencia de ser insalubres. Por el contrario, otros situados a más de quince mil pies de distancia (por ejemplo, los arrozales de la costa levantina), sí constituían un grave peligro para la salud pública; muestra de ello son los brotes de paludismo registrados en la zona en los últimos años. Con este argumento la *Comisión de Agricultura de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia* pretendía evidenciar y justificar que los límites legales en los cotos en modo alguno eliminaban la amenaza para la salud colectiva, al tiempo que perjudicaban los intereses de los dueños de los terrenos y de los agricultores. La solución no se hallaba en fijar «un cordón sanitario» a una distancia prudencial de los núcleos urbanos sino en garantizar un mayor control dentro de la Administración local<sup>48</sup>.

---

poblaciones del Corregimiento de Alzira, de manera temporal y bajo un estricto seguimiento sanitario de los terrenos pantanosos, cabría la cultura del arroz, por la gran distancia que separa los terrenos de la población. El monarca Carlos IV ordenó, en una Real Resolución de 14 de junio de 1805, un nuevo marco legal al anunciar la ejecución de un nuevo acotamiento en los terrenos destinados a arrozales, tras el cual se prohibió el curso administrativo de más solicitudes salvo que «*por alguna inundación, terremoto u otro acontecimiento semejante se convirtiese algún terreno en pantanosos*». Al año siguiente se autorizaron algunos expedientes de amojonamiento, sin embargo, con la ocupación francesa e inicio de la Guerra de Independencia el proceso quedó paralizado de manera momentánea. Ya en 1815, el rey Fernando VII conminó a regular al Consejo de Castilla a regular el cultivo, pero antes de entrar a fondo en la cuestión consideró perentorio conocer el estado real en el que se encontraba el cultivo en el territorio valenciano. Conforme los informes remitidos por las autoridades públicas (Intendentes y Capitán General) al Alto Tribunal, por aquel entonces se experimentó un gran crecimiento y expansión del cultivo; motivo que justificaría el desarrollo de un nuevo marco normativo. La llegada del Trienio Liberal unido a la desintegración y/o desaparición del Consejo de Castilla paralizó de nuevo el proyecto normativo. La liberalización de la producción y comercialización de los productos agrícolas durante el Trienio Liberal, favoreció el acondicionamiento de vastas áreas pantanosas de la ribera de Júcar en arrozales. A pesar de la imposición de sanciones a algunos propietarios cultivaron fuera de los cotos tradicionales y se les permitió recolectar el arroz para su venta. La Real Sociedad Económica se hizo eco en 1824 de la rápida expansión del cultivo y de sus perjuicios para la salud pública. Ante el temor de nuevos episodios de paludismo motivados por la creciente expansión de los arrozales, se intentó, sin éxito alguno, regular el cultivo a través de la Instrucción de 15 de junio de 1825. La norma preveía nuevas sanciones de carácter pecuniario para los propietarios que infringían los cotos, pero las penas no sólo eran livianas y de escasa cuantía, además en modo alguno se contemplaban la posibilidad de aplicar la pena de comiso como sí se preveía en anteriores normas. *Vid.* PESET, M. y PESET, J.L., *Cultivo del arroz y paludismo*», op.cit, pp. 355-375 ROSADO BATEA, M.<sup>a</sup> y VIDAL CASERO, M.<sup>a</sup> C. «Problemática del arroz en Valencia. Legislación de su cultivo en el siglo XIX», *Gimbernat. Revista d'Història de la Medicina i de les Ciències de la Salut*, núm. 5, 1985. ABELLÁN CONTRERAS, F.J., *La desecación de los humedales en el sur del Reino de Valencia*, (ss. XVII-XX), Aranzadi, 2019, págs. 93-114. RIERA, J., *Estudio...*, op.cit, pp. 17-81. MATEU TORTOSA, E., *Arroz ...*, op.cit. págs. 82-152.

48 *Vid.*, ROSADO BATEA M.<sup>a</sup> y VIDAL CASERO, M.<sup>a</sup> C. «Problemática...», op.cit, págs. 357-366.

## 2. Marco normativo decimonónico: principales medidas preventivas y coercitivas previstas en la legislación especial para el cultivo del arroz

Ante la preocupación de las autoridades públicas decimonónicas por la problemática sanitaria derivada del cultivo del arroz, unido a la presión social encarnada en la figura de los agricultores que veían peligrar su sustento económico, especialmente los valencianos, se acabó dictando la Real Orden de 10 de mayo de 1860, que sometía a control administrativo el cultivo de arroz en España<sup>49</sup>. Desde entonces, las autorizaciones, expedidas por el Ministerio de Fomento para la acotación de terrenos destinados al cultivo de esta gramínea, requirió la preceptiva licencia real<sup>50</sup>. Quienes contravenían la norma se enfrentaban, no sólo a las «*penas señaladas en las leyes y prescripciones vigentes sobre la materia*», también a la pérdida total de la cosecha con la obligación —a cargo y coste del infractor— de arrancar o eliminar los planteles, siempre que resultare probado —en virtud de expediente abierto con las reclamaciones fundamentadas— que los arrozales constituían un grave perjuicio «*para la salud pública en cualquier comarca o pueblos*»<sup>51</sup>.

En cada distrito municipal se estableció la obligación de elaborar un plano o mapa general y descriptivo de los terrenos acotados; para lo cual se dispuso las siguientes reglas o condiciones de obligado cumplimiento<sup>52</sup>:

Nombramiento de un perito para cada localidad donde exista una plantación de arroz. Éste debía ser arquitecto, maestro de obra o director de caminos vecinales.

Constitución de una comisión para la elaboración de un plano general. Ésta estará integrada por un perito, dos agrimensores —nombrados por el Ayuntamiento respectivo—, y representante de la municipalidad. El plano, una vez concluido, debía ser expuesto al público en el Ayuntamiento (por término de un mes) con el fin de que se pudieran plantear las oportunas reclamaciones y observaciones. Finalizado el plazo de exposición pública, la comisión acometerá las rectificaciones y cambios que se precise. A continuación, se procederá al deslinde y amojonamiento de los terrenos acotados y fijando —con señales permanentes— los puntos por donde discurre una «*zanja, azarbe o salvadaño*». En último término, el plano revisado junto a una memoria o informe razonado debía ser remitido al Gobierno de la Provincia para su inspección y, en su caso, aceptación.

El Ayuntamiento, en un plazo máximo de un mes a contar desde la remisión y aceptación del plano e informe al Gobierno Provincial, debía ordenar a los miembros de la comisión que se personaran en los terrenos y practicaran una inspección ocular para verificar que se habían delimitados de forma correcta y no se habían alterado los elementos estructurales —como zanjas y acequias— que figuran en el plano general.

Los gastos derivados de este proceso corrían a cargo de los dueños de los terrenos que pretendían ser transformados en arrozal. El Gobernador se encargaría de fijar las dietas u

---

49 DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho*.... op. cit. pág. 250.

50 *Ibidem.*, pág.251.

51 Artículo 2 de la Real Orden de 10 de mayo de 1860.

52 Artículo 6.

honorarios de cada uno de los miembros de la comisión a la conclusión de sus servicios con el Ayuntamiento; retribución que podía proceder bien de los fondos de cequiaje o de los destinados al riego, sin perjuicio del reintegro de los gastos por parte de los respetivos dueños.

Poco tiempo después se aprobó, por Real Orden de 15 de abril de 1861, su Reglamento ejecutivo, con la misión de ampliar, desarrollar y/o completar la regulación del arroz que en modo alguno se circunscribía únicamente al territorio valenciano —por su tradición ancestral—, sino a cualquier lugar de la geografía española donde se dieran las condiciones ambientales óptimas para su cultivo. En bases a lo dispuesto en el Reglamento, este tipo de cultivo se prohibió fuera de los terrenos acotados bajo las penas que se expresaban en la Real Orden de 1860<sup>53</sup>. Además, no se permitía la presentación de solicitudes de acotamiento ante el Gobernador de la provincia que no se refirieran a «*terrenos naturalmente pantanosos, improductivos para otra cosecha, y en los que el estancamiento de las aguas pudiera ser perjudicial para la salud pública*»<sup>54</sup>. Estas solicitudes, para su validación, debían cumplir una serie de requisitos o condiciones, entre otras<sup>55</sup>:

Se debía presentar, en tiempo y forma, la solicitud ante el Gobernador provincial, quien se ocuparía de ordenar la publicación de la petición en el *Boletín Oficial de la Provincia*, para que en el plazo máximo de 15 días naturales se pudiera interponer las reclamaciones oportunas por parte de los perjudicados; no sólo respecto al acotamiento para el cultivo de arroz sino también por el agua de riego para sus cultivos.

Se debía hacer constar que el terreno a acotar reunía las condiciones naturales que contemplaba la norma. Anexándose también a la solicitud un documento en el que se detallaran las dimensiones del terreno, elementos estructurales, linderos, partida y término municipal donde se ubica. A este documento se debía acompañar un informe, firmado por un técnico, que verificara que el solicitante contaba con el agua necesaria para el cultivo del arroz en el terreno que se pretendía acotar, y que la distancia con el núcleo de población más próximo no era inferior a un kilómetro y medio.

Para la aceptación o denegación de la solicitud se debían practicar diversas diligencias; el Gobernador provincial remitía el expediente, con o sin reclamaciones, al Alcalde del pueblo en cuyo término se solicitó la acotación<sup>56</sup>. Éste, por un lado, debía formar una comisión de peritos para el reconocimiento e inspección de los terrenos en busca de cualquier indicio o problema técnico que pudiera afectar a la concesión de la autorización; por ejemplo, no respetar la distancia mínima de un kilómetro y medio o bien, no realizar los trabajos de mantenimiento y reparación de las principales canalizaciones de drenaje, para evitar el estancamiento de las aguas y con ello posibles problemas sanitarios. Por otro lado, se debía nombrar a dos facultativos en medicina para que elaboraran un informe señalando si la acotación podía o no poner en peligro salud pública de los moradores. Cumplido estos trámites administrativos, el Alcalde remitía el expediente —con informe adjunto de los facultativos y peritos— al Gobernador provincial<sup>57</sup>, quien a

---

53 Artículo 1 del Real Orden de 15 de abril de 1861.

54 Artículo 2.

55 Artículo 3. 1.º.

56 Artículo 3. 2.º.

57 Artículo 3. 3.º.

su vez remitía el expediente —una vez recibido el informe de la Junta encargada de la Administración de las Aguas y de la Junta de Sanidad de la Provincia—, al Ministerio de Fomento para que emitiera resolución a favor o en contra de la acotación; dictamen que era comunicado al interesado y publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia (BOE)*<sup>58</sup>. Se ha tener en consideración, que todas las actuaciones correspondientes al expediente relativo al cultivo y plantación de arroz en los cotos eran gratuitos, a excepción de los derechos periciales —de los facultativos médicos y técnicos—<sup>59</sup>. Por otro lado, para acabar con los abusos en el cultivo de arroz fuera de los terrenos acotados y preservar la salubridad se remitía a las mismas penas que contemplaba la Real Orden de 1860, «*las señaladas en las leyes y prescripciones vigentes sobre la materia, sin perjuicio de la pérdida de toda la cosecha*»<sup>60</sup>. Además, contemplaba la posibilidad de que los Gobernadores dictaran cuantas providencias creyeran convenientes para esclarecer o averiguar si los alcaldes habían o no cumplido con su deber de denunciar cualquier abuso o mala práctica cometida en su término municipal sobre esta materia, como por ejemplo, alteración indebida de los mojones y lindes, falta de diligencia o desidia o falta de interés ante los agricultores que sembraban arroz fuera de los cotos, entre otras actuaciones negligentes<sup>61</sup>. Asimismo, los alcaldes de sus respectivos términos se hallaban obligados a comunicar al Gobernador Provincial de las denuncias presentadas por *hacer plantel o criar arroz* fuera de coto, cuyo incumplimiento o desobediencia deliberada conllevaba una multa de 100 reales —por cada 8 áreas y 31 centiáreas—<sup>62</sup>.

En suma, las acciones coercitivas que preveía la legislación para los infractores se resumían en dos: sanciones pecuniarias y decomiso de los terrenos con la obligación del propietario de eliminar la siembra o planteles. Por su parte, las medidas de prevención sanitarias se circunscribían al establecimiento de cotos para el cultivo del arroz a una distancia prudencial de los núcleos de población, siempre y cuando los terrenos reunieran determinadas condiciones naturales: áreas pantanosas e improductivas para la cosecha y en las que el «*estancamiento de las aguas pudiera ser perjudicial para la salud pública*»<sup>63</sup>. Precisamente este sistema para acotar terrenos propiciará la transformación masiva de áreas lacustres en campos de arroz. En consecuencia, el interés sanitario en convergencia con el económico y productivo resultaron, a todas luces, incompatibles con la pervivencia de los humedales.

### 3. Principales efectos y consecuencias de la legislación especial en la fachada mediterránea peninsular

La aplicación de la legislación especial de acotación de terrenos para el cultivo de arroz llevó a algunas autoridades públicas de las provincias con mayor tradición arroceras, a elevar dictámenes de oposición a la misma. Este sería el caso del Gobernador civil de la provincia de Valencia, quien elevó al Ministro de Fomento de la época un informe firmado —en junio de 1865— por la *Real Sociedad Económica de amigos del país de Valencia*,

---

58 Artículo 3. 6.º y 7.º.

59 Artículo 7.

60 Artículo 8.

61 Artículos 18.

62 Artículo 21.

63 Artículo 2.



en contra de la irrupción masiva de arrozales en áreas próximas a los núcleos de población; circunstancia que condicionaba notablemente la salud pública de los moradores. Además, manifestó la necesidad de una nueva ley que armonizase los intereses de los dueños de los terrenos pantanosos con los de la colectividad afectada en su salud<sup>64</sup>. Instaba también a anular —por parte del Gobernador Civil de la provincia— todos los cotos que pudieran ocasionar graves perjuicios a la propiedad ajena por acumulación de las aguas (que hiciera imposible su cultivo hortofrutícola) y sin que el «estancamiento» pudiera ser motivo suficiente para solicitar la preceptiva autorización de acotación<sup>65</sup>. En cualquier caso, los terrenos pantanosos —según la *Sociedad Económica*— debían ser desecados y transformados en fértiles tierras de labor no sólo por motivos sanitarios sino también agrarios (acrecentar la superficie de huerta). Siguiendo las recomendaciones últimas de la *Sociedad Económica* se activó una política de desecación en todo el territorio valenciano, que acabó extendiéndose a otros puntos de la geografía española gracias a la *Ley de desecación de lagunas, lagunas y terrenos pantanosos* de 24 de julio de 1918 (*Ley Cambó*). Así es, en el último tercio del siglo XIX se intensificó la desecación de los límites del lago de la Albufera de Valencia para su transformación en huerta. Su desvinculación del Real Patrimonio supuso, en adelante, un importante estímulo para su transformación, pues no se ha de olvidar que, al amparo de las leyes desamortizadoras, esta antigua regalía se declaró en 1865 bien alienable y de dominio estatal<sup>66</sup>.

La *Delegación Provincial de Hacienda* remitió, en octubre de 1882, un informe a la *Dirección General de Propiedad y Derechos del Estado*, poniendo en valor la importancia de desecar y acondicionar una parte de los límites del lago de la Albufera para mejorar tanto las condiciones de salubridad como las expectativas económicas en la comarca. Además, se debía dar salida a las aguas estancadas para evitar que con la llegada de las altas temperaturas se desarrollaran focos palúdicos; de ahí la oposición de la Delegación provincial a las autorizaciones de cotos para el cultivo de arroz en esta zona de Levante<sup>67</sup>.

La problemática sanitaria por el estancamiento de las aguas de los arrozales a finales del siglo XIX y primer tercio del siglo XX preocupaba no sólo a las autoridades valencianas, sino también al resto de territorios de la geografía peninsular que compartían la pasión por el cultivo de esta gramínea. Por ejemplo, en el Bajo Llobregat (Cataluña) se dictó una norma especial que prevenía la conveniencia de dar salida al agua estancada de los arrozales por motivo de salud pública. En una Orden de 27 de enero de 1924, de la Presidencia-Directorio Militar, se estableció que el desagüe en las parcelas destinadas al cultivo

64 Vid. ROSADO BATEA, M.<sup>ª</sup> I y VIDAL CASERO, M.<sup>ª</sup> C., «Problemática.», op.cit. págs. 357-366. CALATAYUD, S., «El Estado en los campos. La regulación del cultivo del arroz en la España del siglo XIX» *Revista Investigaciones de Historia Económica*, núm. 8, 2012, págs. 41-41.

65 *Ibidem*, págs. 360-364.

66 La albufera se inscribió en el Registro de la propiedad con una tasación de casi medio millón de pesetas; la subasta de la nueva propiedad estatal se suspendió por orden de la Dirección General de Propiedad y Derechos del Estado en 1879. Durante estos años, quien habían logrado derechos enfitéuticos de la Batllia General continuaron con los trabajos de desecación y acondicionando agrario del humedal. Su gestión y control pasó de la Batllia a la Delegación Provincial de Hacienda, quien a partir de entonces se ocupó de administrar y arrendar la recaudación de los derechos de pesca, caza y recolección de hierbas. Vid., ABELLÁN CONTRERAS, F.J., *La desecación...* op.cit, págs. 93-114.

67 ROSADO BATEA, M.<sup>ª</sup> I y VIDAL CASERO, M.<sup>ª</sup> C., «Problemática...», op.cit. págs. 362-364.

del arroz en el Bajo Llobregat era obligatorio «no permitiéndose ningún estancamiento, ni total ni parcial y cada veinte días deberá verificarse el desagüe de las parcelas, quedando completamente desecadas durante cuatro días (...)». A mediados de la centuria, siguiendo la línea trazada por la Real Orden de 1860 y en su Reglamento ejecutivo, se aprobó un Decreto de 14 de diciembre de 1940, que en este caso facultaba al propio *Instituto Nacional de Colonización* (INC) para establecer el cultivo del arroz «en todos aquellos terrenos pantanosos o impropios para otros aprovechamientos agrícolas que necesiten o puedan necesitar este cultivo para llegar a su normal producción agrícola». Con la Ley de 17 de marzo de 1945, «sobre autorización para acotar terrenos destinados al cultivo del arroz» el Ministerio de Agricultura —atendiendo a «las condiciones técnico-locales y a la economía nacional arrocera que lo aconsejen»— asumió la facultad de conceder las autorizaciones, pero sólo las concesiones para la siembra o cultivo del arroz en deltas y zonas bajas de los ríos que «presenten problemas de salinidad de las tierras o cualesquiera otros que las disposiciones lo aconsejen» y siempre con arreglo a las directrices recogidas en el Decreto de 23 de mayo de 1945<sup>68</sup>.

En definitiva, a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, al amparo de las *Leyes de Aguas* de 1866/1879 y de la *Ley Cambó*, se estimuló la desecación de extensas áreas de humedal por buena parte de España, en particular, en el Levante peninsular, a través de la concesión de beneficios, exenciones fiscales y auxilios económi-

---

68 Si se presta atención a su articulado se observan numerosos paralelismos con la normativa especial. En primer término, por motivo de salud pública, se prohibió el cultivo del arroz fuera de los cotos bajo severas penas pecuniarias y, por otro lado, sólo los terrenos que se hallaban en deltas o zonas bajas de los ríos (es decir, aguazales y terrenos pantanosos) podían ser acotados. En caso de comprobarse la existencia de parcelas destinadas a este cultivo sin la debida autorización del Ministerio de Agricultura; la Jefatura Agronómica debía proponer a la Dirección General de Agricultura la aplicación de una sanción pecuniaria que consistía en una multa equivalente al doble del valor asignado a la cosecha ilegal. Además, el infractor quedaba obligado a arrancar todos los plántulos de la parcela, pues de lo contrario perdía la propiedad. En un plazo máximo de seis meses, a contar desde la publicación del Decreto de 23 de mayo de 1945, todos los agricultores dedicados al cultivo del arroz, en terrenos no acotados o que hubiesen sido objeto de concesión provisional por plazo determinado, quedaban obligados a presentar la solicitud de declaración de coto arrocero a favor de dichos terrenos ante el Gobernador civil de la provincia correspondiente. Pocos meses antes de la aprobación de esta nueva legislación especial, se promulgó «la gran Ley sanitaria» que pretendía dar un impulso renovador a la sanidad española y adecuarla a los nuevos conocimientos científicos y avances técnicos de la época. La *Ley de Bases de Sanidad Nacional*, de 25 de noviembre de 1944, consagraba el principio de la competencia estatal en lo referente a esta materia, relegando al resto de entes a una posición de meros colaboradores del Estado en la función pública sanitaria; de manera que la autonomía de la Administración local quedó subordinada a las determinaciones o directrices de la presente Ley. La prevención sanitaria y curación de enfermedades socialmente trascendentes constituyó dos actividades esenciales para la Ley; de ahí la importancia del correcto desarrollo de los servicios preventivos y asistenciales, sujetos a un organigrama perfectamente definido en la legislación, para garantizar la protección de la salud colectiva. Por tanto, no resulta extraño que atendiendo a los principios generales recogidos tanto en la *Ley de Bases de Sanidad Nacional* de 1944 como en la Ley de 17 de marzo de 1945 —y en el Decreto de 23 mayo del mismo año— se adoptaran todas las medidas indispensables para la defensa de la salud pública respecto a las concesiones para acotar terrenos destinados al cultivo del arroz.

cos a favor de aquellas personas, físicas o jurídicas, que se comprometían a ejecutar las obras de desecación necesarias para acondicionar las zonas húmedas en tierras feraces. La utilidad agraria, por tanto, pasó a ser uno de los principales factores que explicaría por qué, en un breve espacio de tiempo, numerosos terrenos pantanosos del litoral valenciano se transformaron en arrozal o huertos. La Real Orden de 10 de mayo de 1860 y su Reglamento de 1861 contribuyeron a fomentar la «erradicación» de extensas superficies de aguazal insalubre por toda la cuenca mediterránea, sometiendo a la ricultura a un mayor control administrativo, a pesar de algunas voces discrepantes que se oponían a los límites legales a la hora de acotar terrenos pantanosos destinados al cultivo del arroz como medida de prevención sanitaria<sup>69</sup>.

## IV. CONCLUSIONES

A comienzos del siglo XIX, coincidiendo con la primera legislación liberal, la sanidad, salubridad e higiene pública constituyeron una actividad administrativa a cargo de los Ayuntamientos, quienes recibieron el encargo de la desecación de humedales y áreas lacustres dentro de su esfera competencial de «*policía sanitaria y comodidad*». Así quedó recogido tanto en la Constitución de 1812 como en la *Instrucción para el Gobierno Económico-político de las Provincias* de 23 de febrero de 1813; competencia que con el Trienio Liberal se volvería a retomar, como se vislumbra en la Instrucción de 3 de febrero de 1823. En cualquier caso, esta actividad administrativa tenía como principal misión velar por la salud colectiva que con frecuencia se veía alterada y en peligro debido a los continuos brotes de enfermedades infecciosas (como el paludismo, el cólera, el tifus o la peste) que diezaban los contingentes poblacionales causando devastadores efectos en la sanidad pública y economía. La inclusión de sanidad en la «*pouvoir municipal*» respondía a dos razones básicas: la rapidez e inmediatez en la prevención y lucha contra los brotes de enfermedades infecciosas y la solución al problema sanitario «de orden público» en el propio territorio donde se originaba el foco infeccioso.

El ordenamiento jurídico español de prevención y lucha contra determinadas enfermedades de rápida transmisión recomendaba a las autoridades competentes, entre otras medidas, la erradicación de los humedales y de cualquier espacio de análoga naturaleza cuyas aguas estancadas pudieran favorecer el desarrollo de un foco infeccioso que afectara a la salud pública. Este sería el caso de los arrozales; un cultivo milenario y de larga tradición en la cuenca mediterránea, en particular, en territorio valenciano que desde tiempos inmemoriales ha sido objeto de una excelsa regulación. A pesar de sus pingües beneficios, en el marco socio-económico, durante la Edad Media y Moderna se llegó a restringir e incluso impedir de su cultivo ante la necesidad perentoria de proteger la salud de la colectividad. Se ha de prestar atención al hecho de que estos cultivos presentaban, y presentan en la actualidad, notables similitudes con las zonas húmedas y aguazales, habida cuenta de que se tratan de superficies terrestres que albergan agua cuyo estancamiento prolongado en el tiempo contribuye al desarrollo de focos infecciosos como, por

69 *Vid.*, ABELLÁN CONTRERAS, F. J. «Régimen...», *op.cit.* págs. 129-168. ROSADO BATEA, M.ª I. y VIDAL CASERO, M.ª C., «Problemática...», *op.cit.* págs. 362-364. ABELLÁN CONTRERAS, F.J., *La desecación de los humedales en el sur del Reino de Valencia (ss. XVII-XX). Estudio histórico-jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 42-55.

ejemplo, el paludismo o malaria. De ahí la urgente necesidad de una legislación especial de prevención sanitaria que sometiera a los arrozales —y su cultivo— a estrictos controles administrativos. Surge así, la Real Orden de 10 de mayo de 1860 y su Reglamento ejecutivo (aprobado por Real Orden de 15 de abril de 1861), que limitaba en España el cultivo del arroz solo a terrenos que reunían determinadas cualidades naturales (terrenos pantanosos o áreas encharcadas perjudiciales para la salud pública), estableciéndose severas sanciones a los contraventores. Las enfermedades infecciosas situaban al Régimen Local decimonónico en un *estado de necesidad* al que por necesidad había de ceder cualquier derecho. Razonamiento que explicaría, por un lado, por qué las zonas húmedas debían ser desecadas o saneadas con urgencia aún en contra de la voluntad de su titular en cumplimiento de lo dispuesto en las *Leyes de Aguas* de 1866 y de 1879. Por otro lado, por qué el Gobierno español se hallaba facultado para prohibir determinados cultivos de arroz siempre que quedase probado que eran la causa de perjuicios para la salud pública.

El sistema restrictivo de los cotos propició, a mediados del siglo XIX, la conversión masiva de humedales en arrozales en favor de la salud pública y el desarrollo de la economía agraria. De este modo, los intereses económicos y sanitarios resultaron antagónicos a la supervivencia de estos singulares ecosistemas, especialmente en el solar valenciano donde al amparo de la legislación de aguas decimonónica, junto a la normativa especial para el cultivo del arroz, se transformaron extensas superficies de humedal destruyendo, por tanto, un ecosistema de gran valor ecológico, paisajístico, económico y cultural.

## V. REFERENCIAS

ABELLA y BLAVE, F., *Tratado de sanidad y beneficencia: arreglado á todas las disposiciones vigentes que se han dictado sobre los diversos puntos, servicios y detalles que comprenden estos ramos hasta julio de 1885*, Imprenta E. de la Riva, Madrid, 1885.

ABELLA y BLAVE, F., *Manual de aguas, expropiación y colonias agrarias*, Las Torres, Madrid, 1877.

ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Consideraciones histórico-jurídicas sobre el saneamiento de terrenos pantanosos, lagunas y marismas en España (ss. XIX-XX): exégesis de la «Ley Cambó»», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 58, 2022, págs. 7-34.

ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Problemática jurídica por el control de los sistemas naturales salineros y sus recursos en el sureste del área mediterránea peninsular (ss. XVI-XIX)». *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, núm. 30 2022, págs. 17-46.

ABELLÁN CONTRERAS, F.J. «Régimen Jurídico de las zonas húmedas del Reino de Valencia (XV-XVIII). Aproximación a la política colonizadora y a la gestión de aprovechamientos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm., 91, 2021, págs. 129-168.

ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Exégesis sobre el tratamiento de las zonas húmedas en el ordenamiento jurídico español de aguas decimonónico», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2021, págs. 15-42.

- ABELLÁN CONTRERAS, F.J., *La desecación de los humedales en el sur del Reino de Valencia (ss. XVII-XX). Estudio histórico jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019.
- ABELLÁN CONTRERAS, F.J., «Régimen jurídico de las zonas húmedas del Reino de Valencia (ss. XV-XVIII): aproximación a la política colonizadora y a la gestión de aprovechamientos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 91, 2021, págs. 129-168.
- ALBEROLA ROMÁ, A., «La bonificación de enclaves insalubres en el País Valenciano durante la Edad Moderna: El ejemplo de la laguna de la Albufereta (Alicante)», *Investigaciones Geográficas*, núm. 7, 1989, págs. 69-82.
- ALBEROLA ROMÁ, A. y BERNABÉ GIL, D., «Tercianas y calenturas en tierras meridionales valencianas: una aproximación a la realidad médica y social del siglo XVIII», *Revista de Historia Moderna*, núm. 17, 1988-1999, págs. 95-112.
- ALMARCHA OCHOA, J., «La gestión de las epidemias durante el constitucionalismo isabelino: el caso del cólera», *Revista Cuadernos Constitucionales*, núm. 2, 2021, págs. 181-207.
- BOX AMOROS, M., *Humedales y áreas lacustres de la provincia de Alicante*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2004.
- BRAUDEL, M. F., *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976, págs. 79-84.
- CALATAYUD, S., «El Estado en los campos. La regulación del cultivo del arroz en la España del siglo XIX» *Revista Investigaciones de Historia Económica*, núm. 8, 2012, págs. 41-41.
- CALVO CHARRO, M., *El régimen jurídico de los humedales*, Universidad Carlos III, Madrid, 2005.
- CANALES MARTÍNEZ, G. y PERTUSA MARTÍNEZ, A., «La gestión del agua en la Huerta del Bajo Segura: Ordenanzas de riego y Derecho consuetudinario». *Libro Jubilar en homenaje al profesor Antonio Gil Olcina*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2016, págs. 907-939.
- CANALES MARTÍNEZ, G., «La Huerta del Bajo Segura paradigma de la cultura», *Fundación Séneca. Agencia española de Cooperación Internacional para el Desarrollo*, Compobell, S.L, Murcia, 2012, págs. 265-287.
- CANALES MARTÍNEZ, G., «Avenamiento y utilización de aguas muertas». *En La cultura del agua en la cuenca del Segura*. Antonio Gil Olcina (Dir.), Edit. Fundación Caja-Murcia, Murcia, 2004, págs. 439-478.
- CAMPOS DÍEZ, M. S., «De la policía sanitaria en el Antiguo Régimen al orden constitucional», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, págs. 1009-1028. *Ídem.*, *El Real Tribunal del Protomedicato castellano (siglos XIV-XIX)*, Universidad de Castilla la Mancha, 1999.

- CONSTITUCIÓN de 1812 [Congresos de los Diputados. Disponible en <https://www.congreso.es/es/cem/const1812>].
- DE GEA CALATAYUD, M., «La construcción del paisaje agrario en el Bajo Segura. De los orígenes hasta la implantación de la red de riego-drenaje principal en el alfoz oriolano», *Alquibla*, núm. 1, 1995, págs. 65-100.
- DE GEA CALATAYUD, M., «La formación y expansión decisiva de la Huerta de Murcia-Orihuela: un enfoque desde la perspectiva de la Orihuela musulmana. (Siglos VIII-XIII)». En *Alquibla* núm. 3, 1997, págs. 155-217.
- DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GALLET MARCOS, M., «Licencias reales para ejercer la medicina y la cirugía a judíos aragoneses», *Revista de Historia Medieval*, núm. 15, 2008, págs. 47-56.
- GARCÍA LUQUERO, G., «Organización sanitaria en España durante las Edades Media y Moderna», *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, núm. 7, 1951, págs.1-15.
- GIL OLCINA, A. y CANALES MARTÍNEZ, G.: «Consolidación de dominios en la Pías Fundaciones del Cardenal Belluga (Bajo Segura)», *Investigaciones Geográficas*, núm. 5, 1987, págs. 7-26.
- LATOUR BROTONS, J., «El Cardenal Belluga y sus Pías Fundaciones», *Estudios sobre el Cardenal Belluga*, Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1985, págs. 56-107.
- LENO GONZÁLEZ, D., «El cólera morbo asiático, (1832-1834), Recomendaciones que en materia de cuidados fueron realizadas por la comisión enviada al extranjero para estudiar esta nueva enfermedad», *Temperamentvm. Revista internacional de historia y pensamiento enfermero*, núm. 13, 2017.
- LEÓN CLOSA, T., «Aportación al estudio de la colonización de la Vega Baja del Segura», *Estudios sobre el Cardenal Belluga*, Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1985, págs. 138-211.
- LEY DE AGUAS, de 3 de agosto de 1866. [Consultado en «La Gaceta de Madrid», núm. 119, 7 de agosto de 1866. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1866/219/A00001-00004.pdf>].
- LEY DE DESECACIÓN DE LAGUNAS, MARISMAS Y TERRENOS PANTANOSOS, de 14 de julio de 1918. [Consultado en «Gaceta de Madrid», núm. 208, 27 de julio de 1918, (páginas 268 a 270). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1918-3999>].
- LEY DE PUERTOS, de 7 de mayo de 1880. [Consultado en «La Gaceta de Madrid» núm. 129, de 8 de mayo de 1880, pág. 331 a 333 (3 págs.) Agencia Estatal BOE. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1880-3257>].

- LÓPEZ PIÑERO, J. M., «Los orígenes de los estudios sobre la salud pública en la España renacentista», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 80, 2006, págs. 447-448.
- NOVISÍMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA (Consultado en Biblioteca Jurídica Digital. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63)).
- MARTÍN MATEO, R., «La protección de las zonas húmedas en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública*, núm. 96, 1981.
- MARTSET CAMPOS, P. y SÁEZ GÓMEZ, J. M., «Teoría académica y práctica ciudadana en el paludismo: Las causas de las enfermedades en Murcia durante el siglo XVIII desde la perspectiva de la Administración Local», *Revista de Historia de la Medicina y la Ciencia*, vol. 52, 2000, págs. 161-18.
- MATEU TORTOSA, E., *Arroz y paludismo. Riqueza conflictos en la sociedad valenciana del siglo XVIII*, Ediciones Alfons el Magnànim, Valencia, 1987, págs. 79-80. págs. 250-251.
- MILLÁN y GARCÍA-VALERA, J., *Rentistas y Campesinos. Desarrollo agrario y tradicionalismo político en el sur del País Valenciano (1680- 1840)*. Instituto de Estudios Juan Gil-Albert, Alicante, 1984.
- MORELL OCAÑA, L., «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 63, págs. 131-165.
- MUÑOZ MACHADO, M., *La salud pública en España. Evolución histórica y situación actual*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- PARTIDAS DE ALFONSO X [*Las Siete Partidas*. Consultado en Biblioteca Jurídica Digital. Agencia Boletín Oficial del Estado. Ministerio de la presidencia. Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60)].
- PESET REIG, J. L. y PESET REIG, M., «Tercianas y ciencia médica en el Setecientos valenciano», en *Primer Congreso del País Valencià, celebrado en Valencia del 14 al 18 de abril de 1971*. (Edad Moderna) Vol. III, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1976, págs. 685-694.
- PESET, M. y PESET, J. L., *Muerte en España: política y sociedad entre la peste y el cólera*, Seminarios y Ediciones Castilla, S.A, Madrid, 1972.
- RICO-AVELLO y RICO. C., *Aportación española a la historia del paludismo*, Gráficas González, Madrid, 1947, págs. 6-94.
- RIERA, J., *Estudios y documentos sobre arroz y paludismo en Valencia (s. XVIII)*, Secretaria de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1982, págs. 15-69.
- RODRÍGUEZ OCAÑA, E. Y MARTÍNEZ NAVARRO, F., *Salud pública en España. De la Edad Media al siglo XXI*, Escuela Andaluza de Salud Pública, 2008.

ROSADO BATEA, M.<sup>a</sup> I. y VIDAL CASERO, M.<sup>a</sup> C., «Problemática del arroz en Valencia. Legislación de su cultivo en el siglo XIX» *Gimbernat: Revista d'Història de la Medicina i de les Ciències de la Salut*, 1985, Vol. 5, págs. 357-366.

SÁEZ DE SANTAMARÍA GÓMEZ MAMPASO, B., «El derecho frente a las epidemias: el caso del cólera morbo en la España decimonónica» en *La humanidad puesta a prueba. Bioética y Covid-19*, Universidad Pontificia de Comillas, 2020, págs. 47-65.

SERRA RUIZ, R., *El pensamiento social-político del Cardenal Belluga (1662-1743)*, Patronato de Cultura de la Excm. Diputación de Murcia, Murcia, 1963.



# CONTRATOS Y OTRAS RELACIONES JURÍDICAS AGRARIAS EN LA COMUNITAT VALENCIANA: CUESTIONES DE DERECHO INTERREGIONAL

CONTRACTS AND OTHER AGRICULTURAL LEGAL  
RELATIONS IN THE VALENCIAN COMMUNITY:  
INTER-REGIONAL LAW QUESTIONS

**Alfonso Ortega Giménez**

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

*alfonso.ortega@umh.es*

## **Sumario:**

I. PLANTEAMIENTO. II. CONTEXTO: LA LEY 3/2013, DE 26 DE JULIO, DE LA GENERALITAT, DE LOS CONTRATOS Y OTRAS RELACIONES JURÍDICAS AGRARIAS. III. EN PARTICULAR: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 3/2013. IV. REFLEXIÓN FINAL.

## **Palabras clave:**

Derecho interregional, contrato, relaciones jurídicas agrarias, Reglamento «Roma I», conflicto de leyes.

## **Key words:**

Interregional law, contract, agrarian legal relations, «Rome I» Regulation, conflict of laws.

**Resumen:** La importancia histórica del sector agrario en la Comunitat Valenciana es un hecho sobradamente conocido, teniendo, como consecuencia inmediata en el ámbito jurídico, una gran cantidad de relaciones contractuales que general la necesidad de una regulación que tenga en cuenta las especialidades del sector, lo que constituyó el principal motivo de la promulgación de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, que viene a resolver ciertos problemas que se generaban por la falta de regulación. En el presente trabajo se analizarán ciertas cuestiones relativas a la aplicación de dicha norma, teniendo en cuenta lo dispuesto en su Disposición adicional primera, que determina su aplicación de conformidad con las normas de derecho

interregional relativas a las obligaciones contractuales, estableciendo, igualmente, una presunción *iuris tantum* de inclusión, en el ámbito de aplicación de la Ley, de los contratos de cosechas celebrados en la Comunitat Valenciana.

**Abstract:** The historical importance of the agricultural sector in the Valencian Community is a well-known fact, having, as an immediate consequence in the legal field, a large number of contractual relationships that generate the need for a regulation that takes into account the specialties of the sector, which constituted the main reason for the promulgation of Law 3/2013, of July 26, on Contracts and other Agrarian Legal Relations, which comes to solve certain problems that were generated by the lack of regulation. In this paper, certain issues related to the application of said rule will be analyzed, taking into account the provisions of its First Additional Provision, which determines its application in accordance with the rules of interregional law related to contractual obligations, also establishing a *iuris tantum* presumption of inclusion, within the scope of application of the Law, of harvest contracts concluded in the Valencian Community.

## I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo centra su análisis en la Disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias<sup>1</sup> (en adelante, Ley 3/2013), que trata del ámbito de aplicación de la Ley, estableciendo algunas cuestiones que son imprescindibles para el operador jurídico que deba interpretar o aplicar la norma.

En primer lugar, se determina en la referida Disposición adicional primera que la aplicación de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat será en conformidad con las normas de derecho interregional relativas a las obligaciones contractuales. Se trata de una disposición poco determinada que exige, para mayor seguridad jurídica, una concreción en base tanto al Derecho nacional como al Derecho internacional que pueda resultar de aplicación. En el presente trabajo se comenzará analizando estas cuestiones con la finalidad de alcanzar ciertas conclusiones al respecto que arrojen algo de luz a una disposición normativa que es esencial para la aplicación e interpretación de la Ley.

En segundo lugar, analizaremos lo dispuesto en el párrafo segundo de la Disposición adicional primera de la Ley 3/2013, que contiene una presunción *iuris tantum* de que los contratos de compraventa de cosechas que se produzcan en la Comunitat Valenciana y que se hayan celebrado dentro de su territorio, se corresponden con la modalidad de venta a ojo o de venta al peso que regula la norma que estamos analizando.

---

1 *BOE* núm. 222, de 16 de septiembre de 2013; *DOGV* núm. 7079, de 31 de julio de 2013. La Ley fue aprobada por las Cortes Valencianas sin ningún voto en contra: 79 votos a favor y 11 abstenciones. *Vid.* Diario de Sesiones de les Corts Valencianes, de 24 de julio de 2013, n.º 94, VIII Legislatura, p. 4048. La citada Ley, ha sufrido una reforma por Ley 2/2019, de 6 de febrero, de la Generalitat, de reforma de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias, para exigencia de la forma escrita y para la creación del registro de operadores, contratos y relaciones jurídicas agrarias (DOCV de 8 de febrero de 2019), *BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 2019, *DOGV* núm. 8482 de 08.02.2019.

De esta forma, se establece una presunción que incluye, dentro del ámbito de aplicación de la Ley, a todos los contratos de compraventa de cosechas que se celebren en la Comunitat Valenciana, siendo ésta una previsión que resulta interesante analizar, principalmente, por su finalidad y razón de ser, que no es otra que la de constituir un mecanismo de protección de la parte contractual más débil en el ámbito agrario.

Partiendo de estas premisas, el presente trabajo realizará un análisis de la norma teniendo en cuenta el resto de disposiciones del ordenamiento jurídico concordantes a los efectos de llegar a unas conclusiones coherentes que tengan en cuenta, especialmente, la finalidad de la promulgación de la norma y de los mecanismos que se establecen en su Disposición adicional primera.

## II. CONTEXTO: LA LEY 3/2013, DE 26 DE JULIO, DE LA GENERALITAT, DE LOS CONTRATOS Y OTRAS RELACIONES JURÍDICAS AGRARIAS

La **Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias** positiviza la costumbre y regula dos modalidades especiales del contrato de compraventa: las tradicionales venta a ojo o estimada<sup>2</sup> y la venta al peso o *per arrovat*<sup>3</sup>. Contextualiza la situación actual del Derecho civil valenciano y se centra, en particular, en el análisis riguroso, profundo y exhaustivo de estas dos formas contractuales que imperan en el ámbito agrario valenciano, con el análisis de los elementos personales, reales y formales que intervienen en las mismas; así como en los derechos y obligaciones de cada una de las partes: la figura del corredor/a o *alfarrassador/a*<sup>4</sup> y la protección del agricultor en las citadas dos modalidades contractuales. Da respuesta a las principales cuestiones prácticas que se derivan de la aplicación de la norma en el ámbito contractual de la compraventa de frutos y otras relaciones jurídicas agrarias. En el **título I** de esta norma se regulan distintas modalidades del contrato de compraventa propio de la Comunitat Valenciana (venta a ojo o estimada y venta al peso o *per arrovat*), concluyendo con un capítulo dedicado a la figura del corredor o *alfarrassador*, persona experta o práctica en tráfico agrario que puede intermediar en el contrato. El **título II** regula la figura del arren-

- 
- 2 Son varias las sentencias que establecen que el objeto del contrato es siempre «la cosecha»: «la compra de toda la cosecha "a ojo", venta *al ull*, relativa a la compra de la cosecha por una cantidad global alzada, en la que corren los riesgos a cargo del comprador, una vez celebrado el contrato, la compra de toda la cosecha a ojo». *Vid.* SSAP Valencia de 6 junio de 2006, de 24 de octubre de 2011 o de 5 de octubre de 2012.
  - 3 Llamamos venta al peso o *per arrovat*, a la que tiene como objeto la totalidad o parte de los frutos finalmente haya al tiempo de la recolección de uno o varios campos, convenida mientras la cosecha se encuentra pendiente, a un precio fijado por unidad de peso o cantidad.
  - 4 El término valenciano *alferrassar* tiene su equivalente castellano en el verbo «alfarrazar» que, según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), es de aplicación en Valencia y Murcia, y significa «ajustar alzadamente el valor de los frutos en el árbol, antes de la recogida».

damiento histórico, sin perjuicio de determinadas remisiones a la legislación de arrendamientos rústicos. El **título III** se ocupa de los censos forales valencianos que aún perviven en los libros registrales; en él se quiere provocar la constatación de aquellos censos que sigan cumpliendo la función económica para la que fueron creados y la extinción de los que resulten inactivos. Finalmente, el **título IV** regula la costumbre del *torallom*, modalidad consuetudinaria de colaboración agraria que, más allá del voluntarismo solidario, se configura como una auténtica obligación jurídica.

### III. EN PARTICULAR: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 3/2013

Señala la **Disposición adicional primera** de la Ley 3/2013<sup>5</sup> que la presente ley se aplicará de conformidad con las **normas de Derecho interregional o interterritorial** relativas a las obligaciones contractuales. Se presumirá, salvo pacto en contrario, que los contratos de compraventa de cosechas producidas en la Comunitat Valenciana y celebrados en su territorio, se corresponden con alguno de los tipos contractuales regulados en esta ley (antes comentados).

Se trata de una presunción que si bien pretende proteger a la parte débil del contrato, en la práctica, carece de sentido si se tiene en cuenta que las compraventas de venta a ojo y venta al peso serán tales si, precisamente, contienen las características de estas específicas modalidades de compraventa de cosechas, sin que deba acudir a presunciones, sino al examen del contrato ya que, la norma regula unos tipos contractuales bien definidos y con unas concretas características por lo que, lo razonable es que la calificación de los mismos, y su inclusión en el ámbito de la Ley se basara en el análisis del caso concreto y no en presunciones que pueden llevar a resultados que no se compadezcan bien con las concretas circunstancias del caso en el que se deba aplicar la norma. Por último, cabe señalar que resulta confuso el inciso «salvo pacto en contrario» referido a la «presunción». En definitiva, **nos encontramos con que lo razonable hubiera sido su supresión, dada la falta de sentido de este segundo párrafo de la Disposición adicional primera.**

Cabe resaltar la enigmática expresión «de conformidad con las normas de Derecho interregional relativas a las obligaciones contractuales», que parece referirse a las **normas de Título Preliminar del Código Civil**, concretamente: a) al **artículo 10.5** («Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato»); y b) en relación con el **artículo 16.1**

5 Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias. Disposición adicional primera. «Aplicación de la ley. La presente ley se aplicará de conformidad con las normas de derecho interregional relativas a las obligaciones contractuales. Ello, no obstante, se presumirá, salvo pacto en contrario, que los contratos de compraventa de cosechas producidas en la Comunitat Valenciana y celebrados en su territorio, se corresponden con alguno de los tipos contractuales regulados en esta ley».

(«Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV (...)»). Dado que el **artículo 22.2 del Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento «Roma I»)**<sup>6</sup> («Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales»), cuando habla de «Estados con más de un sistema jurídico», permite que los Estados miembros no apliquen las normas de conflicto del Reglamento «Roma I» a los conflictos de leyes internos<sup>7</sup>; sin perjuicio de lo dispuesto en su **artículo 3.3** («Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo»).

Conforme al **artículo 1.1 del Reglamento «Roma I»**, éste «se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes», resulta el criterio según el cual, sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 3.3, el Reglamento «Roma I» no se aplica a los contratos meramente internos, habida cuenta de que no implican un conflicto de leyes (no es objeto en ningún momento de análisis la dimensión interregional o de los llamados conflictos internos ni la aplicación del Reglamento a esas situaciones —contempladas en su **artículo 22.2**— que sí implican un conflicto de leyes).<sup>8</sup>

Como es sabido, cuando resulta de aplicación el **artículo 3.3 del Reglamento «Roma I»**, la elección por las partes de una ley distinta «no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país (el único con el que el contrato presenta conexiones) que no puedan excluirse mediante acuerdo».

En consecuencia, resulta de gran importancia determinar en qué situaciones en las que las partes en el contrato se hallan domiciliadas en el mismo Estado y designan como aplicable la ley de otro cabe entender, a los efectos, del artículo 3.3 del Reglamento «Roma I» que «todos los demás elementos pertinentes de la situación están localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige».

---

6 *DOUE* L 177/6, de 4 de julio de 2007.

7 Esperemos que algún día nuestro país aclare oficialmente su postura ante este tema. *Vid.* <http://conflictuslegum.blogspot.com/2013/09/boe-de-1692013.html>

8 Los llamados «conflictos internos» tienen una gran importancia práctica en un país como España, con una enorme pluralidad legislativa en el ámbito del Derecho privado, pluralidad creciente a medida que las Comunidades Autónomas avanzan en el ejercicio de sus competencias legislativas en la materia. Y lo cierto y verdad es que la resolución de los «conflictos internos» no es tan fácil como podría pensarse inicialmente. La unidad del Derecho interregional, más que un mandato expreso, es un objetivo pretendido por el legislador constitucional por la vía de atribuir al Estado competencia exclusiva en materia de normas para resolver los conflictos de leyes. Es preciso reconocer que existe una insuficiencia de las normas conflictuales vigentes en España para resolver todas las cuestiones que suscita la diversidad de las legislaciones civiles que coexisten.

El **artículo 22 del Reglamento «Roma I»** considera la hipótesis de un Estado miembro que se componga de varias unidades territoriales (como, p. ej., el caso de España), cada una de las cuales con sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales. En este caso, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del Reglamento «Roma I». Pero la norma debe entenderse en sus justos términos. La ley aplicable en virtud del presente reglamento es la ley aplicable entre las distintas de los Estados (no sólo miembros), pero no entre cada una de las unidades territoriales como se confirma en el apartado 2, conforme al cual «un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente reglamento a los conflictos de leyes que afecten *únicamente* a dichas unidades territoriales. Por tanto, el Reglamento «Roma I» no se aplica si el supuesto carece de elemento de internacionalidad *interestatal*. Siendo así la cosa, hemos de acudir al **artículo 10.5 del Código Civil**. Conforme a él, se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. Así las cosas, la cuestión de la norma jurídica aplicable debe resolverse conforme a lo establecido en el **artículo 10.5 de nuestro Código Civil** para los conflictos de derecho interregional y en los artículos 3 y 14 del Reglamento «Roma I» en lo referente a los conflictos de leyes que puedan surgir en el ámbito del Derecho internacional privado.

En definitiva, las normas contenidas en el **artículo 10 del Código Civil** para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales son normas jurídicas en vigor y que siguen siendo aplicables cuando se trate de contratos en los que se planteen conflictos de leyes de Derecho interregional; en estos casos, se aplicarán las normas del **artículo 10.5 del Código Civil**, puesto que el Reglamento «Roma I», en principio, no se va a aplicar a casos de derecho interregional, en base al antecitado artículo 22.2 del Reglamento «Roma I» (salvo que el país en cuestión decida aplicar el Reglamento «Roma I» a estos casos, pero España no optó por esta alternativa).<sup>9</sup>

De esta forma, se ha conseguido arrojar algo de luz a lo dispuesto por el primer inciso de la Disposición adicional primera de la Ley 3/2013, al haberse concretado cuál es el mecanismo que, en nuestro ordenamiento jurídico, sirve para solventar los conflictos de derecho interregional lo que es de gran importancia en un sistema jurídico que, como el nuestro, entremezcla normativa estatal y autonómica con normas de derecho civil foral que resultan, en ocasiones, y dependiente del concreto supuesto, de aplicación a los contratos de compraventa de cosechas. En consecuencia, ante la amalgama normativa que rige las relaciones contractuales en nuestro país, **es de enorme importancia que los mecanismos de aplicación de las normas en caso de conflicto estén bien definidos y**

9 En este sentido, SAP Navarra 297/2001, de 16 de noviembre de 2001, relativa a un contrato de publicidad celebrado por escrito, que se firma primero en Pamplona y después en Vitoria, así que como se considera que el lugar de celebración del contrato es Vitoria y no Navarra, la ley aplicable al contrato será la ley del País Vasco, en virtud del apartado primero del artículo 10.5 del Código Civil, que contempla el lugar de celebración del contrato como último punto de conexión para la determinación de la ley aplicable. *Vid.* CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA González, Javier, «Contratos Internacionales», en CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Dirs.), *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Comares, Granada, 2014, pp. 756-757.

**sean claros y precisos**, con el fin de ser garantía del principio constitucional de seguridad jurídica que ha de regir las relaciones contractuales.

No obstante, cabe señalar que, de todo lo expuesto se hace evidente que **la redacción del párrafo primero de la Disposición adicional primera es confusa y ambigua**, cuando la realidad es que hubiera sido mucho más sencillo una Disposición que remitiera a las normas de conflicto de derecho interregional establecidas en el Código Civil relativas a las obligaciones contractuales. Con esta previsión se alcanzaría un mayor grado de simplicidad en la interpretación de la norma y, en consecuencia, se favorecería la seguridad jurídica en las relaciones contractuales.

## IV. REFLEXIÓN FINAL

Si bien se debe valorar positivamente la elaboración de la Ley 3/2013, cuyo fin es dotar al sector agrario valenciano de una mayor seguridad jurídica y otorgar una mayor protección a los agricultores y agricultoras, a partir de los usos, costumbres y tradiciones del campo de la Comunitat Valenciana, como son, entre otros, la venta a ojo o estimada, la venta al peso, el derecho al *tornallor* o figuras como el *alfarrassador* y la *alfarrassadora*, ahora bien, en lo que a la Disposición adicional primera se refiere dos precisiones: 1.<sup>a</sup>) **La incorporación del párrafo primero resulta innecesaria dada su previsión**, como ya se ha comentado, en el artículo 16 de nuestro Código Civil. Hubiera sido más acertada la redacción siguiente: «Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles se resolverán según las normas de derecho interregional establecidas en el Código Civil relativas a las obligaciones contractuales»; y 2.<sup>a</sup>) **La presunción establecida en el apartado segundo de la citada Disposición adicional primera carece de sentido**, y ello si se tiene en cuenta que las compraventas de venta a ojo y venta al peso serán tales si precisamente contienen las características de estas específicas modalidades de compraventa de cosechas, sin que deba acudir a presunciones, sino al examen del contrato. Además, resulta confuso el inciso «salvo pacto en contrario» referido a la «presunción». Lo razonable hubiera sido su supresión, dada la falta de sentido de este segundo párrafo de la Disposición adicional primera.<sup>10</sup>

10 Vid., en el mismo sentido, Dictamen 55/2012 del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*.





# 315 AÑOS DE LUCHA POR EL DERECHO CIVIL VALENCIANO: LOS DECRETOS DE LA NUEVA PLANTA CASTELLANA

315 YEARS OF THE STRUGGLE FOR VALENCIAN CIVIL LAW: THE DECREES OF THE NEW CASTILIAN PLANT

**Salvador Salas Arrue**

Investigador.

*s.salasarrue@gmail.com*

## Sumario:

I. EL DECRETO DE 29 DE JUNIO DE 1707. 1. El decreto de 29 de junio de 1707. 2. El decreto de 29 de junio de 1707: su entrada en vigor. II. LA INSTRUCCIÓN DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1707. III. ANÁLISIS DE LOS DECRETOS DE FELIPE V. IV. CONSECUENCIAS ANTES Y DESPUÉS: LA ESTRUCTURA POLÍTICO-GUBERNATIVA: ANTES Y DESPUÉS. 1. La estructura político-gubernativa. 2. La Chancillería y su reducción a Audiencia. 3. La Generalitat y su inclusión en la superintendencia borbónica. 4. La intendencia. 5. El Ayuntamiento. V. INTENTOS DE DEVOLUCIÓN DE LOS FUEROS: LOS DIFERENTES INTENTOS DURANTE EL S. XVIII. 1. Los diferentes intentos durante el s. XVIII. 2. Un repaso al derecho valenciano en la actualidad. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

**Palabras clave:** Furs, Nueva Planta castellana, Reino de Valencia, Derecho Civil Valenciano, Rey Felipe V.

**Key words:** Furs, New Castilian plant, Kingdom of Valencia, Valencian civil law, King Felipe V.

**Resumen:** Este artículo pretende acercar al lector a lo que significó para la sociedad valenciana los decretos de la nueva planta castellana. A través de un enfoque histórico y jurídico pretende conducirnos, de forma breve, hasta los últimos intentos de recuperación del derecho civil valenciano, históricamente los herederos de los Furs que concediera el rey Jaume I. Pretende mostrar las consecuencias, los cambios, los conflictos y la resistencia hacia la supresión del derecho foral y su camino hacia el derecho castellano, así como las consecuencias de tal resistencia que serían aplicadas desde la administración borbónica. A su vez pretende transmitir los sentimientos de desafección de los detractores de la nueva planta, al igual que interés de los que apoyaban la implementación del derecho castellano y su permanencia, como también los obstáculos políticos que surgieron en

el s. XVIII y que siguen estando latentes en nuestros días, impidiendo 315 años después de la implementación de los decretos de la nueva planta castellana, la restitución del derecho civil valenciano que por derecho personal, histórico y de costumbre, pertenece al pueblo valenciano y a todos los valencianos sin excepción. Y de como a consecuencia de la guerra de sucesión entre Felipe V y el archiduque Carlos y que culminaría con la batalla de Almansa, en favor de las armas borbónicas, el 29 de junio de 1707, se terminaría acordando en el buen retiro de Madrid, la firma de los decretos de la nueva planta que abolirán el derecho foral en los territorios de la corona de Aragón y el reino de Valencia.

**Abstract:** This article aims to bring the reader closer to what the decrees of the new Castilian plant meant for Valencian society. Through a historical and legal approach, it aims to take us, briefly, to the last attempts to recover Valencian civil law, historically the heirs of the Furs granted by King Jaume I. It aims to show the consequences, the changes, the conflicts and the resistance towards the suppression of the foral law and its path towards Castilian law, as well as the consequences of such resistance that would be applied by the Bourbon administration. At the same time, it tries to transmit the feelings of disaffection of the detractors of the new plant, as well as the interest of those who supported the implementation of the Castilian law and its permanence, as well as the political obstacles that arose in the 18th century and that are still latent in our days, preventing 315 years after the implementation of the decrees of the new Castilian plant, the restitution of the Valencian civil law that by personal, historical and customary right, belongs to the Valencian people and to all the Valencians without exception. And as a consequence of the war of succession between Philip V and the Archduke Charles, which would culminate in the battle of Almansa, in favour of the Bourbon arms, on the 29th of June 1707, the signing of the decrees of the new plant that would abolish the foral law in the territories of the crown of Aragon and the kingdom of Valencia would end up being agreed in the good retreat of Madrid.

## I. EL DECRETO DE 29 DE JUNIO DE 1707

### 1. El decreto de 29 de junio de 1707

El decreto de 29 de junio de 1707 significará la definitiva extinción de todo el derecho de Valencia. Mediante este decreto se abría una nueva etapa para el reino de Valencia en los inicios del s. XVIII. El decreto emanado directamente del gabinete o consejo privado del monarca que respondía a la idea de Amelot, Cisco Ronquillo, futuro conde de Gramedo. Aunque hubo otros, los duques de Montellano y Medinasodina, el conde de Frigiliana, no juzgaron adecuada la medida que podría exasperar a los catalanes, que todavía resistían.

Hay que observar que las disposiciones de este decreto eran escasas e insuficientes. Venían a crear: las chancillerías en Valencia y Aragón, regidas al estilo de Valladolid y Granada; los castellanos podrán obtener cargos y oficios en los reinos de Valencia y Aragón, de la misma forma que los aragoneses y valencianos en Castilla, sin distinción alguna, pero de esto se exceptuaban las controversias con la jurisdicción eclesiástica que no debían alterarse.

El ayuntamiento de Valencia, junto al clero y otras personas notables, intentaron oponerse mediante un memorial redactado por el jurado Blanquer y el abogado José Ortí. En él se decía que «*las clases altas no secundaron al archiduque y que no hubo culpa en la rendición de Valencia*»<sup>1</sup>, por falta de tropas y recursos. El rey se mostró inflexible, mandó a la prisión de Pamplona a los autores del escrito y hubo que ceder en la oposición al decreto.

Era evidente que para continuar con las pretensiones unificadoras del rey Felipe V el decreto requeriría de una legislación complementaria más amplia y específica. Por ello mismo hubo dos posteriores decretos muy próximos al del 29 de junio que conviene señalar; el decreto de 29 de julio de 1707 y de 5 de noviembre de 1708. Felipe V manifestó su voluntad de confirmar a aquellos nobles valencianos que le habían sido fieles y a los titulares de las viejas jurisdicciones señoriales concedidas en el s. XIV por Alfonso II —jurisdicciones alfonsinas—, sus privilegios personales. Esta fue la única excepción que subsistió del derecho valenciano, el resto del ordenamiento jurídico valenciano quedó extinguido por el decreto derogatorio del 29 de junio de 1707.

## 2. El decreto de 29 de junio de 1707: su entrada en vigor

La abolición del sistema jurídico valenciano planteaba un problema en el ámbito del derecho privado; qué validez tenían los actos y negocios jurídicos que se celebraron tras aquella fecha, pero siguiendo las normas forales. Debía establecerse un criterio que determinara la validez o nulidad de los mismos. Debía saberse si el decreto de 29 de junio de 1707 entró en vigor inmediatamente en todo el reino de Valencia o requería que se publicara en sus diferentes ciudades, pueblos, lugares, etc... Los Furs contenían normas precisas en ese sentido. Los fueros y actos de corte entraban en vigor una vez publicados en cortes, sin requerir un posterior bando o «*cridà*» en la ciudad y demás lugares del reino, aunque era habitual que recibieran publicidad por medio de pregones. Las pragmáticas, en cambio, debían promulgarse en Valencia y demás ciudades donde existía gobernador o lugarteniente de gobernador. Tras la nueva planta parece que se utilizó un sistema análogo. De este modo, todas las pragmáticas y provisiones reales de ámbito general que llegaban al Real Acuerdo contenían la siguiente anotación «*se obedeció y mando publicar en esta ciudad y las demás villas y lugares del reino*»<sup>2</sup>.

A pesar de todo, los notarios aplicarán el derecho foral, la lengua valenciana o el latín, igual que habían hecho antes, hasta el 11 de agosto. Al día siguiente —12 de agosto— se comunica a la ciudad la Real Orden de 3 de agosto de 1707, recibida en el Real Acuerdo el 10 de agosto, que preveía la introducción del papel sellado en el reino. También se hacía saber que los notarios quedaban desde ese momento suspendidos en sus oficios mientras no obtuvieran habilitación de la Chancillería, y quizá con esta «*cridà*», también se hiciera público de forma oficial el contenido del decreto. En estos primeros momentos la prohibición de ejercer sus oficios se extendió igualmente a abogados y procuradores.

---

1 PESET, M., MORA, A., CORREA, J., GARCÍA TROBAT, P., PALAO, J., MARZAL, P., BLASCO, Y., *Lecciones de Historia del Derecho*, Valencia, 1998, p. 263

2 MARZAL RODRÍGUEZ, P., *Introducción del derecho castellano en el Reino de Valencia: la instrucción de 7 de septiembre de 1707*, A.R.V. Escribanías de Cámara, exp. 7, año 1739, p. 250.

La producción del nuevo derecho se haría de forma menos aparatosa, inhabilitando a los profesionales que debían aplicar el derecho —jueces, abogados, notarios— y exigiéndoles, después de comprobada su fidelidad borbónica, jurar la utilización y observancia de las leyes castellanas, como hasta entonces se había hecho con los Furs.

## II. LA INSTRUCCIÓN DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1707

Esta instrucción en particular goza de mucha relevancia en todo lo que fue el proceso de la nueva planta castellana, pues será la que pondrá en marcha los nuevos cambios en todo el territorio de acuerdo con los patrones castellanos.

El 7 de septiembre se despachaba por la Chancillería una instrucción que debían ejecutar los gobernantes o cualquier justicia de las ciudades, villas o lugares del reino. Sirvió para hacer llegar a todos los pueblos del reino la comunicación oficial por la que se daba a conocer la abolición de los Furs y demás normativa foral, así como las medidas más urgentes que debían adoptarse para aplicar las reformas introducidas. A los abogados, la instrucción dispondría que los gobernadores o justicia de las poblaciones les comunicaran las modificaciones producidas y que deberán hacer las defensas según las leyes castellanas y utilizar el papel sellado. En cambio, a los notarios se les prorrogaba en sus oficios durante cuatro meses obligándoles a que durante este espacio de tiempo sacaran «*despacho en forma de su majestad*», en caso contrario, no podrían actuar y los actos que recibieran serían nulos.

El conocimiento y la publicación progresiva de las leyes castellanas generó un gran número de contratos, testamentos y demás negocios jurídicos privados que se celebraron al amparo de la normativa foral, después del día 29 de junio, fecha de su abolición. En la ciudad de Valencia se prorrogó hasta el 11 de agosto. En el resto del reino algunos meses más. A los problemas surgidos en las escrituras, testamentos, contratos, etc... realizados tras la abolición, pero en forma y contenido foral recibió la voluntad del monarca de mantener el valor jurídico de los actos privados que en principio quedaban fuera del ámbito político, que llegó a manifestarse posteriormente a través de la actitud de los miembros de la Chancillería a la hora de resolver estos problemas. Fue una actitud flexible que admitió la validez de estos negocios. No hubo sentencias de nulidad.

Los magistrados de la Chancillería o audiencia adoptaron dos criterios para resolver estos litigios: el primero, caracterizado por atender a la fecha en que la instrucción de 7 de septiembre fue publicada. Si la fecha constaba de forma cierta y quedaba probado que a la publicación de las leyes castellanas no se había producido, se admitía enteramente su validez.

Hay que matizar que es la persona con formación jurídica —abogados y notarios— quien va a escoger la ley aplicable. En un nivel superior, será el juez quien decidirá la norma que debe resolver el conflicto en concreto. Serán estos tres grupos —jueces, abogados y notarios— quienes nos van a determinar el grado y momento de la aplicación de la ley castellana. Y fue a estos grupos de profesionales a quienes afectó la instrucción de

7 de septiembre de 1707. Esta norma fue la que facilitó la introducción de las leyes castellanas en el ámbito del derecho privado, pero no acabó con los problemas generados por un cambio de legislación tan drástico. No hay que olvidar que esta disposición no fue acompañada por una legislación posterior que llevara a cabo la transición del derecho privado valenciano al castellano. Ante esta situación correspondería a los jueces asumir la tarea de delimitar el alcance y validez del derecho valenciano. Esta solución originaría, a su vez, un problema; la ausencia de criterios homogéneos o generales que sirvieran para dirimir todos los conflictos. Estos problemas de dualidad de legislaciones permanecieron latentes durante el S. XVIII.

Será en 1719, cuando el rey Felipe V visite Valencia. En ese momento se aprovechará y la ciudad presentará un memorial solicitando la devolución de los Furs. Aduce a dos razones: la primera, la similitud de las concesiones realizadas a Aragón y Cataluña, y la segunda, tal vez la más importante, a la duplicidad de legislación. Cabe reseñar que a pesar de esta súplica y de la consiguiente aceptación real, los Furs nunca fueron devueltos a los valencianos.

### III. ANÁLISIS DE LOS DECRETOS DE FELIPE V

En el decreto de 3 de abril de 1711, Felipe V otorgó una nueva organización a la audiencia de Zaragoza, restableciendo parte del derecho aragonés derogado en 1707. Este decreto creó para Aragón la figura del comandante general como autoridad militar suprema, a cuyo cargo quedó el gobernador militar, político y económico del reino. Éste había de presidir una junta de hacienda encargada de recaudar las rentas reales en Aragón, del mismo modo que el comandante presidiría en adelante la Audiencia. Se dispuso que la Audiencia tuviera dos salas: una dedicada a los pleitos criminales, que debería juzgar con arreglo a las leyes castellanas, y otra dedicada a los pleitos civiles, que debía juzgar con arreglo a las leyes del reino de Aragón. Esto significó una importante concesión al derecho civil aragonés.

Pese a esta importante concesión, aun así, para poder recurrir en apelación alguna de las sentencias de una u otra sala de la Audiencia era necesario recurrir ante el consejo de Castilla —el consejo de Aragón fue suprimido por Decreto de 15 de junio de 1707—, Felipe V declara en el decreto de 1711 que en el consejo de Castilla habrá ministros instruidos en las leyes de Aragón para que puedan conocer de las apelaciones de pleitos civiles. Este fue un modo de garantizar la aplicación del derecho civil aragonés en una y en otra instancia. Así el reino de Aragón recuperó su derecho civil en 1711 y lo conservó hasta la codificación del derecho civil que se elaboró en el siglo siguiente.

En lo referente al reino de Valencia —abolidos sus fueros por el decreto de 29 de junio de 1707— la ciudad viene a encaminarse a encontrarse con varios cambios. Por el momento, va a encargarse de sus finanzas el comisario del ejército José de Pedrajas, y de «reglar la ciudad al pie de Castilla» se encargará el regalista Melchor de Mancañaz. En Valencia se irá adecuándose el nuevo orden centralista; una Real Orden otorgará a la ciudad el voto en las Cortes de Castilla; el Virrey será sustituido por el capitán gene-

ral, que preside también la Real Audiencia; ésta quedará configurada como alto tribunal y al mismo tiempo tiene una función político-administrativa de gran relevancia y autoridad —el «*Real Acuerdo*»—. La creación de los intendentes que serán los encargados de la hacienda pública «latu sensu» se harán cargo de todos los nuevos impuestos —el equivalente al Catastro de Cataluña—. Para todos los municipios relevantes se nombrarán «corregidores» —una forma de delegados administrativos—, y los ayuntamientos se configurarán según el modelo castellano —regidores, corregidores-presidente y alcalde mayor como asesor jurídico—. Como una forma de compensación hacia estas nuevas exacciones, en 1708 se suprimieron los «puertos secos», con tal de facilitar el comercio de Valencia con Castilla y Aragón.

Ante estos cambios la reacción de la ciudad de Valencia no se haría esperar y se redactaría un memorial —redactado por Blanquer y Ortí— y que aducía a dos razones fundamentales entre mil súplicas y sobreentendidos. La primera fue el indulto de 5 junio y el decreto de 29 de julio reconocían la fidelidad de la mayor parte de los valencianos, al menos de los más ilustres y de los que no se ausentaron. Este fue el argumento jurídico pretendido entre las vaguedades de dos disposiciones recientes. La segunda que, a pesar de la motivación expresada en el decreto de abolición de 29 de junio, no había existido rebelión en Valencia. Está fue la primera imputación que Macanaz expresaría, conminando con las penas que este delito llevaba aparejadas en el derecho civil de gentes y propio. El decreto de 1707 recoge este parecer, mientras en posteriores decretos para los otros reinos y principado, se olvidaría esta razón delictiva. No, no hubo rebelión en Valencia. El sobrino de Ortí redacta un manuscrito, algunos años más tarde, que recogerá con mayor extensión estas razones de derecho. El manuscrito lleva por título «Manifiesto de que no hubo rebelión en Valencia en los sucesos del año 1705 y los siguientes». Este manuscrito también recoge el sentimiento y las razones de las personas que, aun partidarias de Felipe V, vieron con dolor la mutilación jurídica de Valencia. Confiesa que es superflua la prueba y demostración de que Valencia no se había revelado.

El autor del manifiesto no duda en abominar de quienes han admitido la realidad de una rebelión y llega a afirmar un deseo de los castellanos por hundir las instituciones y sistema que regía en el reino mediterráneo. No hubo este delito porque se dejó indefensa a la ciudad, porque la venida de los enemigos aterrorizó a las gentes y el tumulto posterior —incendio de cárceles, delincuentes sueltos, griterío del pueblo bajo— impidieron toda acción por parte de los fieles del rey.

El memorial se despachó el día 22 de agosto y se presentaría el día 4 de septiembre y, el día 12 de septiembre se conocen los primeros resultados —rápidos y tajantes—, sus autores serán enviados al destierro en Pamplona. Jamás se daría una respuesta mesurada ni una contestación adecuada a lo expresado en el memorial. El 12 de octubre la ciudad se rendía ante la fuerza y el absoluto poder del monarca. Se emite un nuevo memorial, esta vez rendido y dispuesto a entrar por la senda señalada en forma tan inapelable. El memorial estaba destinado a altos personajes como Amelot y Grimaldo. Tras este memorial los presos serán puestos en libertad. Desde Madrid se les felicita por su nueva postura y actitud. Amelot, dice en su respuesta que, con especial gusto, la «*rendida resignación a las órdenes de el Rey, conformándose obediente con su Real voluntas; V.S.<sup>a</sup> ha escogido el mejor y más acertado medio para conseguir repetidos efectos de su benigna clemencia, y con toda la certeza debe V.S.<sup>a</sup> esperarlo así; y pues está ya V.S.<sup>a</sup> en el conocimiento de que S. Mag. le ha dispensado un singular favor, en igualarse con su amada Castilla, concediéndole*

*todas las leyes, fueros, privilegios y costumbres que a costa de tantos, tan antiguos méritos y servicios ha adquirido, no excuso darle la enhorabuena...»<sup>3</sup>.*

## IV. CONSECUENCIAS ANTES Y DESPUÉS

### 1. La estructura político-gubernativa

Para comprender mejor todavía el significado de los cambios que traería consigo la nueva planta castellana vamos a repasar la estructura político-gubernativa. Vamos a partir desde la organización que existía en el reino de Valencia durante los Furs.

La ausencia del rey en el reino de Valencia era sustituida por la figura del Virrey —o lugarteniente general— que actuaba como un «alter ego» del rey y está al frente de los altos magistrados. Éste era un cargo temporal; la duración del cargo solía ser de tres años, como regla general, sin que hubiese una periodificación matemática. El Virrey cesaba automáticamente cuando el rey entraba en el reino, y para poder volver a ejercer en el cargo se necesitaba un nuevo nombramiento y juramento de los fueros y privilegios del reino. Más tarde se añadió al cargo de Virrey el de Capitán General, así el lugarteniente reunía en sus manos el poder civil y militar.

También estaban los Consejos de gobierno, se encontraban al lado de la institución del Virrey y del rey. La administración central de los Austria fue calificada de «polisinodial», que viene a significar «el gobierno de los Consejos» compuesto por: la Real Audiencia en Valencia y el Consejo de Aragón en la corte. La Real Audiencia es el supremo organismo judicial del reino —entiende de los asuntos por vía de apelación o recurso, pero nunca en primera instancia— y, al mismo tiempo, actúa como consejo de gobierno del Virrey. Estaba formada por el Canciller, el Vicecanciller, el regente de la Chancillería, el regente de la tesorería y los doctores del Real Consejo. La Real Audiencia se dividía en tres salas: dos para los asuntos civiles y una para los asuntos pertenecientes a la jurisdicción criminal. También actuaba como una forma de tribunal de garantías constitucionales, encargadas de velar por el respeto de los fueros y privilegios del reino —al igual que en los otros territorios de la corona de Aragón—.

La administración de las rentas del patrimonio real estaba a cargo el Tribunal de Hacienda del que formaban parte dos magistrados relevantes: el Baile general y el maestro Racional. El Baile general tenía como misión la conservación y cobro de los derechos pertenecientes al real patrimonio, la resolución de los asuntos correspondientes a los lugares de regalía y las controversias entre los oficiales reales y los de las acequias. El maestro Racional era una forma de ministro de finanzas, se encargaba de recibir las cuentas de los administradores de todas las rentas reales. Con lo recaudado se hacía frente a los pagos de salarios de los distintos oficiales del reino y parte de los del Consejo de Aragón.

---

3 PESET, M., Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia. «Anuario de historia del derecho español», p. 670

Ya expuesta la estructura político-gubernativo que existía durante los Furs y, sin olvidar que los reinos de Valencia y Aragón vivirán un proceso de mutación institucional desde 1707 hasta 1720, sus autoridades y organismos van a cambiar. Vamos a tratar ahora cómo será la estructura político-gubernativo con la nueva planta castellana.

La figura central del sistema, el capitán general —en época foral fue un cargo que se otorgó al Virrey—, no aparece como eje fundamental desde los inicios —se haya pendiente, sobre todo, de la guerra—. La Chancillería en 1716 entra en conflicto con el capitán general y es reducida a Audiencia —esta cuestión será abordada más adelante con mayor extensión—. Las rentas de Valencia pasan a manos de un superintendente hasta la creación de un intendente de estilo francés, que concentrará las cuestiones financieras en general, con otras del tipo militar, de abastecimiento y pagos al ejército. El gobernador militar primero, Antonio del Valle, será nombrado corregidor de Valencia y de su ayuntamiento, que debido al decreto de abolición ha sido ajustado a la organización y normas de Castilla. El ayuntamiento, en un primer momento, perdió sus facultades e incluso el patronato sobre la universidad —pese a que la universidad consiguió continuar con sus viejas formas porque lo pidió al monarca la ciudad de Valencia que era su patrona— y ya, en 1720 y, tras informe favorable del fiscal del consejo, el ayuntamiento recuperó sus atribuciones —al igual que el patronato sobre la universidad que le fue suprimido—.

La nueva organización del reino se asentó en tres poderes equilibrados: el poder militar, que correspondería al capitán general, el poder gubernativo-judicial, que quedaría a manos de la Chancillería y el Intendente, que se encargaría del poder financiero.

Hemos de detenernos por un momento y volver la vista atrás y hacer una mención a cuáles eran los organismos representativos del reino de Valencia durante la vigencia de los Furs. Éstos se encontraban divididos en tres instituciones: Las Cortes, La Generalitat y los Municipios. Las Cortes actuaban como representación de los tres estamentos del reino —el eclesiástico, el militar o aristocrático y el popular o real—. La Generalitat actuaba como una diputación permanente de las mismas Cortes. Estaba formada por representantes de los tres brazos presididos por el diputado eclesiástico. Eran los organismos representativos de todo el reino que los Austrias heredaron de los tiempos medievales. La Generalitat comenzó a surgir a finales del s. XIV, con Pere el Ceremoniós, y fue organizada definitivamente unos años después por Martí l'Humà. Estaba formada por seis diputados —dos por cada estamento— renovados cada tres años, también por tres clavarios —uno por estamento— y seis contadores —dos por cada estamento—. Para el nombramiento de estos cargos, en 1510, en las Cortes de Montsó, se estableció el sistema insaculador —«de sac i sort»—. En lo que refiere a los municipios hay que tener en cuenta las normas establecidas por Fernando el Católico, que estableció el sistema de elección insaculatorio para la provisión de los cargos, así como también las dos funciones del poder municipal, las administrativas y las judiciales. Para lo referente a las funciones administrativas, el Consejo general (consejo de Cent o ayuntamiento), ejercía la representación popular de la ciudad de Valencia y estaba compuesto de 142 miembros que representaban a las doce parroquias y de los diferentes oficios y las profesiones liberales. El Consejo se reunía en la «Sala dels Àngels de la Casa de la Ciutat», bajo la presidencia del «justicia civil», o del «justicia criminal», en ausencia del primero. El Consejo intervenía en todos los negocios administrativos y económicos de la ciudad y, además, en los asuntos generales del reino. También era costumbre que actuase como árbitro en las controversias surgidas entre los nobles y también entre las otras ciudades y villas del reino gracias al gran prestigio que ostentaba.



Después de haber abordado la estructura de los órganos representativos en la época foral, es el momento de seguir y estudiar la estructura de estos órganos tras la nueva planta castellana.

El primer órgano —poder, de ahora en adelante— al que hay que hacer referencia será el de Capitán general —Virrey en época foral—. El Capitán general ostentaba la más alta autoridad. Su poder se enaltece a partir del nombramiento del marqués de Villadarias, que hizo su entrada en Valencia el 3 de febrero de 1714. El 11 de marzo de 1714, el monarca dio una instrucción: «*la forma en que se ha portar esta Chancillería y sus ministros con el marqués de Villadarias, gobernador y capitán general de ese reino*»<sup>4</sup>, mediante esta instrucción aparecerá deslindado su poder puramente militar. Debido a los conflictos con el Capitán general por Real Cédula de 26 de junio de 1716 se producirá la transformación de la Chancillería en Audiencia, sometiéndola en todo lo gubernativo al Capitán general, que presidiría el Real Acuerdo, órgano de gobierno de los tribunales. En su régimen interno la nueva Audiencia debía ajustarse a la de Zaragoza, creada en 1711 —pero como ya se ha mencionado anteriormente, ésta será una cuestión que se abordará en mayor profundidad más adelante—.

El segundo poder, la Audiencia, poseía atribuciones judiciales en sus dos salas civiles y una criminal, usada para los pleitos más notables y en apelación. El Real Acuerdo, que era presidido por el Capitán general, resolvería cuestiones de gobierno tales como: la circulación de la legislación real, informes, algunos nombramientos, visita a las cárceles, de entre otras. Tras la nueva planta también quedará configurada la figura del Intendente. A esta figura se le encomienda el manejo y administración de las rentas, con facultades para nombrar subalternos y jurisdicción para resolver las cuestiones que se le planteen. Juan Pérez de la Puente será nombrado superintendente general de las rentas del reino.

En lo referente al ámbito municipal, tanto el Ayuntamiento como su corregidor seguían el estilo castellano; sus rentas pasarían definitivamente al Intendente, incluso el cargo de corregidor de la ciudad de Valencia sería asumido por el Intendente. Debido a toda esta corriente de cambios en el reino de Valencia, y como era de esperar, las restantes ciudades y pueblos del reino se transformaron conforme a los esquemas castellanos mediante alcaldes y regidores. Pero como ya se ha mencionado en varias ocasiones por este autor, de estas instituciones serán tratadas más adelante con mayor profundidad.

Solo quedarán fuera del alcance de estas reformas algunos sectores e instituciones como: la iglesia y los señoríos, la universidad, las comunidades de regantes, el hospital, la casa de la misericordia y algunas corporaciones profesionales, tales como los gremios.

## 2. La Chancillería y su reducción a Audiencia

Es el momento de profundizar en los cambios de los órganos representativos del reino de Valencia. Vamos a comenzar por introducirnos en la Chancillería y lo que supuso su reducción a Audiencia. La nueva Chancillería se implementó rápidamente, cuasi de forma inmediata. Se insta en 29 de junio. Para esta nueva Chancillería, al igual que en Aragón,

---

4 Extracto de PESET, M., MORA, A., CORREA, J., GARCÍA TROBAT, P., PALAO, J., MARZAL, P., BLASCO, Y., *Lecciones de historia del derecho*, cit., p. 268

se sigue el modelo de Valladolid y Granada en tierras castellanas. También se establecen organismos semejantes para que atiendan a su gobierno político y administrativo e impartiesen alta justicia en sus salas.

Con la antigua Audiencia del Virrey (en época de los Furs) extinguida e instalada la nueva Chancillería, se van expidiendo los distintos títulos de presidente, oidores y alcaldes del crimen, que eran los miembros fundamentales de la Audiencia. Primero se establecerán los de los oidores, tres días más tarde los alcaldes del crimen. La mayoría vendrán de las Chancillerías castellanas y de la Audiencia de Sevilla. En cuanto a la procedencia de los oidores; uno de la Chancillería de Valladolid, dos de Granada y otro de la Audiencia de Sevilla y cuatro de la antigua Audiencia. En cuanto a la procedencia de los nombrados como alcalde de crimen; provenían de Sevilla y Madrid. Cabe hacer mención que para dar entrada a los que habían sido fieles a la anterior Audiencia y en orden a completar las salas, se nombraría o revalidarían los títulos de otros de la antigua Audiencia foral. Después del primero de agosto, se nombró a un presidente y así completar el conjunto de la Chancillería.

Con los nombramientos cumplidos, el día 9 de agosto se constituye el organismo valenciano. El primer nombramiento y compareciente será el presidente. Será nombrado para este cargo D. Pedro de Larreátegui y Colón.

El día 10 de agosto reunidos en Real Acuerdo; el presidente y los Oidores, designaron a quienes habían de desempeñar los distintos ministerios menores. Se nombrará a un escribano de cámara, Francisco Comes, auxiliado por otros dos; seis escribanos de provincia o notarios públicos, trece procuradores que se someterían al examen de un oidor, un tasador de procesos y un repartidor; cinco relatores, seis porteros, once alguaciles y siete abogados. Al mismo tiempo se solicitó de los justicias y jurados que nombrasen a un receptor de papel sellado y otro de penas de cámara en sus lugares.

En su conjunto podemos observar que ha quedado establecida la Chancillería con un presidente, dos salas civiles servidas por tres oidores cada una y otra criminal. Cada sala tendrá su fiscal que impulsa la administración de justicia.

El día 18 se ordena en el acuerdo que todos los escribanos públicos o notarios pusieran en manos de los nuevamente nombrados los pleitos que tuviesen. Pero pese a que la Chancillería estaba lista para actuar, se tendría que enfrentar con otro de los problemas que se suscitaron con la entrada en vigor del decreto de la nueva planta y la supresión de los fueros, la doble jurisdicción aplicable. Para resolver este problema jurisdiccional, el rey daría órdenes específicas.

Las primeras medidas se vieron a través de una Real Cédula de publicada en el año 1707 que establecía lo que debía hacerse en los pleitos que se hubieren seguido y sentenciado *«Quiero y mando que en los pleitos que se han seguidos durante el tiempo de la intrusa Audiencia, formada en esa ciudad y en todos los demás tribunales ordinarios de ese reino, entre parte que estuvieron bajo la obediencia de los enemigos, se den, como desde luego doy, por nulas y de ningún valor todas las sentencias, provisiones y autos sobre ello dados, así en dicha Audiencia, como en los expresados tribunales y todos los derechos expedidos por sus jueces (...)>*<sup>5</sup>.

5 Libros Acuerdo, 1707, original en 164 ss., copia 89 ss. Viene en ORTÍ MAYOR, J. Diario, 1 de

En este decreto también se salvaban las confiscaciones que se hubiesen realizado contra ausentes, así como las herencias o testamentos que pudieren haberles correspondido. Pero pese a la radicalidad de la solución se acabará atendiendo a los distintos supuestos y casos.

Otra de las consecuencias que afrontará la nueva Chancillería, no solo las jurídicas que han sido mencionadas, sino, también, las rencillas que originarían los recuerdos de una guerra que todavía era tan reciente y todavía continuaba. Producto de éstas y cada vez más crecientes rencillas, el mismo día de agosto, se encarcela al antiguo regente de la Audiencia, José Sanchis, y a tres ministros de la misma. El día 31 recae sentencia sobre ellos, condenándolos al destierro, salvo al Dr. Sancho que está sacramentado y morirá al cabo de pocos días. Los otros partieron hacia su destierro en Pamplona, del que quedarían libres el 29 de julio de 1708, sin poder entrar en Valencia y a ocho leguas alrededor. Algo después, dos miembros del Ayuntamiento que redactaron un memorial para que se devolviesen los fueros también son enviados a un castillo de la ciudad de Pamplona.

Durante sus primeros años —desde 1707 a 1710— la Real Chancillería de Valencia mantendrá sus aspectos fundamentales. Será a partir de 1710 cuando se comiencen a promulgar sus primeras ordenanzas, serán ante el concurso de abogados y procuradores en los comienzos del año 1710. Aquel mismo año, una real orden del monarca de 18 de enero acabaría por confirmar su planta y miembros. Valencia volverá a permanecer intacta hasta 1716. En este año se va a producir un cambio muy importante y un acontecimiento en la Chancillería que comenzará a generar fricciones con el Capitán general. De todas ellas es interesante estudiar la de 9 de agosto de 1714. En ella se arreglaba el conflicto de jurisdicción entre la Chancillería y el Capitán general en una serie de causas en las que habían chocado. Las causas en cuestión eran las siguientes: la muerte del Alcalde del crimen, D. Dionisio Rogerio, el Capitán general acusaba a la Chancillería de su omisión y escasa actividad para esclarecer el crimen; tres reos que habían dado muerte con pistolas y armas prohibidas; un hurto con heridas, y, por último, una decisión de que los cerrajeros fabricasen sillas, cuando la orden de la Chancillería era encomendar esta construcción al gremio de armeros.

El poder del Capitán general se desdoblaba en una serie de facultades. Poseerá el mando supremo sobre los tenientes generales del rey en la provincia, así como sobre los gobernadores y comandantes de las ciudades, fuertes y castillos, y también sobre todos los oficiales y tropas de guarnición o en tránsito. Con el fin de informarse, mejorar y tener todo dispuesto para la guerra. También quedarán a su cuidado, por su relación con las situaciones bélicas, los hospitales. Su jurisdicción pese a ser muy amplia y general, quedará limitada a lo militar. Ostentará la presidencia de los Consejos de guerra militares para las querellas y cuestiones entre militares y gente del país, oyéndolos, llamándoles a conciliación y sentenciando por cuatro oficiales —que debían ser coroneles— sin que exista más apelación que al rey. La instrucción también le encomendaba la misión de vigilancia general sobre elecciones que hubiere en cualquier lugar. También posee el mismo grado de vigilancia para el Intendente y las rentas, con el fin de evitar abusos. También le quedará sometida la justicia, pero en un sentido más genérico y no especificado. Los tres poderes —gubernativo, judicial y financiero— debían entenderse y cumplir con las instrucciones y «*si se ofrece alguna duda o competencias tenga cada una de las tres jurisdicciones*

---

septiembre. Extracto de PESET, M., *La creación de la Chancillería en Valencia y su reducción a Audiencia en los años de la nueva planta. Estudios de historia de Valencia*, cit., p. 319

*nombrado ministro, para que juntos los tres y teniendo en cuenta las anteriores órdenes de S. M. determinen a quién toca; y que en caso de que no convengan los tres consulte cada uno al consejo donde tocara, remitiendo los autos, para que se decida».* Este fue el procedimiento que estableció el monarca, el 19 de julio, que determinó para evitar problemas, por medio de su secretario Vadillo y Velasco.

Debido a las dificultades existentes entre las tres potestades para su funcionamiento, al no existir fundamental entre ellos, el rey, y ya que esta situación no podía seguir prolongándose decide intervenir y concederá primacía a su representante más directo, el Capitán general, que ostentará primacía sobre la Chancillería. Al tomar el rey partido en estos conflictos, decidirá la transformación de la Chancillería en Audiencia, pasando su presidente a Regente subordinado al Capitán general.

La reducción a Audiencia dejará al órgano bajo la dependencia del Capitán general. La Real Cédula de 26 de junio de 1716, recibida en el Real Acuerdo de 3 de agosto, muestra la motivación, así como las discrepancias que le han llevado a cabo a promulgar esta disposición al rey. La Chancillería sería transformada a Audiencia siguiendo los modelos de Zaragoza y el antiguo de Sevilla, tal y como llegó a proponer, en más de una ocasión, Macanaz.

Esta será una transformación paulatina y se servirá de la Audiencia de Zaragoza como modelo para su reducción. El acuerdo de 7 de agosto se pide a ella, igual que al Consejo, que informen de todas las disposiciones y detalles para poder empezar a funcionar, y mientras tanto, se acuerda seguir como hasta entonces, pero únicamente de forma transitoria.

Pese a que en apariencia los cambios no eran muy significativos, hay que tener en cuenta que el funcionamiento de la Audiencia sería el que ya venía ejerciendo, así que, únicamente se limitó a realizar la reducción a Audiencia, cambiar los nombres, tanto a la institución como a sus miembros. Al igual que la presidencia, que sería ostentada por el Capitán general y nombrado un segundo presidente, que será conocido como Regente. Desde luego, eran cambios que venían a significar y manifestar la completa subordinación de la Audiencia al Capitán general, dependiente de aquél en todos sus puntos. Las disposiciones que acabaron por manifestar esta subordinación se encuentran en la Real Cédula de 9 de octubre de 1716. Pero esta no será la única, serán varias las Reales Cédulas que complementarían estos aspectos, como la de 10 de abril de 1717, a petición del comandante general del reino de Aragón, marqués de Casafuerte, y el Regente de Zaragoza. En estas Reales Cédulas lo que se acaba por afirmar y dejar fuera de cualquier duda la supremacía del Capitán general sobre la Audiencia.

### 3. La Generalitat y su inclusión en la superintendencia borbónica

Tras estudiar la reducción a Audiencia de la Chancillería del reino de Valencia, es el momento de centrar el estudio en la Generalitat, los cambios y lo que significó su inclusión en la superintendencia borbónica.

Esta institución presenta diversas características en diferentes momentos de esta época; los años finales de la época foral, las modificaciones sufridas previas a la abolición

y su adscripción a la superintendencia como última modificación sufrida tras la abolición de los Furs. La institución y sus fronteras se podrían definir como recaudatorias y gestoras, vinculadas al donativo de cortes y al mantenimiento de una hacienda propia. Uno de los principales juristas de la época, D. Lorenzo Matheu y Sanz, era de la opinión que se debían mantener estas fronteras para la institución. La Generalitat, fue la heredera de las cortes del reino de las que recibió el encargo de recaudar el donativo, quedando consolidada como institución mediante la aprobación por las cortes de las generalidades de las que se nutriría económicamente, junto con una estructura colegiada que permitía nombramientos independientes de las cortes.

Pero será en el año 1510 cuando se produzca un cambio para la elección de sus miembros. Se adoptó el sistema de elección insaculatorio —«de sac i sort»—, que fue aprobado en cortes tras iniciativa del rey, como solución a los conflictos planteados. Con respecto a las villas reales se determinó de manera definitiva el orden mediante el que debían acceder a los diferentes cargos que les correspondían. Al lado de estos cargos se encontraban otros oficiales que les servirían de apoyo: asesor, abogado, síndico y escribano. Todos estos oficiales dependían del nombramiento de los diputados, que debían escoger a la persona idónea para cada cargo. La misión de éstos iba desde orientar en la toma de decisiones, misión que era desempeñada por el asesor a representar a la institución en los diferentes pleitos, misión para los abogados o ser su portavoz ante el resto de las instituciones e instar al cumplimiento de los fueros, que era la principal labor del síndico. Completarán esta estructura una serie de cargos que desempeñan labores menores en la institución como: los alguaciles, porteros, maceros, etc...

La Generalitat, como ya se ha mencionado, tenía como principal labor la custodia y administración de las rentas. En un primer momento fue para completar los donativos del monarca, pero posteriormente lo fue de forma permanente. Dando lugar al nacimiento de una hacienda valenciana propia.

Los ingresos de la hacienda de los valencianos provenían de las «generalitats» de las que la institución toma su nombre. Se trata de impuestos «ad valorem» que gravan el tráfico comercial. Estos impuestos reciben el nombre de «generalitats»<sup>6</sup> porque todos los ciudadanos están obligados a pagar, incluido el rey, aunque se admitirán algunas excepciones. Los ingresos se recaudan y gestionan de forma separada, y en este punto hay que diferenciar la expresión «derechos viejos y nuevos», sin confundirla con un sinónimo de los Furs (derecho viejo) y la nueva planta castellana (derechos nuevos), podría ser fácilmente mal asociar estas dos expresiones, que se emplearán de ahora en adelante. Por derechos viejos se ha de entender como: aquellos derechos del general del corte y los de la mercadería, conocidos vulgarmente como «margalló». Y como derechos nuevos, los derechos de la doble tarifa, nieve y naipes, y el real de la sal. La Generalitat no gozaba de funciones políticas o de representación, ya que dependía de un órgano responsable de resolver los problemas que se plantean respecto del gobierno del reino, las juntas de estamentos. Serán éstas las que decidirán sobre cualquier asunto de índole política en el reino valenciano. No obstante, en determinadas materias, y gracias al papel de gestor y custodio de la hacienda valenciana, las decisiones de los estamentos se presentaban a los diputados para que éstos aporten una salida económica. Las principales cuestio-

6 VILLAMARÍN GÓMEZ, S. *La Generalitat Valenciana en el s. XVIII: una pervivencia foral tras la nueva planta*, p. 34-35

nes en las que interviene la Generalitat, dentro de lo que se podría considerar ámbito político —pero sin poder decisorio—, son las vinculadas con la defensa de la costa y los contrafueros.

La defensa de la legalidad que podía ejercer devenía desde 1645 que existió en el reino una junta de contrafueros dependiente de los estamentos. Esta junta será la que decidirá si en los casos que les fueran presentados se producía realmente una vulneración foral. En caso de presentar una infracción, debían presentar queja ante el Virrey, para que este procediera en su reparación si lo estimase conveniente. Si pasados diez días desde la presentación de la queja no se da una solución por el Virrey, los electos junto con la Generalitat nombrarán una embajada para que presente el agravio al monarca. La propia presentación de la queja ante el Virrey ya contenía la calificación del acto como contrafuero.

Poco antes de la entrada en vigor del decreto de 29 de junio de 1707, la Generalitat, sufrirá una serie de cambios. De los primeros cambios que sufrirá la Generalitat en un momento previo a la promulgación de los decretos de la nueva planta, se puede hablar de las medidas que el rey de los valencianos, Carlos III, tomaría con el fin de obtener una buena administración. Los oficiales al frente de la Generalitat en mayo de 1707 procedían del sorteo insaculatorio celebrado a finales de 1706 durante la dominación austracista del reino —se encontraban al principio de su mandato trienal—. Respetando el sorteo insaculatorio actuó sobre las listas, eliminando aquellos considerados desafectos y también a los insaculados durante el primer reinado de Felipe V. Para el estamento eclesiástico, respetó las voces que lo integraban, pero vetaría aquellas encabezadas por partidarios borbónicos, aunque no desinsaculándolos.

El monarca emitió una orden a través de Antonio del Valle, máxima autoridad militar en Valencia, en una carta con fecha el 4 de junio, en la que realiza una designación de nuevos diputados contraviniendo el cauce legal vigente —hay que recordar que el derecho foral todavía está vigente—. Pero la sustitución se abordará en fechas posteriores en el pleno de la Generalitat. El 7 de junio el arzobispo de Valencia, Antonio Folch de Cardona, comunica a la Generalitat el nombramiento de sus delegados para el ejercicio del cargo de diputado en virtud de la designación impuesta, sin que las provisiones de la institución recojan la aceptación de los nombramientos que habilitarían la designación. Pero pese a la imposición del monarca y lo irregular de este proceso, se respetará el número y la nomenclatura de los nuevos funcionarios. Así se han nombrado seis diputados; dos por el estamento eclesiástico, dos por el nobiliario, y dos representantes de las ciudades. No alterándose la correlación de fuerzas que había establecida en la Generalitat por el ordenamiento foral.

Con la intromisión real también se realizaron instrucciones reales que provocaron profundos cambios en la administración. Fueron suprimidos, en un primer momento de forma temporal, los oficios de contador, clavario y administrador. Antonio del Valle, en un memorial fechado en 19 de junio —recordemos que en junio los fueros todavía están en vigor— le comunican que con la suspensión de dichos cargos no tienen a nadie que se encargue de las finanzas de la institución. Y serán los propios diputados los que, en espera de una solución, propondrán una de forma temporal. Se autorizarán los pagos que deben realizarse a través del síndico y previo acuerdo suyo. Para que esto sea posible ordenan al antiguo clavario que gire todo el dinero que se encuentra en la «taula» a nombre del síndico, para que pase a ser responsable del mismo, ejerciendo las funciones que dependían del cla-

vario. Los diputados insisten a del Valle en si deben cambiar la forma de realizar los pagos, o si el sindico debe limitarse a efectuar las funciones del clavario hasta su supresión. Se les responderá que deben depositar todo el dinero de la Generalitat a nombre del síndico, pero bajo la responsabilidad de los diputados que contendrá la autorización y la causa que lo motiva.

Otro de los fines que tienen los decretos de nueva planta y la consiguiente castellanización del reino de Valencia, será la política económica que pretenderá conseguir la equiparación tributaria del reino de Valencia con Castilla, junto con el control directo de la hacienda valenciana. Este objetivo lo conseguirán gracias a su inclusión en la real hacienda, de ahora en adelante, la superintendencia de rentas reales. Con esta maniobra de política económica, las generalidades pasan a formar parte de la real hacienda. Ya con los fueros abolidos, Juan Pérez de la Puente, será el encargado de dar la comunicación oficial a los diputados, en octubre de 1707. En un memorial fechado en octubre, los diputados hacen costar que el comandante de la ciudad había dado orden al regente de la «taula», para que les impidiera el acceso a los fondos de la Generalitat que existían en la institución. Desde este momento se haría necesaria la autorización de los ministros reales para proceder a los pagos corrientes que hasta ese instante eran responsabilidad de la Generalitat. Fue en septiembre, con el conocimiento oficial del decreto de 29 de junio de 1707 por el que se abolían los fueros para Valencia y Aragón, cuando el contenido del memorial que contenía las quejas de los diputados ganó fuerza. Y será en este momento cuando comenzarán a aflorar todas las consecuencias que supondría la abolición de los fueros, junto con las intervenciones ya hechas en la Generalitat. No hubo instrucciones claras sobre cómo debía actuar la Generalitat a partir de ahora, los diputados se preguntaban cómo debían desarrollar sus funciones frente a las generalidades, ya que la regulación que venía dando soporte para ello había quedado suprimida. Es evidente que todas estas dificultades fueron fruto de la falta de rigor con la que se llevó a cabo el proceso de implementación de las nuevas instituciones en Valencia. No hay que olvidar que se mantuvo la vigencia de un organismo y, a su vez, suprimiendo toda la legislación en la que se sostenía, además de someter a la institución a cambios que afectaban directamente a su propia viabilidad como tal. Por ello mismo, no es difícil imaginar que aquello que permitió la permanencia de la Generalitat fuese la existencia de las rentas que debían utilizarse en su beneficio.

La supresión de toda la legislación y costumbre foral significó muchos cambios para la diputación de cortes. Quedó eliminada su autoridad como institución que participaba, junto con los estamentos, en la representación del reino ante la corona. Ya habiendo perdido el gobierno de los derechos que gestionaba sobre las generalidades de forma autónoma como responsable de la hacienda valenciana. Así que con todo esto, la Generalitat, también mantuvo su existencia por el endeudamiento por censales que fue acumulado al largo de los años que impedía cualquier desaparición repentina, lo cual obligaría al nuevo régimen a mantener la Generalitat viva más tiempo del que el propio gobierno borbónico pretendía en un primer momento. Pero en la práctica consiguieron, a través del control de las rentas por el superintendente, unificar todas las rentas del reino.

Pero los memoriales continúan y las quejas no encuentran remedio. El caos que provocarán todos los cambios ejecutados con tal presteza se prolongará hasta 1709. Durante todo este período los diputados continuarán, incluso nominalmente, en el ejercicio de sus cargos e insistiendo en la resolución de los problemas que han devenido de los cambios

en la institución. La contestación a los memoriales siempre será la misma, aludiendo a los mismos conflictos, demostrando por parte de las nuevas autoridades que no tienen las soluciones exigidas, puesto que se carece de una planificación a la que poder acudir. Solo parecen encontrar alguna solución sobre alguna cuestión menor, con las disputas que planteaba la contribución eclesiástica.

Hay que destacar que uno de los acontecimientos que más confusión va a generar será la supresión del cobro del general del corte, que era uno de los derechos más rentables para la Generalitat, esta renta fue una de las que se adoptaron de forma inmediata por el superintendente. Un ejemplo de lo que podría llegar a recaudarse a través de esta renta, lo veríamos en el trienio de los años 1701-1703, que mantuvo una media en torno al 25 % del total de los ingresos de la Generalitat. Por aportar otro dato, en 1702 y 1703, fueron los años más lucrativos para las arcas de la Generalitat, alcanzarían el 26,4 % del total el primer año y un 27,3 % el segundo<sup>7</sup>.

Llegados a este punto, y por diferentes motivos junto con la emisión de esta disposición, la Generalitat y su futuro quedarán expuestos. Existen un gran número de rentas pendientes de estos ingresos para ser satisfechas, como los censos sobre el general de corte y los restantes derechos viejos. El impacto fue significativo, pues no se establecieron fuentes de ingreso alternativas para afrontar las deudas. La solución que aplicaron las autoridades borbónicas para frenar estos conflictos que ellos mismos habían generado, es el cambio del estatuto jurídico de los diputados. Se mantendría su inclusión en la superintendencia, pero se acuerda que se sustituya el nombre de diputados por el de administradores. Este cambio no es más que otro intento de adaptar la administración de las generalidades a la realidad borbónica y así quedaría eliminada la terminología foral. Los administradores tendrían la autoridad de continuar con la recaudación de las generalidades, pero se les impusieron restricciones en el uso de sus facultades. Las generalidades correspondientes a la ciudad de Valencia serán recaudadas por esta al estar incluidas en su encabezamiento por el pago de alcabalas. Posteriormente se pondrán a disposición de los administradores para que puedan hacer frente a los pagos que sean necesarios, sin olvidar que, a partir de ahora, los administradores, no podrán actuar sin la autorización del monarca. Este será el instante en el que las generalidades estarán completamente incorporadas a la hacienda real, dejando ya sin rastro de la anterior autonomía que tenían en tiempos de la Generalitat, pues la autonomía del reino ha quedado disuelta bajo la nueva administración borbónica.

Este ha sido un ejemplo del caos y la confusión que se originarían por tan rápidas, profundas y significativas modificaciones. Otro ejemplo del caos con el que se encontrarían los administradores —en época foral, los diputados—, fue en las relaciones que estaban obligados a mantener con los ciudadanos. Los ciudadanos se encuentran en un estado de desconcierto ante todos los cambios que se han producido y que siguen acudiendo a los administradores atribuyéndoles la representación política del reino —al igual que en época foral—, cuando esta representación ya no existía. Por citar algunos ejemplos, hay personas que se les presentaban con negocios pendientes acerca de la junta de la costa, otros por su carácter de herederos de los diputados. Los administradores inquieran a las

---

7 VILLAMARÍN GÓMEZ, S. *La Generalitat Valenciana en el s. XVIII: una pervivencia foral tras la nueva planta*, cit., p. 58-59



autoridades para conocer su posición ante ellos y si debe tratar los temas que se encontraban en manos de los estamentos.

La ausencia de la figura de los Diputados fue una repercusión negativa para el reino de Valencia, hay que tener en cuenta que, los valencianos, se quedaron sin representación, pues ya no existía una instancia a la que acudir para los pueblos más desfavorecidos frente al poder de los oficiales del rey.

En este momento se puede ver que no se consiguen solucionar los problemas con el nombramiento de los administradores, y el que los problemas persistan originará que se implemente otro nuevo modelo de gobierno. Los administradores serán sustituidos por los coadministradores. Esta figura aparecerá en la vida política valenciana en virtud de la Real Cédula de 24 de agosto de 1709. En esta cédula se ordenaba que el superintendente reasumiese los derechos de las generalidades para su administración con la participación de esta nueva figura. Los nombrados como coadministradores serán; un regidor del Ayuntamiento, un canónigo a nombrar por el cabildo de la Metropolitana y el cura párroco de la iglesia de San Martín. En este nuevo modelo de gobierno ya no habrá el equivalente representativo de las ciudades y villas reales y con la eliminación de la figura de los administradores acabará desapareciendo el último rastro de la Generalitat.

Pero con este nuevo cambio solo conseguirán que emerjan más inconvenientes, esta vez con el estamento eclesiástico. El Cabildo de la catedral no está dispuesto a participar en el nombramiento de canónigo alguno.

Hubo otro problema que se dará durante el mandato de los coadministradores, la problemática del general del corte. Esta renta quedó sustituida por un encabezamiento entre los gremios afectados. El fin era compensar los ingresos que se dejaron de percibir a causa de la supresión de la renta. Pero en el año 1710 los problemas se agravan, están existiendo graves dificultades para conseguir el encabezamiento de los gremios. Los gremios se niegan, incluso pesando sobre la amenaza de una nueva implementación del derecho. Se llegó hasta reducir la cifra repartida al año anterior, 6.000 libras, pero no obtuvo una favorable respuesta. Con la negativa en el aire y conscientes de la necesidad de su imposición, se acude al monarca indicándole que no actuarán a menos que así se les autorice expresamente. La respuesta llegaría en la resolución de 21 de mayo de 1710 «*si no hay acuerdo para el reparto se debe restablecer el tributo*». El día 28 de mayo se transmite la orden de los representantes de los gremios, imponiéndoles una fecha límite para acudir al encabezamiento. Pero llegó la fecha límite, y ante la incompetencia de algunos y la falta de acuerdo de los restantes, se resolvió la reposición del tributo, publicándose pregones sobre su cobro por los lugares habituales, tal y como se venía realizando en la época foral. Ante este movimiento se verá un giro, se comenzarán a recoger frutos. Los libros de la generalidad recogen ingresos de dinero por este concepto desde el 14 de junio de 1710<sup>8</sup>.

En 1711 con ya todo rastro desaparecido de la antigua Generalitat, se produjo un cambio en la cabeza de la superintendencia que traería consigo otra nueva reforma, la reforma del superintendente Pedrajas, que compondría una nueva administración. Esta reforma traerá consigo nuevos reajustes administrativos. Se tratarán de ajustes en los gastos de

---

8 VILLAMARÍN GÓMEZ, S., *La Generalitat Valenciana en el s. XVIII: una pervivencia foral tras la nueva planta*, cit., p. 73

los salarios, por ello, la planta de oficiales sufrirá una reducción. Al plan ideado por Pedrajas le acompaña un memorial —redactado por él— en el cual constarán como suprimidos unos cargos que fueron eliminados con anterioridad. También acompaña un detalle de los funcionarios a separar y los que continuarán. Recogerá los gastos previstos para ser satisfechos con las rentas de las generalidades. También determina que de lo que sobre de las rentas se usará para pagar los censos y demás cargas. El remanente, se entregará a la Tesorería de tropas. Este memorial será el último que presente una cierta vinculación sobre la administración de las generalidades a la organización foral. Este plan presentado por Pedrajas será aprobado en su totalidad por el Consejo de Hacienda.

#### 4. La intendencia

Llega el momento de hablar sobre la entidad gestora de las finanzas valencianas, la Intendencia. Como cabeza de este órgano será nombrado Rodrigo Caballero como Intendente de Valencia a principios de 1711. No será un empobrecimiento de la competencia del superintendente Pedrajas, pues se dividirán las tareas de la superintendencia. Uno se encargará de las finanzas, de las que se hará cargo Pedrajas, y del poder militar se encargará Caballero. Así se dividirán los poderes entre intendente y superintendente para no anular las facultades entre sí. Una clara muestra de ello lo podemos ver en la carta que envía el obispo de Girona el 28 de diciembre de 1711 a los administradores. En ella les comunica que se restituyen las rentas a Pedrajas, para que en caso de haberse introducido novedades «en la dirección, administración, cobranza y depósito de esas rentas» cesen y vuelvan a ser administradas como antes.

Durante el breve período en el que Caballero estuvo al frente de las generalidades conseguirá adoptar algunas medidas. Como ejemplo se puede estudiar el ajuste realizado con los arrendadores de la nieve con respecto a un pleito que había pendiente. El pleito consistió en la remisión de 3.000 libras y la porción de salarios que se debía a los ministros de estas rentas. Los coadministradores ponen el hecho en conocimiento del Consejo de Hacienda expresando su descontento por la merma que el acuerdo suponía en unas arcas ya maltrechas. Pese a ello, se aprueba el contenido de lo ajustado «(...) aunque padeció la nulidad de falta de autoridad de D. Rodrigo Caballero (...)»<sup>9</sup>.

Será en 1713 cuando se confirma a Rodrigo Caballero como intendente, y por consiguiente, como responsable de todas las fianzas, llegando incluso a serle reconocida la jurisdicción específica en el 1714. Cabe destacar la actuación de Caballero en un intento por apartar a los coadministradores del gobierno de las rentas con la pretensión de mejorar su gestión. Pero su propósito no conseguirá una respuesta favorable de las autoridades centrales y se quedará sin ejecución.

#### 5. El Ayuntamiento

El último órgano de gobierno que vamos a estudiar, también de forma breve como la Intendencia, será el Ayuntamiento.

---

9 Extracto VILLAMARÍN GÓMEZ, S., *La Generalitat Valenciana en el s. XVIII: una pervivencia foral tras la nueva planta*, cit., p. 90-91

La reforma del Ayuntamiento no será de forma inmediata. Los cambios que traerán consigo con la nueva planta se verán como un proceso de cambio y de estructuración administrativa. La monarquía de Felipe V mostraría una doble posibilidad; la reforma dentro de los cauces antiguos, colocando a los parciales del monarca francés y siendo la pretendida por el Consejo de Aragón. O, de otro lado, una reforma más profunda que surgía del consejo del gabinete del rey, que era dominado por Amelot, que será la que acabará por prosperar. Por Decreto de 30 de mayo y con el beneplácito del rey al respecto de las consultas realizadas al consejo de Aragón serán aprobadas sus sugerencias. En el mismo decreto se daba una organización al reino, manteniendo sus instituciones, pero con cambios en la intervención militar. El Ayuntamiento nombraba todos los cargos sin aludir al consejo general o «Consell» y quedaron suspendidas las facultades de este sobre la universidad, que dependía del municipio. El Ayuntamiento tendría una forma provisional y se presentaría muy disminuido en sus facultades, incluso para el nombramiento de los jurados que estaba establecido en los Furs se vería limitado a una sencilla ceremonia.

El monarca ya había puesto la ciudad en manos de gente a fin a sus fieles y seguía conservando su antigua estructura foral, eso sí, neutralizada en cuanto a sus poderes nobiliarios y burgueses que la administraban, al menos por el momento, desde el Consejo de Aragón se dirigirían todas las cuestiones.

El día 18 se suspenderá toda actividad del Ayuntamiento y se interrumpen las sesiones municipales. Será con el acta de 21 de julio de 1707 la que nos indicará la tensión que este nuevo Ayuntamiento había de oponer al decreto de la nueva planta. Cuando el Ayuntamiento se hace conocedor piensa en responder y solicitar que se mantengan las leyes municipales. Será redactado un memorial —del que ya se ha hecho mención con anterioridad—, escrito por el jurado Blanquer y el abogado José Ortí, que será enviado al monarca y que la reacción de éste será la detención de los autores directos y enviados a un castillo de Pamplona y será a partir de agosto de 1707, cuando se dará la transformación definitiva del municipio de Valencia. Y la ciudad se dará cuenta que no existe posibilidad alguna de mantener los viejos privilegios de la época foral y cederá de forma definitiva a la nueva planta y a la castellanización del reino de Valencia que con ella acompaña.

## V. INTENTOS DE DEVOLUCIÓN DE LOS FUEROS: LOS DIFERENTES INTENTOS DURANTE EL S. XVIII

### 1. Los diferentes intentos durante el s. XVIII

En el año 1719 el Rey Felipe V visita la ciudad de Valencia. La ciudad lo recibiría con festejos, alegría, vitores, mostraciones y aplausos. En el momento de la despedida, el Ayuntamiento presentaría un memorial pidiendo la devolución de los fueros. Los motivos alegados se fundamentaron en dos razones; de una parte, el cambio del sistema legal provocado en la práctica del derecho entre abogados y jueces que tendrían que saber y aplicar un ordenamiento doble, lo que acarrearía serias dificultades en los pleitos sobre

los contratos y testamentos celebrados con arreglo a los Furs; de otro lado, la analogía con las concesiones hechas por el Rey a Aragón y Cataluña. Tras esta petición y satisfecho con el recibimiento que le realizó la ciudad, el monarca concedería la gracia.

Pasaría el tiempo y no se recibiría respuesta desde Madrid, acompañado de un silencio que se prolongaría durante dos años.

En el cabildo municipal de 27 de julio de 1720, el conde de Castellar, por sugerencia del cabildo catedralicio advierte que no se ha sacado despacho o confirmación de la gracia y que vendría solicitarlo. E incluso se dará alguna petición más por el cabildo eclesiástico durante este año, pero que será detenida por el Ayuntamiento. Pues no parece ser el momento idóneo.

De nuevo, en cabildo de 3 de marzo de 1721 se vuelve a recordar al conde de Castellar, a instancias de los canónigos de la catedral; esta vez se encargará a los abogados de la ciudad y algunos regidores que consulten entre sí, llegarán a un acuerdo el día 10 de marzo de presentar un nuevo memorial. El Ayuntamiento cambia de parecer y decide intervenir en la documentación de la gracia, ya que es evidente que no parece confirmarse. El corregidor dará el visto bueno, entendiéndolo que no se refiere a la petición «directa o indirectamente en cosa que toque a la Real soberanía de S.M. y sus reales intereses, porque éstos siempre habrán de quedar libres, salvos e ilesos...<sup>10</sup>». Este memorial vendría a reiterar la petición ya realizada en 1719. Esta vez, el Ayuntamiento en el memorial de 1721, volverá a dirigirse al monarca.

Mediante la Real cédula de 8 de mayo de 1721 se daría una respuesta al memorial. Se pedía a la Audiencia que, en plazo de quince días, informase sobre qué fueros pudieran ser contrarios a su soberanía y regalías al beneficio público general. Será recibida en el Real Acuerdo de la audiencia de 9 de junio y se pasará informe al fiscal. Este será el último paso que se dará en este trámite. Se seguía mostrando un claro desinterés en la devolución de los fueros.

Para este autor fue una ocasión pérdida, pues de haber continuado el trámite hubiese significado la devolución de los Furs, privilegios, estilos y costumbres al reino de Valencia.

En otro intento, esta vez mediante carta a Nebot el 26 de abril de 1749, del cual Gregorio Mayans, afirmó que se habían enviado informes a través del juez León influido por el conde de Castellar y el catedrático Arbuxech. Pero en estos años el Ayuntamiento estaba bajo el control del conde de Castellar, Barón de Quesa y Bicornp, pero pese a esto se planteó la cuestión de la devolución. El rechazo, esta vez, provendría de la Audiencia. Su motivación estaba ligada a que, de devolverse los fueros, habrían tenido complicaciones en sus hábitos de trabajo. Se acabaría por impedir la documentación de la gracia ante la indiferencia de quienes podían y la ignorancia de amplios sectores.

Para este autor la Audiencia no debió ser ajena, pues por segunda vez dejaría pasar la posibilidad de volver a los Furs.

---

10 PESET, M., MORA, A., CORREA, J., GARCÍA TROBAT, P., PALAO, J., MARZAL, P., BLASCO, Y., *Lecciones de historia del derecho*, cit., p. 274

A estos acontecimientos hay que sumar la ausencia del duque de San Pedro en Valencia y que, al Capitán general dejará de preocuparle la devolución. El Ayuntamiento o el cabildo de la catedral no tienen la suficiente fuerza y la nobleza no interviene. Ya no hay deseo de la devolución de los Furs y el desinterés por aquellos que tienen fuerza es palpable.

Tras quince años de abolición la nueva planta ha llegado a su fin, ya no hay posibilidad ni motivación suficiente en la recuperación de los Furs. Jamás será restaurado el derecho foral valenciano.

## 2. Un repaso al derecho valenciano en la actualidad

Dando un salto en el tiempo que nos aproxime a la actualidad del derecho valenciano llegamos a la constitución de 1978. Con la entrada en vigor de la constitución, en el año 1982, entrará en vigor el estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana de 1982 que prevé la competencia legislativa que traerá consigo la vuelta a la lucha por la recuperación del derecho foral. En el año 2006 todavía con más rotundidad y claridad dejará claro esta lucha tendrá fuerza jurídica. El estatuto de autonomía será modificado en 2006. Esta modificación traerá consigo el Art. 7 EACV que dispone «el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los fueros del histórico reino de Valencia en plena armonía con la constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana».

Al amparo de este nuevo artículo se promulgarán varias leyes de derecho valenciano tales como: la ley 6/1986 del 15 de diciembre, de la Generalitat valenciana, sobre arrendamientos históricos valencianos, la ley 10/2007 de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, la ley 5/2012 de 15 de octubre de uniones de hecho formalizadas. Todas estas leyes han sido anuladas, aunque mantuvieron sus efectos hasta su anulación, por diferentes sentencias por parte del Tribunal Constitucional mediante los diferentes recursos de inconstitucionalidad presentados por los dos principales partidos políticos. La motivación que el Alto Tribunal utiliza para la inconstitucionalidad de estas leyes se ha basado en la interpretación del Art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE que dispone «*el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8.<sup>a</sup> Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*». Dejando una única sentencia, la STC 121/1992 que claramente sentencia que «*únicamente podrán regularse aquellas materias relacionadas directamente con una costumbre cuya subsistencia a la entrada en vigor de la constitución quedara debidamente probada, sin posibilidad de adaptarse, al menos temporalmente, a las necesidades sociales valencianas en materia de derecho privado*». Esto únicamente deja viable la legislación propia en materia de acequias, regadíos, contratos agrarios, etc..., gracias a la existencia del Tribunal de las Aguas y a su carácter tradicional y consuetudinario —Arts. 125 CE y 19.3 LOPJ «*tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana*»—. En este punto convendría realizar una nota aclaratoria de parte de este autor en lo referente a la costumbre y el derecho foral, pues más bien hacen referencia a los contratos agrarios, no teniendo nada que ver en materia de riego.

Al igual que en los últimos intentos por la restitución durante el reinado de Felipe V y su administración, ya no se entendía un problema por parte de la misma corona en su restitución, pues a la corona de Felipe V de Castilla y IV de Valencia, no le importaba el derecho privado, sino el público, y eso ya lo tenía. Este autor es de la creencia que los principales obstáculos que la restitución del derecho foral valenciano pudo encontrar fueron la desidia y los escollos políticos de la época para evitar o dejar pasar su restitución, ya bien por acomodamiento a los nuevos puestos conferidos por la corona bajo el derecho castellano que, de volver a la legislación foral serían puestos en peligro, y la propia dejadez y comodidad de unas instituciones que, o bien no encontraron el momento adecuado, que cuando lo encontraron fue tardío e incluso se dejó pasar. Cuando habiéndose aprovechado es probable, y este autor así lo cree, podría haberse producido la restitución del derecho foral valenciano.

El actual Rey Felipe VI de Castilla y V de Valencia llegó a afirmar que «*cualquier legalidad establecida en el pasado, que pudiera tener un sentido discriminatorio o limitador del autogobierno valenciano, ha sido, sin duda alguna, superada por la Constitución y el Estatuto de Autonomía valenciano*»<sup>11</sup>. No se vuelve a ver una reticencia en sí misma por parte de la actual corona de Felipe VI en su restitución, pero como evidencian los recursos de inconstitucionalidad presentados por los principales partidos políticos e, incluso, los últimos actos propuestos por éstos para avanzar hacia la restitución del derecho foral valenciano han vuelto a ser infructuosos y caídos en «saco roto» por parte de la clase política.

Esto se puede evidenciar con un reciente ejemplo de un artículo de opinión publicado por el presidente y el vicepresidente de la «Associació de Juristes Valencians», D. José Ramón Chirivella Vila y D. José Bonet Navarro en el periódico «Las Provincias del 07/01/23». En el artículo los autores pretenden dejar la advertencia del momento idóneo para crear leyes modernas de derecho civil valenciano. Pero que esta posibilidad para que sea posible dependerá de una votación en el congreso de los diputados en la cual los grupos parlamentarios aprueben una enmienda para tramitar conjuntamente la reforma constitucional del Art. 49 y lo demandado por las Cortes Valencianas en febrero de 2020. Sería una mínima modificación del texto constitucional que posibilitaría el poder regular cuestiones civiles de relevancia, tales como; derecho de familia, sucesorio, discapacidad, transmisión de empresa familiar, etc.... Aspectos que ya se autorregulan en seis comunidades autónomas españolas. Que esta posibilidad sea viable va a depender de lo que decidan votar Alberto Núñez Feijóo y Pedro Sánchez Pérez-Castejón de lo demandado por los diputados del PPCV, PSCV, Compromís y Podemos en las Cortes Valencianas<sup>12</sup>. En una reciente entrevista de este autor con D. José Bonet Navarro le mencionó que, tras lo expuesto en el artículo escogido a modo de ejemplo, el PP y el PSOE, por el momento, habían decidido excluir la reforma constitucional en lo referente al derecho civil valenciano. Esta situación expuesta no es sino otro ejemplo de la creencia anteriormente mencionada por este autor, pues en un primer momento «el sentir político» era favorable y ahora parece ser que ya no es el momento idóneo para tartar la reforma constitucional. Siendo un claro ejemplo de que los obstáculos siguen siendo los mismos y continúan

11 BONET NAVARRO, J., *En defensa del derecho civil valenciano*, Saralejandria, Castellón, 2019, p. 90.

12 Artículo de opinión en el periódico LAS PROVINCIAS del sábado 07/01/23 «el gran repte del 2023 per l'autogovern valencià» José Ramón Chirivella Vila, presidente de l'Associació de Juristes Valencians y José Bonet Navarro, vicepresidente de l'Associació de Juristes Valencians, p. 25

315 años después de la implantación de los «decretos de la nueva planta castellana». Dejando en pleno s. XXI a los valencianos esperando la restauración de su derecho foral propio que fue abolido por el decreto de 29 de junio de 1707 y a la espera que con el actual reinado del Rey Felipe VI de Castilla y V de Valencia se pueda dar una nueva oportunidad para su recuperación y llegando así a conseguir una igualdad legislativa que acabe con la diferenciación de trato que trajo consigo la nueva planta en los diferentes territorios que conformaron la corona de Aragón y que en la actualidad mantienen su derecho foral propio, salvo el reino de Valencia.

## VI. CONCLUSIONES

Los cambios que se produjeron trajeron consigo la nueva planta castellana, quedando constatado el calvario legislativo al que tuvo que hacer frente el reino de Valencia, y constata las dificultades que llegaron a vivir los abogados y jueces valencianos para manejar las dos legislaciones.

Se produce un gran impacto y diferenciación de trato entre los diferentes estamentos de la organización política de la época. Al igual que la diferenciación en cuanto a la extensión y aplicación de la nueva planta en los territorios de la corona de Aragón y el reino de Valencia.

Hubo diferentes intentos de recuperación del derecho foral valenciano con una legislación castellana ya implementada que acabaría por provocar la comodidad y el desinterés en proseguir con la recuperación del derecho foral.

No existe un indicio fehaciente de los principales motivos, pese a que no existía negatividad de la corona en la recuperación del derecho civil, no se llegaron a poner los medios adecuados, se dejaron pasar u obstaculizaron los diferentes intentos para su recuperación. Los diferentes autores estudiados no llegan a dar un razonamiento empírico sobre estos motivos; unos sostienen que los cargos políticos y de administración se tendrían que adaptar de nuevo al derecho foral y proviniendo del derecho castellano pondrían en riesgo sus cargos y puestos. Otros autores apuntan a la adaptación al derecho castellano y la comodidad de la sociedad valenciana, cuestión que este autor discrepa, pues la sociedad valenciana estuvo siempre en constante movimiento para la recuperación del derecho foral abolido. Este autor es de la creencia que fue una conjunción de ambas junto una falta de interés por parte de la administración borbónica.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

PESET, M., MORA, A., CORREA, J., GARCÍA TROBAT, P., PASCUAL MARZAL, P., BLASCO, Y., *Lecciones de historia del derecho*, Valencia, 1998.

TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*.

REGLÁ, J., *Aproximació a la història del país valencià*, col.lecció tres i quatre València.

VILLAMARÍN GÓMEZ, S., *La Generalitat Valenciana en el s. XVIII: una pervivencia foral tras la nueva planta*. Universidad de Valencia

PESET, M., PÉREZ APARICIO, M.<sup>a</sup> C., NAVARRO BROTONS, V., FERNANDA MANCEBO, M.<sup>a</sup>, *Estudios de Historia de Valencia*.

MARZAL RODRIGUEZ, P., *Introducción del derecho castellano en el reino de Valencia: la instrucción de 7 de septiembre de 1707*, Torrent, 1991-1993

PESET REIG, M., *Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia*, Anuario de historia del derecho español.

BONET NAVARRO, J., *En defensa del derecho civil valenciano*, Saralejandria.



# EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN ESPAÑA: UNA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE EL DERECHO COMÚN Y LOS DERECHOS FORALES

THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIME IN SPAIN:  
A COMPARATIVE PERSPECTIVE BETWEEN THE  
ORDINARY LAW AND THE FORAL RIGHTS

**Manuel Ortiz Fernández**  
Profesor Ayudante de Derecho civil.  
Universidad Miguel Hernández de Elche (España)  
*m.ortizf@umh.es*

## Sumario:

I. MARCO COMPETENCIAL GENERAL: PRINCIPIOS APLICABLES A LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. II. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: CONCEPTUALIZACIÓN, RÉGIMEN GENERAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. III. LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN LOS DERECHOS FORALES: LA RESIDENCIA Y LA VECINDAD CIVIL. 1. Aragón. 2. Cataluña. 3. Comunitat Valenciana. 4. Galicia. 5. Islas Baleares. 6. Navarra. 7. País Vasco. IV. BIBLIOGRAFÍA

**Palabras clave:** España, comunidad autónoma, económico, matrimonial, régimen.  
**Key words:** Spain, autonomous community, property, matrimonial, regime.

**Resumen:** La división del territorio español en comunidades autónomas y, en particular, aquellas que, por razones históricas, disponen de Derecho foral, nos obliga a analizar el conjunto de normas que resultan potencialmente aplicables. A este respecto, la vecindad civil y el denominado Derecho interregional resultan de vital relevancia a estos efectos. En cuanto al régimen económico matrimonial, se pueden detectar ciertas diferencias con respecto a la regulación contenida en el Código civil, tanto en el régimen supletorio, como en la propia tipología.

**Abstract:** The division of Spanish territory into autonomous communities, particularly those that have regional law for historical reasons, obliges us to analyze the set of poten-

tially applicable rules. In this respect, civil neighborhood and so-called interregional law are of vital importance for this purpose. About the matrimonial property regime, specific differences can be detected with respect to the regulation contained in the Civil Code, both in the supplementary regime and in the typology itself.

## I. MARCO COMPETENCIAL GENERAL: PRINCIPIOS APLICABLES A LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Al abordar cualquier materia en la que se produce —o se puede producir— conflicto competencial entre el Estado y las diferentes comunidades autónomas, conviene establecer una suerte de premisas básicas a partir de las cuales construir la posición jurídica adecuada. En muchas ocasiones, estos aspectos son obviados y consideramos que pueden resultar esenciales para adoptar una solución acorde a nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, a nuestra Constitución de 1978. Además, debe tenerse en cuenta que, con frecuencia, existen una serie de razones económicas que se encubren con otro tipo de motivaciones pero que, sin duda, son determinantes a la hora de asumir o no una competencia.

En este sentido, con la aprobación de nuestra Carta Magna se organizó el territorio español en municipios, provincias y comunidades autónomas, atribuyendo a estas entidades autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (art. 137 CE)<sup>1</sup>. Asimismo, el artículo 138 CE establece, al menos, dos principios que deben regir en esta distribución territorial. Nos referimos al principio de solidaridad y al principio de igualdad y no discriminación. En esencia, ambos recogen una misma idea y finalidad: tratar de evitar que existan desigualdades sociales y económicas entre las diferentes regiones del país. Esta interpretación viene, además, reforzada por el artículo 139 CE que destaca que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado», cuestión difícil de alcanzar si se admiten las desigualdades a las que aludíamos con carácter previo.

De este modo, encontramos el que podemos denominar como «principio de generalidad», que trata de evitar que existan diferencias de trato entre los ciudadanos por razón de territorio, esto es, ventajas o desventajas en función de la región donde se resida<sup>2</sup>. De

- 1 Destaca AGUIAR DE LUQUE, L.: «Poder judicial y reforma de los Estatutos de Autonomía», *La justicia ante la reforma de los Estatutos de Autonomía*, 2005, p. 21 que «España ha pasado de ser un Estado férreamente centralista a contar con un sistema político-constitucional ampliamente descentralizado».
- 2 Salvando las distancias con el Derecho brasileño, ASENSI, F. D. y HERNANDES BRITO REIS, V. V.: «Judicialização da saúde e a responsabilidade solidária dos entes federativos do brasil», *Cadernos da Lex Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, núm. 4, vol. I, 2019, pp. 227-240 ponen de manifiesto los peligros de la diversidad de títulos competenciales y la desigualdad que puede producir.

hecho, como se verá, el artículo 141.1 regla 1.<sup>a</sup> CE atribuye al Estado competencia exclusiva para establecer «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Por su parte, suele aludirse a un «principio de proximidad» para justificar que los distintos entes puedan establecer regulaciones *ad hoc*. No puede obviarse que la especial situación que ocupan les permite conocer directamente las particularidades y necesidades que pueden acaecer en su ámbito de actuación. En otras palabras, supone aplicar la segunda vertiente del principio de igualdad: tratar de forma desigual aquellas situaciones desiguales. Si a este hecho, le anudamos la autonomía reconocida constitucionalmente a los territorios que componen la nación, puede observarse cómo se justifica la existencia de diversas normativas. Además, una interpretación excesivamente rígida del citado artículo 141.1 regla 1.<sup>a</sup> CE podría comportar un vaciado de contenido competencial a las comunidades autónomas.

Se trata, en suma, de una cuestión controvertida en la que inciden, transversalmente, diversos principios y fundamentos —en muchas ocasiones contrapuestos— a la que no puede ofrecerse una solución inequívoca. No obstante, entendemos que estas dos premisas deben ser tenidas en cuenta por el intérprete a la hora de analizar las relaciones entre el Estado y las diferentes regiones del país, tratando de analizar y ponderar si, en el caso concreto, existen suficientes motivos que respalden un tratamiento diferenciado.

En este marco, las diferentes comunidades se constituyeron aprobando sus estatutos de autonomía. Sin embargo, el contenido competencial asumido fue distinto, ya que se atendió a razones históricas, culturales o económicas para permitir una mayor o menor amplitud. De esta forma, en el tema de las regulaciones autonómicas hay que tener en cuenta la calificación de una comunidad como de primer o de segundo orden<sup>3</sup>. Esta clasificación tiene su origen en el artículo 143.1 CE que señala que «En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos».

Por las dificultades que entrañaba, únicamente pudieron optar por esta vía de acceso el País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía, que son las denominadas de primer orden. El resto —las de segundo orden—, una vez transcurridos los cinco años previstos por la Constitución, accedieron a la autonomía mediante el pacto autonómico de 1992. Más concretamente, tres comunidades (el País Vasco, Cataluña y Galicia) se acogieron a la disposición transitoria segunda de la Constitución y según el procedimiento previsto en el artículo 151.2 CE.

Por otro lado, Andalucía fue la única Comunidad Autónoma que lo hizo por la vía del artículo 151.1 CE, Navarra a través de la disposición adicional primera y la disposición transitoria cuarta y Canarias y Valencia en virtud del artículo 146 CE y de la disposición transitoria primera consiguieron equiparar su estatus competencial al de las comunidades autó-

---

3 Para mayor ilustración, *vid.* SALVADOR CRESPO, M.: *Autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Barcelona, 2007.

nomas anteriores. Por último, las diez comunidades restantes —Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja, Madrid y Murcia— se acogieron al procedimiento previsto en el artículo 143 CE.

Además, hay que saber que en Canarias, Navarra y Valencia no fue necesario el sometimiento a referéndum previsto constitucionalmente, pero debieron ser aprobados, como las diez comunidades del artículo 143 CE, mediante leyes orgánicas.

En principio, el artículo 152.1 CE prevé para las comunidades autónomas de primer grado una determinada organización institucional basada en una Asamblea legislativa, un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea de entre sus miembros y —junto con los miembros del Consejo de Gobierno por él dirigido— políticamente responsable ante aquella.

Sin embargo, aquellas comunidades que accedieron a la autonomía por la vía ordinaria del artículo 143 CE han asumido, en virtud del principio dispositivo, potestades legislativas y, por lo tanto, un esquema de organización institucional muy similar al previsto para las de primer grado. Además, tras las diferentes reformas de los estatutos de autonomía todas las comunidades han adquirido ya un nivel similar de competencias<sup>4</sup>. Por lo tanto, hay que tener en cuenta que esta clasificación carece de virtualidad en la actualidad por la equiparación de todas las comunidades como se ha señalado.

Por otro lado, se hace necesario reparar en los artículos 148 y 149 CE para determinar los títulos competenciales que corresponden al Estado y a las comunidades. En este sentido, el primer precepto destaca que las comunidades autónomas podrán asumir, entre otras competencias, las materias referidas a la «Organización de sus instituciones de autogobierno», a la «Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», al «fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional» y al «fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma».

Por su parte, el artículo 149 CE prevé que el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras, sobre la «Legislación civil», sobre las «Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» y sobre la «Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas». No obstante, en cuanto a la legislación civil, añade que se permite «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», a excepción de «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales,

---

4 Vid. PLAZA PENADÉS, J.: «El derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico», *Revista de Derecho civil Valenciano*, núm. 12, segundo semestre 2012, disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semestre-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-auton%C3%B3mico> (fecha de última consulta 02.06.2022).

Igualmente, vid. COBACHO GÓMEZ, J. A.: «Los derechos civiles forales o especiales tras la Constitución de 1978», *Anales de derecho*, núm. 7, 1985, pp. 7-34.

normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».

En su compleja redacción, el artículo establece tres reglas que hay que compatibilizar entre sí para entender cuáles son las relaciones existentes entre el Derecho civil general y los derechos civiles forales tras la Constitución Española de 1978. Tales reglas son las siguientes.

Por un lado, a pesar de la premisa general según la cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil, no debe entenderse que la competencia del Estado es absoluta. Muy al contrario, la misma se encuentra limitada a ciertas materias (las previstas en la norma constitucional) sobre las cuales sólo puede legislar el Estado. Por otro lado, al señalar que las comunidades tienen competencia para la conservación, modificación y desarrollo de sus Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, obliga a analizar dos cosas.

Primero, qué quiere decir la expresión «allí donde existan». La interpretación más lógica es la de entender que se refiere a vigencia en el momento en que se promulgó la Constitución de 1978, de manera que sólo las comunidades que tenían Derecho civil foral vigente en ese momento pueden tener esta competencia (nos estamos refiriendo, entonces, a todas aquellas comunidades autónomas que poseían una compilación de su Derecho foral cuando se publicó la Constitución); y no, por tanto, aquellas otras comunidades que tuvieron Derecho propio en algún momento pero lo perdieron. Se dice, en este sentido, que la Constitución adopta un punto de vista historicista o foralista.

Ahora bien, conviene resaltar que ciertas comunidades que no tenían compilación cuando se promulgó la Constitución (como Asturias, Murcia, Extremadura y la Comunitat Valenciana) asumieron, sin embargo, competencias para la conservación, modificación y desarrollo de sus Derechos civiles forales, en un intento por recuperar estos Derechos que habían perdido. Debe decirse que el Tribunal Constitucional<sup>5</sup> ha avalado esta práctica, al afirmar que la expresión «allí donde existan» del art. 149.1, regla 8.ª CE, comprende no sólo los derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación a la entrada en vigor de la Constitución Española, sino también las normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la misma.

En otro orden de cosas, tenemos que reparar en qué significa «conservar, modificar y desarrollar» el Derecho civil foral o especial. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>6</sup>:

«Conservar» significa asumir o integrar en el ordenamiento autonómico las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias del ordenamiento, así como formalizar mediante ley, costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial.

«Modificar» supone cambiar (incluso ampliando) la regulación de las instituciones ya existentes en un Derecho civil foral, con el fin de adaptar dicha regulación a los cambios legislativos y sociales actuales.

---

5 STC 121/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992\121).

6 SSTC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993\88) y 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993\156).

«Desarrollar» implica incluso regular *ex novo* figuras e instituciones no reguladas previamente en el Derecho civil foral, pero no de forma ilimitada, ya que han de guardar conexión con las ya reguladas, siempre que la actualización de su Derecho civil propio lo requiera, y en consonancia con los principios informadores de tal Derecho.

En todo caso, el límite para la modificación y el desarrollo viene marcado por la materia propia del Derecho foral y sus instituciones características, sin que se pueda legislar sobre otras materias no cubiertas por el mismo. Ahora bien, al amparo de la competencia para desarrollar, se ha ido produciendo una expansión del Derecho civil propio que produce tensiones entre el Estado y las comunidades.

Este esquema de distribución de competencias dibujado por el art. 149.1, regla 8.ª, de la CE, quedaría incompleto si no se hiciera referencia a otra vía a través de la cual las comunidades autónomas están publicando leyes que indirectamente inciden en materia civil: el recurso a otros títulos competenciales distintos del de conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho civil foral o especial, con base en lo dispuesto en el art. 149.3 CE, en su primer inciso, a saber: «[l]as materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos».

Sobre la base de esta norma, ciertas comunidades, aun careciendo de Derecho civil propio, han promulgado leyes que inciden en cuestiones civiles tales como consumo, protección del menor o uniones de hecho. También en este caso se cuenta con la aquiescencia del Tribunal Constitucional, que ha declarado que la competencia para legislar sobre una determinada materia no civil comprende también la competencia para dictar normas sobre cuestiones consideradas civiles que tengan relación con aquélla, a fin de conseguir una regulación completa de la misma<sup>7</sup>.

No obstante, no puede perderse de vista que las competencias que las distintas comunidades asuman deben venir previstas en los estatutos de autonomía que, como señala el artículo 147 CE «serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico».

## II. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: CONCEPTUALIZACIÓN, RÉGIMEN GENERAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En primer lugar, conviene preguntarse acerca del concepto e implicaciones del régimen económico matrimonial. En este sentido, puede definirse como el conjunto de reglas y normas que determinan los efectos e intereses económicos del matrimonio y de las relaciones con terceros. Como se deduce de estas previsiones generales, estamos ante

---

7 STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987\37).

un tema eminentemente patrimonial. Nuestro Código civil dedica el Título III para regular estas cuestiones y pone de manifiesto que los cónyuges, en aplicación de la autonomía de la voluntad, pueden decidir el sistema por el cual se van a regir. Así, destaca el artículo 1315 CC que «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código».

Por lo tanto, a través de las capitulaciones matrimoniales —que, como destaca el artículo 1327 CC, deben constar en escritura pública—, las partes pueden establecer el régimen aplicable al matrimonio. Además, no existe límite temporal para llevarlo a cabo<sup>8</sup>, pudiendo hacerlo tanto con carácter previo a la celebración de la unión como posteriormente. No obstante, hay que tener en cuenta que como prevé el artículo 1334 CC «Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año». Igualmente, no pueden afectarse intereses de terceros<sup>9</sup>, pues como señala el artículo 1317 CC «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». De hecho, dispone nuestro Código que las consecuencias de la posible anulación de las capitulaciones no perjudicarán a terceros de buena fe (art. 1335 CC). Esta cuestión cobra especial relevancia cuando uno de los cónyuges ejerce una actividad empresarial, profesional o comercial, ya que determinará los bienes que pueden ser responder de las posibles deudas derivadas de la actividad económica.

En otro orden de cosas, hay que hacer referencia a los regímenes económicos existentes en nuestro Código civil. Pues bien, tres son las posibilidades que se contemplan; a saber, la sociedad de gananciales (arts. 1344 a 1410 CC), el régimen de participación (arts. 1411 a 1434 CC) y la separación de bienes (arts. 1435 a 1444 CC). Por un lado, en la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella (art. 1344 CC). De esta forma, con ciertas excepciones<sup>10</sup>, este régimen

8 En este sentido, destaca el artículo 1326 CC que «Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio».

9 A este respecto, estas cuestiones quedaron ya plasmadas en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 5 de enero de 1988, de 18 de marzo de 1988 y de 12 de noviembre de 1997 en las que se discutía acerca de las implicaciones de la modificación del régimen económico matrimonial sobre las deudas anteriores.

10 A este respecto, el artículo 1346 CC (en su nueva redacción, tras la modificación comportada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales), señala los bienes que se consideran privativos de cada uno de los cónyuges. Entre otros, hay que incluir los bienes, animales y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad; los que adquiera después por título gratuito; los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos; o los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges (al que se equiparan todos los supuestos de derechos de adquisición preferente). Asimismo, sobre el particular *vid.* los artículos 1348, 1349, 1352, 1354 o 1357 CC.

Con respecto a los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos hay que tener en cuenta la relevante doctrina de las recientes SSTs 11 diciembre 2019 (*Tol 7628261*), 4 febrero

implica que los cónyuges reparten, por partes iguales, las ganancias que se obtengan por cualquiera de ellos.

Por otro lado, en la participación se establece el derecho de cada uno de los cónyuges a participar en los beneficios percibidos por el otro «durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente» (art. 1411 CC). Asimismo, indican los artículos 1412 y 1413 CC que corresponderá a cada uno de los cónyuges la administración, el disfrute y la libre disposición de los bienes que le pertenecían con anterioridad al matrimonio y de los que se adquieran posteriormente, aplicándose, en todo lo no previsto, las reglas relativas a la separación de bienes.

Por su parte, destaca el artículo 1435 CC que en el régimen de separación de bienes pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y, los que después adquiera por cualquier título, así como la administración, goce y libre disposición de los mismos. Igualmente, prevé el artículo 1438 CC que ambos deberán contribuir al sostenimiento de las cargas (comunes) del matrimonio en atención a los pactos establecidos al efecto. En defecto de estos últimos, se llevará a cabo de forma proporcional a sus respectivos recursos económicos. En todo caso, como apunta el citado precepto, se computará como contribución a las cargas el trabajo para la casa, dando lugar al derecho a la obtención de una compensación equitativa que, a falta de pacto, será acordada por la autoridad judicial en el momento de disolución del matrimonio.

Además, el artículo 1440 CC aclara que las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad y que, por lo que respecta a los deberes derivados del ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 CC. El primero de ellos prevé que dicha responsabilidad será de forma solidaria los bienes comunes y, subsidiariamente los del otro cónyuge. No obstante, el que aporte su patrimonio propio para satisfacer estas necesidades tendrá derecho a ser reintegrado. Por su parte, el segundo artículo señala que, como hemos tenido ocasión de ver, la participación será, si no existe acuerdo, proporcional a los recursos económicos de cada uno de los cónyuges.

Una vez analizadas, de una forma muy somera, las características principales de los distintos regímenes económicos previstos en nuestro Código civil, hay que señalar que, como regla general, el artículo 1316 CC dispone que, a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen aplicable será el de la sociedad de gananciales. De esta forma, con carácter supletorio se aplicará la sociedad de gananciales. Sin embargo, se pueden realizar dos matices a lo anterior.

En primer lugar, entendemos que, al margen del sistema matrimonial, los cónyuges pueden establecer reglas específicas para determinados bienes. Así parece deducirse del artículo 1325 CC que destaca que «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgan-

---

2020 (*Tol 7831819*), 1 junio 2020 (*Tol 7966063*), 25 abril 2022 (*Tol 8920760*) y 16 septiembre 2022 (*Tol 9221847*) que afirman que «El mero hecho de ingreso de dinero privativo en una cuenta común no lo convierte en ganancial. En consecuencia, si se emplea para hacer frente a necesidades y cargas de la familia o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta».



tes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». Sea como fuere, la autonomía de la voluntad encuentra ciertos límites como el establecido en el artículo 1328 CC que declara la nulidad de todas aquellas estipulaciones que sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

En segundo lugar, siendo el régimen supletorio el de la sociedad de gananciales, esto es, que se aplicará el mismo en defecto de pacto, lo cierto es que, en virtud del artículo 1435.2 CC, cuando los cónyuges se limiten a indicar en capitulaciones matrimoniales que no registrará este último, sin más especificaciones, adquirirá vigencia la separación de bienes. Así las cosas, podemos establecer una suerte de preferencia entre los distintos regímenes: la sociedad de gananciales, como supletorio de primer grado; la separación de bienes que opera, en cierto modo, con carácter supletorio de segundo grado; y la participación.

### III. LOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN LOS DERECHOS FORALES: LA RESIDENCIA Y LA VECINDAD CIVIL

El sistema general recogido en el Código civil se aplica, pues, en los territorios sometidos al Derecho común y, con carácter subsidiario, en los que disponen de Derecho foral. En este momento, en consecuencia, nos centraremos en analizar las especialidades de estos Derechos forales, ya que en nuestro país coexisten diferentes regímenes jurídicos civiles. Para realizar esta tarea debemos reparar, con carácter previo, en varias cuestiones. Por un lado, cobra especial relevancia la vecindad civil, que supone el criterio de determinación de la legislación civil (común o foral) aplicable a los españoles. De este modo, si la nacionalidad hace referencia a la pertenencia a un país u otro, la vecindad representa la asignación de un español a un territorio de la nación u otro. La citada vecindad aparece, pues, como un estado civil y no debe confundirse con la vecindad administrativa, ya que la primera influye en la capacidad de la persona, da lugar a derechos y deberes y se determina por la residencia habitual (domicilio civil).

Así se deduce del artículo 16 CC en el que se prevé la aplicación, *mutatis mutandi*, de las normas derecho internacional privado (arts. 8 a 12 CC). En este sentido, la ley personal será, en lugar de la derivada de la nacionalidad, la determinada por la vecindad civil, sin que sea aplicable lo relativo a la calificación, remisión y orden público recogido en el artículo 12 apartados 1, 2 y 3.

Por todo lo anterior, resulta de vital importancia la determinación de la vecindad civil<sup>11</sup>, destacando el artículo 14.2 CC que tienen la misma en territorio de derecho común, o

---

11 En este ámbito, las reformas se han realizado en aras de la igualdad de los cónyuges y la igualdad de todas las vecindades civiles. En la adquisición de la vecindad civil se aplican los criterios generales de la nacionalidad. De una forma gráfica:

en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad y que por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.

Además, señala el apartado cuarto del citado artículo que el matrimonio no altera la vecindad civil, lo que no obsta para que cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, pueda, en cualquier momento, optar por la vecindad civil del otro. En cuanto a la adquisición de la vecindad civil por residencia, indica el artículo 14.5 CC que se adquiere:

- Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.
- Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Asimismo, aclara el apartado sexto del mismo artículo que, en caso de que existan dudas, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento. Por su parte, el artículo 15 CC se ocupa de la vecindad de los extranjeros que adquieran la nacionalidad española. Como se observa, en los conflictos de normas que puedan surgir por la coe-

---

- La filiación (o *ius sanguinis*): Se aplica cuando los padres tienen la misma vecindad en el momento del nacimiento del hijo (art. 14.2 CC), cuando sólo uno sea español o cuando el otro haya fallecido.

- El lugar de nacimiento (*ius soli*): Si los padres tienen distinta vecindad civil, destaca el artículo 14.3 CC que el hijo tendrá, por orden:

1.º. La del padre respecto del cual se determine antes la filiación -*prior tempore*- (*ius sanguinis*).

2.º. La del lugar de nacimiento (*ius soli*), cuando, por ejemplo, los padres sean desconocidos o extranjeros.

3.º. La vecindad de Derecho común.

4.º. Atribución de la de cualquiera de ellos, en el plazo de 6 meses desde nacimiento o adopción.

- La opción: Encontramos varios supuestos:

1.º. El menor a partir 14 años y hasta un año después de su emancipación (art. 14.3 *in fine* CC) podrá optar por la del lugar de su nacimiento o la última vecindad de cualquiera de sus padres. Hay que tener en cuenta que si no estuviera emancipado estará asistido por el representante legal.

2.º. Si bien el matrimonio no altera la vecindad cualquier cónyuge no separado podrá optar por la del otro (art. 14.4 CC).

3.º. Por adquisición de la nacionalidad española por el extranjero (art. 15.1 CC), que podrá optar (salvo en el caso de carta de naturaleza, pues se fija en el Real Decreto) por la del lugar de residencia, por la del lugar de nacimiento, por la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o por la del cónyuge.

- La residencia (art. 14.5 CC): Por la residencia continuada durante 2 años siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de 10 años, sin declaración en contrario durante ese plazo

- Criterio residual: en caso de duda prevalece la del lugar de nacimiento art. 15.6 CC.

En cuanto a la pérdida y recuperación de la vecindad civil debe tenerse en cuenta que el artículo 15.3 CC señala que la recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de la vecindad civil que se ostentaba al tiempo y que se pierde si se adquiere otra distinta o si se pierde la nacionalidad española.

xistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional la ley personal vendrá determinada por la vecindad civil (art. 16.1.1.<sup>a</sup> CC).

Sin embargo, como quiera que en una misma familia sus miembros pueden tener o no la misma vecindad civil, rápidamente se comprenden los posibles conflictos normativos que pueden producirse. Para ofrecer una solución, hemos de acudir al denominado Derecho interregional, es decir, a las reglas que establecen cuál de los derechos forales o Derecho común en concurrencia resulta de aplicación a la relación jurídica de que se trate<sup>12</sup>.

Por lo que respecta a los efectos del matrimonio, el artículo 16.3 CC remite a los criterios establecidos en el artículo 9 CC<sup>13</sup>. En este sentido, el apartado segundo de este último artículo dispone cuatro reglas para determinar la ley:

---

12 Sobre el particular, *vid.* GARAU JUANEDA, L.: «Los conflictos de leyes entre las diferentes regulaciones en materia de régimen económico matrimonial vigentes en España y cuestiones de derecho internacional intertemporal asociadas a los mismos», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 51-85.

13 Además, debemos tener en cuenta que, como ocurre en otros sectores, en el ámbito del Derecho civil se observa una tendencia internacional y europea a aprobar normativas sobre distintas cuestiones que, en muchos casos, desplazan la aplicación del ordenamiento interno. En este sentido, podemos encontrar el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007 —al que se adhirió la Unión Europea tras la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009—, el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo o el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Asimismo, en el campo de los regímenes económicos matrimoniales disponemos de legislación europea que resuelve, entre otras cuestiones, la problemática derivada de la existencia de distintos regímenes jurídicos dentro de un Estado miembro. Así, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales prevé en su artículo 33.1 que «En el caso de que la ley determinada por el presente Reglamento sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas serán de aplicación». Igualmente, en el apartado segundo del citado artículo establece una suerte de reglas aplicables en defecto de normas internas en materia de conflicto de leyes. Igualmente, el artículo 34 de la misma norma destaca que «Cuando un Estado tenga dos o más regímenes jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de regímenes económicos matrimoniales, cualquier referencia a la ley de dicho Estado se entenderá como una referencia al régimen jurídico o al conjunto de normas determinado

1. Los efectos del matrimonio se regirán, en primer lugar, por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo.
2. En el caso de que no dispongan de una ley común, adquiere importancia la autonomía de la voluntad, de tal forma que podrán optar por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos.
3. Si no existe acuerdo, se recurrirá la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, esto es, la del territorio en el que hayan fijado su residencia.
4. En defecto de tal residencia común, será aplicable la del lugar de celebración del matrimonio.

No obstante, a pesar de que hayamos referido, siguiendo el tenor literal del precepto, a los efectos del matrimonio, las conclusiones obtenidas, en principio, solamente son relevantes con respecto al régimen matrimonial, pero no para las situaciones de crisis matrimonial. Para estos supuestos, como señala el propio artículo 9.2 *in fine*, se ha de acudir a los criterios del artículo 107 CC (para la nulidad, será la ley del lugar de la celebración y, para la separación y el divorcio, las leyes europeas o, en su defecto, las previstas en el Código civil). Igualmente, el artículo 9.3 CC señala que «Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento».

De todo lo anterior podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, que la vecindad civil determina la ley personal aplicable. En segundo lugar, que el Código civil establece un orden en cuanto a la ley que rige en los efectos del matrimonio. En este sentido, si ambos tienen la misma vecindad (ya sea común o foral), se aplicará dicha ley. Por el contrario, si no comparten vecindad, los cónyuges pueden escoger la ley personal o la de la residencia habitual de cualquiera de ellos. Si no hay elección, se aplicará la de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

En otro orden de cosas, hay que anudar una reflexión a las indicaciones que más arriba hicimos sobre las capitulaciones matrimoniales. Así, la validez de las mismas puede no depender de las estipulaciones del Código civil, ya que el artículo 9 CC indica que hay que atender a la ley que rija los efectos del matrimonio, o a la de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento. De este modo, si alguna de estas normas no exigiese, por ejemplo, escritura pública, parece que las capitulaciones serían válidas, a pesar de contradecir lo dispuesto en el Derecho común.

Por último, interesa resaltar que, a partir del 29 de enero de 2019, entró en vigor tanto el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece

---

por las normas vigentes en tal Estado. En defecto de tales normas, se aplicará el régimen jurídico o el conjunto de normas con el que los cónyuges tengan una conexión más estrecha». A todo ello añade el artículo posterior que «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente».

una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales como el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Estas normas permiten a las parejas internacionales escoger la ley reguladora de su régimen económico, pudiendo elegir una legislación distinta a la de su nacionalidad.

Una vez hechas las anteriores precisiones, pasamos a analizar los Derechos forales que contemplan regímenes económicos matrimoniales. En concreto, nos referiremos a las comunidades que regulan estas cuestiones<sup>14</sup>, a saber, Aragón, Cataluña, Comunitat Valenciana (con los matices que veremos), Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco. No obstante, desde nuestra perspectiva, con independencia de lo que se recoja en las normas sectoriales, los cónyuges podrán acogerse, en virtud de la autonomía de la voluntad, a un régimen del Derecho común.

Como se tendrá ocasión de ver, además de que, en ciertos casos, se recogen regímenes matrimoniales específicos de los territorios, en algunos se contempla, a diferencia del Derecho común, sistemas similares a la separación de bienes como supletorios y subsidiarios. Por el contrario, otros disponen de una regulación similar en este aspecto y recurren a los gananciales en defecto de acuerdo en capitulaciones matrimoniales.

## 1. Aragón

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>15</sup> encontramos el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. En este sentido, el Libro Segundo de esta norma se ocupa del Derecho de Familia y contempla dos regímenes económicos matrimoniales: el consorcio conyugal y la separación de bienes. Además, recoge el primero como supletorio (art. 193.2 del citado Decreto) a pesar de que, como ocurre en el Derecho común con respecto a los gananciales, si no señalan un régimen concreto y se limitan a excluir el consorcio conyugal, regirá la separación de bienes.

Sin ánimo de analizar todas las cuestiones que surgen en este ámbito, cabe señalar que en el consorcio conyugal se atribuyen al patrimonio común los bienes aportados por

---

14 Téngase en cuenta que no vamos a referirnos ni a la ciudad autónoma de Ceuta ni a la Comunidad de Extremadura a pesar de que, en la primera y en determinados pueblos de la segunda existe en denominado Fuero de Baylio, que afecta al régimen económico matrimonial. Así, en virtud del mismo se hacen comunes todos los bienes aportados por los contrayentes y en la posterior partición por la mitad al liquidarse la sociedad conyugal, como consecuencia de la separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges.

15 Para más información, *vid.* PERALES SOTOMAYOR, E. y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: «El régimen económico matrimonial en Aragón», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YACÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 91-220.

los cónyuges para que ingresen en el mismo, así como los donados por razón del matrimonio (art. 210.1 Decreto Legislativo 1/2011). Asimismo, dispone el apartado segundo del mismo artículo una serie de bienes que se incorporan al patrimonio común (entre otros, los adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común, los que obtengan de su trabajo o actividad, o los frutos y rendimientos de los bienes comunes o privativos, así como el beneficio obtenido de las empresas y explotaciones económicas).

Con respecto a los bienes privativos, el artículo 211 Decreto Legislativo 1/2011 alude, entre otros, los adquiridos por usucapación comenzada antes de iniciarse el consorcio, así como los adquiridos en virtud de títulos anteriores cuando la adquisición se consolide durante su vigencia y los comprados antes con precio aplazado, salvo que la totalidad del precio sea satisfecha con fondos comunes; los adquiridos a título lucrativo; y los adquiridos en escritura pública a costa del patrimonio común si en el título de adquisición ambos cónyuges establecen la atribución privativa a uno de ellos. A los anteriores hay que anudar los enumerados en el artículo 212 Decreto Legislativo 1/2011 como bienes patrimoniales de carácter personal. Por lo que respecta a los bienes de origen familiar, se considerará que el bien ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar (art. 216 Decreto Legislativo 1/2011).

Por último, conviene tener en cuenta que Decreto Legislativo 1/2011 recoge una regulación completa de este régimen, estableciendo, entre otras cuestiones, una suerte de presunciones de privatividad y de comunidad (arts. 213 y 217) y un sistema de responsabilidad sobre las deudas (Capítulo II).

## 2. Cataluña

Por su parte, Cataluña dispone de una ordenación pormenorizada del Derecho civil de su comunidad. Para nuestro análisis, nos centraremos en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia y, en concreto, en su Título III. Pues bien, esta Comunidad Autónoma contempla hasta seis regímenes económicos matrimoniales distintos; a saber, la separación de bienes, el régimen de participación en las ganancias<sup>16</sup>, la asociación a compras y mejoras, el *agermanament* o pacto de mitad por mitad, el pacto de *convivença o mitja guadanyeria* y el régimen de comunidad de bienes<sup>17</sup>. En este marco, el artículo 231-10 establece que el régimen económico matrimonial es el convenido en capítulos y, en defecto de pacto o cuando sean ineficaces, se aplicará el de separación de bienes. Por lo tanto, el régimen supletorio, a diferencia del Código civil, es el de separación de bienes.

16 Para más información, *vid.* BARRANDA ORELLANA, R.: «El régimen de participación en las ganancias», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 473-491.

17 Para más información, *vid.* CORTADA CORTIJO, N.: «El régimen de comunidad de bienes», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 503-518.

En cuanto a los regímenes especiales, vamos a ver muy brevemente en qué consisten. En este sentido, en primer lugar, en la participación en las ganancias se el derecho a atribuye a cualquiera de los cónyuges el derecho participar en el incremento patrimonial obtenido por el otro durante el tiempo en que haya estado vigente (art. 232-13 apartado primero Ley 25/2010). Asimismo, los apartados segundo y tercero del mismo artículo indican que si bien durante el matrimonio, cada cónyuge tiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de sus bienes, también tiene el deber de informar adecuadamente al otro de su gestión patrimonial. Si no existiera acuerdo y no pudiera aplicarse lo previsto para el mismo, se regirá por las normas de la separación de bienes.

En segundo lugar, la asociación a compras y mejoras, propia del Campo de Tarragona y de otras comarcas, exige un pacto expreso en capítulos matrimoniales (art. 232-25 apartado primero Ley 25/2010). En este ámbito, para determinar el contenido de este régimen adquiere especial relevancia la autonomía de la voluntad, así como la costumbre de la comarca y, en su defecto, las disposiciones del régimen de participación en las ganancias, «en la medida en que lo permita su naturaleza específica» (art. 232-25 apartado segundo Ley 25/2010). Como indica el apartado tercero del citado artículo, cada cónyuge puede asociar al otro a las compras y mejoras que haga durante el matrimonio y podrá establecerse la «asociación con carácter recíproco o asociando a los cónyuges a sus ascendientes, les hayan hecho heredamiento o no».

Por su parte, en tercer lugar, el *agermanament* o pacto de mitad por mitad es propio del derecho de Tortosa y también exige un acuerdo expreso en capitulaciones. Se regula en el artículo 232-28 Ley 25/2010, que señala que, en todo lo no previsto por los pactos ni por la sección relativa al mismo se deberá recurrir, por un lado, a la costumbre del lugar y, por otro lado, a las normas del régimen de comunidad. Esta comunidad incluye todos los bienes que tengan los cónyuges al casarse o en el momento de convenir el pacto de *agermanament*, así como los que adquieran por cualquier título y las ganancias o lucros de todo tipo mientras subsista el régimen. Así, la administración de la comunidad corresponde a ambos cónyuges.

En cuarto lugar, la *convinença*, o *mitja guadayeria* se recoge en el artículo 232-29 Ley 25/2010, es propia del Valle de Arán y precisa, al igual que anteriormente, de un convenio de los cónyuges en capítulos matrimoniales. Cabe destacar que el apartado segundo del citado artículo indica que, con carácter supletorio, ha de recurrirse a la costumbre del Valle de Arán y al capítulo X del privilegio de la Querimonia.

Por último, en el régimen de comunidad de bienes, las ganancias obtenidas indistintamente por cualquiera de los cónyuges y los bienes a los que confieran este carácter devienen comunes (artículo 232-30 Ley 25/2010).

### 3. Comunitat Valenciana

En nuestro territorio se aprobó la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Esta norma regulaba el sistema económico matrimonial en el ámbito de la Comunidad Valenciana y contemplaba dos regímenes posibles: la separación de bienes y la germanía<sup>18</sup>. Además, disponía el primero como supletorio,

18 Para más información, *vid.* MOLINER NAVARRO, R. M.: «Comentario a la Ley 10/2007 de régi-

a diferencia de lo que ocurre en el Código civil. Así, el artículo 6 de la citada norma señalaba que, en defecto de nupcias o capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen económico matrimonial será el de separación de bienes, «sin que la celebración del matrimonio tenga otra trascendencia económica para los consortes que la de afectar a sus respectivas rentas y patrimonios al levantamiento de las cargas del matrimonio».

En igual sentido, el artículo 44 Ley 10/2007 disponía este extremo, añadiendo que «la celebración de las nupcias, excepto lo que resulte de las normas imperativas de esta ley y de lo que se ha convenido por los contrayentes, no afectará, por sí sola, ni a la composición de sus patrimonios respectivos ni a los derechos ni facultades que ostenten sobre los mismos, que quedarán, sin perjuicio del principio de responsabilidad patrimonial universal, afectos especialmente al levantamiento de las cargas del matrimonio en la proporción que los cónyuges convengan y, a falta de acuerdo, en proporción a la cuantía de sus patrimonios y rentas que los formen».

Por lo que se refiere a la germanía, en virtud del artículo 38 Ley 10/2007, destaca que es una comunidad conjunta o en mano común de bienes, pactada entre los esposos en carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, con ocasión de este, o bien en cualquier momento con posterioridad, modificando o complementando aquellas. A este respecto, puede comprender todos, alguno o algunos de los bienes de los esposos, con la posibilidad de modificarse durante su vigencia, ya sea para aportar bienes, ya para excluirlos (art. 39 Ley 10/2007). Sobre los actos de administración y de disposición, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, pudiendo ser ratificados, posteriormente y con efectos retroactivos, los llevados a cabo solo por uno de ellos.

No obstante, hay que tener en cuenta que no vamos a hacer mayores referencias a la normativa de la Comunitat Valenciana<sup>19</sup> ya que, como es sabido, el Tribunal Constitucional

---

men económico matrimonial valenciano», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 873-922.

- 19 Podemos encontrar estudios sobre el contenido, la aplicación, alcance e implicaciones de esta norma. Por todos, *vid.* BELDA CASANOVA, C.: «Estado actual del Régimen matrimonial Valenciano cinco años después de su instauración», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 14, 2013, pp. 1-11; ADÁN GARCÍA, M. E.: «La ley de régimen económico valenciano. Su incidencia registral cinco años después de su entrada en vigor», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 14, 2013, pp. 1-8; MAS BADÍA, M. D.: «La ley de régimen económico valenciano y su incidencia en la sociedad valenciana», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 14, 2013, pp. 1-17; MOLINER NAVARRO, R.: «La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (modificada por la Ley 8/2009). Cuestiones abiertas en torno a su aplicación», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 14, 2013, pp. 1-26; HIGUERA LUJÁN, L. M.: «El principio separatista en la ley de régimen económico matrimonial valenciano», *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 60, vol. 1, 2015, pp. 204-237; CLEMENTE MEORO, M.: «La Ley 10/2007, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano», *Derecho Civil Valenciano*, pp. 1-26, disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/derecho-de-la-persona-y-la-familia/item/191-ley-de-regimen-economico-matrimonial-valenciano-por-mario-e-clemente-meoro> (fecha de última consulta 02.06.2022).



la declaró inconstitucional<sup>20</sup>. Al margen de lo acertado o no de esta controvertida decisión<sup>21</sup>, conviene saber que, a pesar de que tal declaración, esta ley se aplica a las situaciones consolidadas durante la vigencia de la misma<sup>22</sup>.

20 En este sentido, *vid.* la STC 82/2016, de 28 de abril (EDJ 2016/51935) sobre la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Sobre los efectos de esta declaración, señala el tribunal que:

«No afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que si durante la vigencia de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, que ahora se declara inconstitucional, los cónyuges sujetos al Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación, se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario en primer grado que aquélla establece.

En este sentido, hay que subrayar que el Derecho civil —sea el común o el foral— es eminentemente un derecho creado por y para los particulares, que resuelve los problemas que puedan surgir en sus relaciones privadas. Es el derecho de la autonomía de la voluntad por antonomasia que surge como máxima expresión de la libertad y, por ello, es un ordenamiento conformado en su mayor parte por normas de carácter dispositivo, es decir, primero rigen los pactos y subsidiariamente la norma legal. Dada la naturaleza dispositiva y la primacía de la autonomía de la voluntad que rige esta disciplina, los particulares deben seguir alcanzando libremente sus pactos de autorregulación, sometiéndose a la reglamentación que estimen más acorde a sus intereses.

Por tal motivo, rigiendo en esta materia el principio capitular y siendo respetuoso con las libertades individuales, tras la publicación de esta Sentencia, seguirán rigiéndose por el mismo régimen económico matrimonial que hubiera gobernado sus relaciones, salvo que su voluntad contraria sea manifestada mediante las oportunas capitulaciones. Por lo demás, la declaración de nulidad de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano no ha de afectar a las relaciones de los cónyuges con los terceros que, en todo caso, se regirán por el régimen matrimonial vigente en cada momento».

A esta sentencia, debemos añadir las SSTC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016\110) sobre la Ley 5/2012, de 15 octubre de la Comunitat Valenciana, de uniones de hecho formalizadas y 192/2016, de 16 de noviembre (EDJ 2016/211063) sobre la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Estos tres pronunciamientos han declarado inconstitucionales las tres normas valencianas, de tal forma que en la actualidad resulta dudoso que esta región continúe manteniendo su Derecho foral.

21 Tras estas sentencias del Tribunal Constitucional, gran parte de la doctrina ha centrado sus esfuerzos en analizar la corrección o no de dichas decisiones. Cabe destacar que gran parte de la literatura ha manifestado su disconformidad con estos pronunciamientos. En este sentido, *vid.* PLAZA PENADÉS, J.: «Soluciones para la "plena" recuperación de la competencia en derecho civil valenciano», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-4; TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.: «El sentido del artículo 7 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana después de la STC 82/2016, de 28 de abril», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-11; VERDERA SERVER, R.: «¿Otra vía muerta? El alcance de las llamadas competencias funcionales o conexas en la interpretación del Tribunal Constitucional», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-19; MAS BADÍA, M. D.: «Luces y sombras de la ley de régimen económico valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-13; GUILLÉN CATALÁN, R.: «La inconstitucionalidad del régimen económico matrimonial valenciano. Comentario a la STC 82/2016, de 28 de abril», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-14.

22 Para determinar la vigencia de esta norma, debemos tener en cuenta varias cuestiones. Por un lado, en cuanto a su entrada en vigor, según Disposición Final 4.<sup>a</sup> de la misma, se produjo el 25 de abril de 2008. Sin embargo, tras la providencia de 17 de abril de 2008 se admitió a trámite el

## 4. Galicia

Por su parte, en Galicia encontramos la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, cuyo Título IX se ocupa del régimen económico familiar. En esta comunidad no se contemplan regímenes especiales y su regulación es muy somera<sup>23</sup>. Únicamente cabe reseñar que, como señala el artículo 171 de la anterior norma el régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales y, en ausencia o ante la ineficacia del mismo, será la sociedad de gananciales. Por lo tanto, el régimen supletorio, al igual que en el Derecho común previsto en el Código civil, es el de la sociedad de gananciales.

## 5. Islas Baleares

En el ámbito de las Islas Baleares existe el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. Conviene tener presente que esta norma contempla tres regulaciones distintas: una para la Isla de Mallorca, otra para la Isla de Menorca<sup>24</sup> y otra para las Islas de Ibiza y Formentera<sup>25</sup>. Sin embargo, en el Libro II dedicado a la Isla de Menorca únicamente se hace referencia a la institución de la sociedad rural remitiendo, en lo demás, al Libro I, a excepción de los artículos 54 a 63 (art. 65 Decreto Legislativo 79/1990). Por lo tanto, nos

---

recurso de inconstitucionalidad, produciendo la suspensión de la vigencia de la ley autonómica. Desde nuestra perspectiva, a pesar de que el artículo 164.1 CE no se refiere expresamente a los efectos de otras disposiciones emanadas del Tribunal Constitucional —como tampoco lo hace la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional—, entendemos que debe aplicarse lo previsto para las sentencias, extensivamente, a todas las resoluciones del Tribunal —como los autos o las providencias—. Por todo lo anterior, la providencia se aplicará tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 22 de abril de 2008. Como se observa, la entrada en vigor de la ley no se llegó a producir. Por otro lado, mediante el Auto 156/2008, de 12 de junio (EDJ 2008/82425) se levantó la citada suspensión. Como este auto se publicó el día 30 de junio de 2008, a partir de esta fecha la disposición valenciana resulta aplicable. Por último, su cese definitivo se originó tras la citada STC de 28 de abril de 2016 que se publicó el día 31 de mayo de 2016.

De esta forma, la norma valenciana se aplicó desde la publicación del auto (30 de junio de 2008) hasta la sentencia definitiva (31 de mayo de 2016).

- 23 Sobre el particular, *vid.* REBOLLEDO VARELA, A. L.: «El régimen económico matrimonial en el derecho civil de Galicia», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 521-578.
- 24 A este respecto, *vid.* FERRER VANRELL, M. P.: «Régimen económico matrimonial de separación de bienes en Mallorca y Menorca (Libro I y II)», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 649-685.
- 25 Sobre el particular, *vid.* VILA RIBAS, M. C.: «El régimen económico legal del matrimonio en las Islas de Ibiza y Formentera», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 687-716.

centraremos en las otras dos normativas, pues las conclusiones serán aplicables, *mutatis mutandi* y con las matizaciones señaladas, para la Isla de Menorca.

Por un lado, el Libro I recoge las disposiciones aplicables a la Isla de Mallorca, destacando en su artículo 3.1 que el régimen económico conyugal será el convenido en capitulos, formalizados en escritura pública, antes o durante el matrimonio y, en defecto de estos, el de separación de bienes. De esta forma, se diferencia del Código civil, que establece el régimen de gananciales como supletorio.

Por otro lado, el Libro III se encarga de las Islas de Ibiza y Formentera. En primer lugar, cabe reseñar que en este ámbito las capitulaciones matrimoniales se denominan *espòlits*. En este sentido, prevé el artículo 66.2 Decreto Legislativo 79/1990 que los mismos representan una institución propia de las Illes Pitiüses y son un negocio jurídico familiar y solemne por el que se establece el régimen económico del matrimonio así como otras disposiciones por razón del mismo. Pues bien, en primer lugar se parte de la libre autonomía de la voluntad, ya que se permite convenir el régimen en los *espòlits*.

Si no se dispone nada en estos últimos, prevé el artículo 67.1 Decreto Legislativo 79/1990 que el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, el disfrute, la administración y la disposición de los bienes propios. De esta forma, al igual que en el caso anterior, rige la separación de bienes (a diferencia del Derecho común).

## 6. Navarra

En otro orden de cosas, en Navarra encontramos la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de Navarra<sup>26</sup>. En concreto, su Título VI se ocupa de los regímenes matrimoniales<sup>27</sup>, diferenciando entre la sociedad conyugal

26 En este ámbito, debemos tener en cuenta que esta norma ha sido modificada muy recientemente por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Además, esta modificación había sido demandada por parte de la doctrina. En este sentido, *vid.* VILLANUEVA LATORRE, A. C.: «Cuestiones problemáticas en el Derecho de Familia navarro», *Iura Vasconiae*, 2016, pp. 209-230.

Además, conviene tener presente que la STC 157/2021, de 16 de septiembre de 2021 estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno y, en consecuencia, declaró:

- Que el inciso «respetando el principio de paridad de ordenamientos» de la ley 11, la ley 12 y el segundo párrafo de la ley 483, todas ellas de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo, en la redacción que les da el art. 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, son inconstitucionales y nulas.

- Que el párrafo segundo de la letra c) de la ley 54, la ley 511 y el párrafo segundo de la ley 495 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo, en la redacción que les da el art. 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, no son inconstitucionales interpretadas respectivamente en los términos de los fundamentos jurídicos 7, 9 g) y 10 b) de la presente sentencia.

27 Sobre el particular, *vid.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., HUALDE MANSO, M. T. y DE RENTERÍA AROCENA, A.: «Los regímenes económicos matrimoniales y familiares en el derecho civil de Navarra», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especia-*

de conquistas, la comunidad universal de bienes y la separación de bienes. En este sentido, la Ley 87 de la citada norma establece el primero como sistema supletorio. En suma, la sociedad conyugal de conquistas es muy similar a la sociedad de gananciales, donde los bienes comunes o de conquista pueden ser administrados por ambos cónyuges. A este respecto, dispone la Ley 88 que en el régimen de conquistas se hacen comunes, entre otros, los bienes incluidos por pacto entre los cónyuges, los bienes adquiridos a título oneroso con cargo a bienes de conquista durante el matrimonio por cualquiera de ellos, así como los frutos y rendimientos de los bienes comunes y de los privativos. Este precepto recoge, además, una suerte presunción de conquista de todos aquellos bienes cuya pertenencia privativa no conste.

Por otro lado, la Ley 100 señala que en el régimen de comunidad universal de bienes y en defecto de los pactos que expresamente se establezcan acerca de los bienes y cargas que componen la masa común, de su administración y disolución y liquidación, se aplicarán una serie de reglas que pueden ser resumidas en las siguientes:

- Se hacen comunes todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges, sea cual fuere el título de adquisición.
- En consecuencia, todas las cargas y obligaciones que correspondan a cualquiera de ellos serán responsabilidad del patrimonio común.
- Por lo que respecta a la administración y disposición de los bienes comunes, será aplicable lo que la ley 94 previene para los bienes de conquista, sin perjuicio de lo previsto con carácter común en las leyes 78 a 82.
- Cuando se disuelva el matrimonio, el remanente líquido de los bienes comunes se dividirá en la proporción convenida o, en defecto de pacto, por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.

Por último, la Ley 101 se ocupa de la separación de bienes, en el que cada cónyuge será titular de los bienes que tuviese en el momento inicial y los que por cualquier título adquiriera posteriormente y, por ello, corresponde a los mismos el disfrute, la administración y disposición. Asimismo, los cónyuges responderán con carácter exclusivo de las obligaciones que contraigan.

## 7. País Vasco

En otro orden de cosas, en el País Vasco se aprobó la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. El artículo 125 de la citada norma prevé que el régimen de bienes en el matrimonio será el que los cónyuges establezcan en capitulaciones matrimoniales, bien estipulando expresamente sus condiciones o bien haciendo referencia a cualquier sistema económico establecido en esta u otras leyes. Por su parte, el artículo 127.1 de la misma ley señala que, a falta de capitulaciones o cuando resulten insuficientes o nulas, el matrimonio se regirá por las normas de la sociedad de gananciales establecidas en el Código Civil.

---

*les* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 735-870.

Sin embargo, los apartados 2 y 3 del artículo 127 contemplan dos excepciones. Por un lado, cuando ambos contrayentes sean vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio, el matrimonio se registrará, a falta de pacto, por el régimen de comunicación foral de bienes<sup>28</sup>. Por otro lado, cuando sólo uno de los cónyuges tenga vecindad civil en la tierra llana de Bizkaia, en Aramaio o en Llodio, registrará, a falta de pacto, el régimen de bienes correspondiente a la primera residencia habitual común de los cónyuges, y a falta de esta, la que corresponda al lugar de celebración del matrimonio. Por lo tanto, se contemplan una serie de reglas especiales en los territorios de Bizkaia, de Aramaio o Llodio a la hora de determinar el sistema económico matrimonial aplicable.

Pues bien, en el régimen de comunicación foral de bienes se harán comunes, por mitad entre los cónyuges todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen (art. 129 Ley 5/2015).

## IV. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, M. E.: «La ley de régimen económico valenciano. Su incidencia registral cinco años después de su entrada en vigor», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 14, 2013, pp. 1-8.
- AGUIAR DE LUQUE, L.: «Poder judicial y reforma de los Estatutos de Autonomía», *La justicia ante la reforma de los Estatutos de Autonomía*, 2005, pp. 21-50.
- ASENSI, F. D. y HERNANDES BRITO REIS, V. V.: «Judicialização da saúde e a responsabilidade solidária dos entes federativos do brasil», *Cadernos da Lex Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, núm. 4, vol. I, 2019, pp. 227-240.
- BARRANDA ORELLANA, R.: «El régimen de participación en las ganancias», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 473-491.
- BELDA CASANOVA, C.: «Estado actual del Régimen matrimonial Valenciano cinco años después de su instauración», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 14, 2013, pp. 1-11.
- COBACHO GÓMEZ, J. A.: «Los derechos civiles forales o especiales tras la Constitución de 1978», *Anales de derecho*, núm. 7, 1985, pp. 7-34.

---

28 Para más información, *vid.* URRUTIA BADIOLA, A. M.: «La comunicación foral en Bizkaia y Araba: concepto, aplicación, naturaleza jurídica y extensión temporal», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 223-252; MONJE BALMASEDA, O.: «La comunicación foral de bienes constante matrimonio», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 253-286.

- CORTADA CORTIJO, N.: «El régimen de comunidad de bienes», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 503-518.
- CLEMENTE MEORO, M.: «La Ley 10/2007, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano», *Derecho Civil Valenciano*, pp. 1-26, disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/derecho-de-la-persona-y-la-familia/item/191-ley-de-regimen-economico-matrimonial-valenciano-por-mario-e-clemente-meoro> (fecha de última consulta 02.06.2022).
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., HUALDE MANSO, M. T. y DE RENTERÍA AROCENA, A.: «Los regímenes económicos matrimoniales y familiares en el derecho civil de Navarra», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 735-870.
- FERRER VANRELL, M. P.: «Régimen económico matrimonial de separación de bienes en Mallorca y Menorca (Libro I y II)», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 649-685.
- GARAU JUANEDA, L.: «Los conflictos de leyes entre las diferentes regulaciones en materia de régimen económico matrimonial vigentes en España y cuestiones de derecho internacional intertemporal asociadas a los mismos», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 51-85.
- GUILLÉN CATALÁN, R.: «La inconstitucionalidad del régimen económico matrimonial valenciano. Comentario a la STC 82/2016, de 28 de abril», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-14.
- HIGUERA LUJÁN, L. M.: «El principio separatista en la ley de régimen económico matrimonial valenciano», *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 60, vol. 1, 2015, pp. 204-237.
- MAS BADÍA, M. D.: «La ley de régimen económico valenciano y su incidencia en la sociedad valenciana», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 14, 2013, pp. 1-17.
- MAS BADÍA, M. D.: «Luces y sombras de la ley de régimen económico valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-13.
- MOLINER NAVARRO, R. M.: «Comentario a la Ley 10/2007 de régimen económico matrimonial valenciano», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 873-922.
- MOLINER NAVARRO, R.: «La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (modificada por la Ley 8/2009). Cuestiones abiertas en torno a su aplicación», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 14, 2013, pp. 1-26.
- MONJE BALMASEDA, O.: «La comunicación foral de bienes constante matrimonio», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 253-286.

- PERALES SOTOMAYOR, E. y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: «El régimen económico matrimonial en Aragón», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 91-220.
- PLAZA PENADÉS, J.: «El derecho civil, los derechos civiles forales o especiales y el derecho civil autonómico», *Revista de Derecho civil Valenciano*, núm. 12, segundo semestre 2012, disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semestre-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-auton%C3%B3mico> (fecha de última consulta 02.06.2022).
- PLAZA PENADÉS, J.: «Soluciones para la "plena" recuperación de la competencia en derecho civil valenciano», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-4.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: «El régimen económico matrimonial en el derecho civil de Galicia», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 521-578.
- SALVADOR CRESPO, M.: *Autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Barcelona, 2007.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.: «El sentido del artículo 7 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana después de la STC 82/2016, de 28 de abril», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-11.
- URRUTIA BADIOLA, A. M.: «La comunicación foral en Bizkaia y Araba: concepto, aplicación, naturaleza jurídica y extensión temporal», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 223-252.
- VERDERA SERVER, R.: «¿Otra vía muerta? El alcance de las llamadas competencias funcionales o conexas en la interpretación del Tribunal Constitucional», *Revista de derecho civil valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1-19.
- VILLANUEVA LATORRE, A. C.: «Cuestiones problemáticas en el Derecho de Familia navarro», *Iura Vasconiae*, 2016, pp. 209-230.
- VILA RIBAS, M. C.: «El régimen económico legal del matrimonio en las Islas de Ibiza y Formentera», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* (coord. F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, O. MONJE BALMASEDA), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 687-716.





# LA GUARDA DE HECHO. EL EJERCICIO DE HECHO DE UN DERECHO

DE FACTO GUARDIANSHIP. THE DE FACTO EXERCISE OF A RIGHT

**Carlos Bellido González del Campo**

Investigador  
*65jrbs@gmail.com*

## Sumario:

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. ANTECEDENTES. III. 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. IV. RECIENTE JURISPRUDENCIA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

**Palabras clave:** Guarda de hecho; guarda de derecho; guardador; personas con discapacidad; tutela; cuartela.

**Keywords:** De facto guardianship; de jure guardianship; guardia; persons with disabilities.

**Resumen:** El presente es un estudio sobre la reforma que ha operado en el ordenamiento jurídico español 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<sup>1</sup> y, más concretamente, en la figura de la guarda de hecho.

A pesar de que esta figura aparecía regulada desde el año 1983, la misma se concebía como la actuación voluntaria y espontánea de una persona (normalmente, un familiar) que, sin mediación de sentencia o resolución administrativa prestaba una serie de cuidados a la persona guardada. Si bien la misma conserva el carácter que siempre ha revestido, la nueva norma, al amparo de la Convención Internacional de los derechos de personas con discapacidad<sup>2</sup> (Nueva York, 2006) robustece la figura del guardador y le otorga nuevas facultades en el ejercicio de la guarda de manera que la misma pasa a ser considerada una «guarda de derecho» que, a partir de la reforma, cuenta con regulación legal.

---

1 Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132.

2 Boletín Oficial del Estado, 21 de abril de 2008, núm. 96. Instrumento de ratificación español.

Este artículo pretende ser un estudio de las modificaciones introducidas por la ley, así como de la doctrina jurisprudencial que, en sus primeros tiempos de implantación, emana de la misma.

**Abstract:** This is a study on the reform of the Spanish legal system brought about by Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity and, more specifically, in the figure of de facto guardianship<sup>3</sup>.

Although this figure had been regulated since 1983, it was conceived as the voluntary and spontaneous action of a person (usually a family member) who, without the mediation of a sentence or administrative resolution, provided a series of care to the person under guardianship. Although it retains the character it has always had, the new regulation, under the protection of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities<sup>4</sup> (New York, 2006) strengthens the figure of the guardian and grants him/her new powers in the exercise of the guardianship, so that it is now considered a «guardianship by right» which, as of the reform, has legal regulation.

This article is intended to be a study of the modifications introduced by the law as well as the jurisprudential doctrine that, in its early stages of implementation, emanates from it.

## I. CUESTIONES PREVIAS

La guarda de hecho aparece recogida en el ordenamiento jurídico español desde el año 1983. Hasta la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, venía entendiéndose que concurría la existencia de la misma cuando una persona física o una institución prestaba espontáneamente a una persona desvalida (menor, discapacitado, anciano, etc.) los cuidados y atenciones que necesitaba sin que mediase sentencia o resolución administrativa que así lo dispusiera<sup>5</sup>.

En el Título X del Código Civil<sup>6</sup> «De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados», sin embargo, la guarda de hecho nunca ha aparecido citada. Si bien esta carencia no podía considerarse como expulsión, es justo decir que la misma ha supuesto, históricamente, la denigración de la figura de la guarda de hecho y ha complicado, de igual manera, su defensa como sistema de protección análogo a la tutela o la curatela.

La reforma legislativa acontecida en 2021 en la materia que nos ocupa viene a paliar la situación descrita. De esta forma, 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

---

3 Official State Gazette, June 3, 2021, No. 132.

4 Official State Gazette, April 21, 2008, No. 96. Spanish instrument of ratification.

5 SANTOS URBENAJA, F., *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid, 2006

6 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm. 206.

de su capacidad jurídica<sup>7</sup> robustece la figura de la guarda, la cual es ampliamente utilizada en el ámbito de la discapacidad. Es la propia ley la que así lo reconoce:

la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea<sup>8</sup>.

En lo que sigue, se analizará dicha reforma a la luz del panorama social actual y de la reciente jurisprudencia y se procederá a una valoración de la misma.

## II. ANTECEDENTES

Con anterioridad a la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio el artículo 215 del Código Civil estaba redactado como sigue

La guarda y protección de las persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará en los casos que proceda mediante:

- 1.º.- La tutela
- 2.º.- La curatela
- 3.º.- El Defensor Judicial<sup>9</sup>

Durante el tiempo en que esta redacción estuvo vigente, no obstante, se generaron nuevas instituciones de guarda, sustancialmente dos: la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la Guarda de hecho. Estas dos figuras fueron creadas en el año 1983 y se regulan, la primera, en el artículo 171 del Código Civil y en los artículos 304 a 306 del Código Civil la segunda. Por extraño que parezca y como la nueva ley viene a solucionar, el legislador no advirtió lo adecuado de que ambas figuras fuesen trasladadas al artículo 215 del Código Civil como apartados 4.º y 5.º como, a todas luces, indica la lógica.

De igual manera que nadie se atrevería a afirmar que la patria potestad prorrogada o rehabilitada no es una figura de protección porque el artículo 215 no la proclamaba, tampoco tendría sentido hacerlo con la guarda de hecho y, prueba de ello, es la reciente reforma legislativa.

---

7 Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132.

8 Exposición de Motivos 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.

9 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm. 206. Disposición modificada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

La regulación de la Guarda de Hecho se hallaba regulada en el Capítulo V del Título X del Libro I del Código Civil (artículos 303, 304 y 306), hoy derogados. La función que la antigua norma les otorgaba era tímida, como si la institución le resultara al legislador ligeramente desacreditada y no quisiese prestarle especial atención. A este respecto, se refería a ella como

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas<sup>10</sup>.

Por su parte, el antiguo artículo 304 recogía un humilde estatuto para el Guardador en esta materia determinando una presunción general de validez de las actuaciones llevadas a cabo por el mismo siempre que se hubiesen realizado en beneficio y utilidad del guardado, pudiendo, no obstante, ser impugnados y, en su caso, anuladas por quien argumente que tal beneficio no fue real.

La dificultad de determinar la intención de estas acciones, además de pertenecer a un ámbito que no es el jurídico, provocó serios problemas de interpretación en los tribunales durante muchos años, y es que el Guardador necesitaba conseguir una «acreditación». Para ello, había de interponer una demanda de incapacitación con la que obtener una sentencia que declarase la situación de incapacidad y estableciera, de manera formal, esta figura de la guarda (patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela o curatela).

A todas luces, esta era una solución profundamente ineficaz que podía demorarse en el tiempo de manera habitual por plazos cercanos al año y, además, revestía una naturaleza radical.

El problema, sin duda, es que la antigua redacción del Código Civil no establecía una determinación clara de la figura de la guarda de hecho a pesar de que la doctrina anterior a la ley 13/1983 había hecho pronunciamientos claros al respecto<sup>11</sup>. A pesar de ello, esta figura sí quedaba definida en alguna legislación autonómica, como es el caso del Código Civil de Cataluña en los términos «es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se dé una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutelar, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen<sup>12</sup>». También en el Código de Derecho Foral de Aragón, cuyo articulado indica que «guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada»<sup>13</sup>.

10 Artículo 303 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm. 206. Disposición derogada

11 ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO. *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1991.

12 Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 13 de enero de 2003, núm. 3798.

13 Artículo 156 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho una inmensa labor en aras de intentar unificar lo relativo a esta figura jurídica y que la misma tuviese una regulación legal a la altura de la posición que ocupa en el paradigma civil. Esos esfuerzos se han visto en gran parte recogidos en la reforma introducida por la Ley 8/2021 de 2 de junio.

### III. 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<sup>14</sup>

Valiéndose de este instrumento legislativo el legislador opera una reforma en el ordenamiento jurídico español para adaptarlo a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>15</sup> (Nueva York, 2006), en cuyo artículo 12 se proclama que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida<sup>16</sup>» y se constituye como un imperativo legal para los Estados Partes en lo que respecta a la toma de medidas que garanticen dicho axioma.

Esas medidas están destinadas al preeminente respeto de los derechos, voluntad y predilecciones de la persona en situación de discapacidad, a avalar la ausencia de conflictos e incorrectas pujanzas, a su proporcionalidad y adaptación al caso concreto, a su aplicación en el más corto plazo posible y a su examen periódico por parte del órgano competente con independencia e imparcialidad. Y todo ello para dar cumplimiento al mandato constitucional según el cual «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad (...) son fundamento del orden político y la paz social<sup>17</sup>».

En lo relativo a la figura objeto de estudio, la guarda de hecho, es indiscutible que la ley la robustece hasta transformarla en una institución jurídica de apoyo propia. La misma deja de ser una coyuntura eventual y pasa a considerarse suficiente y apta para la protección de los derechos de la persona discapacitada. El legislador toma como fuente el propio paradigma social que habita y reconoce que, en la mayoría de las ocasiones, el interesado está asistido y apoyado de manera conveniente en la toma de decisiones, así como en el ejercicio de su capacidad jurídica por la figura del guardador de hecho (siendo este, habitualmente, un familiar) que no requiere de la solemnidad judicial en lo relativo a la forma y que, además, la persona con discapacidad tampoco anhela.

---

14 Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132.

15 Boletín Oficial del Estado, 21 de abril de 2008, núm. 96. Instrumento de ratificación español.

16 Ver nota núm. 12.

17 Artículo 10 CE.

Cuestión a parte es que el guardador lleve a cabo actuaciones representativas, para las cuales la ley determina la obtención de una autorización judicial *ad hoc*, pero concibe la misma como una cuestión esporádica y concreta que no demanda la necesidad de un procedimiento general.

La ley introduce el término «guarda de derecho», el cual puede ser objeto de asombro. No obstante, el mismo, que no es precisamente afortunado por parte del legislador, no implica cambios en lo relativo a la formalidad de la figura, y es que, a pesar del robustecimiento que le otorga la reforma, continuamos encontrándonos ante una medida de naturaleza informal que, normalmente, llevan a cabo los familiares que conviven con la persona con discapacidad y que llevarían a cabo igualmente (como vienen haciendo desde el inicio de los tiempos) porque, esta asistencia (y esta es la clave) se caracteriza por lo desinteresado de la misma.

Entrando en la profundidad del articulado, la ley establece los siguientes cambios concretos en lo que respecta a la figura de la guarda.

En primer lugar, y relativo a los menores (artículo 237 y ss.), la ley comisiona a la autoridad judicial correspondiente que tenga constancia de la existencia de un guardador de hecho para requerirle al mismo su informe de situación, así como de los bienes del menor y las medidas que lleva a cabo con respecto a los mismos. Todo ello en aras de determinar el sistema de control que considere oportuno. Como se observa de esta coyuntura, el legislador, amparándose en la protección del menor guardado, se permite altas invasiones en la existencia y devenir de la guarda.

Por su parte y en lo relativo del establecimiento de un marco jurídico, el legislador no aporta modificaciones sustanciales, sino que contamina a esta figura de guarda de menor las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad<sup>18</sup>.

Por su parte, también procede a una delimitación *de facto* de la guarda de hecho al establecer que la misma es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente<sup>19</sup>. Como se desprende de estas palabras, el carácter espontáneo y voluntario que antes se anunciaba sigue siendo la naturaleza sustancial de la institución jurídica.

En segundo lugar, y en lo que respecta a la guarda de hecho de las personas con discapacidad (artículos 263 y ss.), la ley tampoco ofrece un marco jurídico propio al establecer que, si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que no se estén aplicando de manera eficaz, quien ejerza la guarda de hecho, continuará desempeñando su función<sup>20</sup>.

---

18 Artículo 237 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. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132.

19 Artículo 250 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. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132.

20 Artículo 263 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. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132.

También se ha hablado de la autorización *ad hoc* que el guardador necesita cuando va a realizar actos de representación. La ley, sin embargo, la excluye para los supuestos en que el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona que guarda siempre y cuando esto no suponga un cambio significativo en su situación económica y, en términos generales, no altere de manera sustancial su forma de vida<sup>21</sup>. Como también se desprende de estas palabras, el legislador, a pesar de sus intenciones, sigue dando poca confianza a la figura de la guarda y la reserva, utilizando sus propios términos, para situaciones «de escasa relevancia». Sin embargo, la figura y, de manera concreta, el guardador, sí está controlado y supervisado de manera constante por la autoridad judicial correspondiente, la cual puede requerirlo, en cualquier momento, para rendir cuentas de su actuación.

En lo que respecta a la extinción de la guarda de hecho, la ley también la reviste de un cariz informal que para poco o nada necesita estar definido en un instrumento legal, pues dicha extinción responde al sentido común. La ley prevé cuatro casos: desaparición de las causas que la motivaron, solicitud de la persona guardada, desistimiento del guardador y solicitud del Ministerio Fiscal cuando este lo considere conveniente.

Estas son las dos principales modificaciones de la Ley 8/2021 de 2 junio. Como se desprende del análisis de las mismas, pecan de una ligera incoherencia y de no corresponderse con las altas pretensiones del legislador en lo relativo a una institucionalización de la guarda de hecho. Ello así porque, en primer lugar, la figura del guardador solo aparece en la ley con funciones representativas y excepcionales. Si bien es cierto que la antigua regulación permitía impugnar prácticamente cualquier acto realizado por el guardador y, en la actualidad, esto se ha robustecido (eliminando la subjetiva cuestión de la «utilidad», principalmente) el guardador queda obligado a la consecución de una autorización judicial. No puede negarse que la ley amplía sus capacidades de actuación, pero estas siguen supeditadas a que un órgano ajeno a la figura y a la persona en situación de guarda decidan sobre él. Por último, cabe señalar que la ley establece un sistema de control, a todas luces, excesivo sobre el guardador por lo desproporcionado del mismo si se tienen en cuenta las facultades que le otorgan.

La reforma introducida por la Ley 8/2021 de 2 junio es muy reciente y los efectos de la misma aún no han podido comprobarse de manera extensiva, no obstante, se pasa a analizar la jurisprudencia de la que, en la actualidad, se dispone.

## IV. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Con la ley 8/2021 y la nueva redacción que otorga al Código Civil en lo relativo a la discapacidad, queda fijada una nueva obligación según la cual ha de determinarse cuándo el ejercicio de esta guarda no es efectivo. Es decir, cuándo el carácter esencial de la figura de la guarda queda desnaturalizado y, con él, ella misma. A este respecto, viene a colación la siguiente jurisprudencia:

---

21 Artículo 264 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. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132.

- SAP Valencia de 16 de septiembre de 2021<sup>22</sup>

La sentencia que se dictó en primera instancia era pretérita a la Ley 8/2021, de 2 de junio y la Audiencia Provincial de Valencia procedió a su revocación. El sujeto de la misma era una persona víctima de un grave trastorno mental del espectro de la esquizofrenia que le causaba una severa merma de las funciones psicológicas básicas. En primera instancia, se había incapacitado a la parte demandada y la misma había quedado sometida a tutela. En sentido contrario, la Audiencia Provincial de Valencia ha procedido al nombramiento como curador (a título asistencial) al IVASS, el cual no ostenta competencias representativas del sujeto tutelado pues, en lo que respecta al mismo, su voluntad, deseos y preferencias pueden ser definidos. Así se desprende de la entrevista que se le hizo.

De igual manera, el IVASS tampoco ostentará facultades patrimoniales puesto que el demandado no tiene bienes y apenas ingresa trescientos ochenta euros mensuales que el mismo puede gestionar. La parte demandada no tenía familiares ni personas allegadas en España que pudieran ejercer esta medida de apoyo. Queda claro por tanto que no existe inconveniente en que la guarda de hecho la ejerza una persona jurídica (en este caso el IVASS) cuando la misma no quedaría bien ejecutada de otra manera. En este sentido la sentencia otorga al órgano curador:

*«1) Supervisión del autocuidado, lo que en este momento y hasta su nuevo traslado a la Comunidad Valenciana, se está llevando a cabo por el Centro Mentalía de Arévalo (Ávila) en el que está ingresado.*

*2) Supervisión para el consentimiento de tratamiento médico y para el manejo de la medicación.*

*3) Supervisión para las actividades económicas, jurídicas y administrativas con sujeción a lo dispuesto en el artículo 287 del Código Civil, de modo que todos los actos relacionados en dicho precepto requerirán que el curador solicite autorización judicial.*

*4) El discapaz podrá disponer de dinero de bolsillo, lo que necesariamente ha de posponerse al momento en que al mismo se le conceda una pensión; en tal caso, el dinero de bolsillo del que podrá disponer será de 40 euros mensuales<sup>23</sup>».*

- SAP Cádiz de 3 de junio de 2022<sup>24</sup>

Este caso versaba en torno a la *Corea de Hutchington* padecida por una persona que, en palabras del forense, carecía de autonomía personal. El mismo había de ser alimentado, vestido, aseado, desplazado y gestionado. No podía, además, prestar un válido consentimiento en la vida civil y estaba imposibilitado para gestionar su propio patrimonio.

La Audiencia Provincial de Cádiz pudo constatar que un hijo de esta persona lo cuidaba y atendía, pero, sin embargo, esto no era suficiente: sus necesidades básicas no estaban satisfechas, y es que el padre mostraba un estado higiénico y nutritivo muy pobre.

22 Recurso núm. 232/2021. ECLI:ES:APV:2021:3273.

23 Fundamentos Jurídicos (II) SAP Valencia de 16 de septiembre de 2021. Recurso núm. 232/2021. ECLI:ES:APV:2021:3273.

24 Recurso núm. 1385/2021. ECLI:ES:APCA:2021:333.



Además de ello, la sentencia calificaba de «deplorables» las condiciones de la residencia que habitaba, lugar del que no había salido en cinco años, durante los cuales, además, prácticamente no se había levantado de la cama.

En estos términos la Audiencia Provincial de Cádiz entiende que, a todas luces, la guarda de hecho no está ejercida de la manera correcta y confirma la sentencia recurrida, la cual encomendaba la tutela a una entidad pública, pero sustituía la misma por curatela (en aplicación, ahora sí, de la ley 8/2021, de 2 junio) desestimando, además, la pretensión del guardador (su hijo) de ser considerado curador.

– SJPI núm. 9 de Castellón de la Plana de 23 de septiembre de 2021<sup>25</sup>

Por medio de esta sentencia quedó sujeta a curatela una persona de diecinueve años con un retraso mental no diagnosticado, alteraciones de conducta, ansiedad, déficit de atención, hiperactividad y brotes psicóticos. Como el propio adolescente declaró, además, cuando disponía de dinero lo malgastaba de manera inmediata si nadie le asistía en su gestión.

Era su padre quien ejercía la figura de guardador de hecho, aunque el demandado mantenía constantes conflictos con el mismo. En estos términos, se determina para él la curatela asistencial para determinados ámbitos como aseo, alimentación y salud o tareas de la vida diaria. También en lo relativo al ámbito patrimonial en aras de que pudiera administrar su dinero en la manera correcta y no perderlo mediante la dilapidación. Para ello sería necesaria la intervención del curador en los contratos de los que la persona fuera parte firmante.

Esta sentencia hace unas importantes interpretaciones de la ley 8/2021, de 2 de junio al establecer, en lo relativo al principio de intervención mínima, que

*«A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar "la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica" y atender "en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias"<sup>26</sup>».*

De igual manera, la sentencia también se refiere a que

*«El art. 269 CC establece como límite al contenido de la curatela, que no podrá incluir la mera privación de derechos. Con ello la ley quiere evitar que la discapacidad pueda justificar directamente una privación de derechos, sin perjuicio de las limitaciones que puede conllevar la medida de apoyo acordada, por eso habla de «mera privación de derechos»<sup>27</sup>».*

---

25 Recurso núm. 1262/2019. ECLI:ES:JPI:2021:1530.

26 Fundamentos Jurídicos (IV) SJPI núm. 9 de Castellón de la Plana de 23 de septiembre de 2021. Recurso núm. 1262/2019. ECLI:ES:JPI:2021:1530.

27 Fundamentos Jurídicos (IV) SJPI núm. 9 de Castellón de la Plana de 23 de septiembre de 2021.

- SAP Valencia de 20 de octubre de 2021<sup>28</sup>

En términos similares a la última sentencia analizada, pero de manera más radical, esta sentencia, tratando el caso de una persona con trastorno esquizofrénico paranoide además de consumo de psicotrópicos y ludopatía, queda sometida a curatela con facultades representativas por parte del IVASS. Sus familiares confesaron que les era imposible hacerse cargo de él debido a su estado extremo y, mucho menos, su propio hijo.

En esta sentencia plantea el primer problema temporal relativo al momento de entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que la Sala opta por resolver al amparo de la Disposición Transitoria Sexta del cuerpo normativo estableciendo que

*Establece la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 8/2021, de 2 de junio, —en vigor desde el 3 de septiembre—, que «los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de ella presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieren practicado hasta ese momento», por lo que, sin perjuicio de la tramitación y resolución dictada en la primera instancia, la presente resolución ha de ajustarse a lo dispuesto en dicha Ley<sup>29</sup>.*

De estas palabras se desprende el claro interés de los tribunales en lo relativo a acogerse a esta ley, que presenta muchas más ventajas que su predecesor legislativo para el discapaz.

- SAP Valencia de 16 de septiembre de 2021<sup>30</sup>

En lo relativo a la ineficacia de la guarda de hecho cuando la misma provoca una situación de riesgo familiar debido a las enfermedades de las personas guardadas, esta sentencia conoce del asunto de una persona víctima de un trastorno esquizofrénico-afectivo además de consumo de psicotrópicos (gran motivo de la alteración de su comportamiento) y que, además, no era consciente de sus padecimientos. En primera instancia, el juzgado lo había tutelado por el IVASS (en aplicación de la ley 8/2021 de 2 de junio) para someterlo a curatela representativa y, con ello, supervisión por parte de la institución pública del autocuidado, tratamiento médico y gestión de su medicación y representación económica, jurídica y administrativa. El demandado solo podía disponer de cuarenta euros en efectivo para su libre disposición con periodicidad mensual.

En su entorno familiar y debido a sus padecimientos la Audiencia Provincial de Valencia conoce de varios incidentes violentos que habían afectado a sus hermanos (razón por la cual la tutela la asume el IVASS, a pesar de que el demandado pretendía que la asumieran estos hermanos, los cuales se opusieron alegando miedo).

---

Recurso núm. 1262/2019. ECLI:ES:JPl:2021:1530.

28 Recurso núm. 148/2021. ECLI:ES:APBU:2021:148.

29 Fundamentos Jurídicos (II) SAP Valencia de 20 de octubre de 2021. Recurso núm. 148/2021. ECLI:ES:APBU:2021:148.

30 Recurso núm. 240/2020. ECLI:ES:APV:2021:942.

- SJPI núm. 9 de Castellón de la Plana de 4 de octubre de 2021<sup>31</sup>

En este caso, una persona soltera de 35 y años con trastorno bipolar que cohabitaba con sus guardadores de hecho (sus padres) había desarrollado fases de delirio de tipo megalómano. Durante ellas era fácilmente influenciable por terceros ajenos al entorno familiar que habían provocado que comprase bienes que, más tarde, tuvo que vender a precio de saldo y abusos económicos de diversa índole que, gracias a sus guardadores, fueron resueltos. Es por ello que se solicitó el amparo de los tribunales en aras de que la persona discapacitada tuviese vetada la toma de decisiones que supusieran un peligro para su patrimonio. En estos términos su padre fue nombrado curador.

Puede observarse gracias a este pronunciamiento que la figura de la guarda de hecho tampoco se considera efectiva cuando hay una tendencia desmesurada a la dilapidación patrimonial por parte del guardado. En este sentido, además, cabe destacar que la ley 8/2021, de 2 de junio, elimina la figura de la prodigalidad, por lo que los actos jurídicos suscritos por personas víctimas de trastornos como los que se han descrito no pueden ser ya anulados, sino que ha de recurrirse a la acción de nulidad para solucionar este conflicto.

Esta sentencia, además, trata la eventual coyuntura de la existencia de varios curadores en lugar de uno solo, y a este respecto, determina que

*Establece el artículo 277 del Código Civil que: «Se puede proponer el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes. Cuando la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo.», circunstancias que no concurren en el presente caso<sup>32</sup>.*

El Juzgado también repasa en esta sentencia el procedimiento que habrá de seguir el curador después de su nombramiento, cuestión de alta importancia y que, en épocas pretéritas, ha sido objeto de controversia por desfases temporales que han producido la desatención de la persona discapacitada. De esta manera, se explica que:

*«Conforme al artículo 282 del Código Civil el curador tomará posesión de su cargo ante el letrado de la Administración de Justicia.*

*Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.*

*El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias.*

*El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.*

---

31 Recurso núm. 487/2021. ECLI:ES:JPI:2021:1530.

32 SJPI núm. 9 de Castellón de la Plana de 4 de octubre de 2021. Recurso núm. 487/2021. ECLI:ES:JPI:2021:1530.

*El curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro»<sup>33</sup>.*

– SAP Madrid de 25 de octubre de 2021<sup>34</sup>

Conociendo de una coyuntura parecida a la analizada en la anterior sentencia, en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid sujeta a curatela a una persona con trastorno psicótico y rasgos paranoides, la cual, tampoco tenía conciencia de padecer la enfermedad. Con motivo de ello, no tomaba el tratamiento asignado. En el informe forense se indicaba que «al no conocer su enfermedad tampoco tenía conocimiento de su economía<sup>35</sup>», por lo que gastó veinte mil euros en el día a día en el plazo de un año y, además, podía gastar en un solo día su propia pensión. Y todo ello así por la confianza de esta persona en que su familia acudiría al rescate en caso de verse en apuros como, efectivamente, había sucedido hasta el momento. De esta forma, la Audiencia Provincial de Madrid revoca la sentencia en primera instancia y nombra a su hijo curador en lugar de tutor.

– SAP Valencia 20 de octubre de 2021<sup>36</sup>

Esta sentencia ilustra cómo la dificultad para la continuación con el ejercicio de la guarda de hecho también implica la ineptitud de la figura y requiere, en aras de la correcta atención de las personas discapacitadas, la constitución de una curatela.

En estos términos, la sentencia determina una curatela para una persona con cuadro negativo de esquizofrenia que recibía atención domiciliaria. La misma tenía una «conciencia ambivalente» del padecimiento de su enfermedad, motivo por el cual no era posible asegurar que consumiría el tratamiento médico preceptivo. Tampoco de que se organizaría adecuadamente para la realización de las actividades cotidianas.

Su madre era su guardadora de hecho y estaba encargada de la gestión y administración de las dos pensiones que percibía la persona discapacitada (por orfandad y minusvalía). Sin embargo, esta mujer tenía ochenta y cuatro años y necesitaba que otra de sus hijas visitase a diario la casa por requerir su ayuda. La Audiencia Provincial de Valencia entiende que estas condiciones no son las adecuadas para garantizar el correcto cuidado de la persona que, hasta el momento, estaba en situación de guarda, y nombra como curadora a esa hermana mayor de la persona discapacitada porque ella misma así lo solicitó.

*«Por otra parte, la extensión de tal medida de apoyo ha de determinarse en función de la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades. Las medidas de apoyo que por esta resolución se acuerdan vienen encaminadas, como señala el artículo 249 del Código Civil en su nueva redacción, a conseguir el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica, teniendo por finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad de la Sra. María Dolores. En atención a las limitaciones*

33 Fundamentos Jurídicos (VII) SJPI núm. 9 de Castellón de la Plana de 4 de octubre de 2021. Recurso núm. 487/2021. ECLI:ES:JPI:2021:1530.

34 Recurso núm. 1808/2019. ECLI:ES:APM:2021:12716.

35 Informe forense SAP Madrid de 25 de octubre de 2021. Recurso núm. 1808/2019. ECLI:ES:APM:2021:12716.

36 Recurso núm. 265/2021. ECLI:ES:APSA:2021:265.

*que de toda índole impone la enfermedad padecida por esta última, las medidas de apoyo han de abarcar todas las actividades de su vida, tanto personales como económicas y patrimoniales, si bien el curador necesitará la autorización judicial para los actos que establece el artículo 287 del Código Civil»<sup>37</sup>.*

– SAP Valencia 6 de mayo de 2022<sup>38</sup>

En el mismo sentido que la sentencia anteriormente analizada, en este caso, la Audiencia Provincial de Valencia nombra al IVASS curador de una persona con discapacidad por imposibilidad de sus familiares para seguir ejerciendo la guarda de hecho.

El demandado, que solo conservaba la capacidad para otorgar testamento, interpuso recurso de apelación por haber sido condenado en primera instancia a no tener gastos superiores a cien euros semanales y al nombramiento de su madre como curadora. El discapacitado solicitaba el aumento a la cantidad de doscientos euros entre otras cuestiones.

*El tribunal entiende que las medidas de apoyo pertinentes, en la línea de lo apreciado por los informes médico-forenses, consistirán en la curatela no representativa para la supervisión de los actos de la vida cotidiana, como el aseo personal, el vestido, la comida, el desplazamiento, la compra o la limpieza de la casa, y la curatela representativa para las actuaciones de carácter económico, jurídico y administrativo, así como para prestar el consentimiento en relación al tratamiento médico y las intervenciones quirúrgicas, para el seguimiento de las pautas alimenticias y la toma de medicamentos prescritos»<sup>39</sup>*

Sin embargo, determina que estas medidas de apoyo, al amparo del artículo 276 CC las habrá de prestar el IVASS porque ni la madre ni los hermanos del demandado:

*«se han mostrado con disposición para desempeñar el cargo, aduciendo la madre su edad e impotencia, y los hermanos, la necesidad de un apoyo especializado, conclusión que la audiencia del demandado no desvirtúa, dado que el tribunal entiende que la institución mencionada es apta para comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de Doroteo»<sup>40</sup>.*

– SAP Cádiz 27 de octubre de 2021<sup>41</sup>

Esta sentencia confirma aquella que se recurrió por la cual una persona con trastorno esquizofrénico paranoide quedaba sometida a curatela de la Fundación Gaditana de Tutela<sup>42</sup>. La acción se ejecutó en contra de la voluntad del demandado y, según el Ministerio Fiscal, que rezaba de la guarda de hecho ejercida por una institución de salud mental en la que nadie residía, por haber accedido a ella de manera voluntaria «viene a garantizar los

---

37 SAP Valencia 20 de octubre de 2021. Recurso núm. 265/2021. ECLI:ES:APSA:2021:265.

38 Recurso núm. 1409/2021. ECLI: ES:APV:2022:1869.

39 SAP Valencia 6 de mayo de 2022. Recurso núm. 1409/2021. ECLI: ES:APV:2022:1869.

40 SAP Valencia 6 de mayo de 2022. Recurso núm. 1409/2021. ECLI: ES:APV:2022:1869.

41 Recurso núm. 1231/2020.

42 Disponible en: <https://asociacionafemen.org/fundacion-gaditana-de-tutelas/>

apoyos necesarios para la realización de los actos de la vida civil<sup>43</sup>» conviviendo los fines de semana en el domicilio familiar.

Como se verá, la sentencia pone de manifiesto la necesidad de la constitución de curatela el carácter inexorablemente temporal de la persona con discapacidad en una entidad que ejerce la función de guardadora.

En el informe forense y en la declaración del servicio de psiquiatría responsable del demandado venía de manifiesto «la necesidad de contar con los apoyos necesarios que garanticen la continuidad del tratamiento que viene recibiendo por motivo de su enfermedad mental<sup>44</sup>» la semiconsciencia del padecimiento y la naturaleza eventual del ingreso en la institución sanitaria, la cual, por razones protocolarias, no puede ser superior a dos años.

Según la sentencia, esto deja al demandado en «situación de no tener a dónde ir» debido al rechazo de sus familiares debido a los desmesurados problemas de convivencia con ellos que incluso llegaron a dar lugar a procesos penales por malos tratos y lesiones.

En estos términos, la Audiencia Provincial de Cádiz considera que la guarda de hecho que, hasta el momento, ejercía la Fundación Gaditana de Tutela no era «la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios que permitan asegurar la efectividad del tratamiento<sup>45</sup>» debido a la continua labor asistencial de control en el seguimiento de la correcta administración del tratamiento del demandado que solo podía producirse de manera efectiva mediante la figura de la curatela.

– SAP Cádiz 27 de mayo de 2022<sup>46</sup>

A propósito de esta sentencia ha de señalarse que, en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022<sup>47</sup> se pone de manifiesto que podrá entenderse que la guarda de hecho no cumple los requisitos de eficiencia que se exigen a la misma cuando:

«por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello deberá acudir de modo reiterado al juzgado (por ejemplo, en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida ordinaria)»<sup>48</sup>.

---

43 SAP Cádiz de 27 de octubre de 2021. Recurso núm. 1231/2020.

44 SAP Cádiz de 27 de octubre de 2021. Recurso núm. 1231/2020.

45 SAP Cádiz de 27 de octubre de 2021. Recurso núm. 1231/2020.

46 Recurso núm. 133/2022. ECLI:ES:APCA:2022:929.

47 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Temes/Forum-Justicia-i-Discapacitat/Activitats/Cursos/Grupo-de-trabajo-sobre-el-nuevo-sistema-de-provision-judicial-de-apoyos-a-personas-con-discapacidad-y-su-aplicacion-transitoria--Cod--EX2201->

48 Ver nota núm. 47.

La sentencia, en este sentido, pone de manifiesto que el imperativo de la enajenación de la vivienda de la persona discapacitada debido a que es el único patrimonio del que dispone para el pago de la residencia en la que vive no justifica la constitución de una curatela debido a la existencia de una guarda de hecho ejercida por los hijos. Ello así porque esta funcionaba de manera adecuada y lo más oportuno, por tanto, era que los guardadores de hecho pidiesen permiso para la realización de la enajenación en expediente de jurisdicción voluntaria.

En estos términos, se revoca la sentencia previa que constituía curatela representativa y se nombra curadora a una de las hijas de la parte demandada.

En las declaraciones testificales todos los hijos pusieron de manifiesto que:

«el motivo de la demanda es que todos los hermanos consideran necesaria la venta del domicilio propiedad de su madre, para hacer frente a los gastos de la residencia, pues con su pensión no es suficiente»<sup>49</sup>.

– SAP Cádiz 17 de junio de 2022<sup>50</sup>

En esta sentencia, en sintonía con la anterior, se pone de manifiesto que tampoco es motivo suficiente para la constitución de una curatela la aceptación de una herencia a la una persona con discapacidad había sido llamada por existir una guarda de hecho (siendo su mujer la guardadora) y que funcionaba de manera correcta. El tribunal concluye que lo más adecuado era que dicha guardadora solicitase el permiso para la aceptación de dicha herencia en expediente de jurisdicción voluntaria.

Se revoca, de esta manera, la sentencia por la cual se había alzado una curatela representativa en la que la esposa del demandado quedaba nombrada como curadora.

La Exposición de Motivos de la nueva norma anula, en el ámbito de la discapacidad, no solo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada<sup>51</sup>. Por ello, se hace necesario traer a colación que las nuevas interpretaciones en lo que respecta a la autonomía de las personas con discapacidad cuestionan que los padres sean, de manera universal, las personas apropiadas para amparar los derechos que el hijo discapacitado y adulto y que el mismo consiga un grado de independencia mínimo así como que quede capacitado para desarrollar una vida cuando sus padres fallezcan, pues se da por hecho la supervivencia, en la mayoría de los casos, a sus progenitores.

Además, cuando estos progenitores comienzan a avanzar en la edad, esa patria potestad que se anula por la ley objeto de estudio puede llegar a convertirse en un peso imposible de cargar por los mismos.

Por esta razón, según la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio, en el momento en que el menor discapacitado alcance la mayoría de edad «se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera»<sup>52</sup>.

---

49 SAP Cádiz de 27 de mayo de 2022. Recurso núm. 133/2022. ECLI:ES:APCA:2022:929.

50 Recurso núm. 187/2022. ECLI:ES:APCU:2022:187.

51 Ley 8/2021 de 2 de junio.

52 Ley 8/2021 de 2 de junio.

El hecho de que desaparezcan estas figuras guarda lógica relación con el nuevo tratamiento que el legislador quiere darle a la discapacidad pues, al eliminar la incapacitación, se vuelve imposible la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad con la que los padres ejercen la representación legal de los hijos y, por ende, los sustituyen en su nombre.

Atendiendo al principio de intervención mínima, también propugnado por la nueva norma, y a desjudicialización, tendría sentido que la guarda de hecho se ejercitase por el progenitor que custodia a los hijos discapacitados menores de edad hasta que los mismos alcancen la mayoría.

Sin embargo, y como apunta José Ramón de Verda y Beamonte, se produce una incoherencia con la figura de la guarda y el nuevo artículo 91 II CC<sup>53</sup>.

Este artículo prevé, en la esfera de procedimientos de nulidad, separación o divorcio, «cuando existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor<sup>54</sup>» resuelva «también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad<sup>55</sup>». El artículo continúa diciendo que:

«en estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad»<sup>56</sup>.

La remisión a las normas de la LEC que hace este artículo, relativas a la provisión judicial de medidas de apoyo<sup>57</sup> resulta, cuanto poco, curiosa debido a la legitimación, y es que no todas las personas legitimadas para la solicitud de estas medidas pueden alzarse como parte en un juicio de nulidad, separación o divorcio.

Lo que, a todas luces, pretende la norma es evitar un juicio adicional de provisión de apoyos cuando existe un procedimiento familiar abierto y, de esta manera, impedir un período de tiempo durante el cual el hijo quede desasistido cuando necesita la figura de un curador.

– SAP Pontevedra 21 de septiembre de 2021<sup>58</sup>

En el sentido indicado anteriormente, esta sentencia sustituye la patria potestad rehabilitada que establecía la anterior sentencia recurrida por un mecanismo de curatela asistencial con el

53 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario La Ley, n.º 10168, 11 de noviembre de 2022.

54 Artículo 91 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206

55 Artículo 91 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206

56 Artículo 91 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206.

57 Ley 1/2000 de 27 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7.

58 Recurso núm. 356/2021. ECLI:ES:APPO:2021:2086.



consentimiento de la persona discapacitada. Según el informe forense, dicha persona necesitaba control y asistencia en la mayoría de las tareas a realizar en su vida cotidiana, pero, sin embargo, no requería de sustitución.

Ello así porque, mientras tomara el tratamiento prescrito, si bien no se preveía que mejorase tampoco que evolucionase en sentido contrario a lo largo de los próximos diez años.

En este sentido, el tribunal nombró como curadora asistencial a su madre con la cual convivía, mantenía una relación buena en términos afectivos y de convivencia y estaba capacitada para asistir a su hija de la manera necesaria y apropiada.

Existe duda, sin embargo, sobre si, en este caso, no hubiese resultado más adecuado el reconocimiento de la madre como guardadora de hecho desde que se extinguiera la patria potestad, aunque hubiera consentimiento por parte de la persona discapacitada<sup>59</sup>.

La verdad es que lo contenido en el artículo 91 CC después de la Ley 8/2021 de 2 de junio no casa bien con la previsión de adoptar medidas judiciales de apoyo en el momento en que hayan de adoptarse, por lo que se vislumbra una actuación preventiva que, sin lugar a dudas, habrá de ser ejecutada con mucha prudencia y solo en aquellos casos en que exista una convicción absoluta de imposibilidad de recuperación de la persona discapacitada<sup>60</sup>.

Por su parte, también va a plantear problemas, en lo relativo a la desjudicialización de la discapacidad, la redacción del actual artículo 263 CC, según el cual «quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño<sup>61</sup>».

En aras de la coherencia, sería más razonable que, una vez extinguida la patria potestad, el progenitor que ostentaba la custodia del hijo menor continuase junto a él a modo de guardador de hecho<sup>62</sup>.

En este sentido, cabe entender que será necesaria la justificación preventiva, a la hora de constituir una curatela para el hijo que abandona la patria potestad, sobre por qué no puede constituirse una guarda de hecho sobre él por quien, hasta entonces, ostentaba su custodia, y es que el criterio temporal no debería ser justificativo pues son las propias figuras del progenitor y su idoneidad para atender al hijo las que quedan en cuestión.

– SAP Cantabria 14 de febrero de 2022<sup>63</sup>

En relación con lo anteriormente expuesto, resulta llamativo que el tribunal, que conocía de la solicitud que, a través de juicio de modificación de medidas, pedía la declaración

---

59 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario La Ley, n.º 10168, 11 de noviembre de 2022.

60 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario La Ley, n.º 10168, 11 de noviembre de 2022.

61 Artículo 263 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206.

62 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario La Ley, n.º 10168, 11 de noviembre de 2022.

63 Recurso núm. 466/2021. ECLI:ES:APB:2022:1182.

de una guarda de hecho conjunta del hijo mayor (con discapacidad) cuya custodia había sido otorgada a la madre mediando sentencia de divorcio cuando dicho hijo era menor de edad.

En el proceso de divorcio, las partes acordaron que la guarda y custodia del hijo menor de edad sería ejercida por la madre, mientras que el padre tendría un régimen de visitas; además, se acordó que el uso de la vivienda familiar se atribuía a la madre por razón de la custodia del hijo menor y el padre pagaría una pensión de alimentos de trescientos euros mensuales respecto al hijo mayor de edad y de seiscientos euros para el hijo menor de edad que tenía una discapacidad intelectual grave desde los dos años de edad con lenguaje limitado, pactando las partes que los gastos extraordinarios serían satisfechos por mitad en porcentajes dispares.

La relevancia de esta sentencia reside en su fundamentación por encima del fallo y es que el tribunal, a la hora de motivar su decisión, sigue, al menos en teoría, los postulados de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sin embargo, su discurso está más cercano a la regulación derogada, como veremos a continuación.

La sentencia arguye que la custodia compartida que reclamaba el padre no tenía suficientes garantías de éxito, por las siguientes razones:

- Había una distancia geográfica entre el domicilio del padre y la vivienda familiar donde residía el hijo con la madre, no estando el hijo capacitado para coger en solitario un autobús.
- El padre no tenía flexibilidad laboral por su profesión de tapicero, a pesar de que este acreditó que había contratado a un empleado.
- Finalmente, destaca que el padre no explicó cómo podía coadyuvar a la formación de su hijo y conciliar su tiempo con la adaptación que precisaba aquel.

Finalmente, dice la sentencia que la desestimación de las pretensiones del padre conlleva el mantenimiento de la guarda exclusiva de la madre como guardadora de hecho, siendo la principal figura de apoyo en el ámbito civil, y el mantenimiento del régimen de comunicación, visitas y estancia que venía desarrollando el padre, descartando, además, la modificación del régimen de alimentos.

La posibilidad de que el Juez establezca medidas de apoyo según el artículo 91 CC se refiere, sin ningún género de dudas, al hijo mayor de dieciséis años y menor de edad, estando proscrita la constitución de medidas de apoyo respecto al hijo mayor de edad con discapacidad, con independencia de que dependa o conviva con los progenitores, debiéndose descartar cualquier apología a argumentos ligados a la economía procesal a fin de vindicar la procedencia de esta última opción.

El fundamento del segundo párrafo del artículo 91 CC es dar continuidad a la asistencia y apoyo de aquellos hijos que durante la crisis matrimonial eran menores de edad y estaban en situación de discapacidad, a fin de que las medidas de apoyo establecidas en la sentencia de separación o divorcio entren en vigor una vez que alcance la mayoría de edad, toda vez que se ha derogado la patria potestad prorrogada y rehabilitada<sup>64</sup>. De este

---

64 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas*. En AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades* (dirs. E. Llamas Pombo, N. Martínez Ro-

modo, extinta la representación legal ligada a la patria potestad al alcanzar el hijo la mayoría de edad (arts. 154.2.º y art. 169.2.º CC), el juez, que deberá realizar un juicio prospectivo, podrá fijar el apoyo previsible que este pudiese necesitar, siempre que no existan medidas voluntarias o no se pueda dispensar al hijo con discapacidad el apoyo que necesitará a través de una medida informal como la guarda de hecho<sup>65</sup>.

Si respecto a lo expuesto cupiera alguna duda y se dignificara la posibilidad de establecer, al tiempo de la crisis matrimonial, medidas de apoyo respecto a los hijos mayores de edad con discapacidad si dependen de los progenitores, basta remitirnos al art. 91 CC para descartar dicha eventualidad, pues el legislador prevé que la sentencia establecerá las medidas de apoyo y el modo de ejercitarlas «previa audiencia del menor», no haciendo nunca mención al hijo mayor de edad con discapacidad.

Uniendo el artículo 91.2 CC con el artículo 254 CC, no cabría que la sentencia determinase las medidas de apoyo respecto al hijo común mayor de dieciséis años cuando este, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, haya realizado sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad.

Se considera que, en este caso, cabría que la sentencia de nulidad, separación o divorcio estableciera medidas de apoyo para el menor mayor de dieciséis años con discapacidad, toda vez que el artículo 255 CC avala la procedencia de medidas de apoyo de origen legal o judicial de carácter supletorio o complementario «en defecto o por insuficiencia» de las medidas de naturaleza voluntaria.

Por lo que respecta a la concreta figura del guardador de hecho, se la puede definir como una persona, habitualmente, familiar o allegado de quien es víctima de una discapacidad que, de modo espontáneo y continuado, le presta asistencia cotidiana, de manera desinteresada, en virtud de una determinada relación<sup>66</sup>.

Como consecuencia de esta cuestión se plantea, para el caso de la existencia de varios guardadores de hecho, si su actuación ha de ser solidaria o mancomunada, asunto que divide a la doctrina.

Además de ello, el guardador también puede ser una persona jurídica (por ejemplo, una institución o fundación pública como ya se ha visto en el análisis de sentencias anteriores).

– SAP La Coruña 17 de julio de 2022<sup>67</sup>

En esta sentencia, y a colación de lo que se decía más arriba, la Audiencia reconoce como guardadora de hecho a una ONG (Comité Ciudadano Anti-Sida de La Coruña<sup>68</sup>) al

---

dríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 330.

65 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas*. En AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades* (dirs. E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA), Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 330.

66 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario La Ley, n.º 10168, 11 de noviembre de 2022.

67 Recurso núm. 238/2022. ECLI:ES:APC:2022:1953.

68 Portal web: <https://www.cascocoruna.com/>

reconocer la inexistencia de un contrato de asistencia entre dicha ONG y la persona con discapacidad y, con ello, la no concurrencia de la prohibición del artículo 250 CC según la cual «no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo<sup>69</sup>».

A este respecto:

*«No existe un contrato de asistencia entre dicha entidad y don Cesareo, por lo que no concurre la prohibición del artículo 250 del Código Civil. La relación se enmarca en una actividad social de voluntariado, sin perjuicio de que, para la Xunta de Galicia les conceda subvenciones, deban cumplir con unos protocolos de actuación»<sup>70</sup>.*

Por último y en lo que respecta a las facultades del guardador, las mismas son, por naturaleza y en su mayor medida, de carácter asistencial. Grosso modo, están centradas en el cuidado cotidiano y personal de la persona discapacitada, así como en la administración, también cotidiana, de su patrimonio. Todo ello, no obstante, sin perjuicio de que el discapacitado pueda intervenir con su voluntad y de que el guardador, a su vez, también pueda intervenir en la celebración de actos jurídicos o contratos<sup>71</sup>.

– STS 6 de mayo de 2021<sup>72</sup>

El Alto Tribunal, a través de esta sentencia, expone un «principio del interés superior de la persona con discapacidad» que enuncia en los siguientes términos:

*«El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros»<sup>73</sup>.*

Estas palabras del Alto Tribunal han ocasionado un gran debate doctrinal con respecto a los límites y las posibilidades de su alcance y en qué medida su aplicación no va a suponer un confrontamiento con la voluntad de la persona discapacitada.

Se opta por integrar la postura de De Verda y Beamonde según la cual, cuando la discapacidad que sufre la persona cuyo caso se discute afecte a la propia capacidad en lo relativo a la libre formación de su voluntad porque le sea imposible relacionarse con su

69 Artículo 250 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206.

70 SAP La Coruña 17 de julio de 2022. Recurso núm. 238/2022. ECLI:ES:APC:2022:1953.

71 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario La Ley, n.º 10168, 11 de noviembre de 2022.

72 Recurso número 2235/2020. ECLI:ES:TS:2021:2178.

73 STS 6 de mayo de 2021. Recurso número 2235/2020. ECLI:ES:TS:2021:2178.

enfermedad de manera consciente, el guardador de hecho, de manera inevitable, se verá obligado a tomar decisiones que el discapacitado rechace o que vayan en contra de sus deseos<sup>74</sup>. Esto implica la necesaria asistencia a un elemento objetivo, siempre en aras de garantizar su bienestar.

Sin embargo, y en la línea doctrinal del autor que se sigue, quizá no tiene mucho sentido acudir a un principio que sistematiza a una determinada categoría de personas discapacitadas sino que sería más oportuna la invocación del principio constitucional establecido en el artículo 10 según el cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social<sup>75</sup>» que se pone un paso por delante de las particulares voluntades. Las medidas que esta Ley 8/2021, de 2 de junio establece están o habrían de estar, además, inspiradas en este mandato constitucional, el cual ha de contar, inexorablemente y como él mismo indica, con el amparo de los poderes públicos para garantizar su efectivo cumplimiento.

## V. CONCLUSIONES

A la luz de lo anteriormente expuesto y, principalmente, de lo que se desprende de la aplicación judicial de las supuestas modificaciones que introduce la Ley 8/2021, de 2 de junio, el juicio de quien escribe es que las mismas no consiguen sobreponerse al adjetivo «supuestas».

No cabe duda de que las ambiciones del legislador eran altas y bienintencionadas, pero la realidad es que las aportaciones legislativas que hace son, prácticamente, nulas y no se corresponden con ese concepto de «guarda de derecho» que quiere traer al ordenamiento jurídico.

Ello así porque la figura de la guarda de hecho continúa siendo una medida de naturaleza informal llevada a cabo por un familiar o allegado de la persona discapacitada que no otorga derecho, y esta es la clave, a contraprestación económica. El carácter desinteresado de la misma que la ley, en su día, ya le otorgó y que el legislador no le arrebató sigue siendo responsable de que dicha figura solo funcione, en las propias palabras de la ley, cuando la misma se aplique a situaciones «poco relevantes».

Este ha sido y sigue siendo el motivo de la falta de credibilidad que ostenta esta figura representativa, y es que los diferentes legisladores que la han concebido lo han hecho desde postulados no jurídicos sino personales y emocionales que poco o nada tiene que ver con la Ciencia del Derecho y su campo de estudio y que presuponen como axiomas, además, cuestiones que no son de obligado cumplimiento y que, en los tiempos que corren, lo son menos aún.

Por la parte que respecta al establecimiento de un marco jurídico de la guarda de hecho, el legislador vuelve a hacer gala de su falta de innovación, pues utiliza la analogía

---

74 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario La Ley, n.º 10168, 11 de noviembre de 2022.

75 Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

para regular determinadas cuestiones (pocas) al amparo del marco del marco jurídico de otras figuras representativas como sucede en la cuestión de los menores.

El intervencionismo, sin embargo, sí es alto en lo que respecta al control de la figura del guardador las pocas veces que los tribunales permiten su existencia. El guardador, a pesar de no ostentar ningún tipo de responsabilidad, sí está sometido a supervisión constante, asunto, a todas luces, que peca de incoherencia y demuestra que sus funciones están revestidas de una seriedad mayor que la que el legislador le atribuye. Este control, además, es desproporcionado y excesivo si se tienen en cuenta las capacidades del guardador.

La cuestión, sin embargo, más incoherente de la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio y que, a juicio de quien escribe, pone en cuestión todo el sistema es la supresión de la patria potestad prorrogada o rehabilitada y, con ella, la figura de la guarda de hecho. El motivo es evidente: el propio legislador se delata a sí mismo al poner en duda la idoneidad de los progenitores en lo que respecta al cuidado de un hijo discapacitado sin ofrecer alternativas a la misma y esconderla bajo una capa de negligencia que redundante, inevitablemente, en el bienestar de estas personas discapacitadas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### Bibliografía básica

ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO. Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I, Trivium, Madrid, 1991.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia. Diario La Ley, n.º 10168, 11 de noviembre de 2022.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas*. En AA.VV.: El nuevo Derecho de las capacidades (dirs. E. Llamas Pombo, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA), Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 330

SANTOS URBENAJA, F. *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación. Madrid, 2006

### Bibliografía complementaria

Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022. Disponible en: <https://www.poder-judicial.es/cgpj/ca/Temes/Forum-Justicia-i-Discapacitat/Activitats/Cursos/Grupo-de-trabajo-sobre-el-nuevo-sistema-de-provision-judicial-de-apoyos-a-personas-con-discapacidad-y-su-aplicacion-transitoria--Cod--EX2201->

## Legislación citada

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 13 de enero de 2003, núm. 3798. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-2410>

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007>

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, diciembre de 2006. Boletín Oficial del Estado, 21 de abril de 2008, núm. 96 (instrumento de ratificación español). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6963>

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley 1/2000 de 27 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

## Jurisprudencia referenciada

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de septiembre de 2021. Recurso núm. 232/2021. ECLI:ES:APV:2021:3273. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8556dc8395bd9d59/20211202>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de junio de 2022. Recurso núm. 1385/2021. ECLI:ES:APCA:2021:333. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d850d90772bd215a/20210611>

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Castellón de 23 de septiembre de 2021. Recurso núm. 1262/2019. ECLI:ES:JPI:2021:1530. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2b7bc1f2e0140789/20211022>

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de octubre de 2021. Recurso núm. 148/2021. ECLI:ES:APBU:2021:148. Disponible en: [https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9501564/delitos %20contra %20la %20seguridad %20colectiva/20210427](https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9501564/delitos%20contra%20la%20seguridad%20colectiva/20210427)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de septiembre de 2021. Recurso núm. 240/2020. ECLI:ES:APV:2021:942. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/97604149490ce395/20210602>
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Castellón de la Plana de 4 de octubre de 2021. Recurso núm. 487/2021. ECLI:ES:JPI:2021:1530. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2b7bc1f2e0140789/20211022>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 2021. Recurso núm. 1808/2019. ECLI:ES:APM:2021:12716. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93c36a42ec668942/20220114>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de octubre de 2021. Recurso núm. 265/2021. ECLI:ES:APSA:2021:265. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d4c9045831a8cfa2/20210326>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de mayo de 2022. Recurso núm. 1409/2021. ECLI:ES:APV:2022:1869. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fa112a1494f3d3a4a0a8778d75e36fod/20220819>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de octubre de 2021. Recurso núm. 1231/2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f9caf3b37c843044eb9f320e282b0b420cf83c67bae77b60>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 27 de mayo de 2022. Recurso núm. 133/2022. ECLI:ES:APCA:2022:929. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2540f24a2834abbca0a8778d75e36fod/20220913>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de junio de 2022. Recurso núm. 187/2022. ECLI:ES:APCU:2022:187. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/10022775/Estafa/20220628>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de septiembre de 2021. Recurso núm. 356/2021. ECLI:ES:APPO:2021:2086. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/of38b6374d98eb61/20211203>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de febrero de 2022. Recurso núm. 466/2021. ECLI:ES:APB:2022:1182. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f492d7f9b7608f65/20220503>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17 de julio de 2022. Recurso núm. 238/2022. ECLI:ES:APC:2022:1953. Disponible en: [https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/10115665/medios %20de %20impugnacion/20221003](https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/10115665/medios%20de%20impugnacion/20221003)



Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2021. Recurso número 2235/2020. ECLI:ES:TS:2021:2178. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/92933a5d2975a75b/20210610>



# DERECHO DE SOCIEDADES Y DIVERSIDAD DE GÉNERO: NUEVOS RETOS EN LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA Y ESPAÑOLA<sup>1</sup>

## COMPANY LAW AND GENDER DIVERSITY: NEW CHALLENGES IN EU AND SPANISH LAW

**Carmen Boldó Roda**  
Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad Jaume I

### Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. DIVERSIDAD DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA 2022/2381 1. Aspectos clave. 2 Entrada en vigor y régimen de suspensión 3. Cuotas mínimas obligatorias 4. Medidas para alcanzar las cuotas mínimas 5. Sanciones y medidas adicionales III. DIVERSIDAD DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA 1. La Ley Orgánica de Igualdad de 2007 2. El Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas y el art. 529 Ley de Sociedades de Capital. 3. Situación actual: la transposición de la Directiva 2022/2381/UE 3.1 Estado de la cuestión en España 3.2 El Anteproyecto de ley orgánica para garantizar la representación paritaria en órganos de decisión. IV. CONCLUSIÓN

**Resumen:** Los agentes sociales demandan un incremento en la presencia femenina en el gobierno corporativo, a la vez que gobiernos, organismos reguladores y organizaciones internacionales establecen el logro de la igualdad de género como una prioridad, también a nivel empresarial. En ese sentido, como se expone en este trabajo, a nivel europeo se ha aprobado recientemente la Directiva 2022/2381/UE, que a su vez es incorporada al Derecho interno español por el Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de hombres y mujeres en órganos de decisión. Se avanza pues en el camino de la igualdad, pues ambas normas suponen un paso más allá de las recomendaciones de derecho

1 Este trabajo se enmarca en los siguientes proyectos: Proyecto de investigación «Transparencia y Digitalización en el Derecho europeo de sociedades» (PID 2019-105436RB-100) (AEI/10-13036/501100011033) Programa estatal de I+D+i orientado a los retos de la sociedad. Plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación. Ministerio de Ciencia e Innovación. Proyecto de investigación de «Derecho de sociedades e intermediarios financieros en la Unión Europea» (AICO/2021/166) Subprograma para la consolidación y fortalecimiento de proyectos y grupos de I+D+i consolidados. Conselleria d'Innovació. Universitats, Ciència i Societat Digital. Generalitat Valenciana.

voluntario de los Códigos de Buen gobierno o de la Ley Orgánica de Igualdad de 2007, ya que se imponen, entre otras medidas, cuotas mínimas obligatorias para las sociedades cotizadas, además de regular los procesos de selección para alcanzar tales fines. Toda esta normativa es expuesta y analizada en este trabajo, para concluir que son hitos normativos importantes en el objetivo final de que no se paralice el progreso y los avances de los últimos años en el acceso a la mujer a la alta dirección de la empresa.

**Abstract:** Social agents demand an increase in the female presence in corporate governance, while governments, regulatory bodies and international organizations establish the achievement of gender equality as a priority, also at the business level. In this sense, as explained in this work, at the European level, Directive 2022/2381/UE has recently been approved, which in turn is incorporated into Spanish domestic law by the Draft Organic Law on equal representation of men and women in decision-making bodies. Therefore, progress is being made on the path of equality, since both regulations represent a step beyond the voluntary law recommendations of the Codes of Good Governance or the Organic Law of Equality of 2007, since they impose, among other measures, quotas mandatory minimum requirements for listed companies, in addition to regulating the selection processes to achieve such purposes. All these regulations are exposed and analyzed in this work, to conclude that they are important regulatory milestones in the final objective of advancing in the access of women to the senior management of the company.

## I. INTRODUCCIÓN

La diversidad de género en los consejos de administración es un tema importante en la actualidad, ya que se reconoce que la inclusión de mujeres en estos espacios de toma de decisiones puede tener un impacto positivo en la rentabilidad y la sostenibilidad de las empresas. La presencia de mujeres en los consejos de administración puede aportar perspectivas y experiencias diferentes, lo que puede llevar a una toma de decisiones más equilibrada y efectiva. Además, puede mejorar la imagen de la empresa ante los clientes y la sociedad en general, al demostrar un compromiso con la igualdad y la inclusión.

A nivel mundial, se han implementado diversas iniciativas para fomentar la diversidad de género en los consejos de administración, como cuotas obligatorias de género o recomendaciones voluntarias. En algunos países, como Noruega y Francia, se han promulgado leyes que exigen que las empresas tengan una cierta proporción de mujeres en sus consejos de administración. En cualquier caso, es un tema importante para promover la igualdad de género en todos los niveles de la empresa, así como para garantizar una toma de decisiones efectiva y equilibrada.

Por lo tanto, puede observarse que aunque los consejos de administración de las grandes empresas y otros puestos de alta dirección siguen siendo ocupados mayoritariamente por hombres, la situación va cambiando poco a poco, gracias, entre otras cosas, a una normativa de carácter europeo y nacional que favorece la implicación de la mujer en las tareas y puestos de dirección de las sociedades. Como señala la OIT: *«Promover la igualdad de género en el lugar de trabajo, además de ser la opción más justa, es la más inteligente. Cada vez más ejemplos muestran que el aprovechamiento de las competencias y el talento tanto de los hombres como de las mujeres beneficia a las empresas y a toda la sociedad»*. Por otra parte, *«las investigaciones ponen de manifiesto que la creciente incor-*

*poración de la mujer al mercado laboral ha sido el principal motor de crecimiento mundial y de competitividad».<sup>2</sup>*

La presencia de mujeres consejeras en las empresas cotizadas españolas ha aumentado significativamente en los últimos años, en parte gracias a las distintas normativas que promueven la diversidad de género en los consejos de administración. En 2020, el porcentaje de empresas que cumplía con la recomendación del 30 % establecida en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 ha sido significativamente mayor entre las empresas del Ibex 35 que entre las empresas del resto del mercado continuo. En la actualidad el nuevo Código de 2020 y la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, comparten el mismo objetivo de diversidad: un 40 % del género menos representado. Los escenarios estimados en este artículo ven factible que el Ibex 35 cumpla dicho objetivo entre 2023 y 2024, mientras que para el resto de empresas cotizadas no se alcanzaría el umbral antes de 2026.

La diversidad de género en los órganos de gobierno empresariales es hoy en día objeto de debate político, social y académico. Numerosas teorías económicas sostienen que la diversidad de género en los órganos de decisión de las empresas incrementa la productividad y el rendimiento, sin embargo, los hombres siguen ocupando la mayoría de los asientos en los consejos de administración. Diferentes agentes sociales demandan un incremento en la presencia femenina en el gobierno corporativo, a la vez que gobiernos, organismos reguladores y organizaciones internacionales establecen el logro de la igualdad de género como una prioridad, también a nivel empresarial.

Así, en los últimos años se ha incrementado la aprobación de normativa que promueve la presencia femenina en los consejos de administración. Comenzando con Noruega en 2003, varios países europeos como Francia, Italia, Bélgica o Alemania han introducido cuotas que obligan a través de sanciones a que las mujeres ocupen un tanto por ciento de los asientos en los consejos. Otros países, como Islandia o Suiza, han promulgado legislación de cuotas, pero sin sanciones, mientras que Dinamarca, Suecia o Reino Unido han aprobado códigos que siguen el principio «cumplir o explicar» y contienen recomendaciones relativas a la diversidad de género en los consejos.<sup>3</sup>

España fue de los primeros países en introducir normativa sobre diversidad de género en los consejos de administración, la cual ha estado en constante revisión y actualización a lo largo de los años. Aunque la presencia de mujeres consejeras en las empresas cotizadas españolas ha aumentado significativamente en los últimos años hasta alcanzar el 23,7 % para el conjunto de empresas cotizadas y el 27,5 % para el Ibex 35 en el año 2019, no es menos cierto que aún existen consejos de administración constituidos íntegramente por hombres.

En 2020, tras la aprobación del nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, y en relación a la situación de las mujeres consejeras en las empresas del Ibex

---

2 OIT (Organización Internacional del Trabajo) *La mujer en la gestión empresarial*. Informe Mundial.  
3 MARTÍNEZ GARCÍA; I., SACRISTÁN NAVARRO, M., GÓMEZ ANSÓN, S. «Diversidad de género en los consejos de administración: el efecto de la normativa en la presencia de mujeres en las empresas españolas cotizadas», *Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, N.º. 22 (marzo), 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico Especial, Mujer y Comunicación), págs. 60-81.

35, según los últimos datos oficiales publicados para 2020, el índice cumpliría con la recomendación del 30 % de diversidad previa al nuevo Código aprobado y son veintiuna las empresas que siguen la recomendación de forma individual, mientras que tan solo cuatro sociedades alcanzan el 40 % establecido en la nueva recomendación.<sup>4</sup> Para el resto del mercado continuo, el porcentaje medio de mujeres consejeras no alcanza el 30 % y se sitúa en un 23,46 % siendo el 30,85 % de las empresas las que cumplirían con la recomendación del 30 % y el 12,78 % las que con al menos un 40 % de diversidad de género ya cumplirían con la nueva recomendación.

Vamos a tratar de exponer esta cuestión tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el concreto caso de la legislación española. Para ello expondremos la legislación al respecto, haciendo hincapié en dos normas recién aprobadas en ambos ámbitos: la Directiva 2022/2381/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022, y Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión, aprobado el pasado 7 de marzo de 2023 por el Consejo de Ministros del Gobierno de España, norma proyectada que supone la transposición de la Directiva comunitaria al ordenamiento jurídico español.

## II. DIVERSIDAD DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA 2022/2381

Recientemente ha sido aprobada la Directiva 2022/2381/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.<sup>5</sup> Esta Directiva supone un impulso a la diversidad de género en los consejos de sociedades cotizadas.

Si bien la Directiva no pretende armonizar detalladamente las legislaciones nacionales relativas al proceso de selección y los criterios de capacitación de los puestos de administración para lograr el equilibrio de género, considera necesario establecer determinados requisitos mínimos para sociedades cotizadas en las que no haya representación de género equilibrada relativos a la selección de candidatos a efectos de nombramiento o elección para los puestos de administrador, basándose en un proceso de selección transparente y claramente definido y en una apreciación comparativa de su capacitación en la que se evalúen la aptitud, competencia y prestaciones profesionales. Se considera que sólo una medida vinculante a escala de la UE puede contribuir eficazmente a garantizar unas condiciones de competencia equitativas en toda la UE y evitar complicaciones prácticas para la vida empresarial.<sup>6</sup>

---

4 Según recoge la CNMV, en su propio informe de 2021.

5 DOUE L315/44 de 7.12.2022.

6 Considerando 24 de la Directiva 2022/2381/UE.

Por primera vez, la UE impone cuotas mínimas obligatorias de mujeres en los consejos de las cotizadas. Las medidas contenidas en la Directiva, sin embargo, no afectan a las microempresas ni a las medianas empresas (PYMES).<sup>7</sup> Y ello porque se considera que la sociedad cotizada tiene una importancia económica, y un impacto especial en el mercado, estableciendo patrones de actuación que se espera que sean seguidos por otro tipo de sociedades. La finalidad de estas medidas, que pretenden aumentar la presencia de mujeres en los consejos de administración de todos los estados miembros, no es otra que impulsar el crecimiento económico, fomentar la movilidad en el mercado laboral, reforzar la competitividad en las sociedades cotizadas y lograr la igualdad de género objetiva en el mercado laboral. Y se considera que dichos objetivos han de perseguirse a través del establecimiento de requisitos mínimos con respeto a la acción positiva en forma de medidas vinculantes.<sup>8</sup>

## 1. Aspectos clave

Las cuestiones más destacables de la Directiva 2022/2381/UE son las siguientes:

- a) Cuotas legales mínimas. Se establecen, por primera vez, unos umbrales vinculantes para fomentar la presencia femenina en los consejos de las cotizadas. Antes del 30 de junio de 2026, las mujeres tendrán que representar el 40 % de los consejeros no ejecutivos o 33 % del total de miembros del consejo de administración.
- b) Fomento de consejeras ejecutivas. Las sociedades que no tengan un 33 % de Consejeras deberán fijar objetivos cuantitativos para mejorar el equilibrio de género entre los consejeros ejecutivos, antes del 30 de junio de 2026.
- c) Procesos de selección. Se regulan algunos de los aspectos de estos procesos para garantizar la imparcialidad y el fomento de la diversidad de género.
- d) Régimen de suspensión. El legislador nacional podrá optar por suspender las medidas clave de esta Directiva si se cumplen determinados requisitos.

## 2. Entrada en vigor y régimen de suspensión

La citada Directiva entró en vigor el 27 de diciembre de 2022 y deberá incorporarse a los diversos Derechos internos antes del 28 de diciembre de 2024. Como excepción, se otorga el derecho a los Estados miembros a suspender algunas de las medidas clave de la Directiva, antes del 27 de diciembre de 2022, si, entre otros, las mujeres representan, al menos: el 30 % de los consejeros no ejecutivos, o el 25 % del total de los consejeros.

## 3. Cuotas mínimas obligatorias

Antes del 30 de junio de 2026, las sociedades cotizadas —excluidas las PYMES— deberán alcanzar, al menos, uno de estos dos umbrales: Consejeros no ejecutivos: 40 % perte-

---

7 GIMENO, R., GÓMEZ-ANSÓN, S., « El papel de la mujer en los consejos de administración: una revisión de la literatura». *Revista de Economía y Empresa*, 2019, 67(1), 30-49.

8 Considerando 25 de la Directiva 2022/2381/UE.

neciente al sexo menos representado (art. 5.1 a). Total de consejeros: 33 % perteneciente al sexo menos representado (art. 5.1 b).

Estos umbrales legales tienen carácter mínimo y los Estados miembros podrán fijar cuotas más exigentes para las sociedades cotizadas constituidas en su territorio.

A efectos aclaratorios, se consideran PYMES a las empresas con menos de 250 empleados que tengan un volumen de negocios anual no superior a 50 M€ o un balance anual total no superior a 43 M €. Las medidas de esta Directiva no afectan a las sociedades admitidas a negociación en BME Growth<sup>9</sup>.

El establecimiento de cuotas legales mínimas resulta novedoso en nuestro ordenamiento jurídico. Hasta la fecha, se había optado por fomentar la presencia femenina en los consejos de las sociedades cotizadas a través de recomendaciones de buen gobierno sometidas al principio de «cumplir o explicar». En efecto, la Recomendación 15 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aconseja que las mujeres representen, al menos, el 40 % de los miembros del consejo antes de que finalice el 2022 y que, previamente, no sea inferior al 30 %.

#### 4. Medidas para alcanzar las cuotas mínimas

Una primera medida tiene relación con los consejeros ejecutivos (art. 5.2). Las sociedades cotizadas que no alcancen el segundo umbral (33 % consejeras) deberían fijar objetivos cuantitativos individuales para mejorar el equilibrio de género entre los consejeros ejecutivos. Estos objetivos deberían alcanzarse antes del 30 de junio de 2026.

Esto está en línea con el Código de Buen Gobierno español (Recomendación 14 c) que aconseja que las compañías promuevan una política dirigida a favorecer un número significativo de altas directivas.

---

9 BME Growth es el mercado para las PYMES de BME (Bolsas y Mercados Españoles (BME), compañía del Grupo SIX, es el operador de todos los mercados de valores y sistemas financieros de España). Se trata de la plataforma que permite a las pequeñas y medianas empresas en crecimiento acceder a los mercados de capitales. BME Growth es un mercado dirigido a empresas de cualquier sector de actividad, aunque en la actualidad hay una mayor presencia de empresas de sectores tecnológicos, biotec y salud, ingeniería, de telecomunicaciones y renovables. Es muy importante también la representación del sector inmobiliario (Socimi). La procedencia es principalmente local, pero está abierto a todas las empresas con independencia del país de origen. En su configuración jurídica BME Growth es el segmento destinado a empresas medianas y pequeñas de BME MTF Equity, un sistema multilateral de negociación (SMN) gestionado por BME y sujeto a la supervisión de la CNMV. Tiene una regulación diseñada específicamente y unos costes y procesos adaptados a las características de este tipo de empresas, manteniendo elevados niveles de transparencia. El Mercado cuenta con un conjunto de Asesores Registrados para ayudar a las compañías en todo el proceso, tanto en la fase de incorporación al Mercado como posteriormente, en el día a día, para cumplir con la normativa que exige el Mercado. Fuente: [https://www.bmegrowth.es/esp/BME-Growth/Que-Es.aspx#se\\_top](https://www.bmegrowth.es/esp/BME-Growth/Que-Es.aspx#se_top)



La segunda medida tiene que ver con los procesos de selección (art. 6). Las compañías que no alcancen estos umbrales deberían ajustar sus procesos de selección. Cuando existan aspirantes que estén igualmente capacitados se debería dar prioridad a los del sexo menos representado salvo, en casos excepcionales, en los que se determine, tras un análisis objetivo e individualizado, que existen «motivos de rango jurídico superior» para no hacerlo (p.ej. existencia de otras políticas de diversidad) (art. 6.2).

Los candidatos que hayan sido examinados podrán solicitar información a la sociedad sobre (a) los criterios de capacitación en los que se basó la selección, (b) la apreciación comparativa objetiva de los candidatos conforme a estos criterios y, en su caso, (c) las consideraciones que, con carácter excepcional, inclinaron la balanza en favor de un candidato que no pertenecía al sexo menos representado (art. 6.3).

La Directiva prevé que si un candidato del sexo menos representado no es seleccionado y, conforme al sistema nacional aplicable, recurre ante un tribunal u otro órgano competente, se establece una inversión de la carga de la prueba cuando por la información aportada pueda presumirse que tenía igual capacitación que el candidato seleccionado. En estos casos, será la sociedad quien deba probar que actuó correctamente, cumpliendo con el régimen de selección previsto en el art. 6.2 de la Directiva. Además, se prevé que los Estados miembros puedan establecer un régimen probatorio más favorable para la parte demandante.

En tercer lugar, se establecen obligaciones de información (arts. 6.5 y 7). De esta manera, las sociedades cotizadas deberán informar a:

- a) Las autoridades competentes (la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el caso español) con carácter anual, sobre la representación de género en el consejo —distinguiendo entre los consejeros externos (dominicales, independientes y otros externos) y los consejeros internos o ejecutivos— y sobre las medidas adoptadas para alcanzar los dos umbrales e incrementar, en su caso, el número de consejeras ejecutivas (art. 7).
- b) La junta de accionistas<sup>10</sup> de las medidas previstas en esta normativa para favorecer la representación paritaria en el consejo, incluyendo las potenciales sanciones para la sociedad en caso de incumplimiento (art. 6.5).

La última medida tiene que ver con los organismos de promoción (art. 10). Se establece en la Directiva que los Estados miembros designarán uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo del equilibrio de género en los consejos.

## 5. Sanciones y medidas adicionales

Se señala en la Directiva que los Estados miembros deberán establecer el régimen de sanciones por la infracción de las obligaciones previstas en los arts. 5.2. (consejeras ejecutivas), 6 (proceso de selección) y 7 (presentación de informes). Las sanciones establecidas

---

<sup>10</sup> Cuando el proceso de selección de candidatas a efecto de nombramiento o elección para se haga mediante votación de los accionistas o trabajadores (art. 5 Directiva).

deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y podrán consistir en multas o en la posibilidad de que un órgano jurisdiccional anule o declare la nulidad de una decisión relativa a la selección de los administradores realizada en contra de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo al artículo 6.

Además, los Estados miembros deberán garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos y las concesiones, las sociedades cotizadas cumplen las obligaciones de Derecho social y laboral de la UE.

### III. DIVERSIDAD DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA

#### 1. La Ley Orgánica de Igualdad de 2007

Mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo<sup>11</sup> de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (en adelante LOI) se aprobó la normativa tendente a alcanzar la igualdad efectiva de hombres y mujeres en España, mediante un enfoque transversal, gracias a una perspectiva integral e integrada de la aplicación del principio de igualdad, que incide sobre múltiples esferas: políticas, sociales, económicas y culturales, con una abundante carga de materias y reformas de todo tipo. De la Exposición de Motivos de dicha norma, y al hilo de sus planteamientos, cabe destacar determinadas cuestiones de interés, sobre todo en lo que se refiere al ámbito empresarial.

En el párrafo tercero se realiza una proyección del principio de igualdad sobre los diferentes ámbitos de la sociedad en los que las mujeres sufren discriminación y se enumeran algunas políticas activas de acuerdo con la dogmática del derecho antidiscriminatorio, lo que se materializa, entre otras cosas, en la aplicación transversal de la igualdad y la inclusión de algunas medidas de carácter preventivo. También en esta norma se definen las acciones positivas, es decir, aquellas medidas específicas a favor de las mujeres destinadas a corregir situaciones de desigualdad de hecho con respeto a los hombres. Por consiguiente, puede afirmarse que en la LOI se obliga a los poderes públicos a adoptar acciones positivas y a materializar la transversalidad del principio de igualdad, asumiendo una estrategia dual a favor de la igualdad efectiva de mujeres y hombres recomendada por las resoluciones de la Unión Europea.

En LOI se incluyen un conjunto de acciones de promoción con el objetivo de alcanzar la igualdad real en las relaciones entre particulares, porque la consecución de la igualdad efectiva también requiere el compromiso de los sujetos que actúan en el ámbito privado. Concretamente se presta especial atención a las situaciones de desigualdad en las relaciones laborales, un terreno en el que se prevén medidas para conciliar la vida personal, laboral y familiar y fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción

---

11 BOE 23 marzo 2007.

de obligaciones familiares. Asimismo se introducen medidas de promoción de la igualdad en el marco de la negociación colectiva y se contempla también que las empresas asuman la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social en este tema.<sup>12</sup>

El art. 73 LOI señala que «Las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social (...)», lo que hace necesario partir de un concepto de Responsabilidad Social Empresarial (RSC) como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores»<sup>13</sup> y también «consiste en gestionar los cambios dentro de la empresa de una manera socialmente responsable, lo que ocurre cuando una empresa procura reconciliar los intereses y las necesidades de las distintas partes de manera aceptable para todas ellas»<sup>14</sup>.

En la LOI queda claro que las acciones de igualdad tienen carácter puramente voluntario (art. 73) lo que no implica carezca de trascendencia jurídica la implantación y desarrollo de las mismas. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque el asumir voluntariamente acciones de RSC incide en determinados aspectos legales de la organización y funcionamiento de las sociedades mercantiles, pudiendo plantear, por ejemplo, cuestiones sobre la competencia en la adopción de acuerdos que no están conectados directamente con el objeto social ni con la obtención de beneficios económicos. Por ello es conveniente que las acciones de igualdad en las empresas no se realicen únicamente para obtener beneficios como subvenciones públicas (art. 35 LOI), ser parte en contratos con la administración (art. 34 LOI), o mejor puntuación para la concesión del Distintivo «Igualdad en la Empresa» (art. 50 LOI). La voluntariedad de que habla el art. 73 LOI ha quedado desdibujado para las «sociedades mercantiles estatales» pues están obligadas a presentar anualmente informes de gobierno corporativo y memorias de sostenibilidad «con especial atención a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres» [art. 35,2 a LESI]. También están obligadas a favorecer la adopción de principios y prácticas de responsabilidad social empresarial por su proveedores, en particular relativas, entre otros ámbitos especificados, «a la promoción de la integración de la mujer» y «de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres».<sup>15</sup> Para el resto de sociedades la puesta en marcha de esas acciones sigue teniendo carácter voluntario. Desde la doctrina, se ha llamado la atención sobre el hecho de que dicho carácter voluntario podría cambiar si por su reiteración en la práctica llegara a conformarse como un uso de comercio, que en consecuencia constituiría una fuente del derecho con eficacia obligatoria.<sup>16</sup>

12 VENTURA FRANCH, A., en AAVV (dir, Garcia Ninet) *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Ciss, 2007, pp. 25 y 26.

13 Libro verde de la comisión de las Comunidades Europeas, «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas» Bruselas 18.7.2001 COM (2001) 366 final,

14 Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, Bruselas 2.7.2002 Com (2002) 347 final.

15 DEL CASTILLO, M.E., La regulación sobre igualdad de género en el derecho de sociedades. *Anuario de Derecho de la Empresa*, 2019 (24), 43-64.

16 Vid. UREÑA SALCEDO, J.A., «Las novedades introducidas en la organización administrativa estatal por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» en *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* / coord. por Tomás Sala Franco, María Amparo Ballester Pastor, José María Baño León, José Miguel Embid Irujo, José María Goerlich Peset, 2008, págs. 163-182

En relación con la presencia de mujeres en los consejos de administración de las sociedades, la LOI establecía una mera recomendación en su artículo 75. Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles. «*Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley*<sup>17</sup>». El avance en este terreno puede considerarse moderado pues el número de mujeres consejeras en las sociedades cotizadas se ha incrementado del 6 % en 2007 hasta el 31,4 % en 2022.<sup>18</sup>

## 2. El Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas y el art. 529 Ley de Sociedades de Capital.

La aplicación de un código de buen gobierno es la garantía para el crecimiento sostenible de la empresa en el medio y largo plazo, ya que ayuda a restablecer la confianza de los inversores, aumenta el acceso al crédito extranjero, atrae el talento y fomenta la imagen de marca. Los avances en gobierno corporativo hacen a las empresas más atractivas como negocio, más sostenible económicamente y más competitivas.

El principio 10 del Código de Buen Gobierno según la Comisión Nacional del Mercado de Valores sostiene que «*El consejo de administración tendrá la dimensión precisa para favorecer su eficaz funcionamiento, la participación de todos los consejeros y la agilidad en la toma de decisiones, y la política de selección de consejeros promoverá la diversidad de conocimientos, experiencias y género en su composición*».

Debe resaltar la importancia de la diversidad en la composición del consejo de administración, cuestión que ha dado lugar a la introducción de una norma programática en la legislación mercantil.<sup>19</sup> En este sentido, el artículo 529 bis de la Ley de Sociedades de Capital defiende «*el consejo de administración deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos, y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras*».

El Código de Buen Gobierno recomienda que el consejo de administración apruebe una política de selección de consejeros que sea concreta y verificable, que asegure que las propuestas de nombramiento o reelección se fundamenten en un análisis previo de las necesidades del consejo de administración y que favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género. El resultado del análisis previo de las necesidades del

17 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., FERNÁNDEZ SAHAGÚN M.S., «Algunas consideraciones sobre el artículo 13 de la Ley de Sociedades Laborales (Promoción de la igualdad de oportunidades como deber específico de los administradores)» en María de los Angeles Dicapua (dir.), María José Senent VIDAL (dir.), Gemma Fajardo Garcia (dir.), *Economía social y solidaria y género: aportes transdisciplinarios desde Europa y Latinoamérica* 2020, págs. 191-219

18 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «La nueva regulación de la igualdad de género en el ámbito empresarial. *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*», 2017, (1), pp. 91-122.

19 BOTO ÁLVAREZ, A., «La presencia de la mujer en los consejos de administración de las sociedades cotizadas». *Anuario de Derecho Concursal*, 2017, (39), pp. 355-382.

consejo de administración se deberá recoger en el informe justificativo de la comisión de nombramientos que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación, el nombramiento o la reelección de cada consejero. Y la comisión de nombramientos deberá verificar anualmente el cumplimiento de la política de selección de consejeros y se informará de ello en el informe anual de gobierno corporativo.<sup>20</sup>

### 3. Situación actual: la transposición de la Directiva 2022/2381/UE

#### 3.1. Estado de la cuestión en España

En España, de acuerdo con el último Estudio de Remuneraciones de las Sociedades Cotizadas 2022,<sup>21</sup> la representatividad femenina en los Consejos de Administración si consideramos todos los puestos del Consejo, alcanza el 31,4 % en el IBEX y el 21,2 % en el Resto del Mercado Continuo. Es decir, ahora mismo no se cumple el objetivo marcado por la Recomendación 15 del Código de Buen Gobierno para sociedades cotizadas para 2022,<sup>22</sup> que señala que «... el número de consejeras suponga, al menos, el 40 % de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022 y en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30 %».

No obstante, es preciso destacar que hay 14 sociedades cotizadas en ambos índices que sí superan ya el 40 %, y alguna que se acerca incluso al 50 % de representatividad femenina.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que aún no ha terminado de implementarse la obligación impuesta a las compañías por la Ley 5/2021<sup>23</sup> de revelar las personas físicas que ocupan puesto de consejero en representación de una sociedad, lo cual significa que estos porcentajes podrían verse modificados, ya que en el IBEX todavía queda un 10 % de puestos cuyo ocupante físico no ha sido notificado y en el resto del Mercado Continuo ese porcentaje se eleva hasta casi el 21 %.<sup>24</sup>

Con las cifras disponibles, si bajamos al detalle por tipo de puesto, se pueden apreciar grandes diferencias en función de si hablamos de Consejeras Ejecutivas (es decir, Presi-

---

20 Vid. al respecto: ALONSO, S.M., «La presencia de la mujer en los órganos de administración de las sociedades cotizadas en España». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2019, 58), pp. 127-163.

21 Informe elaborado por KPMG Abogados.

22 El Código de Buen Gobierno para Sociedades Cotizadas, cuya última versión es de 2020 se puede consultar en <https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/CodigosGovCorp.aspx>

23 Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

24 CAZORLA, A., TORRENT-SELLENS, J., «El efecto de la diversidad de género en la junta directiva sobre el desempeño: evidencia de España» *Gobierno Corporativo: La Revista Internacional de Negocios en la Sociedad*, 2018, 18(1), pp. 176-195.

dentas Ejecutivas, Consejeras Ejecutivas y Consejeras Delegadas) o No Ejecutivas (Presidentas No ejecutivas, Consejeras Independientes y Dominicales).

Así, en el caso de las Consejeras Ejecutivas en general, la representatividad femenina es de un 6,74 % en el IBEX y del 5,39 % en el resto del Mercado Continuo. La presencia femenina más elevada se da en el caso del puesto de Consejero Ejecutivo, que tanto en el IBEX como en el Resto del Mercado Continuo se situaría en torno al 10-12 %. Las Consejeras Delegadas se sitúan entre el 3 % y el 5 % y las Presidentas Ejecutivas, entre el 2 % y el 6 %, respectivamente, en ambos puestos e índices.

En el caso de las Consejeras No Ejecutivas, que es donde se ha avanzado más en la última década, la representatividad femenina se sitúa en el 37 % en el IBEX y el 25 % en el resto del Mercado Continuo. Destaca el número de mujeres que ocupan puestos de Consejeras Independientes: en el IBEX habría un 45,4 % de mujeres y en el resto del Mercado Continuo, un 34,4 %. Si hablamos de Consejeras Dominicales, encontramos que en el IBEX casi un 19 % son mujeres, mientras que en el resto del Mercado Continuo lo son un 15 %. Finalmente, hay más mujeres Presidentas No Ejecutivas en el Resto del Mercado Continuo (9 %) que en el IBEX 35 (6 %).

Así, aunque en los últimos años se ha avanzado bastante, aún habrá que esperar a ver la fórmula que finalmente adopta España para valorar las acciones a llevar a cabo por cada sociedad en función de su situación de partida.

Para corregir la situación, la Directiva 2022/2381/UE, que acabamos de analizar, permite a las sociedades que no cumplan con este objetivo adoptar medidas de discriminación positiva a igualdad de méritos y seleccionar al candidato del género menos representado. En casos excepcionales, y si se elige al candidato del género más representado cuando no se cumple con la cuota, deberán explicarlo<sup>25</sup>. En estos casos se invierte la

---

25 En virtud del principio «*Comply or explain*». En 1992 el Comité sobre Asuntos Financieros de Gobierno Corporativo (*The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*) creado en Londres por el Consejo de Información Financiera, la Bolsa de Londres y los profesionales de contabilidad, y presidido por Sir Adrián Cadbury, emitió un informe con similar título, conocido luego globalmente como el Informe Cadbury (Cadbury Report). Este informe es considerado un punto de inflexión en materia de Gobierno Corporativo, y como tal, base importante para muchos de los principios internacionales y estándares regulatorios utilizados en las últimas dos décadas. Uno de estos principios es el famoso «cumpla o explique» (*comply or explain*).

El principio *cumpla o explique* es un modelo de cumplimiento que se fundamenta en el establecimiento de guías o códigos indicativos de criterios y mejores prácticas de Gobierno Corporativo, que sirven de parámetros para las empresas -generalmente pensados para sociedades cotizadas. De esta forma, las corporaciones sujetas a estos códigos asumen la obligación de informar a sus grupos de interés (*stakeholders*) y el mercado, la forma en la que aplican o no esos criterios, debiendo explicar las diferencias/desviaciones que pudieran tener sobre uno o varios de estos. Como se observa, este modelo parte de una especie de *soft law* o normas indicativas que busca fomentar la flexibilidad del Gobierno Corporativo y la capacidad de que los diferentes tipos de empresas puedan ajustar principios similares a sus propias realidades e informando de ello al mercado. Sin duda, el *cumpla o explique*, como modelo de regulación -basado en autorregulación-, muestra evidentes signos de manufactura anglosajona. El *cumpla o explique* ha sido formalmente incorporado en muchas legislaciones y estándares nacionales e internacionales.

carga de la prueba en caso de que el candidato del género menos representado realice alegaciones o acuda a la vía judicial, siendo la sociedad la que debe explicar que no ha infringido el artículo 6.2 (que permite la discriminación positiva).

En caso de incumplimiento de la cuota, los Estados miembros podrán establecer un régimen sancionador que podrá ir desde el pago de multas hasta la anulación de una decisión relativa a la selección de administradores. También podrán establecer que estas cuotas se cumplan en concursos públicos.

La trasposición de la Directiva puede suponer para algunas Sociedades Cotizadas la revisión de procedimientos de selección de consejeros, la revisión de la actual composición del Consejo o, incluso, la necesidad de tener que justificar y explicar muchas de las decisiones de nombramiento que realicen, cumplan o no con la cuota.<sup>26</sup>

De acuerdo con los últimos datos oficiales publicados por la CNMV, en 2021, en España se cumplía el segundo umbral puesto que las mujeres representaban el 29,26 % del total de los consejeros de las sociedades cotizadas. El porcentaje del 25 % del total de los miembros del consejo se supera en los grupos de empresas de distinta capitalización<sup>27</sup>. Además, en el caso del Ibex-35, se cumplía el primer umbral; las consejeras externas representan más del 30 %.<sup>28</sup>

Aunque todavía no se han hecho públicos datos oficiales, en 2022, ha seguido creciendo la presencia de mujeres en los consejos de las sociedades cotizadas. Las medidas que España podría optar por suspender son las previstas en los artículos 6 y 5.2 de la Directiva. Si España opta por activar esta suspensión, algo que no parece previsible por los expertos, los umbrales mínimos descritos en el art. 5 se considerarían alcanzados. Si en algún momento se dejasen de cumplir las condiciones que permitieron la suspensión, se deberían aplicar las medidas de los artículos 6 y 5.2 en un plazo máximo de 6 meses.

### 3.2. El Anteproyecto de ley orgánica para garantizar la representación paritaria en órganos de decisión

El pasado 7 de marzo de 2023, el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión, que tiene como meta cumplir con el objetivo de la Agenda 2030 de Naciones Unidas basado en garantizar a las mujeres y niñas las mismas oportunidades que los hombres y los niños en el empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones a todos los niveles.<sup>29</sup>

Esta iniciativa continúa la senda trazada por la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que incorporó el principio de representa-

26 <https://www.tendencias.kpmg.es/2022/12/ue-aprueba-directiva-mejorar-equilibrio-genero-administradores-sociedades-cotizadas/>

27 Ibex-35, empresas de más de 500 M€ y empresas de menos de 500 M€.

28 GONZÁLEZ, L., & RODRÍGUEZ, A., «La brecha de género en el Consejo de Administración». *Cuadernos de Información Económica*, 2018 (237), pp. 91-100.

29 Fuente: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2023/refc20230307.aspx#paritaria>

ción equilibrada entre mujeres y hombres. Y traspone la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas, con lo que España asume una posición de liderazgo a la hora de incorporar a su ordenamiento las normas y recomendaciones internacionales relativas a la igualdad de género.<sup>30</sup>

La nueva norma busca garantizar la representación efectiva de las mujeres en el ámbito político. Para ello, modifica la legislación electoral con el fin de establecer la obligatoriedad de las listas cremallera (candidaturas integradas por personas de uno y otro sexo ordenadas de forma alternativa) en las elecciones de miembros del Congreso, Senado, Parlamento Europeo, asambleas autonómicas, municipios, consejos insulares y cabildos insulares.

También traslada al máximo órgano ejecutivo del Estado, el Consejo de Ministros, el principio de representación equilibrada, consistente en que ningún sexo debe tener una presencia inferior al 40 % de los puestos en dicho órgano. Este principio se aplicará a la hora de nombrar a las personas titulares de las vicepresidencias y de los ministerios.

Y en el ámbito de la Administración General del Estado, los órganos superiores y directivos (por ejemplo, las secretarías de Estado, las subsecretarías y las direcciones generales) de cada ministerio deberán incorporar también este principio en los próximos cinco años. La obligación se extenderá a todas las entidades del sector público estatal.

Por lo que supone el tema que nos ocupa, el anteproyecto de ley incorpora el mencionado principio de representación equilibrada a distintos ámbitos de la sociedad civil, especialmente el empresarial.<sup>31</sup> Actualmente, la presencia de mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas en España se sitúa en el 29,3 % (357 consejeras de un total de 1.220), y se limita al 19,6 % en el caso de la alta dirección (excluidas altas directivas consejeras).

Sin embargo, con la nueva norma, los consejos de administración de las sociedades cotizadas y de las entidades de interés público que tengan más de 250 trabajadores o una cifra de negocios de más de 50 M€ o un activo superior a 43 M€ deberán tener una composición acorde con este principio, de modo que el número de mujeres no podrá ser inferior al 40 % del total de los miembros del consejo. Para lograrlo, deberán adaptarse los procesos de selección para asegurar el cumplimiento de esta disposición, debiendo, en caso de empate entre varios candidatos, elegir al del sexo menos representado en el consejo.

En ambos tipos de sociedades se establece la obligación de velar por que la alta dirección también cumpla este principio y deberá detallarse en la memoria la situación al respecto. En el caso de las sociedades cotizadas se establece como infracción grave el incumplimiento de estas previsiones.

30 GÓMEZ LIGÜERRE, C., «La igualdad de género en los consejos de administración: una visión crítica de la regulación española» 2019 *Revista de Derecho de Sociedades*, (57), pp. 125-156.

31 Necesidad ya puesta de relieve por la doctrina, vid. LÓPEZ-MONÍS GALLEGÓ, A., «Igualdad de género en el ámbito empresarial: análisis de la regulación española». *Revista de Derecho de Sociedades*, (58), 2019, pp. 49-84.



Por último, el principio de representación equilibrada deberá cumplirse también en las juntas de gobierno de los colegios profesionales, que además deberán incluir en su memoria anual el número de miembros desglosados por sexo y, en caso de no alcanzar el porcentaje establecido, aclarar los motivos y las medidas adoptadas para alcanzarlo. Y también deberá cumplirse en tribunales, jurados y órganos colegiados constituidos para otorgar premios o condecoraciones de la Administración General del Estado o entidades integrantes del sector público institucional estatal o cuando sean presididos por representantes de aquéllas.

Como vemos, por lo tanto, este Anteproyecto no sólo incorpora el contenido de la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas, que antes ha sido expuesto, sino que va más allá, estableciendo mecanismos para asegurar la aplicación del principio de paridad en la representación y dirección de otros organismos y organizaciones tanto de carácter público como privado.

## IV. CONCLUSIÓN

Como hemos tenido ocasión de analizar, la diversidad de género en los consejos de administración es una cuestión muy debatida e importante tanto en el ámbito nacional como internacional. Las mujeres están suficientemente preparadas, acceden al mercado laboral con normalidad y bastantes llegan a ser mandos intermedios. A partir de ahí, existen obstáculos para que alcancen puestos de alta dirección, como la dificultad que tienen las mujeres para conciliar la vida personal con la profesional, el estilo de organización heredado por muchas empresas, con una cultura masculinizada, el hecho de que las promociones a la alta dirección sea hecha por hombres, y que en algunos entornos los hombres promocionan por su potencial y las mujeres por sus resultados. Por otro lado, las mujeres tienen menos visibilidad, exigen menos que los hombres y se focalizan más en el desarrollo del trabajo que en las relaciones personales en el ámbito profesional.

Lo que parece evidente es que la situación no es buena, no sólo para las propias mujeres, sino para la sociedad en general. Los recientes estudios de prestigiosos organismos como el Banco Mundial, demuestran el impacto económico que tiene la menor presencia de la mujer en el mundo laboral y especialmente en las cúpulas directivas. Es un asunto que afecta al desarrollo de los países y a la rentabilidad de las empresas. Los estudios demuestran una evidente correlación entre empresas con un número significativo de mujeres en sus equipos directivos y los resultados económicos. No se establece causalidad directa, pero sin duda los resultados son tan relevantes que apoyan la idea que promocionar a las mujeres parece una buena y justa opción.

Parece que no hay muchas dudas en que los equipos diversos están mejor preparados para el análisis y la toma de decisiones. Las mujeres suelen ser muy valoradas en algunos rasgos de estilo de dirección necesarios para abordar el difícil entorno económico como la comunicación, empatía, análisis de riesgos y gestión de equipos. Y por eso es tan importante que no se paralice el progreso y los avances de los últimos años en el acceso a la mujer a la alta dirección de la empresa. En ese sentido, como hemos tenido ocasión de examinar, a nivel europeo se ha aprobado recientemente la Directiva 2022/2381/UE,

que a su vez es incorporada al Derecho interno español por el Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de hombres y mujeres en órganos de decisión. Se avanza pues en el camino de la igualdad, pues ambas normas suponen un paso más allá de las recomendaciones de derecho voluntario de los Códigos de Buen gobierno o de la Ley Orgánica de Igualdad de 2007, ya que se imponen, entre otras medidas, cuotas mínimas obligatorias para las sociedades cotizadas, además de regular los procesos de selección para alcanzar tales fines. Se busca así impulsar el crecimiento económico, fomentar la movilidad y lograr la igualdad de género objetiva en el mercado laboral. Los próximos años serán cruciales para valorar si tal impulso logra su objetivo.

# MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL

## GENERAL LEGAL FRAMEWORK FOR THE PROMOTION OF EQUALITY IN THE SPANISH EDUCATION SYSTEM

**Luis Sebastián Castañares**  
Investigador. Generalitat Valenciana.  
*l.sebastiancastana@edu.gva.es*

### Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN EDUCACIÓN. III. MARCO JURÍDICO DE LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL. 1. Marco jurídico internacional y comunitario. 2. Marco legislativo español. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

**Palabras clave:** Igualdad, educación, inclusión, igualdad de género, derechos de los niños.

**Key words:** Equality, education, inclusion, gender equality, children's rights.

**Resumen:** Este estudio se centra en el marco jurídico de la promoción de la igualdad en el sistema educativo, a través del análisis de la normativa internacional, comunitaria y nacional específica.

Esta investigación subraya la relevancia de la educación como herramienta fundamental para fomentar la cultura de la paz y el respeto a la dignidad humana, analizando los marcos jurídicos establecidos que buscan garantizar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito educativo. En este contexto, la Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento clave para la protección de los derechos humanos de los niños y niñas, y su análisis es fundamental para entender la importancia de la igualdad en la educación. Además, la inclusión y la educación emocional son valores que deben ser promovidos en el sistema educativo, ya que permiten a los estudiantes adquirir las competencias necesarias para un pleno desarrollo personal y profesional en una sociedad basada en el respeto mutuo y la cooperación entre iguales.

En resumen, este estudio contribuye al debate sobre la promoción de la igualdad en el sistema educativo, contribuyendo a la asunción plena por parte de las instituciones edu-

cativas del fomento reflexivo de una educación inclusiva y equitativa para todos, especialmente basada en la promoción de la igualdad de género.

**Abstract:** This study focuses on the legal framework for the promotion of equality in the education system, through the analysis of specific international, EU and national regulations.

This research underlines the relevance of education as a fundamental tool for promoting a culture of peace and respect for human dignity, analysing the legal frameworks established to guarantee equal treatment and opportunities in the educational sphere. In this context, the Convention on the Rights of the Child is a key instrument for the protection of children's human rights, and its analysis is fundamental to understanding the importance of equality in education. In addition, inclusion and emotional education are values that should be promoted in the education system, as they enable students to acquire the skills necessary for full personal and professional development in a society based on mutual respect and cooperation among equals.

In summary, this study contributes to the debate on the promotion of equality in the education system, contributing to the full assumption by educational institutions of the reflexive promotion of an inclusive and equitable education for all, especially based on the promotion of gender equality.

## I. INTRODUCCIÓN

La igualdad se erige como uno de los fundamentos de la sociedad actual, siendo pilar indispensable de las relaciones internacionales democráticas y un valor preponderante en los ordenamientos jurídicos que tienen como base el Estado de Derecho en todo el mundo. El constitucionalismo, en su desarrollo histórico, ha tenido como un eje principal la integración de cartas de derechos que pusieran de manifiesto una protección jurídica de la dignidad humana. Dignidad humana como valor otorgado a todas las personas, por razón de sus propiedades inmanentes como la voluntad libre, la capacidad de amar, una conciencia de bien y del mal, o el discernimiento. De esta manera, la dignidad humana es un absoluto, el fundamento y razón primordial de los derechos humanos, como así se extrae de la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos. De este modo, la dignidad humana, los derechos humanos y los derechos fundamentales constituyen un vínculo indisoluble.

Desde el punto de vista de la formación doctrinal de los derechos humanos, se evidencia el engarce existente entre la idea de igual dignidad y la noción misma de los derechos humanos. Esta idea de igual dignidad, enraizada en el pensamiento humanista, implica una conceptualización de la dignidad de todo ser humano que se sustenta únicamente en su misma naturaleza, independientemente de cualquier otra circunstancia (Ballesteros et al., 2007).

Con todo, el término de derechos humanos integra una gran complejidad, acentuada por una constante e hipertrofiada utilización del mismo, no únicamente en la práctica política sino también en el lenguaje común. También, respecto de la teoría ética, política y

jurídica, en cuyo ámbito no existe una definición doctrinal inequívoca (Pérez Luño, 2001). De este modo, se hace necesario revisar el calificativo de humano en el sintagma nominal que nos ocupa, el cual implica no únicamente que todo individuo de la especie humana es persona (titular de derechos) y que el bien jurídico protegido por los derechos humanos es el ser humano mismo, por lo que son derechos a ser y no únicamente derechos a unos bienes o servicios.

Respecto a sus notas características, hacen referencia a la igualdad de todos los seres humanos en cuanto a su titularidad, esto es, tienen vocación de universalidad. Y esta universalidad no únicamente hace referencia a la corporeidad del ser humano (vida y salud), sino también a la libertad (de conciencia o espiritual). Además, los derechos humanos son inviolables, lo que significa que exigen respeto incondicionado de todas las personas, instituciones y poderes públicos; aunque siempre teniendo en cuenta que los derechos están limitados por su propio contenido, que no es ilimitado, y que pueden ser limitados por fines de interés social protegidos por el Estado de Derecho, así como por otros derechos humanos. De igual forma, debe admitirse la imposibilidad de disposición física o jurídica de los derechos humanos por parte de su titular, siendo estos intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Por último, los derechos humanos son indivisibles, pues la misma dignidad humana es indivisible, al igual que los seres humanos concretos; lo que implica que existe una interdependencia y complementariedad de todos los derechos humanos entre sí, así como que estos únicamente pueden realizarse de forma adecuada conjuntamente.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge, en su primer artículo, que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» (ONU, 1948, p. 1). En efecto, comprobamos la indisociabilidad existente entre la razón (integradora de esa voluntad libre, discernimiento entre el bien y el mal...) —como elemento constitutivo del ser parte de la especie humana—, la dignidad que se le atribuye a todo individuo correspondiente y la detentación de derechos. De este modo, la igualdad es igual dignidad para todo el conjunto de seres humanos, lo que finalmente implica la exigencia ad intra y ad extra del respeto a unos derechos subjetivos concretos.

Por otro lado, la expresión derechos fundamentales, como ya hemos comentado, queda intrínsecamente relacionada con la de derechos humanos, pues se refiere a aquellos derechos humanos positivizados por el ordenamiento jurídico interno de cada país, fundamentalmente en la Constitución. El concepto de derechos fundamentales pone de manifiesto «la naturaleza especial que dichos derechos poseen, pues tienen la consideración de elementos básicos preeminentes en el ordenamiento jurídico» (López Guerra et al., 2003, p. 142). Esto significa que el ordenamiento jurídico de cada país (concretamente su Constitución y la interpretación de esta que pueda dar su Tribunal Constitucional) definirá de forma acotada su significado preciso. Aun así, la inclusión de una carta de derechos en las constituciones democráticas constituye una pieza esencial, a nivel dogmático, de los principios más importantes de la convivencia en los Estados democráticos de Derecho, detentando así una concepción dualista de los derechos fundamentales que integran la condición tanto de derechos como de valores constitucionales (Álvarez Conde, 2006).

Así pues, la igualdad no se configura únicamente como un derecho subjetivo, sino que forma parte de los propios fundamentos del Estado social y democrático de Derecho.

Como principio general del Derecho, y más allá: se configura como elemento definitorio del Bien Común de la Teoría General del Derecho, esto es, como parte del conjunto óptimo de los bienes de todos los hombres, tanto individuales y colectivos (González-Zapatero, 2017). Esta igualdad se concreta en la igual capacidad de detentar derechos y libertades fundamentales independientemente de las condiciones internas o externas de la persona. En el caso de la Constitución Española, el artículo 1 lo recoge así de forma clara, al propugnar como valores superiores del ordenamiento jurídico español la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Pero, además, y respecto de la conceptualización como derecho fundamental, el artículo 14 establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (Cortes Generales, 1978). Así pues, de este derecho/valor se extrae también el principio de no discriminación que implica que el Derecho no puede distinguir en razón alguna a las personas, en la aplicabilidad o preponderancia de los derechos humanos.

En este punto, debemos realzar la trascendencia individualizada de la no discriminación por razón de sexo, que implica, según el Tribunal Constitucional (1987), medidas dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes en las que se encuentran las mujeres y también más concretamente determinadas categorías de mujeres, amén de la prohibición absoluta de las diferencias de trato en que intervenga el sexo como criterio de distinción. Por ello, el Alto Tribunal considera no sólo aceptables sino casi exigibles las llamadas acciones positivas (también las legislativas), siempre con justificación o justificación reforzada, y siempre y cuando busquen la parificación (TC, 2001). Con ello, las políticas e instrumentos jurídicos que persiguen la igualdad material aplicando medidas de parificación o equidad, son y reflejan ser manifestaciones concretas del principio de igualdad.

En consecuencia, podemos conceptualizar la igualdad de género como un derecho humano fundamental, base de una sociedad justa. A través de políticas públicas y de la generación de normas justas, se puede construir una equidad de género que permita superar las diferencias en las condiciones que históricamente se han desarrollado hombres y mujeres. Así, la equidad es un instrumento necesario para alcanzar la igualdad. La igualdad supone que las responsabilidades y derechos, así como las oportunidades, no dependan del sexo con el que se nace; también, que las necesidades de mujeres y hombres, como miembros del género humano, son igual de importantes.

En este sentido, al concepto de igualdad como derecho humano y como valor supremo de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho, también podemos adiconar su catalogación como Objetivo de Desarrollo Sostenible centrado en las personas, pues mujeres y hombres, en condiciones de igualdad de género, tienen las mismas oportunidades y posibilidades de contribuir al desarrollo de las sociedades humanas, tanto en los planos político, económico, social y cultural (UNESCO, 2022). Por consiguiente, una de las políticas públicas que más impacto pueden tener en la promoción de la igualdad no es otra que la educación, siendo expresado en forma de ODS por la ONU (2015), de la siguiente manera: «garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos», con el objeto de «lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas».

La educación, como política o conjunto de políticas públicas, tiene una gran capacidad transformadora, lo que implica la posibilidad de un avance más que sustancial en

materia de igualdad. Por tanto, la promoción de la igualdad en y a través de la educación constituye una herramienta indispensable en el desarrollo de una sociedad consciente y comprometida con la plenitud de todos sus miembros por igual.

En suma, una promoción optimizada de la igualdad en la educación trasciende de forma evidente cualquier esfuerzo o sacrificio que pueda suponer, puesto que sus resultados positivos no únicamente van a revertir a los contemporáneos, sino que se diseminarán en el futuro y retroalimentarán a su vez nuevas y más ambiciosas acciones tendentes a una mejora de la convivencia en nuestras sociedades.

## II. LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN EDUCACIÓN

La Real Academia Española (2014), define promoción análogamente a como lo hace para otras acciones, remitiendo al verbo transitivo sobre el que recaen. De esta forma, la acepción que buscamos la encontramos como acción y efecto de impulsar el desarrollo o la realización de algo. Sin embargo, también nos da otro significado muy interesante: el del conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo. Así, la promoción de la igualdad puede definirse como la acción o conjunto de acciones orientadas a dar a conocer o impulsar el desarrollo o la perfección de la igualdad en un contexto determinado.

Sin embargo, la promoción de la igualdad de género no es una cuestión exclusiva de las mujeres, sino de toda la sociedad. Hombres y mujeres deben integrar como propia la reflexión de que la igualdad únicamente se puede conseguir a través del esfuerzo, el ahínco y el buen hacer de todos los miembros de las comunidades humanas (Urios Moliner, 2013). De esta forma, y como ya recomendara el Consejo de Europa (1997), se deben desarrollar y apoyar modos de educar a los niños de forma no estereotipada y orientada a la no violencia. Y en este punto, respecto a la promoción de la igualdad en el contexto que nos ocupa, debemos poner de relieve la diferenciación entre igualdad de género en educación, que implica un derecho a la educación de todos los educandos que integra el acceso igualitario a oportunidades de aprendizaje y recursos, mismo trato e igual beneficio. Por su parte, la igualdad de género a través de la educación, implica que la educación puede desempeñar un papel primordial en la igualdad de género, promoviendo y poniendo en valor actitudes y acciones tendientes a que la igualdad material sea una realidad definitiva, de forma que características como el género -así como otras, que además pueden superponerse: edad, discapacidad, etnia, geografía y nivel socioeconómico-, no sean fuentes de desventaja y marginación, concebida esta última como un proceso por el que se relega a personas a una posición no relevante que les impide participar plenamente en la sociedad mediante el ejercicio de sus derechos.

Por otro lado, la promoción de la igualdad en educación debe integrar la generación de metodologías que aborden las contumaces disparidades de género existentes, así como la propuesta de una concepción holística del proceso educativo suficientemente potente que pueda incorporar un profundo debate sobre entornos de aprendizaje, contenidos, prácticas de enseñanza y aprendizaje, evaluación y empleabilidad. En este mismo sen-

tido, la propia UNESCO (2022, p. 20) ha establecido dos objetivos estratégicos al respecto: 1) fortalecer los sistemas educativos para que generen transformación y promuevan la igualdad de género y 2) empoderar a las niñas y las mujeres a través de la educación para que tengan una vida y futuro mejores.

Sin embargo, no podemos obviar una herramienta imprescindible para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y varones a través de la eliminación de las desigualdades de género, la óptica de género. Puesto que su meta no es otra, como afirma Fernández Ruiz-Gálvez (2017, p. 271-272), que la de «acabar con la subordinación de las mujeres como grupo y empoderar a las mujeres en todos los ámbitos de la vida». De hecho, la inclusión de la perspectiva de género en programas educativos tiene una capacidad transformadora, generando un cambio social desde la eliminación de superestructuras que fomentan las desigualdades, a una educación que infunde a los niños y niñas, jóvenes y adultos la aspiración a reflexionar sobre las causas subyacentes de las desigualdades de género y contribuir de forma activa en la eliminación de políticas y prácticas discriminatorias. La óptica de género no puede ser integrada únicamente en ciertas etapas educativas, sino que debe constituir un elemento sustancial de la comunidad educativa en general y en todos los procesos de atención, orientación, enseñanza y aprendizaje. Las transiciones educativas, la formación técnica, los currículos, el entorno educativo, los materiales didácticos e incluso la formación del profesorado deben quedar imbuidas de una óptica de género orientada a descubrir, señalar, valorar y liquidar la subordinación de las mujeres en todos los contextos. En definitiva, resulta imprescindible desarrollar propuestas didácticas igualitarias que fomenten actitudes críticas ante la discriminación de la mujer, tanto en contextos específicos como globales.

La igualdad de oportunidades para mujeres y hombres, y el desarrollo pleno de las potencialidades de cada cual, son los objetivos de la educación en igualdad, como propuesta metodológica de formación y educación de hombres y mujeres en las mismas condiciones (Instituto de la Mujer, 2007). Una política educativa que integre este tipo de estrategias conseguirá fortalecer el sistema educativo en la promoción de la igualdad de género, el empoderamiento de niñas y mujeres y la construcción de una sociedad más justa para todos. Además, el acceso a los diferentes niveles de enseñanza y la promoción no deben ser las únicas metas, sino que el sistema, y quienes lo integramos, debemos de hacer un esfuerzo colectivo e individual por el que se consiga que todas las personas consigan un nivel de competencias personales y profesionales que faciliten la inclusión en la sociedad, en todos los niveles posibles.

### III. MARCO JURÍDICO DE LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL

El sistema autonómico español implica el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones de España (art. 2 CE), por lo que encontramos un amplio desarrollo normativo de las asambleas legislativas de las diferentes Comunidades Autó-



nomas en el ámbito de sus competencias. Sin embargo, no podemos obviar que todas ellas tienen un gran marco jurídico común de referencia, por lo que consideramos más que interesante incluir la relación de parte de la normativa relacionada con el principio de igualdad del ámbito internacional, comunitario y español.

## 1. Marco jurídico internacional y comunitario.

En primer lugar, no podemos dejar de señalar la Declaración Universal de Derechos Humanos anteriormente comentada, que recoge en su preámbulo la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, junto con la dignidad y el valor de la persona como sustento fundamental del elenco de derechos recogidos en el documento. En esta Declaración, encontramos hasta catorce referencias relacionadas con este principio, dos en el preámbulo y el resto en el articulado. El artículo 1 hace referencia a la igualdad dignidad de todos los seres humanos, recalcando las ideas resaltadas anteriormente respecto del preámbulo. El artículo 7, por su parte, expone el principio de igualdad ante la ley, y el 10 el igual acceso a una tutela judicial efectiva. El artículo 16, por su parte, analiza el acceso al matrimonio en condiciones de igualdad; y el artículo 21, el acceso a la función pública. Seguidamente, encontramos los artículos 23, 25 y 28, que señalan la igualdad y proporcionalidad en el salario para las mismas condiciones laborales, el igual acceso a la protección social y el acceso igualitario a la educación para todas las personas. Hasta aquí, podemos observar cómo se evidencia una dualidad en los derechos/valores expuestos, que actúan como derechos subjetivos y reglas de actuación para los poderes públicos de los Estados.

Respecto del análisis sobre el objeto de esta investigación, resulta conveniente y necesario reflexionar sobre el documento de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene por objeto ampliar las oportunidades de todos los niños y niñas, protegiendo sus derechos. Los derechos que de mayor valor se postulan son los de la salud, la educación y la protección, además de la igualdad. Además, el preámbulo de la Convención vuelve a incidir en la fundamentación de los derechos de los niños sobre la dignidad intrínseca de la persona, además de la no discriminación por cualquier razón o característica. Así mismo, explicita la igualdad como uno de los «ideales» necesarios para el pleno desarrollo independiente en sociedad de los niños y niñas. La Convención sobre los Derechos del Niño es muy interesante para esta investigación, pues refiere el vínculo vital entre educación y respeto a los derechos de los niños: igualdad de oportunidades respecto al acceso a los diferentes niveles educativos de forma gratuita, incluida la formación profesional; orientación educativa, o también, respeto a la dignidad humana en las formas de enseñanza. La Declaración incide, asimismo, en el acceso de los niños en términos de igualdad a participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (art. 31) o a las garantías procesales necesarias (art. 40). Así, Naciones Unidas (1999), también en su Resolución 53/243, expone que la educación resulta absolutamente vital como herramienta de promoción de la cultura de la paz, atendiendo específicamente a la resolución pacífica de conflictos y un espíritu total de respeto a la dignidad humana y al principio de no discriminación.

Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que consagra los derechos fundamentales de los que gozan las personas en la Unión, engloba la misma dualidad que venimos tratando durante todo el estudio: elementos que suponen derechos subjetivos al mismo tiempo que fundamentos de una manera de entender la dignidad humana y su desarrollo en sociedad. Así, su preámbulo cita estos mismos valores, base la propia Unión: la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, la

democracia y el Estado de Derecho, libertad, seguridad y justicia. Todo ello, además del emplazamiento de la persona como centro de la actuación de las instituciones comunitarias y estados miembros. No resulta extraño, pues, que el Capítulo II de la Carta haga referencia directa al concepto de igualdad, e integre los principios de igualdad ante la ley y no discriminación (artículos 20 y 21), así como la igualdad expresa entre hombres y mujeres. La Carta tiene por objeto reforzar la protección de los derechos fundamentales en toda la Unión, respetando las competencias de todos los niveles de las diferentes administraciones; y todo ello, en coherencia con las obligaciones jurídicas reseñadas en diferentes textos como el Tratado de la Unión Europea y resto de tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, estos documentos recogen una idea similar a los ya tratados, pues ejemplifican también los postulados de centralidad de la dignidad humana como sustrato de los derechos fundamentales. Por ello, nos remitimos a lo ya expuesto en esta sección.

## 2. Marco LEGISLATIVO ESPAÑOL.

Atendiendo al principio de jerarquía normativa, no podemos sino considerar en primer lugar la disposición del valor de la igualdad en el andamiaje constitucional. Si bien es cierto que hemos venido realizando varios apuntes a lo largo del texto, y que existen al respecto numerosos, extensos y profundos análisis en la literatura científica, consideramos interesante recalcar la preeminencia que el principio de igualdad despliega a lo largo de nuestra norma suprema del ordenamiento jurídico. La igualdad se incardina en la Constitución ya en el Título Preliminar como valor superior del ordenamiento jurídico, además de que se expone como puerta de acceso al Capítulo Segundo sobre derechos y libertades. De este modo, en el principio de igualdad se inserta la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación. Sin embargo, a lo largo de la redacción constitucional encontramos también el acceso en criterios de igualdad a funciones y cargos públicos (artículo 23), al derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (artículo 32); así como la contribución al sostenimiento de los gastos públicos en régimen de igualdad y progresividad (artículo 31).

En artículo 149, además, encontramos, respecto a las competencias exclusivas del Estado, la regulación de las condiciones básicas garantistas del principio de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. En este punto, también cabe mencionar la puntualización del artículo 27, que expone que la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia ya los derechos y libertades fundamentales. Sin hacer una mención expresa, el constituyente está realizando esencialmente una alusión a la promoción de la igualdad en el sistema educativo.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2020 de Educación (LOMLOE), establece en su preámbulo la necesaria adopción de un enfoque global de igualdad de género a través de la coeducación y el fomento en todas las etapas educativas de un aprendizaje orientado a la igualdad real entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género. La inclusión, así, aparece también como un valor del sistema educativo propugnado, valor que salpica el texto junto con la también incluida educación emocional, un marco, en definitiva, que dé la oportunidad a niñas, niños, jóvenes y adultos, la adquisición plena

de las competencias necesarias para un pleno desarrollo personal y profesional en una sociedad basada en el respeto mutuo y la cooperación entre iguales.

Respecto al articulado, se referencia una miríada de menciones al principio de igualdad desde múltiples perspectivas, pero en términos muy parecidos al preámbulo. En un sentido puro de política educativa, atender a la redacción consolidada del artículo 13 de la LO 2/2006 de Educación, donde se exponen como objetivos de la educación infantil la promoción, aplicación y desarrollo de normas sociales que promuevan la igualdad de género. Aquí, resulta interesante reflexionar sobre estos usos sociales como conjunto de prácticas, pautas y reglas de comportamiento generalmente admitidas. Sin duda alguna, el sistema educativo ha de buscar que los futuros miembros de la sociedad integren como propias formas de comportarse coherentes con una sociedad que se atribuye valores como la igual dignidad de todas las personas que la componen. Evidentemente, la propuesta del legislador se especifica como uso social normativo, pues eventualmente se concretará como una pauta de vinculatoriedad social en la que la sociedad española ejerce una presión moral hacia comportamientos igualitarios.

En cuanto a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ésta, expone en su artículo 3 la educación como ámbito objetivo de aplicación. Así, la promoción de la igualdad en el sistema educativo se propone en el perímetro de las administraciones educativas en general (artículo 13), respecto a la supresión de estereotipos y la garantía de la preponderancia en sus actuaciones del principio de no discriminación, la formación del profesorado y el principio de igualdad como contenido específico en todas las etapas educativas. La ley también contempla en su artículo 14 la promoción en la educación no formal de la transmisión de los derechos humanos, con el objetivo de la evitación sistémica de los egresados de actitudes y actuaciones prejuiciosas, fanáticas y radicales alentadoras de la vulneración de la igualdad de trato y la no discriminación; haciendo hincapié en la dignidad de la persona como base de los principios y valores democráticos de convivencia.

Por último, realizar una especial mención al ciclo formativo de grado superior que desarrolla el perfil profesional de los técnicos superiores de promoción de la igualdad de género. Este ciclo se enmarca dentro de la familia profesional de Servicios Socioculturales y a la Comunidad, y está regulado por el Real Decreto 779/2013, de 11 de octubre. Este ciclo formativo responde al mandato de legislador que integran los artículos 23 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, y el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que establece que el sistema educativo incluya entre sus fines la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres. De esta forma, el sistema educativo se asegura de desarrollar profesionalmente un perfil específico en promoción de la igualdad mediante el desarrollo de un ámbito profesional objetivado en la programación, desarrollo y evaluación de intervenciones relacionadas con la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. Por tanto, de la lectura del título y el currículo (Orden ECD/1545/2015) de la titulación se desprende el claro objetivo de tener un impacto significativo en la promoción de la igualdad en y desde la educación. Huelga decir, que en la actualidad existen más de una docena de centros públicos que ofertan esta titulación en la Comunitat Valenciana, a pesar de la relativa novedad del mismo. Sin embargo, y como dato, el porcentaje de matriculación en los

ciclos de grado superior de la familia profesional Servicios Socioculturales y la Comunidad —a la que pertenece el título de Técnico en Promoción de la Igualdad de Género—, por parte de los varones, es únicamente 13,3 %. Por consiguiente, resulta necesario repensar algunos de los esfuerzos de la administración por fomentar un mecanismo, en principio, facilitador de la igualdad.

## IV. CONCLUSIONES

Como expone Fernández Ruiz-Gálvez (2003), la igualdad es una de las ideas morales más intuitivas. Así, la igualdad se configura como parte esencial de la moral social, ese conjunto de preceptos de un grupo social que integra la moral de la conciencia individual orientada al bien y la moral de los sistemas religiosos o filosóficos imperantes en un grupo humano determinado. No es de extrañar, por tanto, que una de las funciones del Derecho implique una posición activa en la promoción de situaciones justas. Igualdad y justicia se revelan como un binomio, el cual se asienta sobre la idea de igual dignidad de todos los seres humanos, que se erige en el fundamento y origen de la idea de derechos humanos como derechos universales.

Además, la igual dignidad no es únicamente el fundamento de los derechos humanos, sino que se erige como un valor y principio ético, por el cual, los seres humanos, independientemente de sus diferencias entre sí, deben ser tratados como iguales, ya que la igualdad no supone solo la constatación de una realidad empírica, sino que es una exigencia ética. De este modo, una sociedad que busca la igualdad es respetuosa con la dignidad humana de todas las personas: mujeres y hombres, niños, adultos, concebidos, ancianos, inmigrantes, enfermos; todos ellos.

Y, en efecto, la igualdad no significa imitación, simetría, conformidad ni homogeneidad, supone afirmar que todos los seres humanos son iguales en cuanto a seres humanos e iguales en dignidad, pero sin rechazar sus diversas desemejanzas. La igualdad no es un concepto contrario a las diferencias, sino a las desigualdades. Por ello, la promoción de la igualdad en la sociedad es un compromiso ético activo que está orientada a la idea de justicia y que debe servirse de los necesarios mecanismos jurídicos y herramientas meta-jurídicas para la erradicación de las desigualdades.

Por ello, resulta muy interesante el análisis de la normativa de promoción de la igualdad en y desde la educación, pues, más allá de la importancia economicista y de progreso de esta política pública, implica un claro deseo por parte de los poderes públicos y de la opinión pública de cimentar una sociedad comprometida con la dignidad de la persona en su expresión superior. A lo largo del análisis del marco jurídico sobre promoción de la igualdad en el sistema educativo valenciano hemos observado paralelismos en la redacción, respecto de esta fundamentación del principio de igualdad. Fundamento desarrollado igualmente en los diferentes niveles administrativos y competenciales, el respeto al valor primigenio de la dignidad humana.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, E. (2006). Curso de Derecho Constitucional. Tecnos.
- BALLESTEROS LLOMPART, J., FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. y GARIBO PEYRÓ, A. P. (2007). Derechos humanos. Publicaciones de la Universitat de València.
- CONSEJO DE EUROPA (1997). Promoting Equality: A Common Issue for Men and Women. International Seminar. Proceedings.
- CORTES GENERALES (1978). Constitución Española de 1978.
- CORTES GENERALES (2006). Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- CORTES GENERALES (2020). Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- CORTES GENERALES (2022). Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2003). Igualdad y Derechos Humanos. Tecnos.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017). Educación para la paz desde una perspectiva de género en E. BEA PÉREZ (Coor.) y FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., Cien años de discurso femenino sobre la guerra y la paz (pp. 271-296). Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ-ZAPATERO, J. M. (2017). El principio de igualdad en GONZÁLEZ ZAPATERO, J. M., SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y FUERTES-PLANAS ALEIX, C., Horizontes de cambio en el Derecho (pp. 131-160). Dykinson.
- LÓPEZ GUERRA, L. et al. (2003). Derecho Constitucional. Volumen I. Tirant lo Blanch.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL (2022). Datos y cifras. Curso escolar 2022/2023.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE (2013). Real Decreto 779/2013, de 11 de octubre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Promoción de Igualdad de Género y se fijan sus enseñanzas mínimas.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE (2015). Orden ECD/1545/2015, de 21 de julio, por la que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Promoción de Igualdad de Género.
- MUÑOZ GIRÓN, C. (2009). Coeducación en M. ROMÁN ONSALO (Coord.), Manual de agentes de igualdad (pp. 19-26). Diputación de Sevilla.
- ONU (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ONU (1999). Resolución 53/243 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

PÉREZ LUÑO, A. E. (2001). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos.

UE (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

UNESCO (2019). From access to empowerment: UNESCO strategy for gender equality in and through education. 2019—2025.

UNESCO (2022). Del acceso al empoderamiento. Herramientas operativas para promover la igualdad de género en y a través de la educación.

UNICEF (1989). Convención sobre los Derechos del niño.

# LA ASISTENCIA JUDICIAL PENAL ENTRE EEUU Y ESPAÑA, EN ESPECIAL, LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

Criminal Judicial Assistance between United States and Spain, especially, the Joint Investigation Teams

**Óscar Presa González**

Fiscal Decano de la Sección Territorial de Torreveja de la Fiscalía Provincial de Alicante  
*oscar.presa@fiscal.es*

## Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL TRATADO DE ASISTENCIA JURÍDICA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EL REINO DE ESPAÑA FIRMADO EN WASHINGTON EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1990. 1. Estructura del Tratado, ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. 2. Forma, contenido de la solicitud y ejecución. 3. Confidencialidad de la solicitud y de la información o de las pruebas aportadas. 4. Testimonio o pruebas en el Estado requerido: los archivos oficiales. 5. Testimonio en el Estado requirente y traslado de personas detenidas; 6. Notificación de documentos, registro y embargo de bienes. 7. Compatibilidad de otros acuerdos e iniciación de procedimientos criminales en el Estado requerido. 8. Gastos originados por la solicitud de asistencia. III. EL ACUERDO DE ASISTENCIA JUDICIAL ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA FIRMADO EL 25 DE JUNIO DE 2003; 1. Introducción. 2. Texto integrado de las disposiciones del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua de 1990 y del Acuerdo de Asistencia Judicial entre la UE y los EEUU: Análisis de las principales modificaciones. 2.2. El artículo 16 bis: la identificación de información bancaria. 2.3. El artículo 16 ter: Los Equipos conjuntos de investigación. 2.4. El artículo 16 quater: Uso de videoconferencia. 2.5. Compatibilidad de otros acuerdos e iniciación de procedimientos en el Estado requerido. 2.6. A modo de conclusión. IV. BIBLIOGRAFÍA.

**Palabras clave:** Cooperación judicial penal, Estados Unidos de América, España, asistencia judicial, Equipos Conjuntos de Investigación

**Key words:** Criminal judicial cooperation, United States of America, Spain, judicial assistance, Joint Investigation Teams

**Resumen:** Estudio sobre el proceso de asistencia jurídica penal entre los EEUU de América y España comparando el Tratado bilateral de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal suscrito entre EEUU y España el 20 de noviembre de 1990 con el Instrumento de

ratificación surgido a raíz de lo dispuesto en el art. 3.2 del Acuerdo de Asistencia Judicial Penal entre la UE y los EEUU, instrumento que fue firmado en Madrid el 17 de diciembre de 2004 a través del cuál se adaptaron las disposiciones del anterior tratado bilateral a los acuerdos alcanzados entre los Estados Unidos de América y los Estados miembros de la Unión Europea en 2003. En el estudio se realiza una comparativa con la finalidad de reflejar las novedades surgidas de los acuerdos alcanzados en 2003 y en especial se analizan los Equipos Conjuntos de Investigación como instrumento fundamental de la cooperación penal internacional.

**Abstract:** Study on the criminal legal assistance process between the United States of America and Spain, comparing the bilateral Treaty on Mutual Legal Assistance in criminal matters signed between the United States of America and Spain on November 20, 1990 with the Instrument of ratification arising from the provisions of the art. 3.2 of the Criminal Judicial Assistance Agreement between the EU and the US, an instrument that was signed in Madrid on December 17, 2004, through which the provisions of the previous bilateral treaty were adapted to the agreements reached between the United States of America and the States members of European Union in 2003. In the study, a comparison is made in order to reflect the novelties arising from agreements reached in 2003 and, in particular, the Joint Investigation Teams are analyzed as a fundamental instrument of international criminal cooperation.

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se analizará el *Tratado bilateral de asistencia jurídica mutua en materia penal entre los Estados Unidos de América y el Reino de España* suscrito en Washington el 20 de noviembre de 1990, germen del auxilio judicial en el ámbito penal entre ambos países.

Este Tratado fue objeto de integración a través del Instrumento firmado en Madrid el 17 de diciembre de 2004 en el marco del art. 3.2 del *Acuerdo de Asistencia Judicial entre los Estados Miembros de la UE y los EEUU* de América que permitió, entre otras novedades, la posibilidad de solicitar la asistencia no sólo las autoridades judiciales, sino también las autoridades administrativas encargadas de las investigaciones penales; la posibilidad de identificar y obtener información de las cuentas bancarias de las personas investigadas o acusadas; el uso de medios de comunicación ágiles para la transmisión y recepción de solicitudes de asistencia como el fax o el correo electrónico; el recurso de la videoconferencia para tomar declaraciones testificales y periciales; regulación de normativa relativa a la protección de datos y al carácter confidencial de la solicitud, y, con carácter especial, y realizando un estudio más riguroso, sobre la posibilidad de creación de equipos conjuntos de investigación como instrumento de cooperación judicial en el ámbito penal entre ambos Estados.

Se expondrán las modificaciones sufridas en el Tratado bilateral de asistencia jurídica mutua en materia penal y recogidas en el Texto Integrado tras la firma por parte de España del Instrumento previsto en el art. 3.2 del Acuerdo de Asistencia Judicial entre EEUU y la UE en Madrid el 17 de diciembre de 2004 que se recogió en un Anexo relativo al mismo.



Finalmente y a los efectos de convertir este trabajo en un instrumento práctico y útil para los diversos operadores jurídicos se analizarán los *Equipos Conjuntos de Investigación* que pueden constituirse entre las autoridades de ambos países siendo una herramienta esencial de la cooperación penal internacional.

## II. EL TRATADO DE ASISTENCIA JURÍDICA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EL REINO DE ESPAÑA FIRMADO EN WASHINGTON EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1990<sup>1</sup>

### 1. Estructura del Tratado. Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.

El día 20 de noviembre de 1990 los Gobiernos del Reino de España y de los Estados Unidos de América firmaron en Washington el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal.

En su estructura constaba de un Índice y 20 artículos relativos a *Art. 1. Objetos del Tratado; Art. 2. Autoridades Centrales; Art. 3. Límites de la asistencia; Art. 4. Forma y contenido de la solicitud; Art. 5. Ejecución de las solicitudes; Art. 6. Gastos; Art. 7. Límites de utilización; Art. 8. Testimonios o pruebas en el Estado requerido; Art. 9. Archivos oficiales; Art. 10. Testimonio en el Estado requirente; Art. 11. Traslado de personas detenidas; Art. 12. Localización e identificación de personas u objetos; Art. 13. Notificación de documentos; Art. 14. Registro y embargo; Art. 15. Devolución de objetos; Art. 16. Producto del delito; Art. 17. Compatibilidad de otros Acuerdos; Art. 18. Procedimiento de consultas; Art. 19. Iniciación de procedimientos criminales en el Estado requerido y Art. 20. Ratificación, entrada en vigor y denuncia.*

Se completaba el Tratado con dos Formularios (Formulario A y Formulario B) relativos a «*Certificado de autenticidad de documentos mercantiles*» y «*Declaración sobre objetos embargados*».

Como indicaba su artículo primero el objeto del Tratado era prestarse asistencia mutua en cuánto a las investigaciones y procedimientos en materia criminal que se siguieran en cualquiera de los dos países.

---

1 *Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre EEUU y España.* Firmado el 20 de noviembre de 1990. BOE de 17 de junio y de 17 de julio de 1993. El Tratado estaba sujeto a ratificación para su entrada en vigor siendo firmado por los Gobiernos del Reino de España y de los Estado Unidos de América el 20 de noviembre de 1990 en Washington, y los instrumentos de dicha ratificación debían ser posteriormente canjeados en Madrid lo antes posible, siendo finalmente canjeado el 19 de mayo de 1993. Se establecía que la entrada en vigor se produciría el último día del mes siguiente al canje de los Instrumentos de Ratificación lo que se produjo con fecha de 30 de junio de 1993.

La asistencia comprendería:

- a) la recepción de testimonio o declaraciones;
- b) la facilitación de documentos, antecedentes y elementos de prueba;
- c) la notificación de documentos;
- d) la localización e identificación de personas u objetos;
- e) el traslado de personas detenidas a los efectos de prestación de testimonio u otros;
- f) la ejecución de órdenes de registro y embargo;
- g) la inmovilización de activos;
- h) las diligencias relativas a embargos e indemnizaciones;
- i) iniciar procedimientos criminales en el Estado requerido;
- j) cualquier otra forma de asistencia no prohibida en la legislación del Estado requerido.

El Tratado se celebró exclusivamente con fines de asistencia jurídica mutua entre los Estados contratantes conforme establecía su artículo 1.4.

En lo concerniente a su ámbito subjetivo y conforme a lo dispuesto en su artículo segundo cada uno de los Estados contratantes designaría una Autoridad Central a la que correspondería la transmisión y recepción de las solicitudes de asistencia.

En el caso de los Estados Unidos de América la Autoridad Central sería el Fiscal General o las personas designadas por el mismo.

Con respecto a España, la Autoridad Central sería el Ministerio de Justicia —Secretaría General Técnica— o las personas designadas por ella.

Las Autoridades Centrales se comunicarían directamente entre sí a los efectos del Tratado y serían quienes asumirían las más elevadas responsabilidades en el cumplimiento de las disposiciones del Tratado en orden a asegurar la asistencia judicial y la cooperación entre los países firmantes.

La obligación de prestar asistencia jurídica mutua del Estado requerido no era, además, absoluta ni ilimitada para todos los supuestos pudiéndose denegar la misma de acuerdo con su artículo 3, si:

- a) la solicitud se refería a un delito tipificado en la legislación militar y no en la legislación penal ordinaria; o
- b) la cumplimentación de la solicitud pudiera atentar contra la seguridad jurídica y otros intereses esenciales del Estado requerido.

No obstante, y previamente a denegar dicha asistencia, la Autoridad Central del Estado requerido consultaría con la Autoridad Central del Estado requirente la posibilidad de acceder a la asistencia con sujeción a las condiciones que la primera estimase necesarias. Si el Estado requirente aceptase la asistencia con sujeción a dichas condiciones habría de ajustarse a las mismas.

En el supuesto que la Autoridad Central del Estado requerido denegara la asistencia, habría de informar a la Autoridad Central del Estado requirente sobre las razones de la denegación.

Por lo tanto, el Tratado admitía la posibilidad de denegar la asistencia jurídica mutua solicitada al Estado requerido siempre y cuando se motivaran las razones de la denegación y se basara en alguno de los dos supuestos observados.

En cuanto al *principio de doble incriminación*, esto es, la necesidad para prestar el auxilio judicial solicitado que el hecho perseguible como delito por el Estado requirente lo fuera también en el Estado requerido, como regla general, el Tratado manifestaba que la asistencia judicial penal se prestaría con independencia de que el hecho que motivase la solicitud de asistencia fuera o no delito en el Estado requerido.

Excepcionalmente, si la asistencia se solicitase a los fines de realizar diligencias relativas a embargos e indemnizaciones, sería necesario que el hecho que diera lugar al procedimiento fuese constitutivo de delito y estuviese castigado por la legislación de ambos Estados con una pena privativa de libertad superior a un año.

Se mantiene por consiguiente el principio de doble incriminación pero de una forma limitada, aplicándose única y exclusivamente cuando el hecho que motivara el procedimiento de asistencia fuera constitutivo de delito y además de ello estuviera castigado por la legislación de ambos países, Estado requerido y Estado requirente, con pena privativa de libertad superior a un año y únicamente para el supuesto que la asistencia solicitada se tratara de diligencias de embargo de bienes o de indemnizaciones.

## 2. Forma, contenido de la solicitud y ejecución.

El Tratado exige la forma expresa para emitir válidamente la solicitud de asistencia debiendo formularse por escrito con la única excepción que la Autoridad Central del Estado requerido la aceptase en otra forma en los casos de urgencia, pero aun así, la solicitud habría de confirmarse por escrito en el plazo de 10 días a menos que la Autoridad Central del Estado requerido aceptase otra forma.

Además de ello, y salvo acuerdo en contrario, la solicitud se formulará en el idioma del Estado requerido.

En cuanto a su contenido, las solicitudes deben incluir necesariamente lo siguiente:

- a) nombre de la Autoridad encargada de la investigación, del procedimiento o de las diligencias a que la solicitud se refería;
- b) descripción del asunto y naturaleza de la investigación, del procedimiento o de las diligencias con mención del delito concreto a que el asunto se refería;
- c) descripción de las pruebas, de la información o de cualquier otro tipo de asistencia que se interesara;
- d) declaración de la finalidad para la que se solicitaban las pruebas, la información o cualquier otro tipo de asistencia.

Y en la medida de lo necesario y posible, las solicitudes incluirán:

- a) información sobre la identidad y la localización de la persona que haya de proporcionar las pruebas que se solicitaban;

- b) información sobre la identidad y la localización de la persona a quién hubiera de notificarse un documento, su conexión con las diligencias que se estuvieran practicando y forma en que habría de ser notificada;
- c) información sobre la identidad y el paradero de la persona u objeto que hubieran de ser localizados;
- d) descripción exacta del lugar o persona que hubiera ser objeto de registro y de los bienes que hubieran de ser embargados;
- e) descripción de la forma en que hubieran de tomarse y hacerse constar los testimonios o declaraciones;
- f) relación de las preguntas que hubieran de formularse a los testigos;
- g) descripción de cualquier procedimiento especial que hubiera de seguirse en la cumplimentación de la solicitud;
- h) información sobre retribuciones y gastos a que tuvieran derecho las personas cuya presencia se solicitare del Estado requirente;
- i) cualquier otra información que hubiera de ser útil al Estado requerido para la mejor cumplimentación de la solicitud.

Se exige al Estado requerido que cumplimente la solicitud con prontitud estableciéndose la necesidad de que la Autoridad Central del Estado requerido la cumplimentara con celeridad o, en su caso, la trasladara a la Autoridad competente para ello.

Las autoridades competentes del Estado requerido actuarán con toda diligencia para la ejecución de la solicitud. Para ello los Tribunales de dicho Estado estarían facultados para emitir citaciones, órdenes de registro y cualesquiera otras necesarias para su ejecución.

Con carácter general, se mantiene la preferencia de que las solicitudes se cumplimentaran con sujeción a la legislación del Estado requerido, salvo en los casos en que en el Tratado se estableciera otra cosa. Se seguirá, sin embargo, el procedimiento especificado en la solicitud en tanto en cuanto no resultara prohibido por la legislación del Estado requerido.

Se preveía, asimismo, que si la Autoridad Central del Estado requerido determinara que la ejecución de la solicitud incidiera en una investigación o procedimiento penal que se estuviera siguiendo en dicho Estado, podría posponer la ejecución o condicionarla en la forma que se considerase necesaria previa consulta del Estado requirente, y en el supuesto que dicho Estado aceptara la asistencia condicionada, habría de someterse a las condiciones establecidas.

### **3. Confidencialidad de la solicitud y de la información o de las pruebas aportadas.**

Ya en el Tratado ratificado en 1990 de Asistencia Jurídica Mutua entre EEUU y España se preservaba el carácter confidencial de la solicitud, imponiéndose en su artículo quinto la obligación del Estado requerido de esforzarse para mantener el carácter confidencial de la misma, alcanzando dicha obligación tanto a la solicitud como a su contenido, no obstante tan sólo para los supuestos en los que la Autoridad Central del Estado requirente así lo demandara.

Se impone a su vez la obligación de la Autoridad Central del Estado requerido de informar a la Autoridad Central del Estado requirente si la solicitud no pudiera cumplimentarse sin tal carácter confidencial, correspondiendo a la Autoridad Central del Estado requirente decidir, en estos casos, si ha de cumplimentarse o no sin tal carácter.

La Autoridad Central del Estado requerido debe de informar con prontitud a la Autoridad Central del Estado requirente de los resultados de la ejecución de lo solicitado y si se denegara la solicitud se debe informar sobre las razones de la denegación.

Por su parte, el artículo séptimo del Tratado también establecía la posibilidad de la Autoridad Central del Estado requerido de solicitar que la información o las pruebas aportadas de acuerdo con el Tratado tuvieran el carácter confidencial o se utilizaran exclusivamente en los términos y condiciones que se especificaran, debiendo el Estado requirente esforzarse en respetar dichas condiciones.

#### 4. Testimonios o pruebas en el Estado requerido. Los archivos oficiales.

Se regula en el artículo octavo la declaración testifical o testimonio que debe aportar cualquier persona que se encuentra en el Estado requerido, estando obligada a comparecer y prestar testimonio o aportar algún objeto, entre ellos, documentos, antecedentes y elementos de prueba.

Si la persona llamada a testificar diera falso testimonio, en forma oral o escrita, en cumplimiento de una solicitud de asistencia judicial, podrá ser enjuiciada y castigada en el Estado requerido conforme a sus leyes penales lo que supone el absoluto sometimiento del testigo a las normas penales del Estado en que practica su declaración aplicándosele idéntico régimen que al resto de las declaraciones testificales practicadas en el territorio del Estado en el que presta su testimonio.

Durante la ejecución de la solicitud de testimonio, el Estado requerido autorizará la presencia de las personas que se especificasen en la solicitud y les permitirá que interroguen a la persona cuyo testimonio o pruebas hubieran de recibirse. Para ello la Autoridad Central del Estado requerido informará con antelación de la fecha y lugar en que se celebrarán dichas diligencias.

Si la persona llamada a declarar alegare inmunidad, incapacidad o privilegio de conformidad con la legislación del Estado requirente, el testimonio o las pruebas se recibirán sin perjuicio de ello informándose a la Autoridad Central del Estado requirente a fin de que resuelva lo procedente.

Cualquier objeto aportado del Estado requerido o el objeto del testimonio podrían autenticarse por medio de diligencia de certificación ajustada al formulario A que se hallaba anexo al final del Tratado.<sup>2</sup>

---

2 Vid. En anexo Formulario A del «Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre los EEUU y el Reino de España» de 20 de noviembre de 1990.

Dichos documentos autenticados serían admisibles en el Estado requirente como prueba de la veracidad de los hechos que en ellos se estableciesen.

En lo concerniente a los documentos que se hallen en archivos oficiales se prevé que el Estado requerido facilitará al Estado requirente copias de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obraran en archivos oficiales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del Tratado. Para la práctica de dicha diligencia y dejar debida constancia de la entrega de copias de los documentos originales se prevé un formulario al final del Tratado anexo al mismo.<sup>3</sup>

También se podrán facilitar copias de cualesquiera documentos, antecedentes o informaciones que obraran en archivos oficiales pero que no tuvieran carácter público en igual medida y con sujeción a las mismas condiciones en que dichas copias se pondrían en España a disposición de la Autoridad judicial y del Ministerio Fiscal, y, en los Estados Unidos, a disposición de sus Autoridades judiciales y demás autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. No obstante el Estado requerido podría denegar discrecionalmente, en todo o en parte, una solicitud de documentación que se hallara en archivos oficiales.

Dichos documentos oficiales podrían autenticarse de conformidad con lo establecido en el Convenio sobre Supresión de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, de 5 de octubre de 1961.<sup>4</sup> Los documentos así autenticados serían admisibles como medios de prueba en el Estado requirente.

---

3 Vid. en anexo Formulario A del Tratado.

4 Vid. Convenio sobre Supresión de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961. (BOE núm. 229 de 25 de septiembre de 1978). Este Convenio fue ratificado por España el 15 de noviembre de 1978 y por los EEUU de América el 15 de diciembre de 1981. Su objetivo era suprimir la exigencia de legalización diplomática o consular para los documentos públicos extranjeros siendo de aplicación a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante considerándose como documentos públicos de conformidad con su art. 1. a) los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial; b) los documentos administrativos; c) los documentos notariales; d) las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de la fecha y autenticaciones de firmas. Cada Estado contratante eximirá de legalización a los documentos a los que se aplique el Convenio y que deban ser presentados en su territorio. La legalización, de conformidad con el Convenio, sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente. Conforme a su art. 3 la única formalidad que puede exigirse para certificar la autenticidad de la firma la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido, será la fijación de la apostilla descrita en el art. 4, expedida por la autoridad competente del Estado del que dimana el documento. La apostilla se colocará sobre el propio documento o sobre una prolongación del mismo, y deberá acomodarse al modelo anejo al Convenio.

## 5. Testimonio en el Estado requirente y traslado de personas detenidas.

El artículo décimo prevé la posibilidad de que el Estado requerido invite a una persona en ese Estado a comparecer ante la Autoridad competente del Estado requirente. Los gastos de la persona invitada corresponden al Estado requirente pudiendo facilitarle un anticipo de fondos a cargo de dichos gastos a través de su Embajada en el Estado requerido.

En cuanto al traslado de personas detenidas, cualquier persona detenida en el Estado requerido y cuya presencia en el Estado requirente fuere necesaria con fines de asistencia, sería trasladada al Estado requirente siempre que, tanto la persona en cuestión como la Autoridad Central del Estado requerido consintieran tal traslado.

De igual forma cualquier persona detenida en el Estado requirente y cuya presencia en el Estado requerido fuera necesaria con fines de asistencia podría ser trasladada al Estado requerido con las mismas condiciones, esto es, que lo consienta la persona en cuestión y las Autoridades Centrales de ambos estados den su conformidad.

A estos efectos:

- a) Corresponde al Estado receptor la facultad y la obligación de mantener a la persona trasladada bajo custodia, a menos que el Estado remitente autorice otra cosa
- b) El Estado receptor devolverá la persona trasladada a la custodia del Estado remitente tan pronto como las circunstancias lo permitan o con acogimiento a lo acordado en otro sentido por las Autoridades Centrales de ambos Estados
- c) El Estado receptor no exigirá al Estado que realizara la entrega que iniciara trámites de extradición para el regreso de la persona trasladada; y
- d) A la persona trasladada se le computará, a efectos del cumplimiento de la condena que se le hubiera impuesto en el Estado que le entregó el tiempo que haya permanecido bajo la custodia del Estado receptor.

Además, una persona trasladada conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Tratado no puede ser emplazada, detenida o sometida a cualquier limitación de su libertad personal a causa de cualquier acto anterior a su salida del Estado remitente o bien, sin su consentimiento, ser requerida a dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud.

Tampoco las personas que comparecieran en un proceso en el Estado requirente al amparo de las disposiciones del Tratado pueden ser procesadas en base a su testimonio salvo en caso de desacato o falso testimonio.

Para la localización e identificación de las personas u objetos a que se refiera en la solicitud de asistencia el Estado requerido utilizará todos los medios a su alcance para averiguar su paradero o su identidad lo que supone en síntesis acudir a su normativa para la averiguación de domicilio y paradero de la persona cuyo testimonio se requiera por el Estado solicitante de la asistencia.

## 6. Notificación de documentos, registro y embargo de bienes

De la misma forma, para notificar cualquier documento relacionado con la solicitud de asistencia formulada por el Estado requirente el Estado requerido utilizará todos los medios a su alcance. La notificación de un documento que exija la comparecencia de una persona ante una Autoridad del Estado requirente se realizará con la suficiente antelación.

El Estado requerido devolverá el justificante de la notificación en la forma especificada en la solicitud o de cualquier otra que resulte aceptable según lo dispuesto en el Convenio de la Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial.<sup>5</sup>

En cuanto a la posibilidad de ejecutar diligencias de registro y embargo de bienes en el Estado requerido, el Tratado en su artículo 14 establece que dicho Estado tiene el deber de cumplimentar toda solicitud de registro, embargo y entrega de cualquier objeto, entre ellos, cualesquiera documentos, antecedentes o elementos de prueba, siempre que en la solicitud se incluya información que justifique dicha acción según la legislación del Estado requerido. Se exige, por tanto, que las autoridades del Estado requirente justifiquen la adopción de dichas medidas cautelares en el proceso de asistencia judicial como lo haría el Estado requerido de conformidad con su derecho interno.

A efectos de garantizar la cadena de custodia, el art. 14.2 del Tratado mantiene que *«Previo solicitud, cualquier funcionario encargado de la custodia de un objeto embargado, certificará mediante cumplimentación del formulario B anexo al presente Tratado, la continuidad de la custodia, la identidad del objeto y su integridad. No se exigirá ninguna otra certificación. El certificado será admisible en el Estado requirente como prueba de la veracidad de las circunstancias que en él se establezcan.»*<sup>6</sup>

La Autoridad Central del Estado requirente devolverá, a la mayor brevedad posible, todos los documentos originales, antecedentes o elementos de prueba que le hubieran sido entregados en ejecución de una solicitud a menos que la Autoridad Central del Estado requerido renunciara a su devolución. En relación a las copias de documentos entregadas por la Autoridad Central del Estado requerido la norma general es que

---

5 *Vid.* Convenio de la Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o mercantil de 15 de noviembre de 1965. (BOE núm. 203, de 25 de agosto de 1987. Corrección de errores, BOE núm. 88, de 13 de abril de 1989) Debe tenerse en cuenta la existencia de un Convenio relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997 dotado de un Protocolo relativo a la interpretación del mismo por el TJCE (DOCE, C, núm. 261, de 27 de agosto de 1997). En relación a la forma de devolución del justificante de la notificación a la que hace referencia el artículo 13.3 del Tratado, en el Convenio de la Haya de 1965 se prevé en su artículo 6 que *«la Autoridad Central del Estado requerido o cualquier otra autoridad que se haya designado a este fin expedirá una certificación conforme al fórmula modelo anexo al Convenio. La certificación describirá el cumplimiento de la petición. Indicará la forma, el lugar y la fecha del cumplimiento así como la persona a la que el documento haya sido remitido. En su caso, precisará el hecho que haya impedido el cumplimiento»*.

6 *Vid.* en anexo Formulario B del Tratado de 1990.



el Estado requirente no tiene que devolverlas salvo que la Autoridad Central del Estado requerido así lo solicite.

En cuanto al producto del delito, el artículo 16 mantiene que la Autoridad Central de cualquiera de los dos Estados avisará a la Autoridad Central del otro Estado acerca de los productos del delito que se estime situados en su territorio debiendo asistirse mutuamente en los procedimientos relativos a la incautación de los frutos e instrumentos del delito y su restitución a las víctimas del mismo.

Los productos o bienes incautados por un Estado quedaran a disposición de dicho Estado conforme a su legislación y procedimientos administrativos internos y cualquiera de los dos Estados podrá transferir dicha propiedad, o el producto de su venta, o un porcentaje del mismo al otro Estado en la medida en que lo autoricen sus leyes respectivas y en las condiciones convenidas.

## 7. Compatibilidad de otros Acuerdos e iniciación de procedimientos criminales en el Estado requerido

La asistencia y los procedimientos establecidos en el Tratado no impedirían que cada uno de los Estados contratantes prestara asistencia al otro al amparo de lo previsto en otros Acuerdos Internacionales en los que fueran parte o de su legislación nacional.

El Tratado regulaba la posibilidad de iniciar procedimientos criminales en el Estado requerido y para ello cualquiera de los Estados contratantes podría cursar una solicitud con dicho fin en el caso de que ambos Estados gozaran de jurisdicción para investigar o proceder judicialmente. Dichas solicitudes se transmitirían a través de sus autoridades centrales.

El Estado requerido estimaría la iniciación de una investigación de un procedimiento judicial en la medida en que resultara pertinente según su legislación, sus prácticas y sus normas procesales debiendo notificar al Estado requirente las medidas adoptadas.

La solicitud y los documentos debían estar redactados en la lengua del Estado requerido o acompañados de una traducción a dicha lengua.

## 8. Gastos originados por la solicitud de asistencia

En cuanto a los gastos que genere cumplimentar la solicitud, se regula que la totalidad de los gastos relativos a la ejecución de la solicitud y derivados de las diligencias practicadas corresponden al Estado requerido.

Se exceptúan, no obstante, los gastos correspondientes a informes periciales, traducción y transcripción, así como dietas y gastos de viaje de la persona invitada por el Estado requerido a comparecer ante la Autoridad competente del Estado requirente, de conformidad con la previsión legal del art. 10 del Tratado, así como las dietas y gastos de viaje de la persona detenida en el Estado requerido y cuya presencia fuera necesaria en el Estado requirente, o bien a la inversa, detenida en el Estado requirente y cuya presencia

fuera necesaria en el Estado requerido, gastos que corren a cargo siempre del Estado requirente.

### III. EL ACUERDO DE ASISTENCIA JUDICIAL ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA FIRMADO EL 25 DE JUNIO DE 2003<sup>7</sup>

#### 1. Introducción.

La adopción de un acuerdo en materia de asistencia judicial y cooperación en la lucha contra el terrorismo entre la UE y los EEUU fue una de las conclusiones del Plan de Acción de la UE en el Consejo Europeo de 21 de septiembre de 2001. Los ministros de Justicia e Interior aprobaron en mayo de 2002 el mandato por el cuál la Presidencia negociaría los acuerdos de extradición y de cooperación judicial con los EEUU.

De acuerdo con la Decisión del Consejo 2003/516/CE, de 6 de junio de 2003, el 25 de junio de 2003 se firmaron en nombre de la Unión Europea el Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América y el Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América.

El Acuerdo de Asistencia Judicial entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea hecho y firmado en Washington D.C. estableció las condiciones relativas a la prestación de asistencia judicial mutua en materia penal entre la UE y los EEUU de América.

Su objetivo era mejorar la cooperación entre estos países como complemento a los tratados bilaterales celebrados entre los países de la UE y los EEUU.

De esta forma se reflejó en su art. 1 como *Objeto y fines* que:

«Las Partes Contratantes se comprometen, de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo, a disponer mejoras de la cooperación de la asistencia judicial».

A partir del mismo los países de la UE y los EE. UU. aplicarían las condiciones del Acuerdo marco a sus tratados bilaterales de asistencia judicial mutua acordados con anterioridad.

7 Vid. como textos normativos a tener en cuenta «Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América», BOE núm. 22 de 26 de enero de 2010, Decisión 2009/820/PESC, sobre la celebración, en nombre de la Unión Europea, de los Acuerdos de extradición y de asistencia judicial mutua entre la UE y los EE. UU., DOUE L291/40, y Decisión 2003/516/UE relativa a la firma de los Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal, DOUE L 181/25.

En su artículo 3 relativo al «*Ámbito de aplicación del presente Acuerdo en relación con tratados bilaterales de asistencia judicial con los Estados miembros o en ausencia de éstos*» mantiene que «1. *La Unión Europea, con arreglo al Tratado de la Unión Europea, y los Estados Unidos de América velarán por que las disposiciones del presente Acuerdo se apliquen en relación con los tratados bilaterales de asistencia judicial entre los Estados miembros y los Estados Unidos de América, vigentes en el momento de la entrada en vigor del presente Acuerdo*».

En el momento de entrada en vigor del Acuerdo, EEUU había suscrito tratado bilateral de asistencia judicial con España, entre otros Estados miembro de la UE, siendo el Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre los EEUU de América y el Reino de España firmado el de 20 de noviembre de 1990.

Para aquéllos países que como España habían suscrito previamente tratados bilaterales con los EEUU de América, el Acuerdo preveía en su art. 3.1 que tanto la UE como los EEUU velarían porque las disposiciones del Acuerdo se aplicaran en relación con dichos tratados de asistencia judicial con las siguientes condiciones:

- a) el artículo 4 se aplicará para identificar *cuentas y transacciones financieras*, con carácter suplementario a cualquier autorización ya contemplada en las disposiciones del tratado bilateral;
- b) el artículo 5 se aplicará para autorizar la formación y las actividades de *equipos conjuntos de investigación*, con carácter suplementario a cualquier autorización ya contemplada en las disposiciones del tratado bilateral;
- c) el artículo 6 se aplicará para autorizar la toma de declaración a una persona que se encontrara en el Estado requerido mediante la tecnología de *videoconferencia* entre los Estados requirente y requerido, con carácter suplementario a cualquier autorización ya contemplada en las disposiciones del tratado bilateral;
- d) el artículo 7 se aplicará para usar *medios de comunicación rápidos*, con carácter suplementario a cualquier autorización ya contemplada en las disposiciones del tratado bilateral;
- e) el artículo 8 se aplicará para autorizar la *prestación de asistencia judicial*, con carácter suplementario a cualquier autorización ya contemplada en las disposiciones del tratado bilateral;
- f) sin perjuicio de lo dispuesto en sus apartados 4 y 5, el artículo 9 se aplicará en lugar de las disposiciones o en ausencia de disposiciones del tratado bilateral que rijan las limitaciones del uso de datos o pruebas facilitados al Estado requirente, así como la supeditación de la asistencia o de su denegación a condiciones relativas a la *protección de datos*;
- g) el artículo 10 se aplicará en ausencia de disposiciones del tratado bilateral relativas a las circunstancias en las que un Estado requirente puede solicitar que su solicitud tenga *carácter confidencial*.

En su art. 3.2 el Acuerdo estableció que la UE se encargaría de garantizar que con arreglo al Tratado de la UE cada Estado miembro determinara mediante instrumento escrito entre el Estado miembro y los Estados Unidos de América la forma en que se aplicará su tratado bilateral de asistencia judicial vigente con los EEUU a la entrada en vigor del Acuerdo.

En el caso de España se firmó dicho Instrumento en Madrid el 17 de diciembre de 2004 (BOE de 26 de enero de 2010) estableciéndose un Anexo relativo al «*Texto integrado de las disposiciones del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua de 1990 y del Acuerdo de Asistencia Judicial UE-EEUU que serán de aplicación a la entrada en vigor de este Instrumento*».<sup>8</sup>

También le correspondería a la UE asegurarse que los nuevos Estados miembros que se adhirieran a la UE después de la entrada en vigor del Acuerdo y que tuvieran tratados bilaterales de asistencia judicial con los EEUU de América adoptaran las medidas anteriores (art. 3.2 b), es decir, que aceptaran mediante instrumento escrito entre el Estado miembro y los Estados Unidos de América que se aplicarían las disposiciones del Acuerdo, así como también garantizaría que los nuevos Estados miembros que se adhirieran a la UE después de la entrada en vigor del Acuerdo y que no tuvieran tratados bilaterales de asistencia judicial con los Estados Unidos de América adoptaran las mismas medidas para asegurar su cumplimiento.

A falta de tales tratados, la UE y los EE. UU de América se asegurarían de que se aplicasen las disposiciones del Acuerdo y así el art. 3.3 manifiesta que: «*La Unión Europea, con arreglo al Tratado de la Unión Europea, y los Estados Unidos de América garantizarán que las disposiciones del presente Acuerdo se apliquen en ausencia de tratado bilateral de asistencia judicial en vigor entre un Estado miembro y los Estados Unidos de América*».

En el caso de que los tratados bilaterales existentes entre los países de la UE y los EE. UU no fueran compatibles con el Acuerdo, debería prevalecer el marco de la UE.

## **2. Texto integrado de las disposiciones del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua de 1990 y del Acuerdo de Asistencia Judicial UE y EEUU: Análisis de las principales modificaciones.**

A raíz de la firma del Instrumento contemplado en el art. 3.2 del Acuerdo de asistencia judicial entre los EEUU de América y la UE se integraron en un mismo texto los artículos que quedarían vigentes del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua de 1990 entre España y EEUU con los de la nueva regulación aprobada a raíz del Acuerdo de asistencia judicial entre la UE y los EEUU de 2003 que entraba en vigor.

En el nuevo texto normativo se recogía en su artículo primero el objeto del Acuerdo de asistencia judicial siendo, no ya sólo la prestación de asistencia mutua en cuanto a las investigaciones y procedimientos en materia criminal, sino que se ampliaba su objeto estableciéndose un artículo 1. bis que disponía:

*«1. bis (a) También se podrá prestar asistencia jurídica mutua a una autoridad administrativa nacional que investiga unos hechos con la intención de iniciar un procedimiento penal sobre éstos, o remite estos hechos a las autoridades de investigación o procesamiento penal, de acuerdo con la autoridad administrativa o reglamentaria para emprender tal investigación. También podrán gozar de asistencia jurídica mutua otras autoridades administrativas*

8 Vid. en el mismo sentido LÓPEZ JIMÉNEZ, «*Convenios bilaterales y de la Unión Europea con terceros: Especial referencia al Convenio UE-EEUU*», CGPJ, Módulo V, Tema 17 pág. 18.

*en esas mismas circunstancias. No se podrá prestar asistencia cuando la autoridad administrativa prevea que los asuntos no darán lugar a procesamiento ni remisión.*

*(b) Las solicitudes de asistencia de acuerdo con este párrafo se transmitirán entre las Autoridades Centrales designadas de acuerdo con el artículo 2 de este Tratado, o entre otras autoridades designadas por las Autoridades Centrales».*

Por lo tanto, el objeto del Acuerdo de asistencia se ampliaba a la prestación de asistencia jurídica mutua a autoridades administrativas nacionales que investigaran hechos con la intención de iniciar un procedimiento penal lo que suponía la prestación de asistencia mutua no sólo a las autoridades judiciales —Jueces y miembros del Ministerio Fiscal que iniciaran Diligencias de Investigación Penal— sino también a las autoridades de los cuerpos policiales encargados de la investigación de hechos constitutivos de delito pero solamente cuando el comportamiento investigado diere lugar a la persecución penal o se relacionara con una investigación penal, no disponiéndose de asistencia para cuestiones en las que la autoridad administrativa previera que no fuera a llevarse a cabo ninguna persecución penal ni se fuera a relacionar el caso con una investigación penal. En este sentido Bujosa Vadell destaca que «No se trata, por tanto, de asistencia judicial entre órganos jurisdiccionales, ni siquiera entre órganos jurisdiccionales y Ministerio público, la cual estaría plenamente justificada puesto que en diversos Estados miembros de la Unión Europea, así como en los Estados Unidos, es éste último el encargado de dirigir la investigación en las causas criminales. Llama más la atención esta cooperación entre autoridades judiciales y autoridades administrativas investigadoras, o incluso a otras autoridades administrativas. Siempre, sin embargo, con la perspectiva de la iniciación de un proceso penal o de la remisión al Ministerio Fiscal o a autoridades judiciales que dirijan la investigación penal. Se trata de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de un Estado y directamente la policía de otro, sin necesidad de que en éste último se haya iniciado ya el proceso penal, aunque la investigación se dirija a poder iniciarlo en su día».<sup>9</sup>

Dichas solicitudes de asistencia se transmitirían entre las Autoridades Centrales designadas por cada uno de los Estados contratantes o entre otras autoridades por ellas designadas.

Al igual que en el Tratado de 1990 la asistencia comprendería:

- a) la recepción de testimonio o declaraciones;
- b) la facilitación de documentos, antecedentes y elementos de prueba;
- c) la notificación de documentos;
- d) la localización e identificación de personas u objetos;
- e) el traslado de personas detenidas a los efectos de prestación de testimonio u otros;
- f) la ejecución de órdenes de registro y embargo;
- g) la inmovilización de activos;
- h) las diligencias relativas a embargos e indemnizaciones;
- i) iniciar procedimientos penales en el Estado requerido;
- j) cualquier otra forma de asistencia no prohibida en la legislación del Estado requerido.

---

9 Vid. BUJOSA VADELL, «Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal».

Y también al igual que en el Tratado de 1990 no se requiere el principio de doble incriminación como regla general, prestándose la asistencia entre los Estados contratantes con independencia de que el hecho que motive la solicitud de asistencia sea o no delito en el Estado requerido, a excepción de si la asistencia se solicita a los fines del apdo h) del párrafo 2.º («*las diligencias relativas a embargos e indemnizaciones*») en cuyo caso si será necesario que el hecho que dé lugar al procedimiento sea constitutivo de delito y esté castigado por la legislación de ambos Estados contrapartes con una pena de privación de libertad por un período superior a un año.

En cuanto a las Autoridades Centrales a las que correspondería la transmisión y la recepción de las solicitudes de asistencia, el artículo 2 mantiene el principio que cada Estado contratante designará a las mismas, siendo por lo que se refiere a los EEUU de América, el Fiscal General o la persona por él designada, y por lo que se refiere a España, el Ministerio de Justicia o las personas por el mismo designadas, debiendo dichas Autoridades Centrales comunicarse entre sí a los efectos del Tratado.

Se siguen manteniendo límites de la asistencia en su artículo 3, pudiendo la Autoridad Central del Estado requerido denegar la asistencia:

- a) Si la solicitud se refiere a un delito tipificado en la legislación militar y no en la legislación penal ordinaria;
- b) Si la cumplimentación de la solicitud pudiera atentar contra la seguridad y otros intereses esenciales del Estado requerido.

Exigiéndose igualmente que previamente a la denegación de la asistencia la Autoridad Central del Estado requerido consultará con la Autoridad Central del Estado requiriente la posibilidad de acceder a la asistencia con sujeción a las condiciones que estime necesarias y para el supuesto que el Estado requirente acepte la asistencia con sujeción a tales condiciones, habrá de ajustarse a las mismas.

Para el supuesto que la Autoridad Central del Estado requerido denegara la asistencia, habrá de informar a la Autoridad Central del Estado requiriente sobre las razones de la denegación.

En lo que afecta a la forma de la solicitud, se sigue exigiendo en su artículo 4 que la solicitud de asistencia se formule por escrito, salvo que la Autoridad Central del Estado requerido la acepte en otra forma en casos de urgencia pero en tal caso, y al igual que en lo dispuesto en el Tratado de 1990, la solicitud habrá de confirmarse por escrito en el plazo de 10 días, a menos que la Autoridad Central del Estado requerido acepte otra cosa.

Como novedad en su artículo 4 se añade que: «*Para los efectos de este párrafo, se considerará que las solicitudes transmitidas por fax o por correo electrónico están hechas por escrito*».

A efectos de agilizar y garantizar las comunicaciones entre las Autoridades Centrales se admite el uso de las nuevas tecnologías para la transmisión y recepción de las solicitudes de asistencia.

Y se refuerza el uso de las mismas añadiéndose un apdo b) al artículo 4 conforme al cuál:

*«(b) Las comunicaciones relacionadas con las solicitudes de asistencia se podrán hacer por medios de comunicación rápidos, incluyendo el fax o el correo electrónico, con una confirmación formal posterior cuando la exija el Estado requerido. El Estado requerido podrá responder por esos medios rápidos de comunicación».*

El idioma de la solicitud sigue siendo el del Estado requerido debiendo dirigirse la Autoridad Central del Estado requirente al mismo en su idioma, no obstante, salvo acuerdo en contrario.

El contenido de la solicitud de asistencia se mantiene con respecto al exigido en el texto original.

En cuanto a su ejecución tampoco experimenta diferencias con respecto al régimen en previsto en el Tratado de 1990. La Autoridad Central del Estado requerido cumplimentará la solicitud con prontitud o, en su caso, la trasladará a la Autoridad competente. Las Autoridades competentes del Estado requerido actuarán con toda diligencia para la ejecución de la solicitud. Los Tribunales del Estado requerido están facultados para emitir citaciones, órdenes de registro y cualesquiera necesarias para la ejecución de la solicitud. Las solicitudes se ejecutarán con sujeción a la legislación del Estado requerido, salvo en los casos que el Tratado establezca otra cosa. Se seguirá el procedimiento especificado en la solicitud en tanto en cuanto no resulte prohibido por la legislación del Estado requerido.

Para el supuesto que la Autoridad Central del Estado requerido determine que la ejecución de la solicitud incidiera en una investigación o procedimiento penal que se estuviera siguiendo en dicho Estado, podría posponer la ejecución o condicionarla en la forma que se considere necesaria, previa consulta con el Estado requirente. Si el Estado requirente aceptara la asistencia condicionada, habría de someterse a las condiciones establecidas.

Se mantiene la necesidad que el Estado requerido se esfuerce en preservar el carácter confidencial de la solicitud y de su contenido, cuando la Autoridad Central del Estado requirente así lo demande y en el supuesto de que la solicitud no pudiera cumplimentarse sin tal carácter confidencial, la Autoridad del Estado requerido deberá informar de ello a la Autoridad Central del Estado requirente a la que le correspondería decidir si la solicitud habrá de cumplimentarse en cualquier caso.<sup>10</sup>

---

10 El Proyecto de Acuerdo sobre asistencia mutua en materia judicial contenía disposiciones detalladas en materia de protección de datos, basadas en gran medida en el artículo 23 del Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia mutua entre los Estados miembros de la UE en materia penal. Como se puso de manifiesto en el Informe que contiene una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo sobre los acuerdos UE-EEUU en materia de cooperación judicial y de extradición (A5-0172/200), se trata de uno de los temas más delicados con respecto al cual, por una parte, la UE no ha terminado de definir normas comunes y, por otra, los EEUU sólo tienen en cuenta la protección de datos de sus propios ciudadanos. Por lo que se refiere a la UE, los principios aplicables son, en general, los establecidos en el Convenio del Consejo de Europa n.º 108 de 1981, en la Recomendación de 1987 y en el artículo 23 del Convenio de 2000. Los artículos 27 y 28 del Convenio sobre la delincuencia en el ciberespacio (Budapest, 23 de noviembre de 2001) se podrían considerar asimismo textos

Se sigue imponiendo el deber que tiene la Autoridad Central del Estado requerido de responder a las preguntas que, dentro de un límite razonable, le formule la Autoridad Central del Estado requirente sobre la marcha de las gestiones tendentes a la cumplimiento de la solicitud debiendo la Autoridad Central del Estado requerido informar con prontitud a la Autoridad Central del Estado requirente sobre los resultados de la ejecución de la solicitud, y si se denegara la solicitud, la Autoridad Central del Estado requerido deberá informar a la del Estado requirente sobre las razones de la denegación.

Como novedad y en lo concerniente a los gastos de las diligencias que se practiquen el régimen del artículo 6 prevé que el Estado requerido pagará la totalidad de los gastos relativos a la ejecución de la solicitud, salvo:

«(a) los correspondientes a informes periciales, traducción y transcripción, y dietas y gastos de viaje de las personas a quienes se hace referencia en los artículos 10 y 11, que correrán a cargo del Estado requirente.

(b) los costes asociados con el establecimiento y funcionamiento de una *transmisión por video*, de acuerdo con el artículo 16 quáter, correrán por cuenta del Estado requirente salvo que el Estado requirente y el requerido acuerden otra cosa; otros costes originados durante la prestación de la asistencia (incluyendo los costes asociados con el viaje de los participantes en el Estado requerido) se pagarán de acuerdo con las otras disposiciones de este artículo».

En cuanto a los límites de utilización, el artículo 7 prevé que la Autoridad Central del Estado requerido podrá pedir que la información o las pruebas aportadas tengan el carácter confidencial, en los términos y condiciones que se especifiquen.

Como novedad se establece en su apdo, 2 que:

«El Estado requerido podrá exigir que el Estado requirente limite el uso de la información o las pruebas que le facilite a los fines siguientes:

(a) para sus investigaciones o procedimientos penales;

(b) para prevenir una amenaza inmediata y grave a su seguridad pública;

(c) en sus procedimientos judiciales o administrativos que no sean penales directamente relacionados con las investigaciones o procedimientos siguientes:

(i) los establecidos en el apartado (a);

---

de referencia. El Parlamento no puede por menos de lamentar la ausencia de criterios claros y homogéneos al respecto, tanto en la legislación de la UE como en los acuerdos bilaterales existentes. Ello dificulta en gran medida que, en caso de transmisión de datos, se verifique que éstos no se utilizan para fines que difieran de aquellos para los que han sido transmitidos o utilizados por autoridades distintas de las que los han solicitado. Se debería efectuar un análisis de las repercusiones de la Homeland security act en la medida en que éste afecte a los datos transmitidos por la UE o sus agencias (EUROPOL/EUROJUST).



*(iii) aquellos para los que se concedió asistencia jurídica mutua según el artículo 1 (1 bis) de este Tratado.*

*(d) para cualquier otro fin si la información o las pruebas se han hecho públicas en el marco o procedimiento para los que se transmitieron, o en una de las situaciones descritas en los apartados (a), (b) y (c),*

*(e) para cualquier otro fin, solamente con el consentimiento previo del Estado requerido».*

Lo dispuesto en dicho artículo no perjudicará a la capacidad del Estado requerido para imponer condiciones adicionales en un caso concreto cuando una determinada solicitud de asistencia no pudiera satisfacerse sin dichas condiciones. Cuando se hayan impuesto condiciones adicionales de acuerdo con este apartado, el Estado requerido podrá pedir al Estado requirente que informe sobre el uso que se haya hecho de las pruebas o informaciones.

En consideración al testimonio o las pruebas que deban practicarse en el Estado requerido se mantiene íntegro el artículo 8 del Tratado de 1990 sin experimentar modificación alguna.

Cualquier persona que se encuentra en el Estado requerido y de quién se solicite la aportación de pruebas, será obligada, en caso necesario, a comparecer y prestar testimonio o aportar algún objeto, entre ellos, documentos, antecedentes y elementos de prueba. Si la persona llamada a testificar diera falso testimonio, en forma oral o escrita, en cumplimiento de una solicitud de asistencia judicial, podría ser enjuiciada y castigada en el Estado requerido conforme a sus leyes penales. Si la persona llamada a declarar alegara inmunidad, incapacidad o privilegio de conformidad con la legislación del Estado requirente, el testimonio o las pruebas se recibirán sin perjuicio de ello informándose a la Autoridad Central del Estado requirente a fin de que resuelva lo que proceda.

Cualquier objeto aportado del Estado requerido o el objeto del testimonio podrían autenticarse por medio de diligencia de certificación ajustada al formulario A anexo al Tratado. Dichos documentos autenticados serían admisibles en el Estado requirente como prueba de la veracidad de los hechos que en ellos se establezcan.

De igual forma se mantiene íntegro el artículo 9 relativo al tratamiento de archivos oficiales en su redacción original del Tratado de 1990. El Estado requerido facilitaría al Estado requirente copias de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obraran en archivos oficiales. Para ello se ajustará al formulario establecido en el mismo Tratado. También se podrían facilitar copias de cualesquiera documentos, antecedentes o informaciones que obraran en archivos oficiales pero que no tuvieran carácter público en igual medida y con sujeción a las mismas condiciones en que dichas copias se pondrían en España a disposición de la Autoridad judicial y del Ministerio Fiscal, y, en los Estados Unidos, a disposición de sus Autoridades judiciales y demás autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. No obstante el Estado requerido podría denegar discrecionalmente, en todo o en parte, una solicitud de documentación que se halle en archivos oficiales. Dichos documentos oficiales podrían autenticarse de conformidad con lo establecido en el Convenio sobre Supresión de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, de 5 de octubre de 1961. Los documentos autenticados serían admisibles como medios de prueba en el Estado requirente.

Igualmente se prevé la posibilidad de que el Estado requerido invitara a una persona en ese Estado a comparecer ante la Autoridad competente del Estado requirente. Los gastos de la persona invitada correspondían al Estado requirente pudiendo facilitarle un anticipo de fondos a cargo de dichos gastos a través de su Embajada en el Estado requerido.

Todo salvoconducto así concedido cesará cuando la persona invitada prolongue voluntariamente la estancia en el Estado requirente más de quince días a partir del momento en que su presencia ya no sea requerida por ese Estado, o en caso de haberse ausentado del Estado requirente, vuelva a él voluntariamente.

En consideración al traslado de personas detenidas se reproduce el artículo 11 del Tratado con lo que cualquier persona detenida en el Estado requerido y cuya presencia en el Estado requirente sea necesaria con fines de asistencia en los términos establecidos en el Tratado, será trasladada al Estado requirente, siempre que, tanto la persona en cuestión como la Autoridad Central del Estado requerido, consientan en el traslado.

Dicho traslado de la persona detenida en el Estado requerido al Estado requirente precisa, por tanto, el consentimiento de la Autoridad Central del Estado requerido y además el consentimiento de la persona que deba ser trasladada.

Asimismo, cualquier persona detenida en el Estado requirente y cuya presencia en el Estado requerido sea necesaria con fines de asistencia, podrá ser trasladada al Estado requerido, siempre que la persona en cuestión consienta y las Autoridades Centrales de ambos Estados den su conformidad. En este supuesto se precisa el consentimiento de ambas Autoridades Centrales y de la persona que deba ser trasladada.

A los efectos de aplicación del artículo 11:

«a) Corresponderá al Estado receptor la facultad y la obligación de mantener a la persona trasladada bajo custodia, a menos que el Estado remitente autorizara otra cosa.

b) El Estado receptor devolverá la persona trasladada a la custodia del Estado remitente tan pronto como las circunstancias lo permitan o con acogimiento a lo acordado en otro sentido por las Autoridades Centrales de ambos Estados.

c) El Estado receptor no exigirá al Estado que realiza la entrega que inicie trámites de extradición para el regreso de la persona trasladada; y

d) A la persona trasladada se le computará, a efectos del cumplimiento de la condena que se le haya impuesto en el Estado que la entregó, el tiempo que haya permanecido bajo la custodia del Estado receptor».

Entiéndase en aplicación de este artículo por «Estado receptor» como aquél que recibe la persona trasladada, siendo el Estado requirente en el supuesto previsto en el apdo. 1 del artículo 11, esto es, cuando dicha persona hubiera sido detenida en el Estado requerido y trasladada al Estado requirente; o bien, el Estado requerido en el supuesto contemplada en el apdo. 2 del artículo 11, cuando la persona hubiere sido detenida en el Estado requirente y trasladada al Estado requerido a los fines de asistencia.

A su vez, el apdo. 4 establece que:

*«Una persona trasladada al amparo de este artículo no puede, mientras se encuentre en el Estado receptor:*

a) ser emplazada, detenida o sometida a cualquier limitación de su libertad personal a causa de cualquier acto anterior a su salida del Estado remitente, salvo que lo sea según lo dispuesto en el párrafo 3; o

b) sin su consentimiento, ser requerida a dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud».

Se prohíbe por tanto que cualquier persona trasladada de un Estado a otro sea emplazada, detenida o sometida a cualquier limitación de su libertad personal a causa de cualquier acto anterior a su salida del Estado remitente, salvo por el hecho que motive la solicitud de asistencia, así como sin su consentimiento, sea requerida a dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud.

Dicho salvoconducto cesará cuando la persona liberada prolongue voluntariamente su estancia en el Estado receptor más de quince días a partir del momento en que su presencia ya no sea requerida por ese Estado, o en caso de haberse ausentado del Estado receptor vuelva a él voluntariamente.

Las personas que comparezcan en un proceso en el Estado requirente no podrán ser procesadas en base a su testimonio salvo en caso de desacato o falso testimonio.

Para la localización e identificación de personas u objetos el Estado requerido utilizará todos los medios a su alcance para averiguar el paradero o la identidad de las personas y objetos especificados en la solicitud, ex artículo 12 del Tratado. En el mismo sentido, para notificar cualquier documento relacionado con la solicitud de asistencia, el Estado requerido utilizará todos los medios a su alcance. El Estado requirente solicitará la notificación de un documento que exija la comparecencia de una persona ante una Autoridad del Estado requirente con la suficiente antelación respecto de la fecha fijada para la comparecencia.

El Estado requerido devolverá el justificante de la notificación en la forma especificada en la solicitud o de cualquier otra que resulte aceptable según lo dispuesto en el Convenio de la Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial.

Con respecto al embargo de bienes y los registros que se puedan autorizar se reproduce íntegramente el artículo 14 del Tratado de 1990 para lo cual se establece que el Estado requerido tiene el deber de cumplimentar toda solicitud de registro, embargo y entrega de cualquier objeto, entre ellos, cualesquiera documentos, antecedentes o elementos de prueba, siempre que en la solicitud se incluya información que justificara dicha acción según la legislación del Estado requerido.

A efectos de garantizar la cadena de custodia, el art. 14.2 del Tratado establece que: *«Previo solicitud, cualquier funcionario encargado de la custodia de un objeto embargado, certificará mediante cumplimentación del formulario B anexo al presente Tratado, la conti-*

*nidad de la custodia, la identidad del objeto y su integridad. No se exigirá ninguna otra certificación. El certificado será admisible en el Estado requirente como prueba de la veracidad de las circunstancias que en él se establezcan».*

La Autoridad Central del Estado requirente devolverá, a la mayor brevedad posible, todos los documentos originales, antecedentes o elementos de prueba que le hubieran sido entregados en ejecución de una solicitud a menos que la Autoridad Central del Estado requerido renunciara a su devolución. En relación a las copias de documentos entregadas por la Autoridad Central del Estado requerido la norma general era que el Estado requirente no tiene que devolverlas salvo que la Autoridad Central del Estado requerido así lo solicite.

En cuanto al producto del delito no se experimenta novedad alguna siendo su regulación fiel reflejo de la del Tratado de 1990.

### **3. El artículo 16 bis: la identificación de información bancaria.**

Como novedad, el Texto integrado de 2004 incluyó tres artículos más, el artículo 16 bis relativo a la *Identificación de información bancaria*, el artículo 16 ter relativo a *Equipos conjuntos de investigación* y el artículo 16 quater sobre el uso de la *videoconferencia*.

En relación a la identificación de información bancaria, a solicitud del Estado requirente, el Estado requerido comprobará sin demora si los bancos situados en su territorio poseen información sobre si una determinada persona física o jurídica sospechosa o acusada de una infracción penal es titular de una o varias cuentas bancarias. El Estado requerido comunicará sin demora los resultados de su investigación al Estado requirente.

Dichas acciones de identificación de información bancaria también se podrán llevar a cabo con el propósito de identificar:

- 1- información sobre las personas físicas o jurídicas condenadas por un delito o implicadas en éste de algún modo;
- 2- información poseída por entidades financieras no bancarias;
- 3- transacciones financieras no relacionadas con cuentas.

Para obtener dicha información del Estado requerido, la solicitud de asistencia incluirá necesariamente:

- (a) la identidad de las personas físicas o jurídicas pertinente para localizar dichas cuentas o transacciones;
- (b) los datos suficientes para que la autoridad competente del Estado requerido pueda:

- 1- suponer fundadamente que la persona natural o jurídica de que se trata incurre en una infracción penal y que el banco o la entidad financiera no bancaria del territorio del Estado requerido puede tener la información solicitada;

2- decidir que la información buscada se refiere a la investigación o procedimiento penal; y

(c) en la medida de lo posible, la información sobre el banco o la entidad financiera no bancaria de que pueda tratarse, así como otros datos gracias a los cuales pueda limitarse el ámbito de la investigación.

Salvo que se modifique posteriormente mediante el intercambio de notas diplomáticas entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, las solicitudes de asistencia de acuerdo con este artículo se transmitirán entre:

- por España, el Ministro de Justicia de España, y
- por los Estados Unidos de América, el agregado responsable para España de:

(a) La Administración para la Aplicación de las normas contra la droga del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, respecto a los asuntos de su jurisdicción;

(b) El Organismo para la aplicación de las normas sobre inmigración y aduanas del Departamento de seguridad interior, respecto a los asuntos de su jurisdicción;

(c) El Organismo de Investigación Federal del Departamento de Justicia respecto a las demás materias.

De acuerdo con este artículo y en su apdo. 4 se establece que *«los Estados Unidos de América y España proporcionarán asistencia respecto al blanqueo de capitales y actividades terroristas punibles según la legislación de ambos países, y con respecto a cualquier otra actividad delictiva que se notifiquen mutuamente»*.

Se incide de esta manera en la transmisión de información bancaria para la lucha contra el blanqueo de capitales y contra la financiación del terrorismo internacional siendo una prioridad de los gobiernos de EEUU y de la UE en los últimos años.

El Estado requerido responderá a la petición de aportar documentos concernientes a las cuentas o transacciones identificadas de acuerdo con las otras disposiciones del Tratado.

#### 4. El artículo 16 ter: Los Equipos conjuntos de investigación.

Se regula en el artículo 16 ter del Texto integrado la posibilidad de creación de *Equipos Conjuntos de Investigación (ECI)* entre los Estados Unidos de América y España con el propósito de facilitar las investigaciones y procesos penales que afecten a los Estados Unidos y a uno o más Estados Miembros de la Unión Europea cuando los Estados Unidos de América y España lo estimen apropiado.

Este instrumento de investigación aparece mencionado por primera vez en el *Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los Países Miembros de la UE de 29 de Mayo de 2000* en su art. 13.<sup>11</sup> La Unión Europea quiso impulsar este nuevo instrumento sin esperar a la entrada

---

11 Vid. *«Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los Países Miembros de la UE de 29 de Mayo de 2000»*. (BOE núm. 247 de 15 de octubre de 2003) En relación a los Equipos Conjuntos de

---

Investigación establece una amplia normativa en su artículo 13 de conformidad con el cual: «Artículo 13. *Equipos conjuntos de investigación*. 1. Las autoridades competentes de dos o más Estados miembros podrán crear de común acuerdo un equipo conjunto de investigación, con un fin determinado y por un período limitado que podrá ampliarse con el consentimiento de todas las partes, para llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados miembros que hayan creado el equipo. La composición del equipo se determinará en el acuerdo de constitución del mismo. Podrán crearse equipos conjuntos de investigación, en particular, en los siguientes casos: a) cuando la investigación de infracciones penales en un Estado miembro requiera investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros Estados miembros; b) cuando varios Estados miembros realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados. Cualquiera de los Estados miembros afectados podrá formular una solicitud de creación de un equipo conjunto de investigación. El equipo se creará en uno de los Estados miembros en los que se prevea efectuar la investigación. 2. Las solicitudes de creación de un equipo conjunto de investigación incluirán, además de las indicaciones mencionadas en las disposiciones pertinentes del artículo 14 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y del artículo 37 del Tratado Benelux, propuestas de composición del equipo. 3. El equipo conjunto de investigación actuará en el territorio de los Estados miembros que lo hayan creado, con arreglo a las siguientes condiciones generales: a) Dirigirá el equipo un representante de la autoridad competente que participe en la investigación penal del Estado miembro en el que actúe el equipo. El jefe del equipo actuará dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas con arreglo a la legislación nacional. b) El equipo actuará de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que esté llevando a cabo sus investigaciones. Los miembros del equipo llevarán a cabo su labor bajo la dirección de la persona a que se refiere la anterior letra a), teniendo en cuenta las condiciones establecidas por sus propias autoridades en el acuerdo de constitución del equipo. c) El Estado miembro en el que actúe el equipo tomará las disposiciones organizativas necesarias para que el equipo pueda actuar. 4. A efectos del presente artículo, se designará a los miembros del equipo conjunto de investigación procedentes de Estados miembros distintos del Estado miembro en que actúa el equipo como destinados al equipo. 5. Las personas destinadas al equipo conjunto de investigación tendrán derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el Estado miembro de actuación. No obstante, por razones específicas y con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo, el jefe del equipo podrá decidir lo contrario. 6. De conformidad con la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo conjunto de investigación, el jefe del equipo podrá encomendar a las personas destinadas a él la ejecución de determinadas medidas de investigación, cuando así lo aprueben las autoridades competentes del Estado miembro en que se actúe y del Estado miembro que haya enviado a dichas personas. 7. Cuando el equipo conjunto de investigación necesite que se tomen medidas de investigación en uno de los Estados miembros que hayan creado el equipo, los miembros destinados al mismo por ese Estado miembro podrán pedir a sus propias autoridades competentes que tomen tales medidas. Estas medidas se examinarán en el Estado miembro de que se trate en las mismas condiciones que si fueran solicitadas en el marco de una investigación nacional. 8. Cuando el equipo conjunto de investigación necesite ayuda de un Estado miembro que no haya participado en la creación del equipo o de un tercer Estado, las autoridades competentes del Estado en el que actúe el equipo podrán formular la petición de ayuda a las autoridades competentes del otro Estado afectado, de conformidad con los instrumentos o disposiciones aplicables. 9. Para los fines de la investigación penal que esté realizando el equipo conjunto de investigación, cualquier miembro de éste podrá, de con-

en vigor del Convenio, de forma que dos años más tarde aprobó la *Decisión Marco 2002/465 del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre Equipos Conjuntos de investigación*.<sup>12</sup>

En el ámbito de la Unión Europea ya con el Tratado de Ámsterdam nació la idea de crear un espacio de *libertad, seguridad y justicia*, y desde la celebración del Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999 se otorgó un especial impulso a la consecución de dicho objetivo.

A partir de los trágicos acontecimientos de septiembre de 2001 los Estados Unidos de América junto con los Estados miembros de la Unión Europea han centrado sus esfuerzos en adoptar las medidas necesarias para potenciar la cooperación en las investigaciones criminales, en la lucha contra la delincuencia organizada, contra el tráfico de drogas y la trata de seres humanos y, en especial, en la lucha contra el terrorismo.

Uno de los instrumentos para conseguir este objetivo es la creación de equipos conjuntos de investigación, que aparece recogida en el Tratado de la Unión Europea <sup>13</sup> como

---

formidad con el Derecho interno de su país y dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas, facilitar al equipo información de la que disponga el Estado miembro que le haya destinado al mismo. 10. La información que obtenga legalmente un miembro de un equipo conjunto de investigación o un miembro destinado al mismo mientras forme parte de un equipo conjunto de investigación y a la que no tengan acceso de otro modo las autoridades competentes de los Estados miembros afectados podrá utilizarse para los siguientes fines: a) para los fines para los que se haya creado el equipo; b) condicionada a la autorización previa del Estado miembro en que se haya obtenido la información, para descubrir, investigar y enjuiciar otras infracciones penales. Dicha autorización podrá denegarse únicamente en los casos en que esta utilización ponga en peligro las investigaciones penales en el Estado miembro de que se trate o en que dicho Estado miembro pueda denegar la asistencia judicial; c) para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) si ulteriormente se iniciara una investigación penal; d) para otros fines, siempre y cuando hayan convenido en ello los Estados miembros que crearon el equipo. 11. Las disposiciones del presente artículo no afectarán a otras disposiciones o acuerdos existentes sobre la creación o el funcionamiento de equipos conjuntos de investigación. 12. En la medida en que lo permitan la legislación de los Estados miembros interesados o las disposiciones de todo instrumento jurídico aplicable entre ellos, se podrán acordar las disposiciones necesarias para que personas que no sean representantes de las autoridades competentes de los Estados miembros que hayan creado el equipo conjunto de investigación puedan tomar parte en las actividades del equipo. Estas personas podrán ser, por ejemplo, funcionarios de organismos creados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea. Los derechos conferidos a los miembros del equipo o destinados al mismo en virtud del presente artículo no se aplicarán a estas personas, salvo cuando así se establezca explícitamente en el acuerdo».

12 Vid. DOUE L162 de 20 de junio de 2002.

13 Vid. Artículo III-276 del «*Tratado de la Unión Europea*». En la *Parte III, «De las Políticas y Funcionamiento de la Unión»*, Título III, «*Políticas y acciones internas*», Capítulo IV, «*Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*», en su *Sección 5.ª* relativa a la «*Cooperación Policial*» y al tratar de la función de Europol y de sus competencias enuncia como una de ellas «*la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust*».

en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000 y en la Decisión Marco 2002/465.

También se recogen los ECI en el «*Manual para la Constitución de Equipos Conjuntos de Investigación*» aprobado por Europol y Eurojust en su versión de 2011 actualizado más recientemente por la «*Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación*» de 14 de febrero de 2017 elaborada por la Red de la UE de Expertos Nacionales sobre ECI (la Red de ECI<sup>14</sup>) en cooperación con Eurojust, Europol y la OLAF.

En el ámbito de Naciones Unidas, el Artículo 9 de la «*Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*» hecha en Viena en 1988 establecía como otras formas de cooperación y capacitación y en orden a la colaboración de los Estados para aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la comisión de los delitos de tráfico ilícito de estupefaciente, la posibilidad de crear equipos conjuntos de investigación, cuando sea oportuno y siempre que no contravenga lo dispuesto en el derecho interno.<sup>15</sup>

---

14 La red de la UE de Expertos Nacionales sobre ECI (la Red de ECI) se creó en 2005 con el fin de fomentar el uso de equipos conjuntos de investigación por parte de los profesionales. Cada Estado miembro ha designado a uno o más expertos nacionales que representan a la vez las dimensiones judiciales (jueces, fiscales, ministerios de Justicia) y policial (funcionarios de policía, ministerios de Interior) de un ECI. A nivel nacional, los expertos actúan como puntos de contacto a los que los profesionales que deseen crear un equipo conjunto de investigación pueden dirigirse a efectos de asesoramiento. Como miembros de la Red de ECI, disponen de experiencia en el funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación en sus Estados miembros respectivos y tienen acceso a información sobre los aspectos prácticos de los equipos conjuntos de investigación con otros Estados miembros. La Secretaría, que Eurojust acoge desde 2011, promueve, apoya y fomenta las actividades de la Red de ECI.

15 Vid. «*Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*». Viena, 1988. En su artículo 9 que lleva por título «Otras formas de Cooperación y capacitación» se establece que: «1. Las Partes colaborarán estrechamente entre sí, en armonía con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Deberán, en particular, sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales: a) Establecer y mantener canales de comunicación entre sus organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio rápido y seguro de información sobre todos los aspectos de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, incluso, siempre que las Partes interesadas lo estimen oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas; b) Cooperar en la realización de indagaciones, con respecto a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de carácter internacional, acerca: i) De la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; ii) Del movimiento del producto o de los bienes destinados de la comisión de esos delitos; iii) Del movimiento de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II de la presente Convención e instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de esos delitos; c) Cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear *equipos conjuntos*, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las Partes que integren esos equipos



De igual modo, el art. 19 de la «*Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*» hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000<sup>16</sup> conocido como Convenio de Palermo, prevé las investigaciones conjuntas a través de acuerdos bilaterales o multilaterales entre los países que lo suscriban o de acuerdos específicos en casos concretos.

En el mismo sentido la «*Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*» hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 conocida como Convenio de Mérida, recoge en su artículo 49<sup>17</sup> las investigaciones conjuntas como métodos de investigación de estos delitos.

Los convenios bilaterales posteriores suscritos por España suelen prever este nuevo instrumento. Así lo hace el *Acuerdo de Asistencia Judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos* que es objeto de análisis en este trabajo, y el protocolo adicional de 12 de Julio de 2005 al *Convenio de cooperación Colombia* de 20 de mayo de 1997.

En cuanto a la definición de los Equipos Conjuntos de Investigación, la «*Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación*» de la Red de la UE de Expertos Nacionales sobre ECI de 2017 los define como «*herramienta de cooperación internacional basada en un acuerdo entre las autoridades competentes —tanto judiciales (jueces, fiscales, jueces de instrucción...) como policiales— de dos o más Estados miembros, creado por un tiempo limitado y con un objetivo específico, para llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados miembros de que se trate*».

---

actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos las Partes de que se trate velarán porque se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación; d) Proporcionar, cuando corresponda, las cantidades necesarias de sustancias para su análisis o investigación; e) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos y servicios competentes y promover el intercambio de personal y de otros expertos, incluso destacando funcionarios de enlace».

16 Vid. «*Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*», Nueva York, 2004. En su artículo 19 relativo a «*Investigaciones conjuntas*» se establece que «*Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada*».

17 Vid. «*Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*», Nueva York, 2004. En su artículo 49 relativo a «*Investigaciones conjuntas*» y al igual que la «*Convención de UN contra la delincuencia organizada transnacional*» mantiene que «*Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada*».

Por su parte, el Informe del Consejo Fiscal de España de 23 de julio de 2014 que planteaba la problemática en torno a los mismos los define como «*instrumento de cooperación internacional que consiste en la formación de grupos internacionales operativos de investigadores, constituidos por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más Estados para llevar a cabo coordinadamente investigaciones penales en el territorio de todos o alguno de ellos en relación con unos hechos delictivos determinados y por un periodo de tiempo limitado*».

En base a estas consideraciones doctrinales los equipos conjuntos de investigación pueden ser definidos como un instrumento o herramienta de cooperación internacional que consiste en la formación de grupos internacionales operativos de investigadores, constituido por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más Estados, para llevar a cabo coordinadamente investigaciones penales en el territorio de todos o alguno de ellos en relación con determinados hechos constitutivos de delito, por un tiempo previamente definido.

La creación de un ECI busca mejorar la coordinación de las investigaciones y procedimientos penales que se llevan a cabo de forma simultánea entre dos o más países, para un caso específico, unificando los esfuerzos operacionales en un cuerpo único, cuyos resultados operativos, en términos de pruebas o evidencias, puedan ser incorporados también de forma simultánea en todos los procesos vigentes de cada país involucrado.

La «*Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación*» detalla además que en comparación con las formas tradicionales de cooperación judicial y policial, los ECI tienen el siguiente valor añadido:

- Posibilitan la obtención y el intercambio directos de información y pruebas sin necesidad de utilizar los canales tradicionales de asistencia judicial. La información y los datos recogidos con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo podrán compartirse sobre la base del acuerdo sobre los ECI; y
- Los miembros destinados al ECI en comisión de servicios, es decir, procedentes de un Estado miembro distinto de aquel en que actúe el ECI, tienen derecho a estar presentes y a participar - dentro de los límites previstos por la legislación nacional o especificados por el jefe del ECI - en medidas de investigación llevadas a cabo fuera de su Estado de origen.

Por estas razones, los ECI constituyen un instrumento muy eficiente y eficaz de cooperación, que facilita la coordinación de las investigaciones y procedimientos penales llevados a cabo de forma paralela en varios Estados.

Podemos señalar como elementos esenciales de los ECI:

- Son una herramienta de cooperación jurídica internacional y además fundamental para garantizar el éxito en las investigaciones contra el crimen organizado transnacional, permitiendo implementar técnicas de persecución más eficaces para identificar, perseguir y juzgar a los integrantes de organizaciones delictivas transnacionales.
- Se constituyen por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más Estados; el acuerdo de constitución es el instrumento que especifica principalmente los miembros del ECI y el objetivo para el cual se constituye;

- Están formados por autoridades de más de un Estado pudiendo intervenir jueces y fiscales, así como también las fuerzas de seguridad de los países involucrados.
- Su actuación se desarrolla en el territorio de uno o varios países, y de manera coordinada se promueven investigaciones penales en el territorio de todos o alguno de los países que integran el equipo.
- Realizan múltiples medidas de investigación específicas. Todos los miembros del equipo podrán hacer uso de la información y documentación que se obtenga en función de las medidas de investigación ejecutadas, en el marco de los fines para los que se creó el ECI.
- Se constituyen por un periodo de tiempo determinado. En el acuerdo se establecerá el tiempo que durará el ECI, así como también maneras expeditas para prolongar su existencia en caso de que fuera necesario.
- Se constituyen para un objetivo determinado. El objetivo de la creación del ECI es fundamental para fijar el marco de su actuación. Sin perjuicio de esto, producto de la investigación del ECI, los fines del acuerdo pueden ampliarse en función de los hechos revelados que colaboren a perseguir otros delitos conexos.
- Claridad sobre funciones y responsabilidades de todos los participantes del ECI. Establecer las funciones, roles y responsabilidades de cada agente del Estado que vaya a integrar el ECI es esencial para poder coordinar con eficacia y pleno respeto de la legalidad el trabajo del equipo.

El objetivo de trabajo de estos equipos es realizar investigaciones conjuntas entre autoridades competentes de más de un país en el territorio de uno o de varios Estados Parte que suscriban la constitución del ECI. En este sentido, se busca coordinar acciones que permitan alcanzar una mayor eficacia y eficiencia en la persecución de la delincuencia organizada transnacional.

En lo relativo a su estructura, cada una de las partes en el acuerdo de creación nombrará a las siguientes personas:

- El Jefe o los jefes del ECI, encargados en particular, de supervisar las actividades del ECI cuando actúe en el territorio del Estado de que se trate. Las legislaciones nacionales suelen especificar qué autoridad es competente para crear un ECI y qué autoridad es competente para actuar como jefe del ECI.
- Los miembros del ECI, autoridades policiales en la mayoría de los casos, que realizarán las medidas de investigación o las actividades operativas, pero también pueden participar en su formación peritos o incluso miembros de ONG's que prestan apoyo a las víctimas.

En cuanto a la validez de las pruebas obtenidas por el ECI, el equipo llevará a cabo sus actuaciones de conformidad con la legislación del Estado en el que opera en un momento determinado. Los instrumentos aplicables no especifican, sin embargo, que los elementos de prueba recogidos por el equipo en esas condiciones son, como tales, admisibles ante los tribunales nacionales de los Estados miembros de que se trate. Esta materia está regulada por la legislación nacional; no obstante, en la práctica, pocas veces se pone en cuestión la admisibilidad de las pruebas recogidas en el ECI.

Por lo que se refiere a la creación de ECI entre EEUU y España el art. 16 ter del Tratado manifiesta que «*Los equipos de investigación conjunta podrán establecerse y trabajar en los*

*territorios respectivos de los Estados Unidos de América y España, con el propósito de facilitar las investigaciones y procesos penales que afecten a los Estados Unidos y a uno o más Estados Miembros de la Unión Europea cuando los Estados Unidos de América y España lo estimen apropiado».*<sup>18</sup>

Se prevé que las autoridades competentes designadas por sus respectivos Estados, responsables de la investigación y persecución de delitos acordarán los procedimientos de funcionamiento del equipo como la composición, duración, localización, organización, funciones, propósito y condiciones de participación de los miembros del equipo de un Estado en las actividades de investigación que tiene lugar en el territorio de otro Estado.

Las mismas autoridades competentes designadas por sus respectivos Estados se comunicarán directamente para el establecimiento y funcionamiento del equipo excepto cuando, debido a la excepcional complejidad, el amplio enfoque u otras circunstancias existentes se considere que es necesaria una mayor coordinación central de algunos o todos los aspectos, en cuyos supuestos los Estados acordaran otras vías de comunicación apropiadas para este fin.

Cuando el ECI necesite que se tomen medidas de investigación en uno de los Estados que componen el equipo, un miembro del equipo de ese Estado podrá pedir a sus autoridades competentes que tomen esas medidas sin que el otro Estado tenga que presentar una solicitud de asistencia jurídica mutua. Para ello se prevé que la norma legal necesaria para obtener la medida en ese Estado será la norma aplicable a sus actividades investigadores nacionales. De conformidad con esta regulación, dentro del ECI se solicitarán las diligencias que sean necesarias en el marco de la investigación por los miembros nacionales del Estado donde se deban practicar las mismas sin que sea necesario acudir a otros instrumentos de cooperación y asistencia judicial logrando con ello agilizar el procedimiento. Como señala Bujosa Vadell es otra peculiaridad de esta vía de cooperación que supone superar en estos casos concretos las rigideces tradicionales por las necesidades prácticas de eficacia en la cooperación.<sup>19</sup>

La legislación aplicable para ello será la del Estado donde se deba solicitar las medidas o practicar las diligencias.

## 5. El artículo 16 quater del Texto Integrado de 2004: Videoconferencia.

El artículo 16 quater del Texto integrado regula como novedad el recurso al sistema de videoconferencia para las declaraciones testimoniales y/o periciales.

---

18 *Vid.* la regulación más pormenorizada del artículo 13 del Convenio de asistencia judicial entre los Estados miembros, y en Derecho español las recientes Ley 11/ 2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea y la LO 3/2003, de 21 de la misma fecha, complementaria de la anterior (ambas en BOE de 22 de mayo de 2003)

19 *Vid.* BUJOSA VADELL, «Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia pena» págs. 15 y 16

De esta forma, los EEUU de América y España podrán utilizar la *videotransmisión* para tomar declaración a un testigo o a un experto situado en el Estado requerido en un procedimiento para el que se pueda conceder asistencia jurídica mutua.

Con el fin de facilitar la resolución de temas jurídicos, técnicos o logísticos que puedan surgir durante la ejecución de la solicitud, el Estado requirente y el Estado requerido podrán hacer también consultas.

Se establece que la declaración intencionalmente falsa u otra conducta ilícita del testigo o experto durante la videoconferencia serán punibles en el Estado requerido de la misma forma que si se hubiese cometido en un procedimiento interno.

Se prevé además que el Estado requerido pueda permitir también el uso de la tecnología de la videoconferencia con otros fines distintos incluyendo la identificación de personas u objetos o para tomar declaraciones de investigación.

## 6. Compatibilidad con otros Acuerdos e iniciación de procedimientos penales en el Estado requerido

Al igual que se había regulado en 1990 tanto la asistencia y los procedimientos establecidos en el Tratado no impiden que cada uno de los Estados contratantes preste asistencia al otro al amparo de lo previsto en otros Acuerdos Internacionales en los que fueran parte o de su legislación nacional.

A su vez, las autoridades centrales podrán celebrar consultas encaminadas a lograr la máxima eficacia en la aplicación del Tratado cuando lo decidan de mutuo acuerdo.

En lo que se refiere a la iniciación de procedimientos penales en el Estado requerido, el art. 19 del Tratado posibilita que cualquiera de los Estados contratantes pueda cursar una solicitud con el fin de iniciar un procedimiento criminal ante las autoridades competentes del otro Estado contratante en el caso de que ambos Estados gocen de jurisdicción para investigar o proceder igualmente. Dichas solicitudes se transmitirán a través de las respectivas autoridades centrales.

El Estado requerido estimará la iniciación de unas diligencias o de un procedimiento penal en la medida en que resulte pertinente según su legislación, sus prácticas o sus normas procesales.

La solicitud y documentos deberán estar redactados en la lengua del Estado requerido o acompañados de una traducción a dicha lengua.

## 7. A modo de conclusión

En el presente trabajo se ha abordado, desde la perspectiva de un riguroso análisis del derecho positivo del texto de los tratados, las modificaciones que el Acuerdo de Asistencia judicial entre EEUU y la UE supuso para nuestro Tratado bilateral de asistencia jurídica mutua, acuerdo que permitió el uso de nuevas tecnologías de la información que ha

agilizado y potenciado la respuesta de los Estados parte a las solicitudes de asistencia judicial, hecho que también se ha visto especialmente favorecido por el establecimiento de canales de información entre las redes informáticas de INTERPOL y Europol.<sup>20</sup>

Se ha analizado en la presente investigación, así mismo, la regulación de la obtención por parte del Estado requirente de auxilio judicial de documentos públicos que se hallen en archivos oficiales del Estado requerido, con las limitaciones derivadas del carácter confidencial de los documentos y las necesidades de protección de datos contenidos en los mismos. Ello conecta directamente con el problema de la protección y el tratamiento de los datos personales entre la UE y los EEUU de América siendo necesario hacer referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020, que declaró nula la Decisión 2016/1250 de la Comisión que avalaba el nivel adecuado de protección del esquema del Escudo de Privacidad (*Privacy Shield*) para las transferencias internacionales de datos a EEUU por considerarlo insuficiente para la protección de datos de los documentos europeos hallándonos ahora en una situación de interinidad en tanto se desarrollan por los gobiernos respectivos un sistema que se adapte a los cánones exigidos en la UE para el tratamiento de datos al respecto.

21

El detonante que supuso los trágicos sucesos del 11-S y posteriormente del 11-M en nuestro país, motivaron que tanto los EEUU de América como los Estados miembros de la UE culminaran acuerdos internacionales que han posibilitado la extensión de las investigaciones criminales entre estos países, favoreciendo con ello los objetivos pretendidos de establecimiento de un espacio de *libertad, seguridad, y justicia*, y habilitando que las autoridades encargadas de la investigación y represión de las conductas delictivas —no sólo las autoridades jurisdiccionales, sino también las autoridades administrativas y policiales como hemos abordado en este estudio a raíz del Acuerdo de asistencia jurídico penal de 2003— hayan podido extender sus actividades a los territorios de otros Estados parte, favoreciendo con ello la lucha contra el terrorismo, pero también contra el narcotráfico, la trata de seres humanos, la corrupción o la criminalidad organizada internacional.

En un mundo globalizado en constante cambio y adaptación, y frecuentemente dividido —*occidente vs oriente*— se hace cada vez más necesario extender puentes entre los países y no alzar muros que aislen y los acuerdos internacionales analizados han avanzado en la colaboración y cooperación entre los países occidentales.

---

20 En 2011 se creó una red de comunicación protegida entre INTERPOL y Europol que en palabras de Rob Wainwright, Director de Europol, «*permitirá a la comunidad policial internacional dar una respuesta aún más potente y, en última instancia, mejorar nuestras capacidades y las de nuestros respectivos Estados miembros, en la lucha contra la delincuencia internacional y el terrorismo*».

21 Recientemente, el 25 de marzo de 2022, el presidente de los Estados Unidos, Joe Biden, y la presidenta de la UE, Úrsula Von der Leyen, han llegado a un acuerdo preliminar sobre el almacenamiento de datos europeos en territorio estadounidense, acuerdo que conforme a lo manifestado por ambos dirigentes subraya los valores compartidos sobre la privacidad y la seguridad de los datos en torno al intercambio de información transatlántica.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «*Legislación de Derecho Internacional Privado*» AAVV, Editorial Comares. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Granada, 1999.
- AAVV, «*Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación*» Red de ECI en cooperación con Eurojust, Europol y la OLAF, Bruselas, 14 de febrero de 2017.
- AAVV, «*Cooperación judicial penal en Europa*» (Arnáiz Coord. Carmona/González/Moreno Dir.) Madrid, 2013
- BUJOSA VADELL, «*Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal*», Revista General de Derecho Europeo n.º 3, 2004.
- BUJOSA VADELL, «*La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea*», Revista de Derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Polacas, n.º 12, 2009, págs. 73-86
- VIDAL MARTÍN, «*El doble rasero de la impunidad: la UE y la Corte Penal Internacional*», en FRIDE, diciembre 2007.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, «*Convenios bilaterales y de la Unión Europea con terceros: Especial referencia al Convenio UE-EEUU*», Curso Virtual Cooperación Judicial Penal en Europa, Escuela Judicial del CGPJ, 2013





# LA FISCALIDAD Y LA FINANCIACIÓN DE LOS MODELOS PÚBLICOS DE PREVISIÓN SOCIAL EN ITALIA, SUECIA Y AUSTRIA

TAXATION AND FINANCING OF PUBLIC SOCIAL SECURITY SCHEMES IN ITALY, SWEDEN AND AUSTRIA

**Carlos David Aguilar Segado**

Profesor de Derecho Financiero y Tributario-Universidad de Málaga (España)  
*d.aguilar@uma.es*

## Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL MODELO MEDITERRANEO DE ITALIA. III. EL MODELO ESCANDINAVO DE SUECIA. IV. EL MODELO CENTROEUROPEO DE AUSTRIA. V. CONCLUSIONES

**Palabras clave:** Fiscalidad, tributación, estados, miembros, unión, europea.

**Key words:** Fiscality, taxation, member, states, european, union.

**Resumen:** Los Estados Miembros de la Unión Europea tienen diversos modelos públicos de previsión social. En este artículo se analiza la fiscalidad y tributación de algunos sistemas mediterráneos (Italia), escandinavos (Suecia) y centroeuropeos (Austria).

**Abstract:** The Member States of the European Union have a variety of public social welfare models. This article analyses the fiscality and taxation of some Mediterranean (Italy), Scandinavian (Sweden) and Central European (Austria) systems.

## I. INTRODUCCIÓN

En este artículo se realiza una comparativa de algunos modelos de previsión social existentes dentro de la Unión Europea como son el italiano, el sueco y el austríaco desde el punto de vista de la fiscalidad y tributación. El modelo sueco es un sistema de cuentas nacionales, el austríaco destaca por la «mochila» y el italiano es un sistema mixto entre el sueco y el austríaco.

## II. EL MODELO MEDITERRÁNEO DE ITALIA

Italia está inmersa en una reforma estructural del sistema de pensiones debido a la profunda afectación de los factores demográficos, económicos y sociales en su estado de bienestar. Estas medidas han sido las siguientes:

1.- Realizar una transformación del sistema público de pensiones de reparto de prestación definida y establecer el sistema de cuentas nocionales de aportación definida.

2.- Establecer un sistema obligatorio de capitalización llamado *Trattamento di Fine Rapporto*, en español, Tratamiento del Fin de la Relación Laboral o TFR. Las empresas han de realizar unas contribuciones del 6,91 % del salario hacia sus empleados, que son ingresadas en las organizaciones de Seguridad Social habilitadas para este fin. Estas contribuciones más la revalorización generada del fondo sirven para abonar una indemnización en caso de despido, ya sea de carácter voluntario o involuntario. Se traduce en una indemnización de carácter adicional a la indemnización legal por despido. De modo alternativo, las aportaciones se podrían realizar a los Planes de Pensiones de Empresa (en adelante, PPE) para su capitalización a la hora de la jubilación, en la que podría elegir el beneficiario si destinarla al PPE o recibir la indemnización adicional por despido.

Es fundamental, centrar el estudio en el modelo mediterráneo italiano de cuentas nocionales es un sistema de cuentas individuales de pensiones generada por cada trabajador al realizar las cotizaciones a la Seguridad Social y por sus rendimientos teóricamente asignados a cada uno de ellos al computar las cotizaciones durante su carrera profesional. Se ven reflejados tanto la estimación de la pensión para la jubilación, así como los derechos de pensión generados por cada persona<sup>1</sup>.

El cálculo para la pensión de jubilación se realiza a través de una serie de factores como la edad mínima de jubilación escogida por el trabajador, la esperanza de vida de su generación a la hora de la jubilación y las cotizaciones realizadas. Estos derechos acumulados están compuestos de la suma de la rentabilidad virtual asignada y de las cotizaciones realizadas.

El sistema de pensiones italiano es público de reparto, en la que los trabajadores en activo, a través de sus cotizaciones, pagan a los jubilados sus pensiones. Las características principales del sistema son las siguientes:

1.- Primer pilar: compuesto por la pensión pública de jubilación.

2.- Segundo pilar: compuesto por los Planes de pensiones del sistema de empleo voluntarios. Éstos son poco utilizados.

---

1 MARTÍNEZ-CUE, F., «Tribuna de Fernando Martínez-Cue: Las pensiones de jubilación en Italia, el sistema de cuentas nocionales», *BBVA: Jubilación de futuro*, 4 de marzo de 2020, recuperado de <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/tribuna-de-fernando-martinez-cue-las-pensiones-de-jubilacion-en-italia-el-sistema-de-cuentas-nocionales.html>.

3.- Tercer Pilar: compuesto por los Planes de Pensiones Privados. Al igual que el segundo pilar, éstos son escasamente utilizados.

Respecto al primer pilar, y el más importante, la pensión pública de jubilación es de reparto con aportación definida mediante el sistema de cuentas nocionales. La Reforma Fornero<sup>2</sup> de 2012 introdujo una evolución progresiva al sistema de aportación definida de cuentas nocionales a través del anterior sistema de prestación definida, en el cual la pensión del trabajador una vez jubilado, no se vincula al importe ni al número de cotizaciones realizadas durante la vida laboral, sino por el número e importe de las bases de cotización, el número de años cotizados y la edad de jubilación.

Se les aplica un 100 % el nuevo sistema de cuentas nocionales a los trabajadores que cotizaron a partir del año 1996. Mientras que, a los trabajadores con 18 o más años cotizados el 31/12/1995 se les aplica el sistema de prestación definida hasta el 31/12/2011 y a partir del 1/1/2012 el sistema de aportación definida.

Se les aplica un sistema de prorrata de sendos sistemas en función de los años cotizados antes (prestación definida) y después (aportación definida) del 31/12/1995 a los trabajadores con menos de 18 años cotizados hasta esa fecha.

Como requisitos de acceso a la jubilación ordinaria es necesario haber cotizado, al menos 20 años, y su importe se determinará en función del nivel de salario determinado por las cotizaciones y por el tiempo efectivamente cotizado.

Respecto a la edad legal de jubilación se ha establecido desde el año 2019 en los 67 años, en cambio, para los trabajadores recién incorporados al mercado laboral incrementará hasta los 71 años. Sin embargo, si cotizan estos últimos, al menos, 20 años, con una pensión menor podrían jubilarse a los 68 años.

También existe la posibilidad de la jubilación anticipada entre las edades comprendidas desde los 62 hasta los 70 años si cotizaran, al menos, 41 años y 10 meses en el caso de las mujeres y 42 años y 10 meses en los hombres. De modo adicional, se introdujo en 2019 de modo temporal hasta diciembre de 2021, la «Cuota 100» que habilitaba la jubilación con 38 años de cotización a partir de los 62 años, que también permitía que el pensionista pudiera trabajar de modo ocasional por un importe bruto que no sea superior a 5.000 euros anuales<sup>3</sup>.

Por otro lado, otra alternativa sería la *APE Sociale* o *Anticipo pensionistico*, que sería una ayuda de jubilación anticipada siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos como: tener cumplidos los 63 años; cese la actividad laboral; personas con trabajos del sector siderúrgico, pesca, agrícola y marino han de cotizar 36 años; para las personas con familiares a cargo, con invalidez o desempleadas, han de cotizar durante 30 años.

---

2 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, «Posibilidad de flexibilizar el acceso a la pensión», *Actualidad Internacional Sociolaboral*, n.º 194, Gobierno de España, recuperado de [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista\\_ais/194/71.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/194/71.pdf).

3 ESTEVE, T., «Cuál es la pensión máxima y mínima en Italia». 65 y más, 20 de junio de 2020, recuperado de [https://www.65ymas.com/economia/pensiones/cual-es-pension-maxima-minima-en-italia\\_16016\\_102.html](https://www.65ymas.com/economia/pensiones/cual-es-pension-maxima-minima-en-italia_16016_102.html).

Sumado a ello, se ha de cumplir uno de los siguientes requisitos: ser cuidador del familiar, durante al menos, 6 meses; tener una minusvalía igual o superior al 74 %; completar al menos 18 meses de cotizaciones efectivas en los 36 meses anteriores al desempleo; estar desempleado de larga duración con remotas posibilidades de encontrar trabajo y que la finalización de la prestación por desempleo haya transcurrido más de 3 meses.

Esta ayuda se abona en 12 pagas anuales, en la que su primer pago se realizará tres meses después de adquirir los derechos y han de cotizar, al menos, 42 años y 10 meses los hombres, y 41 años y 10 meses las mujeres. Aunque es posible retirarse a los 64 años con una cotización profesional de, al menos, 20 años, siempre que haya estado asegurado después del 1 de enero de 1996 y que el importe de la pensión que tuviera derecho tenga un mínimo de 2,8 veces la cantidad mensual basada en 457,99 euros, *Assegno sociale* o asistencia social, en el año 2019<sup>4</sup>.

Respecto al incremento de la edad de jubilación en función con la esperanza de vida se ha retrasado hasta el año 2026, así como el requisito de la duración de la carrera profesional para la jubilación anticipada y la vinculación del periodo de cotización a la esperanza de vida, además de la edad legal de jubilación para personas con trabajos del sector siderúrgico, pesca, agrícola y marino. Por tanto, la edad media de jubilación está en los 62 años, en lugar de la edad legal establecida en el 2019 de 67 años.

Las cotizaciones a la Seguridad Social son abonadas al *Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale* (en adelante, INPS), cuyo porcentaje de cotización de cuentas nocionales es de un 33 % del salario, en el que dos tercios es a cargo del empleador y un tercio a cargo del empleado. Estas cotizaciones son deducibles fiscalmente. Los trabajadores sujetos al sistema de prestación definida, es decir, antes del 31/12/1995, los tipos de cotización son aplicados sobre el total del salario sin un tope máximo de base de cotización, sin embargo, para los trabajadores sujetos total o parcialmente al sistema de cuentas nocionales, es decir, a partir del 1/1/1996, el tope máximo de cotización es de 101.000 euros anuales.

Para el cálculo de la pensión del sistema de cuentas nocionales el denominado «capital nocional» acumulado se convierte en una pensión en forma de renta, que tiene en cuenta la expectativa de vida a la hora de jubilarse la generación a la que pertenece la persona solicitante de la jubilación. Esta pensión se calcula con el acumulado de las cotizaciones que se realizan durante la vida laboral en la que se aplica el porcentaje revalorizado del incremento del Producto Interior Bruto (en adelante, PIB), el cual es un tipo que se actualiza cada 5 años más el coeficiente de conversión de capital acumulado en la renta en virtud de la edad del jubilado. Esta última se basa en la esperanza de vida de la generación, en el caso de fallecimiento que deje cónyuge viudo y la estimación de los años que éste último cobraría la pensión. Por tanto, se cobrará menos pensión si la edad de jubilación es más temprana. Estos coeficientes de conversión se revisan cada 3 años hasta 2019 y cada 2 a partir de 2021.

Por otro lado, para los jubilados que tengan derecho a la pensión de reparto de prestación definida, se basa en el salario medio semanal que se percibe en los últimos años de trabajo además de la cantidad total de cotizaciones realizada multiplicada por la tasa de

---

4 *Ibidem*.

conversión en base a los Índices de Precios de Consumo (IPC). Mientras que, para los trabajadores en el sistema mixto (prestación definida y cuentas nocionales), se calcula cada parte en función al método correspondiente. Sin embargo, para aquellos con cotizaciones inferiores a 15 años, incluidas 5 años anteriores a 1995, podrían optar por el cálculo de la totalidad de la pensión en el sistema de cuentas nocionales.

Así las cosas, el abono de las pensiones se realiza mensualmente por el INPS con una paga adicional en diciembre. Además, respecto a la revalorización de las pensiones más altas son las que menos se actualizan, en cambio las más bajas, son las que más se actualizan.

Existe una pensión mínima garantizada que se abona a los pensionistas que se incluyen en el sistema de prestación definida o mixtos que tengan una pensión mensual inferior a 515,07 euros mensuales en 2020 (Ingreso Mínimo Vital), en la que alcanzan los 660 euros mensuales (*Pensione di vecchiaia*). Además de existir una pensión no contributiva cuyo derecho a cobro se basa en el nivel de ingresos de la persona que lo percibe (personas solteras o solas con 67 años o más) con un máximo de 780 euros al mes. El pago mensual se realiza en 13 pagas anuales, incluida una paga extra en diciembre, abonadas por el INPS.

Respecto a la tasa de sustitución, que es de las más elevadas entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, (en adelante OCDE)<sup>5</sup>, esta es un porcentaje que representa la primera prestación de la pensión recibida y el último salario percibido antes de la jubilación, que se traduce en una pensión entre el 70 % y 80 % del salario recibido en los últimos años de trabajo para aquellas personas empleadas bajo el sistema de prestación definida anterior a 2012. En cambio, para los jubilados que se retiren a los 71 años en el nuevo sistema nocional, la tasa de sustitución será del 92 %. En cambio, si se retiran a los 68 años, la tasa de sustitución desciende al 79 %. Como observación, el salario medio en Italia en el año 2018 fue de 31.050 euros<sup>6</sup>.

Según la OCDE<sup>7</sup>, Italia se encuentra entre los países industrializados con un elevado volumen de gasto en pensiones, así como con un 33 % en total en los tipos de cotización, que se traduce en que sus reformas no son suficientes para así poder evitar problemas de sostenibilidad financiera. Su gasto público en pensiones se encuentra entre los más elevados de la OCDE.

En el año 2014, el Instituto Nacional de Estadística italiano (ISTAT) publicó el «Balance de expedientes de pensiones tramitadas y pagadas» que refleja los datos de las pensio-

---

5 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), es un organismo de cooperación internacional con 37 estados de carácter democrático y con economía de mercado, cuyo fin principal es la coordinación de políticas económicas y sociales y trabajar de manera conjunta para enfrentarse a los retos económicos, sociales y de buen gobierno. *Vid.* OCDE, «Quiénes somos», recuperado de <https://www.oecd.org/acerca/>.

6 MARTÍNEZ-CUE, F., «Tribuna de Fernando Martínez-Cue: Las pensiones de jubilación en Italia, el sistema de cuentas nocionales», *BBVA: Jubilación de futuro*, op. cit.

7 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, «El sistema de pensiones en Italia según la OCDE», *Actualidad Internacional Sociolaboral*, n.º 197, *Gobierno de España*, recuperado de [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista\\_ais/197/43.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/197/43.pdf).

nes del INPS así como de otras entidades de previsión social privadas, en la que el 40,3 % de los pensionistas tienen una mensualidad inferior a 1.000 euros. Sin embargo, hay una disminución en las nuevas pensiones tramitadas, con una media de 3.000 euros anuales respecto a las más antiguas, aunque hay 230.000 pensionistas que perciben una pensión mensual por encima de 5.000 euros. En este informe, las pensiones se clasifican en 7 grupos diferenciados: vejez, supervivencia, invalidez contributiva, invalidez civil, invalidez social, invalidez de guerra, y prestaciones derivadas de accidente laboral o enfermedad profesional.

Respecto al gasto en pensiones, en el año 2014 se tramitaron 23.200.000 prestaciones por importe de 277.067 millones de euros, que representaba el 17,17 % del PIB del país, 0,2 puntos superior al 2013. Este importe medio por prestación ascendió al 1,6 %, 11.943 euros anuales, respecto al año anterior. El gasto de pensiones de vejez aumentó en un 1,8 % así como la de muerte y supervivencia en un 1,9 %, de guerra en un 3,8 %, pensiones sociales en un 3,7 % y la invalidez civil en un 1,6 %. Sin embargo, las de invalidez (-2,3 %) y la de por accidente de trabajo y enfermedad profesional (-0,8 %) disminuyeron.

A modo de ampliación de datos de las prestaciones en el 2014:

- a) Las pensiones de vejez y ancianidad son la mayoría de las pensiones (51,3 %). Tienen un importe de media de pensión de 16.299 euros, que se traduce en un gasto de 193.866 millones de euros (que supone el 70 % del total).
- b) Las pensiones de vejez, invalidez y supervivencia ascendieron a 18,1 millones (78 % del total) por importe de 250.505 millones de euros (que se traduce en el 90,4 % del total). El importe medio es de 13.848 euros.
- c) Las pensiones asistenciales son de 4,3 millones de expedientes con importe medio de 5.105 euros. Se traduce en el 8 % del gasto total, es decir, 22.067 millones de euros. Se constituyen por ayudas para tercera persona asociadas a la misma y las pensiones de invalidez civil.
- d) Las pensiones de muerte y supervivencia, son el 14,9 % del gasto y representan el 20,7 % del total de pensiones.
- e) Las pensiones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional son el 1,6 del total por importe de 4.495 millones de euros. Tienen 786.000 expedientes, con importe medio de 5.719 euros.

Número de pensionistas en el año 2014 fue de 16.259.491, en la que las mujeres representan el 52,9 % de los beneficiarios, en la que, sin embargo, los hombres son los que más perciben (un 55,7 % del importe total del gasto). El importe medio de la pensión de un hombre es de 20.135 euros, mientras que, la de una mujer es de 14.283 euros.

Los pensionistas pueden percibir de media 1,43 pensiones, ya que se puede compatibilizar diversas prestaciones y sin un tope máximo, en la que la mayoría (66,7 %) percibe una pensión, mientras que el 25,4 % percibe dos y el 7,8 % percibe al menos tres. A modo de ejemplo:

- a) Las pensiones de vejez cuentan con 11,2 millones de beneficiarios con el gasto de 221.098 millones de euros.
- b) Las pensiones de muerte y supervivencia cuentan con 4,5 millones de beneficiarios con el gasto de 76.620 millones de euros, en las que el 67,5 % es beneficiario de más de una pensión.

- c) Las pensiones de invalidez civil cuentan con 2,6 millones de beneficiarios, en las que el 64,6 % es beneficiario de más de una pensión.
- d) Las pensiones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuentan con 770.000 beneficiarios, en las que el 74 % es beneficiario de más de una pensión.

Respecto a la distribución regional: en el norte están el 47,7 % de las pensiones, el 50,5 % del gasto y el 48,2 % de los pensionistas; en el sur están el 31,9 % de las pensiones, el 28,1 % del gasto y el 31,7 % de los pensionistas; en el centro, están el 20,4 % de las pensiones, el 21,4 % del gasto y el 20,1 % de los pensionistas. La media de las pensiones se eleva por encima de la media nacional en el norte (4,9 %) y centro (6,7 %), mientras que en el sur es está por debajo de la media (89 %). Por otra parte, en 2014, en Italia la relación de dependencia se encontraba en 71 pensionistas por 100 personas ocupadas. El contraste lo encontramos entre el norte (66 %) y el sur (86 %).

Se deben clasificar también las pensiones por edad y por importe:

- a) Por edad: el 3,8 % tienen menos de 40 años; el 19,5 % tienen de 40 a 64 años; y el 76,7 % tienen más de 64 años.
- b) Por importes: más de 3.000 euros, representa el 6,1 % de los pensionistas y es el 13 % del gasto total; entre 2.000 y 3.000 euros, representa el 14,4 % de los pensionistas y es el 19,1 % del gasto total; entre 1.000 y 2.000 representa el 39,1 % de los pensionistas y de 1.000 a 500 euros es el 39,6 % de los pensionistas, con el 25,9 % del gasto total; el 25,7 % perciben un importe inferior a 500 euros, con el 6,9 % del gasto total. Los hombres de media perciben cantidades superiores a las mujeres: para importes superiores a 3.000 euros (9,7 % hombres y 2,9 % mujeres) y para inferiores a 500 euros (11,3 % hombres y 13,6 % mujeres).

Por último, respecto al PIB en 2014: el porcentaje de gastos ha aumentado de 16,97 % en 2013 al 17,17 %; las contributivas respecto al PIB ha aumentado en 0,21 puntos respecto a 2013, situándose en 15,43 %<sup>8</sup>.

### III. EL MODELO ESCANDINAVO DE SUECIA

El modelo escandinavo del sistema sueco de pensiones se caracteriza por la transparencia y la sostenibilidad, ya que se ha adaptado a las realidades tanto sociales como económicas debido al envejecimiento poblacional, adelantándose al resto de países de su entorno<sup>9</sup>.

En el año 1991, Suecia creó una Comisión para el impulso de la reforma del sistema de pensiones, a través de un amplio consenso de los partidos políticos en un periodo de tiempo corto, puesto que en el año 1992 se presentó esta propuesta de reforma y en el año 1994 el Parlamento dio su visto bueno. En el año 1998 se aprobó el texto definitivo, aunque comenzó la reforma en el año 2001 y los primeros pagos se produjeron en el año 2003.

---

8 *Ibidem*.

9 El envejecimiento poblacional significa que la esperanza de vida aumenta, en la que se prevé alcanzar los 90 años, y la disminución de la tasa de fertilidad por debajo de los niveles que garantizan el reemplazo generacional (2 hijos por familia).

El modelo mixto es la principal característica de este sistema de pensiones suecos al mezclar elementos de un sistema de capitalización y reparto, a través de las cuentas nocionales, en la que cada empleado es dotado de una cuenta de carácter ficticio en la que se anotan las cotizaciones realizadas. De manera anual, se informa a los cotizantes de su saldo en esta cuenta y, posteriormente en su jubilación, su pensión se calcula a través del saldo acumulado en la misma.

Es por este motivo por el que el sistema sueco tiene una gran transparencia, al conocer en todo momento la cuantía de la percepción de su jubilación, en la que podrían decidir cuándo jubilarse, ya que podrían hacerlo a partir de los 61 años sin una edad tope. El resultado de la pensión anual será la división del saldo de la cuenta entre su esperanza de vida estimada en el momento de la jubilación. Por tanto, hay una relación directa entre prestación y aportación, en la que los trabajadores tienen asumido que su pensión será menor si se retiran antes. En caso de fallecimiento antes de la jubilación, el dinero acumulado se revertiría al sistema<sup>10</sup>.

Es fundamental informar a los trabajadores de sus derechos futuros para así poder tomar decisiones de futuro estrechamente vinculadas con su retiro. Esta información, de carácter anual, se denomina «sobre naranja», al informar del valor actualizado de sus derechos en los sistemas contributivos del segundo y tercer nivel, que se detalla más abajo.

Tres niveles son los que caracterizan el sistema sueco de pensiones:

1.- El primer nivel, llamado *Garantipension*, es de carácter no contributivo, financiado vía impuestos, que está destinado a aquellos trabajadores que no han cotizado la cuantía suficiente para jubilarse o su pensión sea inferior a un límite determinado.

2.- El segundo nivel, llamado *Inkonstpension*, de carácter contributivo, financiado a través de las contribuciones de los trabajadores y de las empresas, que se traduce en un 16 % de su salario. Estas contribuciones financian las prestaciones y aportaciones en las cuentas nocionales de cada empleador, que son revalorizadas a través del crecimiento del salario medio, con un mecanismo automático de ajuste, en la que salvaguarda la estabilidad del sistema, al reducir el tipo de revalorización en el caso de estimar que el activo es inferior a su pasivo.

3.- El tercer nivel, llamado *Premiepension*, de carácter contributivo, también es financiado a través de las contribuciones de los trabajadores y empresas, que se traduce en un 2,5 % del salario. Este sistema es de capitalización, ya que los empleados tienen la posibilidad de aportar a varios fondos de pensiones que son gestionados por entidades de carácter privado, en la que alcanza a más del 90 % de empleados<sup>11</sup>.

---

10 CABIRTA, A., «Modelo sueco de pensiones y 'mochila austriaca, ¿en qué se diferencian?», *BBVA*, 3 de julio de 2019, recuperado de <https://www.bbva.com/es/modelo-sueco-de-pensiones-y-mochila-austriaca-en-que-se-diferencian/>.

11 INSTITUTO BBVA DE PENSIONES, «La jubilación en Suecia: así funciona uno de los sistemas de pensiones de referencia», 7 de enero de 2019, recuperado de <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/la-jubilacion-en-suecia-asi-funciona-uno-de-los-sistemas-de-pensiones-de-referencia.html>.



Como ya se ha mencionado antes, el sistema que prevalece en Suecia es el de cuentas nocionales, en el que cada pensionista recibe el pago conforme a la cotización durante su vida laboral<sup>12</sup>. Es un modelo mixto en el que se combina las pensiones públicas con las privadas a través de un sistema de capitalización definida sumado a que una parte de las cotizaciones se destina al pago de las pensiones.

AZPEITIA RODRÍGUEZ<sup>13</sup> explica que en Suecia «las pensiones se calculan según el saldo acumulado en una cuenta virtual individual formado por el total de cotizaciones y por los rendimientos generados hasta la fecha de jubilación». Quiere decir que se recibe una prestación en función de lo aportado más los intereses generados por los activos de la cuenta nocional en la que cada persona podría optar por su jubilación a la edad que estime conveniente. El autor continúa esgrimiendo en su estudio que «el tipo de interés a aplicar a esa cuenta virtual se calcula a través de un índice salarial, que trata de reflejar la evolución de los salarios y que, a su vez, depende de la evolución de los salarios per cápita y de la inflación».

Los pilares fundamentales del modelo de pensiones sueco son tres:

- a) Garantizar por parte del Estado la pensión mínima a los mayores de 65 años que no alcancen el mínimo en sus cotizaciones.
- b) Sistema de capitalización de carácter individual de modo obligatorio. Se realiza a través de planes de pensiones de empleo<sup>14</sup>, en el que el 90 % de los trabajadores aportan el 7 % de su sueldo íntegro bruto con unas contribuciones definidas. Las empresas aportan un 10 % del salario bruto. El 18,5 % es el tipo de cotización total, en el que el 16 % es destinado a las cuentas nocionales, que es depositado por el Estado en uno de los cuatro fondos de reserva del sistema público de pensiones.
- c) Sistema de capitalización privado, en que el 2,5 % es destinado al plan de pensión individual. Hay 5 fondos existentes en los que se distribuyen el ahorro y así poder disponer a partir de los 61 años de este dinero.

---

12 JUBILACIÓNYPENSION.COM, «¿Cómo es el modelo sueco de pensiones?», MAPFRE, recuperado de <https://www.jubilacionypension.com/jubilacion/guia/suecia-un-referente-en-pensiones/>.

13 Según AZPEITIA RODRÍGUEZ, F., Consultor Senior de Banca y Seguros en Analistas Financieros Internacionales (AFI), en «El futuro de las pensiones públicas en los países avanzados», *Pensiones: Una reforma medular: Fundación de Estudios Financieros*, 2013: «Una cuenta nocional es una cuenta virtual donde se recogen las aportaciones individuales de cada cotizante y los rendimientos "ficticios" que dichas aportaciones generan a lo largo de toda la vida laboral. Los rendimientos se calculan de acuerdo a un tanto nocional, que puede ser la tasa de crecimiento del PIB, de los salarios medios, de los salarios agregados, de los ingresos por cotizaciones, etc.», recuperado de [http://www.iberglobal.com/Archivos/pensiones\\_circulo.pdf](http://www.iberglobal.com/Archivos/pensiones_circulo.pdf).

14 Vid. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M., «Aspectos económicos y fiscales de los planes de pensiones y otros instrumentos de previsión privados: especial referencia a los de empleo», *Crónica Tributaria*, N°183, 2022, pp. 69-100.

## IV. EL MODELO CENTROEUROPEO DE AUSTRIA

Del modelo centroeuropeo, cabe destacar Austria, en la que la «tasa de reemplazo o sustitución» es del 89,9 %, que está por encima de la media de la OCDE<sup>15</sup> que se sitúa en un 51,9 %. Por tanto, se percibe una pensión media de 1.400 euros, con un 12 % de los pensionistas de caer en riesgo de pobreza. En Austria cotizan al seguro público de pensiones tanto los trabajadores por cuenta ajena (asalariados o funcionarios) como por cuenta propia (autónomos).

Las pensiones se pagan con las contribuciones además de las subvenciones estatales que son financiadas con los ingresos fiscales, ya que las contribuciones a la Seguridad Social, tanto al seguro de salud son inferiores, como una ausencia de seguro de dependencia. El pago de las pensiones austriacas se fracciona en 14 plazos, como mínimo de 933 euros pensiones por mes, que en 12 pagas se traduciría en 1.089 euros al mes<sup>16</sup>.

Sobre la «mochila austriaca», es un modelo que reemplaza la indemnización del despido por una cuenta de ahorros mensual de carácter individual abonada por las aportaciones de la empresa. El trabajador que lleva la «mochila» durante su vida laboral, es una garantía de indemnización de carácter diferido para los trabajadores<sup>17</sup>.

En esta «mochila» la empresa realiza de manera mensual una aportación que será deducida del sueldo íntegro bruto a una cuenta de ahorro de carácter individual denominado «fondo de capitalización», cuyo titular será el empleado. Este dinero acumulado se gestiona a través de fondos privados autorizados previamente por el Gobierno.

Por tanto, se genera un capital acumulado a lo largo de la vida laboral del pensionista, que podrá ser rescatado una vez alcanzada la edad de jubilación. Sin embargo, en caso de cambiar de empleo, la «mochila» acompaña al empleado, y en el caso de que las inversiones del fondo no generen el resultado esperado, el Estado garantizará el abono del capital que se aportó<sup>18</sup>.

Esta «mochila» tiene una serie de ventajas e inconvenientes<sup>19</sup>:

Por un lado, sus ventajas son las siguientes:

1.- Favorecer la movilidad laboral, ya que el trabajador podría abandonar la empresa con la indemnización acumulada durante los años cotizados en la misma, sin perder dichos derechos acumulados si trabaja en otra empresa o podría cobrar el dinero existente en el fondo personal de capitalización en el caso de permanecer desempleado.

---

15 OCDE, «Quiénes somos», op. cit.

16 DEUTCHLAND.DE, «Lo que podemos aprender de Austria», 28 de enero de 2021, recuperado de <https://www.deutschland.de/es/topic/vida/pensiones-en-austria>.

17 *Ibidem*.

18 PICTET ASSET MANAGEMENT, «¿Se puede aplicar en España el modelo austriaco de pensiones?», enero de 2020, recuperado de <https://www.am.pictet/es/blog/articulos/guia-de-finanzas/se-puede-aplicar-en-espana-el-modelo-austriaco-de-pensiones>.

19 DEUTCHLAND.DE, «Lo que podemos aprender de Austria», op. cit.

2.- Es un complemento de la pensión, puesto que, si el trabajador tiene una continuidad en su carrera laboral, podría utilizarlo una vez alcanzado el retiro.

3.- Reduce el temor a contratar, ya que podría evitar a los empresarios la problemática de los despidos improcedentes y su indemnización en los Juzgados de lo Social.

4.- Disminución de la temporalidad, provocando la estabilidad en los contratos por parte de los empresarios.

5.- Ayuda financieramente a las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES), al realizar aportaciones continuadas y la eliminación de la indemnización por despido.

Mientras que, por otro lado, sus inconvenientes son:

1.- Facilita y abarata el despido, al no realizar la empresa ninguna indemnización, tanto en el despido objetivo como en el despido improcedente.

2.- Obliga a las empresas a la mochila, aunque no realicen los despidos, ya que tendrían que depositar éstas una cantidad mensual del sueldo bruto del empleado, en forma de porcentaje, en su cuenta individual.

3.- Aumenta el coste laboral a través de una «nueva cotización» y que podría no tener efectos beneficiosos en el ahorro de pensiones.

4.- En España, por ejemplo, si se deseara cambiar a este modelo, la Seguridad Social no podría financiarla debido al déficit.

5.- La gestión de la mochila austriaca es gestionada por los fondos de pensiones, en las que hay 6-7 gestoras, pero en cambio, en España se plantearía la duda de si podría ser gestionado de modo público, privado o mixto, a través de aseguradoras privadas o con un sistema similar al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)<sup>20</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1.- El modelo mediterráneo del «sistema de cuentas nocionales» italiano. En este caso, se trata de una dualidad entre las cuentas nocionales y la «mochila austriaca», en el que esta última podría ser rescatada por el trabajador antes de su jubilación.

2.- El sistema escandinavo de cuentas nocionales sueco. Es el modelo a seguir por todos los países, ya que se adelantó en el tiempo hace casi 30 años, previendo esta problemática en la que estamos inmersos.

---

20 MONTERO, P., «Mochila austriaca: ventajas e inconvenientes de un sistema que afecta al despido y la pensión», 13 de mayo de 2021, recuperado de [https://www.65ymas.com/economia/pensiones/mochila-austriaca-ventajas-e-inconvenientes\\_6953\\_102.html](https://www.65ymas.com/economia/pensiones/mochila-austriaca-ventajas-e-inconvenientes_6953_102.html).

3.- El sistema centro europeo de la «mochila austriaca». Goza de grandes ventajas, pero también de inconvenientes, al abaratar el despido, en el que no se garantiza la pensión del trabajador ya que, si es despedido, tendrá que utilizar esta «mochila» como sustento para vivir.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AZPEITIA RODRÍGUEZ, F., «El futuro de las pensiones públicas en los países avanzados», *Pensiones: Una reforma medular: Fundación de Estudios Financieros*, 2013, recuperado de [http://www.iberglobal.com/Archivos/pensiones\\_circulo.pdf](http://www.iberglobal.com/Archivos/pensiones_circulo.pdf).
- CABIRTA, A., «Modelo sueco de pensiones y "mochila austriaca", ¿en qué se diferencian?», *BBVA*, 3 de julio de 2019, recuperado de <https://www.bbva.com/es/modelo-sueco-de-pensiones-y-mochila-austriaca-en-que-se-diferencian/>.
- DEUTCHLAND.DE, «Lo que podemos aprender de Austria», 28 de enero de 2021, recuperado de <https://www.deutschland.de/es/topic/vida/pensiones-en-austria>.
- ESTEVE, T., «Cuál es la pensión máxima y mínima en Italia». 65 y más, 20 de junio de 2020, recuperado de [https://www.65ymas.com/economia/pensiones/cual-es-pension-maxima-minima-en-italia\\_16016\\_102.html](https://www.65ymas.com/economia/pensiones/cual-es-pension-maxima-minima-en-italia_16016_102.html).
- GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M., «Aspectos económicos y fiscales de los planes de pensiones y otros instrumentos de previsión privados: especial referencia a los de empleo», *Crónica Tributaria*, N.º 183, 2022, pp. 69-100.
- INSTITUTO BBVA DE PENSIONES, «La jubilación en Suecia: así funciona uno de los sistemas de pensiones de referencia», 7 de enero de 2019, recuperado de <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/la-jubilacion-en-suecia-asi-funciona-uno-de-los-sistemas-de-pensiones-de-referencia.html>.
- JUBILACIÓNYPENSION.COM, «¿Cómo es el modelo sueco de pensiones?», *MAPFRE*, recuperado de <https://www.jubilacionypension.com/jubilacion/guia/suecia-un-referente-en-pensiones/>.
- MARTÍNEZ-CUE, F., «Tribuna de Fernando Martínez-Cue: Las pensiones de jubilación en Italia, el sistema de cuentas nocionales», *BBVA: Jubilación de futuro*, 4 de marzo de 2020, recuperado de <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/tribuna-de-fernando-martinez-cue-las-pensiones-de-jubilacion-en-italia-el-sistema-de-cuentas-nocionales.html>.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, «El sistema de pensiones en Italia según la OCDE», *Actualidad Internacional Sociolaboral*, n.º 197, *Gobierno de España*, recuperado de [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista\\_ais/197/43.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/197/43.pdf).

**MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL.** «Posibilidad de flexibilizar el acceso a la pensión», *Actualidad Internacional Sociolaboral*, n.º 194, Gobierno de España, recuperado de [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista\\_ais/194/71.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/194/71.pdf).

**MONTERO, P.**, «Mochila austriaca: ventajas e inconvenientes de un sistema que afecta al despido y la pensión», 13 de mayo de 2021, recuperado de [https://www.65ymas.com/economia/pensiones/mochila-austriaca-ventajas-e-inconvenientes\\_6953\\_102.html](https://www.65ymas.com/economia/pensiones/mochila-austriaca-ventajas-e-inconvenientes_6953_102.html).

**OCDE**, «Quiénes somos», recuperado de <https://www.oecd.org/acerca/>.

**PICTET ASSET MANAGEMENT.** «¿Se puede aplicar en España el modelo austriaco de pensiones?», enero de 2020, recuperado de <https://www.am.pictet/es/blog/articulos/guia-de-finanzas/se-puede-aplicar-en-espana-el-modelo-austriaco-de-pensiones>.



# EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ¿PELIGRA LA INTEGRIDAD DEL PROYECTO EUROPEO?<sup>1</sup>

## THE PRINCIPLE OF THE PRIMACY OF EUROPEAN UNION LAW IS THE INTEGRITY OF THE EUROPEAN PROJECT IN DANGER?\*

**Virginia Saldaña Ortega**

**Directora del Grado en Derecho. Universidad Isabel I (España)  
Vicesecretaria general del Instituto Eurolatinoamericano  
de Estudios para la integración  
*viriniassortega@gmail.com***

### **Sumario:**

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PAPEL PROTAGÓNICO OSTENTADO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO. III. EL NACIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. Análisis pormenorizado de la sentencia Costa ENEL. 2. Peculiaridades de la aplicación delo principio de primacía. IV. ACTUALIZACIÓN AL RESPECTO DEL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA: EL CASO POLONIA. V. CONCLUSIONES.

**Palabras clave:** Derecho comunitario-Incumplimiento-Primacía-Principios-Unión Europea.

**Key words:** Community law-Non-compliance-Primacy-Principles-European Union

**Resumen:** Con motivo de las últimas actuaciones por parte de determinados países de la Unión Europea, se ha puesto de manifiesto la existencia de una fisura en la aceptación y el compromiso para con el proyecto europeo que, además, se ha visto claramente reflejado en las actuaciones encaminadas a la vulneración del principio de primacía por parte de Polonia. A partir de tales circunstancias es que venimos a analizar el estado en que se encuentra el mencionado principio y su preservación por parte de los Estados miembros desde su nacimiento hasta la actualidad más imperante de nuestros días.

---

1 Recibido en fecha 00/00/0000. Aceptada su publicación en fecha 00/00/0000.

Entendemos que las circunstancias resultan inquietantes para quienes defendemos el principio de primacía como el estándar esencial sobre el que debe asentarse dicha realidad. Máxime, cuando las inestabilidades que acontecen a nivel mundial y que asolan nuestro día a día, suponen una justificación más de la salvaguardia del cumplimiento del Derecho comunitario, la consiguiente protección de los principios inherentes a la ciudadanía, y de cómo todo ello pasa irrenunciablemente por la procura del principio de primacía de la Unión Europea como estandarte fundamental.

**Abstract:** On the occasion of the latest actions by certain countries of the European Union, the existence of a fissure in the acceptance and commitment to the European project has been revealed, which, moreover, has been clearly reflected in the actions carried out to the infringement of the principle of primacy by Poland. It is from these circumstances that we come to analyze the state of the mentioned principle and its hold by the Member States from its birth to the most prevailing present day.

We understand that the resulting circumstances are disturbing for those of us who defend the principle of primacy as the essential standard on which said reality must be based. Especially, when the instabilities that occur worldwide and that devastate our day to day, suppose one more justification for the safeguard of compliance with Community Law, the consequent protection of the principles inherent to citizenship, and how all this inevitably passes through the pursuit of the principle of primacy of the European Union as a fundamental banner.

## I. INTRODUCCIÓN

El proceso de evolución acontecido en el seno de la realidad europea, desde el nacimiento de aquellas primigenias Comunidades europeas hasta nuestra actualidad más inmediata, no se ha encontrado en absoluto exento de polémicas, problemáticas e inestabilidades que necesariamente han venido evidenciando la continua necesidad, por parte de las Instituciones, de aportar soluciones prácticas y afincadas en las sólidas bases que asientan el Derecho de la Unión Europea. Una realidad marcada por las devastadoras consecuencias que generaron los conflictos bélicos que, de alguna manera, preceden a la construcción de esta nueva realidad, resultando condición esencial y consecuencia directa de la necesidad de implementar un estandarte fundamental en torno al cual girara todo el desarrollo normativo comunitario de los años posteriores.

En este orden de ideas es que venimos a destacar la encomiable labor llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el arduo y difícil proceso de matización y complementación de los elementos normativos, de aquellas cuestiones sometidas a debate en materia de Derecho que, con motivo de su a veces opacidad manifiesta, su falta de especificación o la directa contrariedad con el Derecho originario, debían ser analizadas de forma detallada por la Institución, a la que debía encomendarse tan honorable labor. Y no podemos sino afirmar la sobresaliente actuación llevada a cabo en sus menesteres; el Tribunal de Luxemburgo se ha convertido en un ejemplo claro de buen hacer, carácter, capacidades y conocimientos notables a cuya buena labor debemos el nacimiento de los trascendentales principios y características del Derecho de la Unión Europea, esto es: la primacía, el efecto directo, la aplicabilidad directa y la posibilidad de alegación.



Quedémonos pues con el primero de los elementos citados pues previsiblemente será protagonista de las próximas páginas, ello con motivo de su indudable virtualidad, de la importancia que su cumplimiento alberga, y de los más que posibles atropellos que, sin mayor suerte, determinados Estados miembros han intentado acometer para con él. Indudablemente las venturas y desventuras que giran alrededor de la implementación de este principio son numerosas, y venimos pues a centrarnos en dos sentencias fundamentales, capaces de mostrar dos realidades absolutamente discordantes como son: el caso Flaminio Costa c. ENEL<sup>2</sup> y la reciente sentencia del Tribunal constitucional de Polonia<sup>3</sup>.

## II. EL PAPEL PROTAGÓNICO OSTENTADO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO

El intenso procedimiento normativo desarrollado en el seno de la Unión Europea, resulta merecedor de una anotación especial en estas líneas, del mismo modo que el papel desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tal y como veníamos adelantando en párrafos anteriores, ha procedido a la consagración de los principios y caracteres que tienen cabida y parangón en el Derecho de la Unión Europea, con motivo del nacimiento de una organización *sui generis* como la que nos acontece.

Nacida en el año 1952 como Institución jurisdiccional, ha procurado una constante actividad encaminada a la interpretación del Derecho de la Unión Europea y a la salvaguardia y velo por el respeto de los Estados miembros de las obligaciones que emanan del Derecho originario y que le son de obligado cumplimiento<sup>4</sup>. Precisamente en pro de tales atribuciones, el TJUE, en una ardua labor de análisis y reflexión objetivada ha venido desarrollando y definiendo todos aquellos principios que forman parte esencial del Derecho comunitario, que actúan como estándar de mínimos en la actividad diaria que acontece en el seno de la Unión a nivel normativo y que hoy son objeto de nuestros pensamientos más presentes, centrando nuestra atención en el principio de primacía, como veremos a continuación.

Prueba de la importancia que aún hoy alberga la citada Institución y su labor interpretadora y de protección, la encontramos en el incesante aumento de asuntos que, de forma gradual, ha venido evidenciando un absoluto compromiso por parte de los Estados

---

2 STJUE del 15 de julio de 1964, caso Flaminio Costa c. ENEL (Asunto C-6/64).

3 Sentencia del TC de Polonia, del 7 de octubre de 2021 (K 3/21).

4 En atención al artículo 267 TFUE (234 TCE): «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse [...] sobre la interpretación de los Tratados [...]», además de, según el artículo 19 TUE: «[...] garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados».

miembros en su labor de protección de los derechos individuales proporcionados a los ciudadanos e inherentes a los Tratados<sup>5</sup>. Este crecimiento queda puesto de manifiesto de forma evidente en el último informe anual publicado de la Institución que establece un crecimiento paralelo en el número total de casos presentados y cerrados para el año 2021 con un total de 2541 casos (cifra similar a la del año anterior y sustancialmente más elevada que en el año 2018 con un total de 1683).

### III. EL NACIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

El proyecto de integración se encuentra asentado en la aceptación de una serie de vínculos para nada entendibles por otras ramas del Derecho público y que, en absoluto cabría que guardaran similitudes reales con los procesos acontecidos en el seno de otras organizaciones y del campo internacional del Derecho, tal y como hemos tenido oportunidad de manifestar en numerosas ocasiones. Pareciera que la eterna disyuntiva y guerra doctrinal de aquellos quienes defienden la idea de que la Unión Europea es una organización internacional de corte clásico y de quienes abogamos por la idea de que esta organización no puede ser entendida tal y, por lo tanto, no guarda similitudes con el concepto tenido en cuenta para la construcción de otras organizaciones internacionales al uso, tales como las Naciones Unidas, peca ya más de utópico que de lo que en algún momento llegó a plantearse como una lucha encarnizada entre internacionalistas y administrativistas, nada deseable para la academia.

La Unión Europea es una organización, internacional si quieren que precisemos, pues su construcción basada en los primigenios Tratados<sup>6</sup> así lo llegaron a comprender, pero indiscutiblemente nos encontramos ante una organización *sui generis*, en absoluto comparable a ninguna otra pues no ha existido ninguna experiencia similar en el ámbito internacional y porque ella se encuentra asentada en pilares y estándares mucho más avanzados, basados precisamente en el interés integrador y abandonando la vieja idea de cooperación entre Estados, ideario que, en algún momento, llegó a marcar el rumbo de su crecimiento y evolución. Eso sí, hacia escenarios basados en un proceso de cooperación eminentemente económica que abandonó absolutamente las pretensiones integracionistas y de armonización a todos los niveles, que indudablemente florecían en los años previos a la creación de las entonces Comunidades europeas<sup>7</sup>.

La integración europea ofrece un entorno normativo muy diferente, y mucho más completo en la actualidad, gracias a un Derecho por medio del cual, se establece la distribu-

---

5 Véanse a este respecto: Informe Anual de 2018: Panorámica del año del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Disponible en: <https://www.cde.ual.es/ficha/informe-anual-2018-panoramica-del-ano/>) y Informe anual de 2021: panorama del año (Disponible en: CURIA - Informe anual - Tribunal de Justicia de la Unión Europea (europa.eu)).

6 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero IDOUE, del 18 de abril de 1951.

7 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero IDOUE, del 18 de abril de 1951.

ción de las competencias otorgadas a ella, las formas de funcionamiento y las organizaciones y sistema institucional que proporciona una construcción completa y detallada de su ordenamiento jurídico. Precisamente en tales circunstancias convendría atestiguar que la firma de los Tratados fundacionales y posteriores, se encuentran basados en la cesión de determinados campos de la soberanía por parte de los Estados adheridos a esta realidad; parcelas cuya ampliación dependerá de lo perfeccionado en los propios Tratados y que facultará a las Instituciones al desarrollo normativo de dichos campos de actuación.

Esta evolución en el compromiso de los Estados miembros y en las Instituciones europeas, podemos evidenciarlo precisamente en el contenido de los propios Tratados: a tal efecto, conviene poner de manifiesto como la cesión de soberanías llevada a cabo por el Tratado de París estaba delimitada a asuntos muy tasados, pudiendo llegar a considerarse que la naturaleza de su contenido se encontraba más vinculado a la naturaleza que alberga un Tratado-Ley que a lo que podríamos llegar a entender como Tratado propiamente dicho<sup>8</sup>. En contraposición, encontramos la redacción y el contenido asimilado por el Tratado de Lisboa, actualmente vigente en nuestra normativa y que bien puede ser entendido un Tratado-marco, cuyo contenido proporciona un indudablemente mayor marco de discrecionalidad a las Instituciones en el ejercicio de sus actuaciones.

Con el fin de procurar un correcto ejercicio de cesiones en materia de soberanía por parte de los Estados miembros, ha resultado de vital importancia, tal y como venimos advirtiendo, las características del Derecho de la Unión Europea y, de manera muy particular, la relativa a la primacía. El mencionado principio no debe ser entendido desde un prisma internacionalista por el que los Estados miembros tengan o no que establecer un compromiso a determinadas acciones, en virtud de sus apetencias o deseos en cada momento sino que la aplicación de la primacía como característica esencial del Derecho comunitario y su importancia estriba precisamente en que aquellos países adheridos a esta comunidad, en pro del buen funcionamiento del grupo, deben respetar y velar por su cumplimiento ya que este se encuentra íntimamente ligado al de cooperación leal, entendiéndose que una actuación en contra de la mencionada, supondría la vulneración de principios de alcance más general como el de lealtad y, por consiguiente, la vulneración manifiesta del Estado al principio de respeto a los acuerdos.

## 1. Análisis pormenorizado de la sentencia Costa ENEL

Como advertíamos en capítulos anteriores, la sentencia del 15 de julio de 1964, ENEL (Asunto C-6/64), conocida como *caso Costa ENEL*, fue la responsable de la consagración del citado principio. Ofreciendo un breve pasaje por su contenido, destacamos que la motivación que trajo causa del mencionado pronunciamiento tiene lugar a partir del litigio de Flaminio Costa, ciudadano italiano con acciones en la empresa eléctrica ENEL. Una vez producida la nacionalización del sector eléctrico italiano y a modo de protesta por dicha nacionalización, el señor Costa planteó su negativa de abonar el costo de la factura de electricidad, al entender que la ley que facultaba dicha nacionalización era contraria a lo recogido por el Tratado de Roma. Con tal motivación, la empresa ENEL procedió a interponer una demanda por impago de facturas.

---

8 MOLINA DEL POZO, C.F., *Derecho de la Unión Europea*, Edit. Reus, Madrid, 2022, pág. 243.

La posición del Estado italiano era afirmar que el Tratado de Roma había sido incorporado al ordenamiento nacional y que, por consiguiente, una ley nueva tendría facultades para derogar lo legislado hasta el momento en dicha materia, no siendo obligación del juez nacional la aplicación de la ley interna, y no cabiendo la elevación de una cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia vino a determinar, de acuerdo con las exposiciones realizadas en la *Sentencia Van Gend Loos*, que, en contra de lo acontecido en el seno de un Tratado internacional, el TCEE lo que vino a desarrollar fue un ordenamiento jurídico propio que debía estar integrado en los distintos ordenamientos de los Estados adheridos a este proyecto y vinculando, en definitiva, a sus órganos jurisdiccionales de forma directa e indiscutible. Con tal motivo, el Tribunal vino a declarar la admisibilidad de las cuestiones planteadas «no pudiendo oponerse a las normas comunitarias ningún acto unilateral posterior».

Tales precisiones se encontraban pues basadas en tres elementos fundamentales: en primer orden de ideas, el Tribunal estableció a modo de clara distinción de los Tratados comunitarios para con el resto de Tratados internacionales, que el TCEE creaba un ordenamiento jurídico propio y que, atendiendo al segundo criterio, dicha creación facultó la transferencia de los derechos y obligaciones derivados del Tratado de los ordenamientos jurídicos nacionales al ordenamiento comunitario, todo ello, como consecuencia del tercer gran elemento a destacar que no es otro que la eliminación de toda posibilidad de adopción por parte de los Estados miembros de una normativa contraria al Derecho de la Unión Europea o que pueda llegar a poner en duda la permanencia de este.

Una vez ofrecida la sucinta explicación al respecto del contenido de la sentencia objeto de contravención en estas líneas, convenimos en dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿Dónde reside la importancia y especialidad de la citada sentencia? Efectivamente su hito jurisprudencial se halla precisamente en la confirmación por parte del Tribunal de Luxemburgo de la precedencia del Derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales de los Estados miembros la Unión Europea. De esta manera, la supremacía, precedencia o primacía se consagra, garantizando dicha superioridad frente a los contenidos normativos de orden nacional. Ello, indudablemente supone, además, la uniformidad de la interpretación del Derecho en todo el territorio de la Unión Europea y el consiguiente respeto y salvaguardia de los derechos de los individuales.

De esta manera es que se glorifica el principio de primacía, introduciéndose los criterios por dicha jurisprudencia, aplicados a los distintos y sucesivos fallos jurisprudenciales y no existiendo dudas al respecto de su respeto y aplicación. Así fue puesto de manifiesto en documentos institucionales<sup>9</sup> y en las sentencias posteriores relativas a disipar las posibles dudas al respecto de la aplicación del Derecho comunitario<sup>10</sup>. De tal manera y pese a

9 Véase versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-Declaraciones anejas al Acta final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. A. Declaraciones relativas a disposiciones de los Tratados. 17. Declaración relativa a la primacía [DOUE 115 de 9 de mayo de 2008]

10 A tal efecto la STJUE del 19 de noviembre de 1991, caso *Francovich* (Asuntos acumulados C-6/90 y 9-90) estableció que: «El Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembro y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son solo los Estados miembro sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a

no encontrarse redactado en el mismo momento de su nacimiento, el principio de primacía promocionó a pilar fundamental del Derecho de la Unión Europea y así fue puesto de manifiesto en adelante, en cada ocasión de pronunciamiento que pudiera darse<sup>11</sup>.

Ya hemos tenido ocasión de afirmar la definición ofrecida por la jurisprudencia al principio de la primacía del Derecho comunitario, empero ¿Qué es el citado principio según las disposiciones doctrinales? Pues bien, allanándonos a las afirmaciones ofrecidas por MOLINA DEL POZO, nos encontramos ante un principio general aceptado por el que el Derecho de la Unión Europea se entiende que prima sobre las normas que integran el Ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro, de tal manera que se establezca un canon garantista, en virtud del cual, se procura el respeto al Derecho que albergan los Tratados constitutivos y que se desarrolla a lo largo de todo el Derecho derivado, debiendo adaptar cada Estado miembro su Derecho nacional a las necesidades o exigencias que se producen con la finalidad de acatar el contenido del DUE<sup>12</sup>.

## 2. Peculiaridades de la aplicación del principio de primacía en la Unión Europea

De lo redactado hasta el momento, cabe afirmar que la esencia del correcto funcionamiento de la Unión Europea, de sus Instituciones y de todos los escenarios en que radica su realidad estriba irrenunciablemente en su protección y es que en un planteamiento contrario en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea permitiese ofrecer legislaciones individuales y diferentes en cada Estado miembro, atentariamos contra el espíritu de comunidad y armonía que presenta este proyecto supranacional, produciendo un evidente desequilibrio normativo y eliminando toda posibilidad de garantía de la tutela judicial efectiva en los ciudadanos, de igual manera y bajo las mismas prerrogativas en cada Estado miembro<sup>13</sup>.

Una vez afirmada la existencia de una primacía por parte del Derecho comunitario, con vendría clarificar quién debe asegurar el cumplimiento de tal principio en el seno de los Estados miembros: ¿Corresponde al juez nacional su protección, a algún otro órgano o a la propia Unión Europea? Evidentemente, será el juez nacional quien tenga otorgada la tarea de supervisión y salvaguardia del principio de primacía en tanto en cuanto deba aplicar el Derecho comunitario a los casos de que conozca. Por ello, para aquellos supuestos en que el juez nacional albergue algún tipo de duda al respecto de la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea, deberá suspender de inmediato el procedimiento y elevar una cuestión prejudicial a fin de que sea el Tribunal de Justicia quien dictamine, por medio de sentencia, clarificando tales dudas al respecto de la correcta aplicación del DUE<sup>14</sup>. A

---

formar parte de su patrimonio jurídico; estos se crean no solo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias».

11 Véase, a modo de ejemplo: Dictamen del servicio jurídico del Consejo: Conclusiones de la Presidencia. IDOUE 111/77, de 20 de julio de 2007).

12 MOLINA DEL POZO, C.F., *Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Edit. Reus, pág. 298 y ss.

13 Véase a este respecto: STJUE 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica (Asunto C-149/9).

14 Véanse STJUE del 9 de marzo de 1978, caso Simmenthal (Asunto C-106/77) y STJUE del 19 de junio de 1990, caso Factortame (Asunto C-213/89).

mayor abundamiento, el principio de primacía establece la obligatoriedad de que los jueces nacionales, en pro de ofrecer una real garantía del Derecho de la Unión Europea, desterré la jurisprudencia que haya habido hasta el momento y que se encuentre basada en una interpretación errónea, por muy reiterada y asentada que la misma se encuentre en el Derecho nacional.

Bien es cierto que tales afirmaciones no resultan rotundas ni absolutas, y que su correcta aplicación debe tener en cuenta las teorías del acto claro y del acto aclarado que de forma extensiva hemos tenido oportunidad de tratar en otras ocasiones<sup>15</sup> y que bien podríamos resumir, en un ejercicio de absoluta síntesis, nada procedente para la cuestión planteada de la siguiente manera:

«El artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno debe cumplir con la obligación de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la interpretación correcta del Derecho de la Unión que se le haya sometido salvo que constante que dicha cuestión no es pertinente, que la disposición del Derecho de la Unión de que se trate ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia o que la interpretación correcta del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable».

Sea como fuere, lo que cabría concluir de las circunstancias en que viene a desarrollarse el principio de primacía en el orden pretoriano es que su construcción y asimilación, de igual manera que se procedió con otras características del Derecho comunitario tales como el efecto directo, se asentó sobre la base del propio Derecho de la Unión Europea, de tal manera que los ordenamientos jurídicos y derechos que habitan en el seno de esta organización supranacional, se encuentran articulados a partir de tales principios y que estos son comunes e iguales en todo el territorio europeo, quedando desterrada la posibilidad de inaplicar tales principios en los distintos ámbitos nacionales.

Y esta obligación de garantizar el principio de primacía en el ámbito nacional ¿es absoluta y exclusiva de los jueces nacionales? Debemos aclarar que dicha obligación, producida en virtud de la consagración de un principio de naturaleza y repercusión tal, deberá ser impuesta a todos los órganos e Instituciones de los distintos Estados miembros, de conformidad con las disposiciones aportadas en el caso Melloni<sup>16</sup>. Esto incluye, por consiguiente, a las autoridades administrativas, tal y como vino a expresar el Tribunal en el caso Constanzo<sup>17,18</sup>.

El compromiso de inaplicar las normas internas que sean contrarias al Derecho de la Unión Europea lleva acarreado además la obligación, por parte de los propios Estados,

---

15 MOLINA DEL POZO, C.F., SALDAÑA ORTEGA, V., «Una revisión a la teoría del acto claro: a propósito de la sentencia del 6 de octubre de 2021 (Asunto C-561/19): A vueltas con la doctrina Cilfit», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 12, págs. 33-49.

16 STJUE del 26 de febrero de 2013, caso Melloni (Asunto C-399/11).

17 STJUE del 22 de junio de 1989, caso Constanzo (Asunto C-103/88/).

18 LÓPEZ ESCUDERO, M., «Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista del Derecho Comunitario Europeo*, 2019, pág. 7.

de eliminar todas aquellas normas que evidencien una contradicción para con el Derecho comunitario, no siendo plausible que los jueces nacionales únicamente la inapliquen pues ello generaría posibles inseguridades jurídicas por la incongruencia de un ordenamiento jurídico que, pese a no aplicar determinada norma, alberge en su contenido una contradicción con el DUE propiamente dicho, todo ello de conformidad con las afirmaciones aportadas por el Tribunal de Justicia<sup>19</sup>.

## IV. ACTUALIZACIÓN AL RESPECTO DEL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA: EL CASO POLONIA

Lamentablemente, las circunstancias de los últimos años han variado sustancialmente la larga y pacífica aceptación del principio de primacía en territorio europeo que, de forma unánime fue asimilado como un elemento base en el que se vino a estructurar y desarrollar todo el entramado jurídico y normativo que envuelve a la Unión Europea. Ello, podemos entender que viene motivado, en términos estrictos de examen, por las actuaciones de países como Polonia y Hungría que de forma manifiesta y deliberada han llevado a cabo una serie de actuaciones encaminadas a la salvaguardia de sus intereses desde la perspectiva y el sentimiento nacionalista más incondicional, provocando un atropello absoluto a los pilares y estándares principales de la Unión Europea, y de forma especialmente relevante, en la violación del principio de primacía de nuestro Derecho, con motivo de la aplicación de una serie de normativas contrarias al espíritu europeo y en absoluto afines al proyecto, como veremos posteriormente. Sin embargo, si lo que realizamos es un análisis de la situación desde una perspectiva más distante, lo que encontramos es la terrible consecuencia de una situación que de forma reiterada ha venido aconteciendo en el seno de nuestra organización desde hace algunos años.

Nos explicamos: las grandes ampliaciones que han tenido lugar en la Unión Europea, han procurado un compendio de países europeos que asciende ya a la friolera cifra de veintisiete, sin embargo ¿cuántos de ellos poseen un verdadero sentimiento de pertenencia? ¿existe ausencia de espíritu europeo en las nuevas adhesiones? Evidentemente, las circunstancias han cambiado de forma irremediable desde la integración de aquellos seis países fundadores, quienes sí albergaban en su interior una verdadera necesidad de pertenencia y un espíritu integrador y armonizador que procurara una Unión Europea real y que hiciera las veces de instrumento pacificador en el seno de un mundo devastado por los desastres bélicos ocasionados en esos años y que de alguna manera habían mermado a la ciudadanía, que habían generado grandes perjuicios a nivel económico y que dibujaban un escenario poco esperanzador en el que una propuesta de tanta envergadura fue considerada la mejor salida al catastrófico contexto que acontecía en esos años.

---

19 STJUE del 4 de abril de 1974, Comisión c. Francia (Asunto C-167/73).

Sin embargo, las adhesiones posteriores, y especialmente las que tuvieron lugar a partir del año 2004, comenzaron a desdibujar el concepto tenido en cuenta hasta el momento de lo que era el proyecto europeo, llegándose a entender por algunos nuevos adheridos como un mero instrumento capaz de aportar mejores resultados a su proceso de crecimiento y abandonando absolutamente ese espíritu integrador que protagonizó los inicios de esta construcción y que fue motivo esencial de su evolución majestuosa hasta la persecución de una integración real que abandonara la idea primigenia de una unión basada en aspectos exclusivamente económicos. Faltó por tanto profundizar en el proyecto, abogar por la procura de un verdadero sentimiento europeo en países que, como Polonia o Hungría, solo veían en esta adhesión un mero acuerdo que les facultara sendas oportunidades de progreso.

Centrémonos, en esta ocasión, en las circunstancias que fueron objeto de inquietudes por parte de las Instituciones europeas y que llegaron a desestabilizar y hacer peligrar el verdadero cumplimiento del Derecho comunitario, con motivo de las erráticas actuaciones llevadas a cabo por Polonia. Lo cierto es que no resulta ajena la mala actuación en materia de protección de principios del DUE por parte de Polonia. Ya en el año 2015 el Gobierno ultraconservador PIS —*Ley y justicia*— intentó poner en activo una serie de actuaciones encaminadas a la reestructuración del sistema judicial del país; se trataba de una reforma en profundidad del sistema judicial por medio del cual se facultara una mayor subordinación. La reforma polaca violaba de manera flagrante la independencia de los Tribunales, así como el principio de separación de poderes con el conocido instrumento disciplinario que, bajo el yugo, político era capaz de censurar a los jueces polacos.

A tal efecto, el Tribunal Supremo de Polonia, en una sentencia histórica y que irrenunciablemente pasará a la posteridad como una de las mayores atrocidades normativas acontecidas en el seno de esta organización, vino a responder a las apreciaciones de las Instituciones comunitarias que de forma reiterada han ido asimilando y cimentando el deber de respeto al Derecho comunitario y a su principio de primacía, afirmando la incompatibilidad del Derecho europeo para con su Constitución. La motivación del conflicto, como vemos, resulta altamente preocupante y arroja marcados tintes de desesperanza ante aquellos quienes entendíamos superada la cuestión y los que comprendíamos que el principio de primacía no albergaba dudas en los Estados miembros. Nada más lejos de la realidad, el Tribunal Constitucional<sup>20</sup> del país polaco declaró inconstitucionales varios artículos recogidos por el Tratado de Lisboa y, particularmente, el establecimiento de una primacía del Derecho comunitario ante el Derecho nacional de los países miembros.

A mayor abundamiento, el fallo de su Tribunal Constitucional vulnera de forma manifiesta el principio de independencia judicial que se procura por medio del artículo 2 TUE —entendiéndose la importancia de velar por el Derecho a una tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea— y 19 del Tratado de la Unión Europea. Polonia no se considera comprometida al cumplimiento de este desglose normativo, entendiéndose que de ello se desprende una evidente negación al principio de primacía<sup>21</sup>.

---

20 Sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 7 de octubre de 2021 (K 3/21) (16 diciembre 2021).

21 Véase STJUE del 2 de marzo de 2021 (Asunto C-824/18).



A partir del momento narrado, las actuaciones que han venido sucediéndose por parte de las Instituciones comunitarias, han sido muchas y de enorme calado, todo ello con el fin de proteger la estructura que sustenta la Unión Europea y que indudablemente se encuentra apoyada en el principio que de forma inentendible se ha venido a poner en duda más de cinco décadas después de su asimilación por parte de los Estados miembros. Con tal motivo, el TJUE condenó al país infractor al abono de una multa coercitiva a la Comisión Europea por un valor total de un millón de euros, con motivo de un procedimiento iniciado en el mes de noviembre del año 2019<sup>22</sup>.

El resultado de todo cuando analizamos no es otro que un ejercicio de presión por parte de las instituciones para con el país, que hasta el momento parece no haber atajado la problemática. En este sentido, la Comisión Europea que ha venido mostrando su gran preocupación por los fallos emitidos desde los Tribunales nacionales, ha indicado la necesidad de proceder a la implementación de medidas disuasorias, instrumentos que permitan garantizar el respeto a los principios fundadores de la Unión Europea. Precisamente con motivo de la imparable mala práctica de Polonia y el caso omiso realizado a los incumplimientos y el pago de multas de carácter coercitivo que le fueron impuestas, la Unión Europea determinó que la entrega de los treinta y seis millones de euros procedentes de las ayudas aportadas en el marco de los fondos de recuperación fueran paralizados hasta la reconducción de sus deberes de protección a los principios que asientan el Derecho comunitario por parte de Polonia.

Las últimas circunstancias acontecidas favorecen indudablemente al país miembro, precisamente habiendo venido la Unión Europea a proceder en un ejercicio de confianza, desmesurada bajo nuestro entendimiento, para con la buena actuación de Polonia y la restauración de las jerarquías y el mantenimiento del principio de primacía de la Unión Europea frente a su Derecho nacional. Con tal motivo, la cantidad destinada a la recuperación queda condicionada a la reforma del régimen disciplinario de los jueces y también de la revisión de los procedimientos abiertos contra determinados jueces.

Sin embargo, pese a lo ideal de la solución aportada por ambas partes, ¿cuán seguro resulta que la actuación de Polonia vaya encaminada a proporcionar dichos cambios? ¿qué control existe en que el mencionado país no vuelva a caer en un incumplimiento y violación de tales magnitudes? Evidentemente no cabe en estas circunstancias ninguna seguridad pues las actuaciones llevadas a cabo por el citado país a lo largo de los años no han facultado un sentimiento contrario.

En absoluto nuestra intención es pecar de gafes o alentar un fatídico final a la situación que viene aconteciendo desde hace algunos años, pero lo cierto es que la adhesión de Polonia siempre estuvo marcada por unos provechos algo alejados del espíritu integrador que protagonizó esta comunión. Sus intereses siempre fueron más encaminados a la procura de pretensiones individualizadas, a la evolución económica a partir del impulso proporcionado por su adhesión y por la posterior inercia que podía adquirir su economía. Aquí es donde se pone de manifiesto nuevamente, una de las principales carencias que asolan el panorama europeo, por el que, tal y como advertíamos anteriormente, las numerosas adhesiones que fueron objeto de nuestra realidad a lo largo de

---

22 Véase STJUE del 19 de noviembre de 2019 (Asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18).

los últimos años, fueron olvidando la importancia de que tales adhesiones estuvieran basadas en una verdadera conformidad y convicción en el proyecto europeo.

## V. CONCLUSIONES

Desde hace algunos años, venimos abogando por la necesidad de un nuevo impulso en Europa, que sea capaz de procurar una estructura férrea y sólida en la que pueda asentarse la actividad comunitaria. Durante años, hemos procedido, erróneamente bajo nuestro criterio, por la expansión territorial, la adhesión de Estados a la realidad de la organización. Es necesario profundizar en el proyecto, procurar una reforma integral que permita precisamente la salvaguardia de los intereses que durante siete décadas han venido acompañándonos de forma constante.

Nos encontramos ante una realidad con amplísimas circunstancias que generan inestabilidad a todos los niveles. El panorama internacional, los desastres bélicos de los últimos meses y las debacles económicas que asolan nuestro escenario ponen de manifiesto la necesidad de ofrecer una salida conjunta, coordinada a tales situaciones. No podemos permitirnos como organización supranacional, la disidencia sentimental europea, el abandono de los valores y principios que rigen en la Unión Europea pues ello evocaría irrenunciablemente a una grieta insalvable en la ciudadanía y la procura de un estancamiento en la evolución de un proyecto que, por su magnitud, y la inercia que ha venido tomando, se encuentra destinado a la construcción de una Europa de mayor envergadura.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- MOLINA DEL POZO, C.F., «El Derecho Administrativo y su progresiva armonización con el Ordenamiento Jurídico Comunitario», en *Revus International des Sciences Administratives*, n.º 1, año 1980.
- MOLINA DEL POZO; C.F., «Supranacionalidad y Ordenamiento Jurídico», en *Revista de Estudios e Investigación de la Comunidad Europea (REICE)*, n.º 1, año 1987.
- MOLINA DEL POZO, C.F., *Tratado de Derecho de la Unión Europea*, (4 volúmenes), Jurúa Editorial, Curitiba-Lisboa, 2015.
- MOLINA DEL POZO, C.F., «El largo camino recorrido desde la descentralización hasta el federalismo: el caso de la Unión Europea», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, Núm. 8, 2016,
- SALDAÑA ORTEGA, V., «Origen y evolución de la Unión Europea: Hacia la construcción de un modelo federal», *Derecho de la Unión Europea e integración regional (Liber Amicorum al Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, Págs. 115-131.

MOLINA DEL POZO, C.F., SALDAÑA ORTEGA, V., *Una revisión a la teoría del acto claro: a propósito de la sentencia del 6 de octubre de 2021 (Asunto C-561/19): A vueltas con la doctrina Cifit* [En prensa].

LÓPEZ ESCUDERO, M., Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE, *Revista del Derecho Comunitario Europeo*, 2019, pág. 7.

## Jurisprudencia consultada

STJUE del 15 de julio de 1964, caso Flaminio Costa c. ENEL (Asunto C-6/64).

STJUE del 4 de abril de 1974, Comisión c. Francia (Asunto C-167/73).

STJUE del 9 de marzo de 1978, caso Simmenthal (Asunto C-106/77).

STJUE 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica (Asunto C-149/9).

STJUE del 22 de junio de 1989, caso Constanzo (Asunto C-103/88/).

STJUE del 19 de junio de 1990, caso Factortame (Asunto C-213/89).

STJUE del 19 de noviembre de 1991, caso Francovich (Asuntos acumulados C-6/90 y 9-90)

STJUE del 26 de febrero de 2013, caso Melloni (Asunto C-399/11).

STJUE del 19 de noviembre de 2019 (Asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18).

Véase STJUE del 2 de marzo de 2021 (Asunto C-824/18).

Sentencia del TC de Polonia, del 7 de octubre de 2021 (K 3/21).

## Otros recursos

**Informe Anual de 2018:** Panorámica del año del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Disponible en: <https://www.cde.ua.es/ficha/informe-anual-2018-panoramica-del-ano/>)

**Informe anual de 2021:** panorama del año (Disponible en: CURIA - Informe anual - Tribunal de Justicia de la Unión Europea (europa.eu)).

**Dictamen del servicio jurídico del Consejo:** Conclusiones de la Presidencia. [DOUE 111/77, de 20 de julio de 2007].

## Normativa consultada

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero [DOUE, del 18 de abril de 1951].



# REVISTA JURÍDICA VALENCIANA

Associació de Juristes Valencians

