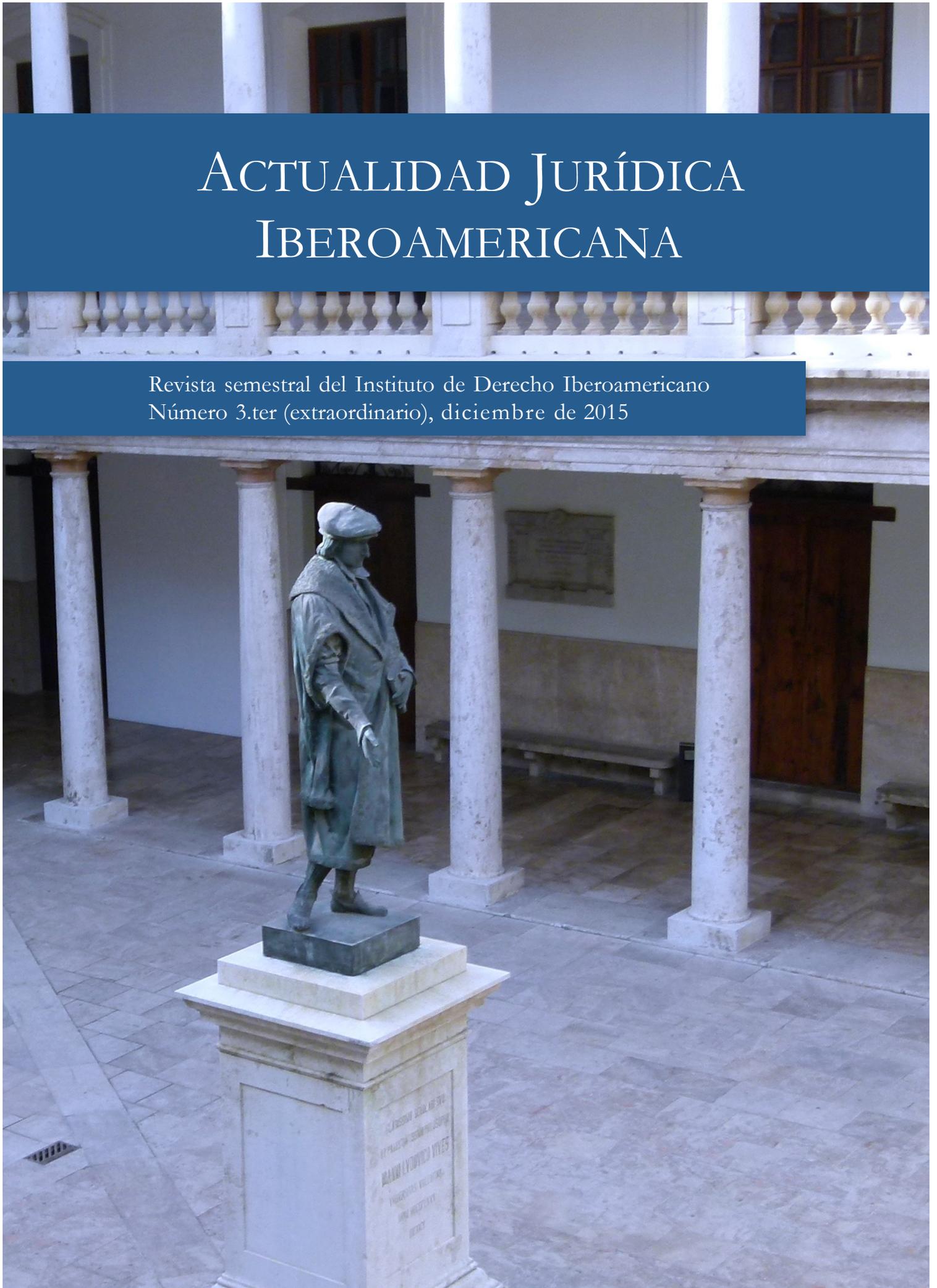


ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 3.ter (extraordinario), diciembre de 2015



Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico:

info@idibe.com

Dirección web:

www.idibe.com

Director General:

José Ramón de Verda y Beamonte

j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SUBDIRECTOR

DR. JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN F.P.U. DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD
DE VALENCIA, ESPAÑA

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

DOÑA BELÉN ANDRÉS SEGOVIA ABOGADA

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

DR. RAFAEL BELLIDO PENADÉS
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
PROFESOR INVESTIGADOR, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

D. FRANCESC CHOLVI ROIG
ABOGADO

DR. ANDRE DIAS PEREIRA
PROFESOR AUXILIAR DE LA FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE COIMBRA, PORTUGAL

DR. GORKA GALICIA AIZPURUA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
PROFESOR ASOCIADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. EMANUELE INDRACCOLO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DRA. AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, ESPAÑA

DRA. ANNA MALOMO
PROFESORA INVESTIGADORA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDAD DE
SALERNO, ITALIA

D. PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
ABOGADO, ADJUNTO 1º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

DRA. PILAR MONTÉS RODRÍGUEZ
PROFESORA TITULAR (ESCUELA UNIVERSITARIA) DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA, ESPAÑA

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
PROFESOR CONTRATADO DOCTOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, UNIVERSIDAD DE
ELCHE, ESPAÑA

DRA. SONIA RODRÍGUEZ LLAMAS
PROFESORA CONTRATADA DOCTOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

D. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
BECARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA, ESPAÑA

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. SALVATORE ACETTO DI CAPRIGLIA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO COMPARADO, UNIVERSIDAD DE NÁPOLES-PARTHENOPE,
ITALIA

DR. DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD LUMSA, PALERMO, ITALIA

DRA. GIOVANNA CHIAPPETTA
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CALABRIA, ITALIA

DR. ANDREA FEDERICO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DR. GIAMPAOLO FREZZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD LUMSA, PALERMO, ITALIA

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA, ESPAÑA

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

D. CRISTIAN LEPIN MUÑOZ CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CHILE

D. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA,
CATEDRÁTICO DE CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO,
COLOMBIA

DRA. GRACIELA MEDINA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES, UNIVERSIDAD DE
BUENOS AIRES, ARGENTINA

DR. LORENZO MEZZASOMA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

MARIEL F. MOLINA DE JUAN
ABOGADA. PROFESORA DE DOCTORADO EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

DR. ORLANDO PARADA VACA
CATEDRÁTICO DE DERECHO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA GABRIEL RENÉ MORENO, BOLIVIA

DR. GIOVANNI PERLINGIERI
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE NÁPOLES II, ITALIA

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DR. DAVID VARGAS ARAVENA
PROFESOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN,
CHILE

**COMUNICACIONES A LAS VI JORNADAS
INTERNACIONALES DE DERECHO DE FAMILIA**

**“REFORMAS LEGISLATIVAS Y NUEVAS ORIENTACIONES
JURISPRUDENCIALES”**

CELEBRADAS EN VALENCIA EL 14 DE OCTUBRE DE 2015

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN MINECO “DER2013-47577-R.
IMPACTO SOCIAL DE LAS CRISIS FAMILIARES”

ÍNDICE

[Separación y divorcio en España hoy.](#) (Pp. 8 ~ 19)

MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ

[Inesistenza e invalidità del matrimonio nella più recente giurisprudenza italiana.](#) (Pp. 20 ~ 31)

MARCO RIZZUTI

[La reconciliación conyugal: reflexiones tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.](#) (Pp. 32 ~ 51)

M^a. AMALIA BLANDINO GARRIDO

[Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1.348 del Código civil español](#) (Pp. 52 ~ 88)

PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO

[El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida.](#) (Pp. 89 ~ 103)

CARLOS SÁNCHEZ AGUIRRE

[Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código penal](#) (Pp. 104 ~ 119)

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ

[El derecho a la audiencia tras las últimas reformas legislativas en materia de protección de la infancia y adolescencia.](#) (Pp. 120 ~ 127)

FUENSANTA RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE

[La inclusión de la pareja de hecho en las reformas del Derecho de Familia de julio de 2015: Leyes de Jurisdicción Voluntaria y de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La reforma de la adopción.](#)

(Pp. 128 ~ 152)

CARLOS ARGUDO GUTIÉRREZ

[La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua.](#) (Pp. 153 ~ 167)

ANA GIMÉNEZ COSTA y CRISTINA VILLÓ TRAVÉ

[El régimen fiscal de la familia: propuestas para una mayor justicia tributaria. El caso de la Ordenanza fiscal del IBI en Valencia.](#) (Pp. 168~ 177)

FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO

[El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.](#) (Pp. 178 ~ 197)

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

[La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.](#) (Pp. 198 ~ 206)

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

[Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado.](#) (Pp. 207 ~ 228)

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ

[La riforma della filiazione e il rapporto tra gli ascendenti e i nipoti minori. Il D.LGS. 28 dicembre 2013, n. 154.](#) (Pp. 229 ~ 245)

CATERINA GRAZIA SCLAFANI

[La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.](#) (Pp. 246 ~ 265)

M^a. DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS

SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN ESPAÑA HOY
SEPARATION AND DIVORCE IN SPAIN TODAY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 8 - 19.

Fecha entrega: 25/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
mariammar.heras@urjc.es

RESUMEN: En este trabajo se analizan las bases legales en las que se asienta la separación y divorcio consensuales tras la reforma legal operada con motivo de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.

PALABRAS CLAVE: Separación; divorcio; mutuo acuerdo; Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

ABSTRACT: In this paper the legal basis of separation and divorce by mutual agreement are analyzed after the reform by the new Law Jurisdiction of voluntary

KEY WORDS: Separation; divorce; mutual agreement; Law Jurisdiction of Voluntary.

SUMARIO: 1. Aspectos generales.- 2. Reformas legislativas operadas en materia de separación y divorcio.- 3. La Ley 15/2005, de 8 de julio y la «descausalización»: el encaje de la nulidad civil del matrimonio en el escenario actual de las crisis conyugales.- 4. La incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.- 5. Separación y divorcio judicial. Supuestos.- 6. Separación y divorcio extrajudicial ante Secretario Judicial. Requisitos y trámites.- 7. Separación y divorcio notarial. Problemas prácticos.- 8. Efectos de la separación y divorcio extrajudicial.

1. Pocas cosas han cambiado tanto en tan poco espacio de tiempo en el Derecho civil como la propia concepción de la institución matrimonial o la resolución de las crisis conyugales, pues muy lejos ya del imperativismo, formalidad y rigidez propias de otro tiempo asistimos a un inexorable proceso de cambio como consecuencia del predominio de la voluntad de los miembros de la pareja soberanos en la ordenación de los efectos que han de producirse tras la ruptura de la convivencia conyugal incluso de manera anticipada. Y es que en este orden de cosas resulta incuestionable como se ha venido ampliando su capacidad de decisión, no sólo para poner fin al matrimonio, como no podía ser de otra manera porque la voluntad de convivir con otra persona resulta absolutamente incoercible, por tratarse de una manifestación de la dignidad de la persona, correlativa a la libertad para contraer o no contraer matrimonio, sino para gestionar las relaciones con los hijos y, por supuesto, para diseñar las consecuencias patrimoniales derivadas de dicha ruptura. De este modo la voluntad de los miembros de la pareja alcanza facetas hasta ahora desconocidas en un recorrido imparable hacia la contractualización de las rupturas conyugales y hacia la privatización de la separación y el divorcio. No en vano, han sido muchas las parejas que han venido acudiendo a la formalización notarial de los acuerdos alcanzados tras poner punto y final a su convivencia marital.

Sin embargo es conocida la necesidad de no rebasar los límites infranqueables que forman parte del orden público familiar como el principio «favor filii»; el principio de protección jurídica de la parte más débil o el principio de igualdad. En este sentido la amplísima reforma operada tras la progresiva entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria responde a esta realidad cuando positiviza la desjudicialización de las crisis conyugales para ordenar sus bases en atención a las circunstancias familiares y/o personales concretas de la pareja o de los miembros de la familia en función de sus intereses económicos, mediante la suscripción de los instrumentos negociales alcanzados por los miembros de la pareja que afectan también a la convivencia familiar y a las relaciones personales y económicas con otros

miembros de la familia. Por otro lado, se toma en cuenta la necesidad de limitar el alcance de la voluntad de los sujetos con el propósito de prevenir la vulneración de estos principios, constitutivos, ilustrativamente hablando, de auténticas «líneas rojas» impuestas por el derecho cuando se impide dejar a la voluntad de los miembros de la pareja las decisiones relativas a los hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente, debiéndose entonces acudir siempre a la vía judicial para comprobar que tales decisiones no se adoptan en su perjuicio.

2. Antes de adentrarnos el núcleo temático central de este tratamiento: la separación y divorcio en España hoy, procede dibujar unas pinceladas básicas de los antecedentes más inmediatos a fin de conocer las profundas modificaciones operadas en esta materia a través de las sucesivas reformas legislativas que se han venido produciendo. El punto de partida ha de ser la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Se trataba de una separación severamente causalizada con claros tintes «culpabilísticos» como consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales: abandono; infidelidad; conducta injuriosa o vejatoria; incumplimiento de los deberes parentales; condena penal; trastornos de conducta o por cesación efectiva de la convivencia (art 82). En cuanto al divorcio resulta muy significativo como el previgente art. 86 CC establecía como causa de disolución del vínculo matrimonial el cese efectivo de la convivencia durante ciertos periodos de tiempo a contar desde la interposición de la demanda de separación. Este requisito originaba una duplicidad de procedimientos con el consiguiente coste procesal, económico, personal y familiar, todo ello probablemente con el propósito de contribuir a una futura reconciliación entre los esposos, antes de acudir al divorcio y, por tanto, a la ruptura conyugal definitiva.

3. En este contexto se produce un cambio sustancial con motivo de la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio, aunque es conocida por incorporar los matrimonios entre parejas del mismo sexo con plena igualdad jurídica. Al margen de esta importantísima novedad, con ella se producen dos cambios esenciales.

El primero resulta de la descausalización, tanto para la separación, como para el divorcio. Así, puede ahora interponerse demanda por ambos esposos o por uno de ellos con el consentimiento del otro o de forma unilateral sin tener que alegar causa alguna y por ende sin estar obligado a proporcionar prueba del incumplimiento de los deberes conyugales o de la cesación de la «affectio

maritalis». Es suficiente la mera voluntad de separarse o divorciarse por parte de ambos cónyuges o de uno solo de ellos para que proceda declarar judicialmente el cese de la convivencia o la ruptura del vínculo matrimonial. Tal posibilidad responde a la correlativa libertad para contraer matrimonio en base al derecho subjetivo universal a contraer matrimonio –«*ius connubii*»– del que son titulares los mayores de edad y los menores emancipados con capacidad suficiente para prestar válidamente el consentimiento matrimonial sin que se encuentren incursos en impedimento alguno para contraer matrimonio. Efectivamente la libertad para contraer matrimonio se corresponde plenamente con la libertad para ponerle fin en cualquier momento en base a la mera voluntad de no querer seguir casado.

El segundo cambio proviene de la eliminación de la duplicidad de procedimientos de modo que puede accederse al divorcio directamente sin pasar por la separación judicial o por la separación de hecho. Tal posibilidad supuso un importante ahorro procesal, económico y personal para los interesados. Las estadísticas han venido reflejando como actualmente se acude mayoritariamente al divorcio dándose un menor recorrido a la separación judicial. Como «*conditio iure*» se requiere el transcurso de un plazo mínimo de tres meses desde la celebración del matrimonio para interponer demanda de separación o divorcio o acudir al secretario judicial o notario, si bien puede prescindirse de dicho plazo cuando se dé prueba de la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de ellos.

A este panorama se suma hoy la nulidad civil matrimonial que traemos a colación aquí y ahora por entender que resulta interesante conocer mínimamente el contraste que ésta supone dentro del panorama general descrito relativo a la suspensión y ruptura de la convivencia conyugal. Brevemente diré que ello obedece, no sólo a que la nulidad civil del matrimonio se mantiene como eminentemente causal instándose cuando concurren causas legales determinadas en el art. 73 CC, tramitada siempre por vía judicial, sino porque produce además de los efectos comunes a la separación y divorcio, algunos efectos «*sui generis*», tanto en la esfera personal, como en la patrimonial. Así se conservan determinados efectos nacidos del matrimonio siempre que beneficien al cónyuge que lo contrajo de buena fe y en favor de los hijos nacidos del matrimonio que se declara nulo. En la esfera patrimonial se establece para el cónyuge que contrae de buena fe la posibilidad de obtener una indemnización y de optar por la liquidación de bienes de forma, en principio, más ventajosa, conforme a las reglas del régimen de participación en las ganancias según ordenan los arts. 98 y 95 CC respectivamente. Por otra parte, es propio de la nulidad del matrimonio el reconocimiento de una legitimación amplia, ya sea privada o pública, para

instarla, así como la posibilidad de anular un matrimonio ya disuelto por la muerte de uno de los cónyuges o anteriormente separados o divorciados, aspecto sobre el que puede consultarse el trabajo de RAGEL SÁNCHEZ, L, F.: “La nulidad del matrimonio de personas separadas o divorciadas anteriormente”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005/2, pp. 211-228.

Aún más, resulta indudable como la nulidad se convierte hoy en un instrumento jurídico necesario para poner fin a los efectos producidos por numerosos matrimonios celebrados en fraude de ley, o también llamados matrimonios de conveniencia, cuya finalidad reside en obtener ventajas legales relacionadas con la obtención de la residencia o la nacionalidad española y, por tanto, obtener la condición de ciudadano europeo con el derecho a circular libremente por todo el territorio de la Unión. La nulidad civil del matrimonio no ha experimentado cambio alguno desde que se promulgara la ya mencionada Ley de 7 de julio de 1981, cuyo régimen legal no ha experimentado por tanto apenas cambios más allá del operado con motivo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en el art. 73.3 CC con el fin de adaptar la nulidad por falta de requisitos formales a la posibilidad de que el matrimonio se celebre ante Secretario Judicial o Notario. Finalmente, conviene recordar que la sentencia que declara la nulidad produce efectos «ex nunc» frente a la sentencia, decreto o escritura pública de separación o divorcio, que tienen efectos «ex tunc».

4. En cuanto a la incidencia que en esta materia ha tenido la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, debe indicarse que se trata de una regulación extremadamente ambiciosa que ha tenido un gran impacto en el Derecho de Familia, no solo por la cantidad de normas que han sido modificadas, sino por la relevancia de las cuestiones que se han visto afectadas. Haciendo un breve repaso por algunas de sus modificaciones más relevantes que la misma ha introducido, me referiré a la elevación de la edad para contraer matrimonio a los menores de dieciséis años que estuvieren emancipados dándose respuesta a la reivindicación social que clamaba por la prohibición del matrimonio para los menores, posibilidad legal que permitía contraerlo a partir de los catorce años y que, desde luego, resultaba totalmente ajena a la realidad social del momento actual caracterizada por la celebración de matrimonios contraídos por personas con mayor edad, dando respuesta a la cuestión de fondo subyacente en este tema: la protección de los menores, la prevención de captaciones de voluntad y de la celebración de matrimonios forzados. Es cierto que el tener una mayor edad no garantiza plenamente que la prestación del consentimiento matrimonial sea integral, pero estaremos de acuerdo en constatar que esta

medida contribuye a consolidar una institución matrimonial basada en la madurez de quienes lo contraen.

Por lo demás, considero que uno de los errores más importantes que se aprecian en la reforma operada por esta Ley de la Jurisdicción Voluntaria es el mantenimiento del denominado «conyugicidio», que lejos de desaparecer, se extiende a «los condenados por haber participado en la muerte dolosa de la persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal». Desde luego, se trata de un supuesto que por darse muy poco en la práctica no tendría que haber tenido un reflejo legal y mucho menos verse ampliado a las parejas estables.

5. Cabe advertir como la reforma no supone la «privatización» plena de la separación y el divorcio, ya que junto a la separación y divorcio extrajudicial se mantiene la separación y el divorcio judicial para los siguientes supuestos: cuando así lo elijan los esposos acudiendo a la vía judicial tanto para crisis contenciosas como para aquellas en las que existe mutuo acuerdo y se presente junto a la demanda el correspondiente convenio regulador. Debe acudir, en todo caso, a la vía judicial cuando existan hijos menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada que dependan de sus progenitores, y ello porque en ambos supuestos se ventilan cuestiones que traspasan la esfera estrictamente personal de los cónyuges para afectar directamente al orden público familiar por tratarse de cuestiones relacionadas con la protección de menores y de personas con la capacidad modificada judicialmente cuya protección requiere de la intervención judicial y del Ministerio Fiscal, debiéndose homologar judicialmente el convenio regulador acordado por las partes como requisito de eficacia o adoptando las medidas definitivas mediante sentencia, en caso de no existir mutuo acuerdo. Así se equipara legalmente la concurrencia de hijos menores con la de los hijos mayores con la capacidad judicialmente modificada cuya protección está sujeta a la salvaguarda judicial y a la superior vigilancia del Ministerio Fiscal que interviene como garante del respeto absoluto a los derechos fundamentales y libertades públicas cuando sus titulares han visto modificada judicialmente su capacidad.

Se trata, en todo caso, de una medida encaminada a reforzar la protección de los menores y de las personas con la capacidad judicialmente modificada, considerándose que ambos se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, por lo que las decisiones que sean tomadas, no pueden dejarse enteramente al arbitrio de sus progenitores. Llama la atención la utilización de esta terminología –hijos con la capacidad judicialmente modificada–, adaptada ya a las exigencias de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en Nueva York el 13 de

diciembre de 2006, cuando en otros ámbitos, como en el de la tutela o la curatela, se mantiene el término de «incapacitado» o incapaz, lo que da buena muestra de la premura con la que se ha sacado la reforma, la falta de rigor del legislador y su incapacidad para tener una visión general y acometerla tomando en consideración nuevas exigencias legales.

Una última cuestión merece ser analizada: la relativa a la precisión legal que se realiza en la norma cuando exige que los hijos con capacidad modificada judicial «dependan de sus progenitores». En mi opinión, esta expresión se refiere a los hijos mayores de edad que por sus particulares circunstancias psíquicas están sujetos a un régimen de protección dispensada por los propios progenitores, quienes conviven y velan por su bienestar e interés, dependiendo también de ellos el dotar de cobertura sus necesidades materiales y afectivas en atención a su situación concreta de discapacidad. Si esto es así ¿quedarían al margen del ámbito de aplicación de la norma los hijos mayores de edad sujetos a una medida de protección ejercida, por ejemplo, por una fundación tutelar? Parece que la respuesta dependerá de cada caso, pero lo cierto es que es muy probable que estos supuestos queden al margen de la norma.

En cuanto a la separación y divorcio extrajudicial puede ponerse en práctica para cualquiera que haya sido la forma en que se hubiese celebrado el matrimonio a través de dos vías: mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o a través de Notario. Se trata de dotar de un mayor protagonismo a la voluntad de las partes, así como de facilitar los trámites en situaciones de pleno consenso, al tiempo de que se contribuye a agilizar la labor judicial. En ambos casos, tanto el Secretario judicial, como el Notario ejercerán labores de control, si bien no de forma totalmente equiparable al control que se lleva a cabo por el Juez. Se excluyen de esta competencia por expresa disposición legal los funcionarios diplomáticos o consulares aun en el ejercicio de las funciones notariales que le son atribuidas según dispone el art. 82 CC.

6. Los arts. 82 y 86 CC establecen que los esposos pueden instar su separación y divorcio ante el Secretario judicial siempre que haya mutuo acuerdo, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante demanda en la que se formula un convenio regulador presentado ante el Secretario Judicial en el que junto a la voluntad inequívoca de separarse o divorciarse, se adopten las medidas que hayan de ordenar los efectos de la separación y divorcio. Requisito indispensable es la comparecencia de modo personal de los esposos, por lo que no cabe ningún tipo de representación ni legal, ni voluntaria, siendo facultativo el que comparezcan asistidos por Letrado.

Otro requisito indispensable es la prestación del consentimiento de los hijos mayores o menores emancipados cuando carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar y respecto a las medidas que puedan afectarles. Dos precisiones: nada tienen que decir respecto a las medidas que no les atañen directamente. De otro modo podría coartarse la libertad de los esposos para ordenar los efectos deseados en su separación o divorcio. Por otra parte, pienso que estas medidas serán las menos, aunque, desde luego, se verán afectados por determinadas decisiones como el acuerdo en virtud del cual se pacta la venta de la vivienda familiar en la que conviven con sus padres o el cambio de domicilio de uno de los progenitores con el que quiere seguir viviendo a una ciudad diferente, por ejemplo, a la que cursa sus estudios universitarios. Considero que el fundamento de la exigencia legal referida a la prestación del consentimiento por parte de los hijos mayores o emancipados es velar por el interés de la familia y de los miembros que la componen.

La segunda cuestión se refiere a la inclusión en la norma de los menores emancipados equiparándose a los hijos mayores de edad que viven con sus padres. Esta equiparación me parece correcta, si bien debe tenerse en cuenta como la emancipación se origina frecuentemente cuando el menor es independiente económicamente, por lo que en este caso quedarían fuera del supuesto previsto por la norma del mismo modo que los hijos mayores que aun conviviendo con sus padres tienen recursos económicos suficientes para emprender una vida extrafamiliar. De otro modo, podrían siempre presentar oposición injustificada a las medidas adoptadas por sus padres convirtiéndose en una rémora para la adopción de decisiones en las que por principio no deben participar, ni interferir.

El Secretario Judicial declara la separación o el divorcio mediante decreto en el que se formaliza el convenio regulador presentado por las partes. Contra este decreto no cabe formular recurso, si bien podrá ser modificado mediante un nuevo acuerdo con los mismos requisitos previstos legalmente en el Código civil. No se dice nada de que la modificación se sustancie ante el mismo Secretario Judicial. Un último apunte en cuanto a la separación o divorcio tramitado ante el secretario judicial y es el de que la reforma operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha visto la luz utilizando una terminología ya obsoleta puesto que los secretarios judiciales han pasado a denominarse Letrados del Cuerpo de la Administración de Justicia por reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 7/2015, de 21 de julio.

7. En cuanto al divorcio notarial debe precisarse que se encuentra ampliamente reconocido e implantado en distintos ordenamientos jurídicos

iberoamericanos como el cubano, brasileño o peruano. Sobre el divorcio notarial en Cuba resulta obligada la consulta de PÉREZ GALLARDO, L. B.: “El divorcio por mutuo acuerdo en el derecho cubano: Mitos y tabúes”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 91, 2007, pp. 65-103; o CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: Una propuesta de futuro para España”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, 2011, pp. 3-56. Haciendo un amplio recorrido de los distintos modelos de divorcio notarial de mutuo acuerdo en los distintos países iberoamericanos y del divorcio administrativo no notarial, así como los distintos modelos europeos, puede consultarse MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.: “La implantación del divorcio de mutuo ante notario en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, pp. 3351 a 3396.

Para instar el divorcio notarial deben cumplirse los mismos requisitos que el divorcio tramitado ante Secretario Judicial y que ya han sido analizados. De este modo se exige igualmente el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio; la manifestación inequívoca de la voluntad mutua de divorciarse reflejada en la correspondiente escritura pública otorgada ante el Notario que elijan de común acuerdos los todavía esposos, así como la presentación de las medidas que ordenarán las relaciones paterno-filiales y la economía extraconyugal.

Adentrándonos ya en los problemas prácticos que presenta el divorcio notarial podemos plantearnos la cuestión siempre interesante relativa al papel que desempeña el notario. Éste dará fe de la voluntad inequívoca de ambos esposos de querer divorciarse, así como poner en práctica el asesoramiento conjunto y cuantas labores les competan en el desarrollo ordinario de sus funciones, como dotar de contenido los acuerdos planteados por las partes o traducir jurídicamente la voluntad conjunta de las partes. No puede, en ningún caso, asesorar a uno de los miembros de la pareja en perjuicio de los intereses económicos o jurídicos del otro. Por eso precisamente se faculta a los miembros de la pareja para comparecer ante notario con asistencia letrada, lo cual será de todo punto de vista recomendable si de lo que se trata es de llegar a acuerdos proporcionados para ambas partes que garanticen el principio de igualdad y eviten acuerdos abusivos o dañosos para uno de los cónyuges. Igualmente se exige que en el acto de otorgamiento de la escritura pública se presenten las medidas que deberán ser adoptadas, así como que los hijos mayores o menores emancipados que carezcan de recursos económicos propios y que continúen conviviendo con sus padres, presten su consentimiento a las medidas que directamente les afecten, es decir, que supongan una alteración de las condiciones en las que se encuentran actualmente en su entorno familiar y económico.

Corresponde también al notario efectuar el control sobre el contenido de los acuerdos que se le presenten para prevenir y evitar que resulten perjudiciales al interés de una de las partes o al interés general de la familia y de los miembros que la componen. Así, cuando el secretario judicial o notario aprecian que estos acuerdos pueden dañar el interés de uno de los cónyuges, rompiendo el principio de igualdad, por ejemplo, o el interés de otros miembros de la familia como los hijos mayores, menores emancipados o hijos con la capacidad modificada judicialmente, lo advertirán a los otorgantes poniendo fin al expediente. En tal caso sólo queda la posibilidad de acudir a la vía judicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 90 del Código civil. La misma solución parece imponerse cuando los hijos mayores o emancipados convivientes se opongan a las medidas que pretendan adoptarse y que afecten directamente a su forma de vida en el entorno familia. Sobre los problemas concretos que plantea el divorcio notarial y las recomendaciones que fueron dadas por algún sector de la doctrina para incorporar la separación y el divorcio notarial de mutuo acuerdo en el ordenamiento jurídico español, algunas de ellas ya recogidas en la reforma, resulta muy interesante consultar el trabajo de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que puedan surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos”, *Diario la Ley*, núm. 7837, Sección Doctrina, 13 abril 2012.

8. De conformidad con lo establecido en el art. 83 CC la sentencia, decreto o escritura pública en la que se formaliza la separación o divorcio de mutuo acuerdo produce la suspensión de la vida en común o la ruptura del vínculo matrimonial y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica según dispone el art. 83 CC en consonancia con lo dispuesto en el art. 102. Los efectos se producen desde la firmeza de la sentencia, es decir, desde que se declare la separación o divorcio mediante decreto o desde la manifestación del consentimiento formalizado en la escritura pública otorgada ante notario, -efectos «ex nunc»-remitiéndose testimonio de la sentencia, decreto o copia de la escritura pública al Registro Civil para su correspondiente inscripción. Desde la aprobación del convenio mediante decreto o escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por vía de apremio (art. 90 «in fine»). Finalmente advertir como estos acuerdos podrán ser modificados por las partes posteriormente siempre que concurran circunstancias sobrevenidas no previstas o cuando estén de acuerdo sin más en su modificación.

A modo de conclusión: parece que la separación y divorcio extrajudicial ha supuesto una oportunidad real y eficiente para facilitar y agilizar los trámites en relación a determinados matrimonios que mediando el mutuo acuerdo no

tienen hijos menores y, por tanto, no tienen que adoptar medidas en relación a su custodia, alimentos u ordenación de sus relaciones paterno-filiales, aspectos realmente prolijos que quedan fuera de su pleno ámbito de decisión. No obstante, es cierto que esta exigencia legal reduce considerablemente el recorrido de esta nueva fórmula legal para poner fin a la vida conyugal, además de todos aquellos supuestos en los que los esposos no lleguen a un acuerdo o cuando respecto a éstos se aprecie que resultan perjudiciales para uno de los miembros de la pareja o para otros miembros de la familia con quienes conviven. Por otro lado, será necesario que tanto secretarios como notarios extremen las medidas de control para prevenir pactos abusivos o claramente perjudiciales para uno de los esposos, pues es posible que con el fin de poner rápidamente fin al matrimonio se acepten condiciones que coloquen a uno de los miembros de la pareja en una clara situación de inferioridad, aceptando condiciones muy perjudiciales para sus intereses económicos y personales.

Pienso que la reforma debe ser bienvenida por varias razones: porque responde a la necesidad de hacer prevalecer la voluntad de los particulares en cuestiones estrictamente privadas lejos de decisiones judiciales arbitrarias o ajenas a los intereses en juego, lo cual me parece del todo acertado; porque mantiene la separación y el divorcio dual al dejar abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial o extrajudicial a elección de los particulares y, finalmente, porque resulta plenamente garantista de los intereses de los hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, tomados en cuenta por primera vez, asimilándose a los hijos «in potestate», dando verdadero contenido al art. 39 CE. También es muy importante señalar como se toma en cuenta la voluntad de los hijos mayores o emancipados que convivan con sus progenitores al imponerse legalmente la necesidad de que presten su consentimiento en aquellas decisiones que les afectan directamente. Asimismo, si la separación o el divorcio se formalizan notarialmente, podrá aprovecharse el soporte documental de la escritura pública para practicar la liquidación de bienes, aspecto éste muy interesante que permitirá poner fin a cualquier vínculo patrimonial con el otro miembro de la pareja al tiempo que ahorra costes y futuros focos de conflictos. Finalmente, considero que en general constituye un importante logro del legislador el haber integrado en las crisis conyugales la defensa de distintos intereses, más allá del único que hasta ahora ha sido valorado: el de los propios esposos. La práctica nos dirá como se acoge esta reforma y las dificultades a las que deberemos enfrentarnos.

INESISTENZA E INVALIDITÀ DEL MATRIMONIO NELLA PI
Ù RECENTE GIURISPRUDENZA ITALIANA.

NON EXISTING MARRIAGES AND VOID MARRIAGES IN T
HE LATEST DEVELOPMENTS OF ITALIAN CASE LAW.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 20 - 31.

Fecha entrega: 23/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

MARCO RIZZUTI
Assegnista di Ricerca in Diritto Civile
Università degli Studi di Firenze
marco.rizzuti@unifi.it

SINTESI: Il contributo si propone di analizzare criticamente la tradizionale distinzione fra inesistenza e nullità del matrimonio, avendo riguardo ai recenti sviluppi della giurisprudenza italiana, occasionata dall'insorgere della questione della trascrivibilità dei matrimoni omosessuali stranieri.

PAROLE CHIAVE: Matrimonio; Invalidità; Ordine Pubblico.

ABSTRACT: The paper aims to reconsider the traditional distinction between non existing marriages and void marriages, having regard to the latest developments of Italian case law in the matter of the recognition of foreign same-sex marriages.

KEY WORDS: Marriage; Voidness; Public Policy.

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla trascrivibilità dei matrimoni omosessuali stranieri.- 2. Il concetto di inesistenza del matrimonio.- 3. Il “matrimonio di fatto”.- 4. Il matrimonio omosessuale come matrimonio invalido ma esistente.- 5. Il ruolo dei principi sovranazionali di non discriminazione.- 6. Il ruolo dell’ordine pubblico.

1. Gli ultimi due anni sono stati segnati da un intenso dibattito, non privo di significativi strascichi polemici sul piano mediatico e politico, con riferimento al problema della trascrivibilità nei registri dello stato civile italiano dei matrimoni omosessuali contratti all’estero. Si sono, in un breve lasso di tempo, succedute scelte contrapposte degli uffici comunali interessati, a seconda dell’orientamento ideologico dei Sindaci di volta in volta coinvolti. Alcuni di essi hanno anche emanato organici provvedimenti favorevoli alla trascrizione (Direttiva del Sindaco di Napoli, 23 giugno 2014; Direttiva del Sindaco di Bologna, 21 luglio 2014), cui si è contrapposto un intervento nel senso di una netta chiusura da parte del Ministero dell’Interno (Circolare, 7 ottobre 2014), in forza del quale i Prefetti si sono attivati per cancellare tali trascrizioni. Ne è derivato un importante contenzioso dinnanzi alla giustizia amministrativa, che ha visto pronunzie di primo grado che hanno ritenuto illegittime siffatte cancellazioni, in quanto, pur essendo intrascrivibili i matrimoni *same-sex*, competente ad intervenire in materia sarebbe stata soltanto l’autorità giudiziaria e non quella prefettizia (TAR LAZIO, 9 marzo 2015; TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, 21 maggio 2015). In seguito, però, la suprema magistratura amministrativa, ribadita l’illegittimità delle trascrizioni sindacali, ha, invece, giudicato legittimi i provvedimenti prefettizi (CONS. STATO, 26 ottobre 2015).

Non sono, peraltro, mancate le occasioni per adire anche la giurisdizione ordinaria, che si è a sua volta dimostrata oscillante. In una prima celebre vicenda, il giudice, adito in seguito al rifiuto del locale Ufficiale di Stato Civile di trascrivere un matrimonio *same-sex* celebrato in America, aveva ritenuto illegittimo tale diniego (TRIB. GROSSETO, 9 aprile 2014), con una decisione poi annullata per un difetto di notifica (APP. FIRENZE, 23 settembre 2014), ed ha quindi ribadito l’orientamento favorevole alla trascrizione con riguardo alla posizione della medesima coppia, tornata alla carica dopo il primo insuccesso (TRIB. GROSSETO, 26 febbraio 2015). Nella maggior parte dei casi, invece, di fronte ad analoghi rifiuti opposti degli uffici comunali richiesti di procedere alle trascrizioni, i giudici li hanno ritenuti pienamente legittimi (TRIB. MILANO, 2 luglio 2014; TRIB. MILANO, 17/23 luglio 2014, TRIB. AVELLINO, 9 ottobre 2014), con decisioni che nei successivi gradi di giudizio sono state a volte confermate (APP. MILANO, 6 novembre 2015), ma almeno

in un caso, che peraltro riguardava due spose entrambe cittadine straniere, radicalmente rovesciate (APP. NAPOLI, 8 luglio 2015). Va menzionata, inoltre, la decisione di un giudice che ha accolto il ricorso della Procura della Repubblica per la cancellazione della trascrizione di un matrimonio omosessuale disposta dall'Ufficiale di Stato Civile del Comune cui si erano rivolti gli interessati (TRIB. PESARO, 14 ottobre 2014). Infine, occorre ricordare che alcune coppie, essendosi viste denegare la trascrizione del loro matrimonio straniero da tutte le autorità italiane adite, hanno infine fatto ricorso alla Corte Europea dei Diritti Umani, che non si è ancora pronunciata sul punto (caso *Orlandi & others vs. Italy*, pendente).

Resta, però, l'impressione che la questione sia stata affrontata da un punto di vista limitativo e, per certi aspetti, addirittura fuorviante. Infatti, non è pensabile che lo *status* delle persone sia rimesso alle cangianti scelte politiche delle amministrazioni locali, ed anche la vicenda degli interventi prefettizi in una così delicata materia suscita forti perplessità. Soprattutto, parrebbe opportuno evidenziare che per tal via è ben difficile pervenire a risultati che non siano, per così dire, di bandiera, poiché questa forma di pubblicità è meramente certificativa degli eventuali effetti già prodotti dal matrimonio straniero e non *per se* costitutiva di effetti giuridici di sorta. Insomma, nonostante l'ingannatoria identità del *nomen iuris*, siamo di fronte ad un meccanismo che non è paragonabile alla trascrizione degli atti traslativi immobiliari, per i quali si parla comunemente di pubblicità "dichiarativa", intendendo qualcosa di molto più significativo della mera notizia. Con essa, infatti, si va a costituire, se non la valenza giuridica dell'atto, quantomeno la sua opponibilità e, quindi, la sua piena efficacia reale, in quanto il secondo acquirente che trascrive per primo può prevalere sul primo acquirente che trascrive per secondo. Invece, in materia matrimoniale, secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale, fra due spozalizi esteri prevarrà sempre quello celebrato per primo, a prescindere dalle date di trascrizione nei registri italiani (CASS. 28 aprile 1990, n. 3599; CASS., 17 settembre 1993, n. 9578; CASS., 19 ottobre 1998, n. 10351).

2. Insomma, la vera questione da dibattere non dovrebbe essere quella della trascrivibilità, quanto piuttosto quella dell'efficacia sostanziale dei matrimoni in discorso, e lo strumento per affrontarla in modo più adeguato sul piano tecnico-giuridico parrebbe, invero, quello offertoci dalla distinzione fra nullità ed inesistenza. Del resto, la dottrina civilistica aveva inizialmente elaborato tali categorie proprio con riguardo alla materia familiare (cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, K.S., CROME, C., BARASSI, L., *Manuale del diritto civile francese*, Milano, 1907-1909, I, § 126, III, §§ 419,421; VASSALLI, F., *Del matrimonio. Corso di diritto civile*, Torino, 1925, p. 120; GANGI, C., *Il matrimonio*, Milano, 1945, p. 72), al fine di distinguere le cause di invalidità del

matrimonio, che non impediscono il ricorrere di eventuali sanatorie, e comunque la produzione degli effetti del matrimonio putativo (cfr. LANZILLO, R., *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978; MESSINETTI, D., *Il matrimonio putativo*, in “Il diritto di famiglia”, trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 1997, I, p. 431 e segg.), da quelle di inesistenza, incompatibili con qualsivoglia efficacia. Venivano indicati, dunque, tre requisiti di esistenza del matrimonio, desunti dal concetto di questo più che dalla sua disciplina positiva: il consenso, la celebrazione e la diversità di sesso degli sposi. Al contrario, si sono sempre considerate cause di invalidità, di matrimoni esistenti, quelle attinenti agli impedimenti previsti dalla legge per proibire, ad esempio, la bigamia o l’incesto, ma anche alla libera e corretta formazione del consenso espresso ed alla legittimazione di chi lo esprima. È ben noto come tale costruzione abbia avuto una notevole fortuna anche nella dottrina più recente (cfr., *ex multis*, BARBIERA, L., *Il matrimonio*, Padova, 2006, p. 66; GIACOBBE, E., *Il matrimonio*, in “Trattato di diritto civile”, diretto da R. Sacco, Torino, 2011, III, I, p. 419 e segg.), con riflessi pure al di fuori dell’ambito strettamente privatistico.

Infatti, dal punto di vista processuale, altro è agire per la nullità del matrimonio, altro è agire per la contestazione di uno *status* coniugale inesistente: nel primo caso, il riferimento all’interesse “legittimo e attuale” di cui all’art. 117 cod. civ. va inteso restrittivamente, in ragione della natura personalissima del vincolo e dell’interesse generale alla sua conservazione, per cui potranno considerarsi interessati solo coloro ai quali il vincolo nullo cagioni un pregiudizio diretto ed immediato, nonché correlato ad interessi aventi comunque natura familiare, ovvero, nella sostanza, quanti vedano modificata la propria qualità di successibili legittimi. Non saranno, invece, legittimati ad agire i titolari di ulteriori interessi indirettamente pregiudicati, siano essi di natura morale, come quelli sorgenti dalla mera appartenenza al gruppo familiare coinvolto, o patrimoniale, come nel caso di chi abbia acquistato un bene venduto da uno dei coniugi in violazione delle regole della comunione legale e potrebbe far salvo l’acquisto una volta rimosso il vincolo matrimoniale, oppure nel caso dell’assicurazione o dell’ente previdenziale tenuto ad una prestazione nei confronti del coniuge superstite, che potrà avere l’interesse economico a negare che tale coniugio fosse mai stato valido. Al contrario, tali restrizioni non valgono per l’inesistenza, il cui accertamento dovrebbe essere consentito in presenza di qualunque tipo di interesse ad agire, ivi comprese, dunque, tutte le casistiche cui si è appena fatto riferimento (CASS., 6 febbraio 1986, n. 720).

La distinzione in discorso rileva, inoltre, dal punto di vista penalistico: infatti, il secondo matrimonio del bigamo è nullo, ma certamente esiste ai fini del diritto penale, in quanto integra appunto il reato di bigamia, ma può produrre anche l’effetto esimente di cui all’art. 649, comma 1, cod. pen. (APP.

FIRENZE, 3 novembre 1988). Peraltro, mentre sotto il Codice Zanardelli il reato di bigamia era escluso anche in caso di invalidità del primo matrimonio (cfr. art. 359 cod. pen. 1889), il vigente Codice Rocco, influenzato dall'impostazione propugnata dalla dottrina (VASSALLI, F., "Sulla definizione del delitto di bigamia e sui rapporti fra l'azione di nullità del matrimonio e l'azione penale", in "Scuola positiva", 1926, ed ora in "Studi giuridici", Milano, 1960, I, p. 35 e segg.), ha, invece, ampliato l'area della punibilità, per cui l'invalidità non esclude più il reato, anche se il vittorioso esperimento della relativa azione vale ad estinguerlo, e quindi l'unica causa di esclusione *ab origine* della rilevanza penale viene ad essere rappresentata dall'inesistenza del precedente matrimonio (cfr. art. 556 cod. pen. 1930).

In seguito, per una sorta di paradosso, mentre in materia contrattuale, dove era stata a lungo negletta a causa di una lettura troppo rigida degli schemi pandettistici che appiattiva la nullità sull'inesistenza (cfr. FALZEA, A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 36 e segg.; RUBINO, D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 86; FEDELE, A., *Della nullità del contratto*, in "Commentario del codice civile", a cura di M. D'Amelio ed E. Finzi, "Libro delle obbligazioni", I, Firenze, 1948, pp. 637-643; DE GIOVANNI, B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964), la distinzione tra i due concetti, già ben presente alla dottrina più sensibile (cfr. BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in "Trattato di diritto civile italiano", diretto da F. Vassalli, XV, II, Torino, 1943, pp. 297-298; ASCARELLI, T., "Inesistenza e nullità", in "Rivista di diritto processuale", 1956, pp. 61 e segg.; GIACOBBE, G., "Convalida (diritto privato)", in "Enciclopedia del diritto", X, 1962, p. 479 e segg.) si sta oramai affermando sempre più diffusamente (cfr. FURGIUELE, G., *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992; PASSAGNOLI, G., *Nullità speciali*, Milano, 1995; BELVEDERE, A., "L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica", in "Diritto Privato", 1999-2000, p. 5 e segg.; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema, – I. Nullità e inesistenza del contratto*, Milano 2004; RIZZUTI, M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015), si è, invece, iniziato a dubitare della sua utilità in materia matrimoniale (NICOLÒ, R., "Matrimonio putativo", in "Commentario alla riforma del diritto di famiglia", a cura di L. Carraro, G. Oppo ed A. Trabucchi, Padova, 1977, p. 183; ROSSI CARLEO, L., "Nullità, separazione, divorzio", in "Commentario sul divorzio" a cura di P. Rescigno, Milano, 1980, p. 111).

A noi, però, sembra tuttora impossibile prescindere dall'esigenza di separare ciò che non sussiste nel mondo giuridico e rimane inqualificato, da ciò che esiste ma viene sanzionato con l'invalidità, e quindi negativamente qualificato, da un particolare ordinamento: insomma, l'inesistenza "più che una categoria giuridica è una necessità della logica" (FRANCESCHELLI, V., *Il matrimonio civile: l'invalidità*, in "Trattato di diritto privato", diretto da P.

Rescigno, Torino, 1982, II, I, p. 679). Si tratterà, piuttosto, di riformulare ed ammodernare la distinzione, con una valutazione più attenta dei requisiti da considerare davvero essenziali. Invero, con riguardo all'odierna realtà del diritto di famiglia, si potrebbe arrivare a sostenere che l'unico requisito di esistenza del matrimonio sia il consenso, la cui mancanza determina quei casi paradigmatici di inesistenza che si hanno nell'ipotesi del matrimonio sotto falso nome, se considerato dal punto di vista di quei soggetti il cui nome sia stato usurpato (cfr. CASS., 26 novembre 1971, n. 3456, in "Rivista di diritto civile", 1972, II, p. 372, con nota di PIAZZA, G., "Matrimoni sotto falso nome"; TRIB. MILANO, 31 ottobre 2002), o in quella in cui si faccia uso di un certificato matrimoniale falso (cfr. CASS., 22 febbraio 1990, n. 1304).

3. Quanto al profilo della celebrazione, intesa come elemento ulteriore, consistente nell'intervento di un terzo, appunto il cosiddetto celebrante, nel rito dello scambio dei consensi (cfr. RENDA, A., *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013), i dubbi sulla sua qualificazione in termini di requisito di esistenza nascono anzitutto da considerazioni di carattere storico e comparatistico. Invero, non si può ignorare come nelle diverse esperienze giuridiche i matrimoni siano stati contratti nelle più varie forme ed anche in maniere del tutto informali, come accadeva nel diritto romano classico (cfr., per tutti, GIUNTI, P., "Il matrimonio romano tra res facti e regolamentazione legislativa", in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Torino, 2013, p. 879 e segg.) o nell'originario diritto anglosassone (cfr. LONGO, G. E., "Common Law Marriage statunitense e matrimonio romano", in "Rivista di diritto civile", 1967, II, p. 490 e segg.), e come del resto ammetteva anche lo stesso diritto canonico pretridentino, in cui "*Illorum uero coniugia, qui contemptis omnibus illis solemnitatibus solo affectu aliquam sibi in coniugem copulant, huiusmodi coniugium non legitimum, sed ratum tantummodo esse creditur*" (DECRETUM GRATIANI, C.28, q.1, c.17 i. fi.). Soltanto con uno sforzo secolare si è successivamente riusciti ad imporre, a pena di invalidità del matrimonio, un procedimento di controllo, culminante nella celebrazione da parte del rappresentante dell'autorità religiosa o di quella statale (cfr. BRANDILEONE, F., *Saggi sulla celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906; UNGARI, P., *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974; CARBONNIER, J., "Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque sur la nuptialité", in "Population", 1992, p. 745 e segg.; SEIDEL MENCHI, S., QUAGLIONI, D., *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Bologna, 2001; LOMBARDI, D., *Matrimoni di antico regime*, Bologna 2001), senza che peraltro abbiano mai avuto pieno successo le tesi volte a farne addirittura un vero e proprio atto amministrativo (cfr. CICU, A., *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914).

Negli ultimi decenni si è, invece, realizzato uno sviluppo storico in senso inverso, teso alla valorizzazione di quello che è stato anche chiamato “matrimonio di fatto”, contratto per comportamenti concludenti (FINZI, E., *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, rist. Milano, 1968, con prefazione di Salv. Romano, p. 258 e segg.; FRANCESCHELLI, V., “Il matrimonio di fatto: nozione, effetti e problemi nel diritto italiano e straniero”, in “Atti del convegno nazionale “La famiglia di fatto”: Pontremoli 27-30 maggio 1976”, Montereale 1977, p. 345 e segg.; STELLA RICHTER, G., “Appunti sulla nozione di matrimonio di fatto”, *ivi*, p. 159 e segg.; FURGIUELE, G., *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 285 e segg.), che oggi certamente può considerarsi giuridicamente esistente, ancorché invalido in ragione del radicale difetto del rito formale, e quindi suscettibile di vedersi riconosciuti, sotto una crescente pluralità di profili, effetti anche per l’ordinamento dello Stato. Basti pensare agli ormai consolidati orientamenti giurisprudenziali che ravvisano nella famiglia di fatto una fonte di obbligazioni naturali (CASS., 22 gennaio 2014, n. 1277), riconoscono la tutela possessoria al convivente in quanto detentore giuridicamente qualificato e non mero ospite (CASS., 15 settembre 2014, n. 19423), rifiutano la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario, laddove il rapporto di convivenza coniugale si sia protratto a livello fattuale per più di tre anni (CASS., SEZ. UN., 17 luglio 2014, n. 16379), considerano la crisi della convivenza *more uxorio* come presupposto per un provvedimento di assegnazione della casa familiare che prescindendo dai titoli di proprietà (CASS., 11 settembre 2015, n. 17971).

4. Similmente, anche per quanto attiene alla diversità di sesso, un’accurata indagine storico-antropologica può rivelare come matrimoni omosessuali siano esistiti presso varie culture nel passato (cfr. EVANS-PRITCHARD, E., *Kinship and Marriage among the Nuer*, Oxford, 1951; GREENBERG, D., *The Construction of Homosexuality*, Chicago, 1988; ESKRIDGE, W.N., “A History of Same Sex Marriage”, in “*Virginia Law Review*”, 1993, p. 1419 e segg.; BOSWELL, J., *Same Sex Unions in Pre-Modern Europe*, New York, 1994; ALFIERI, F., “*Sub ficto habitu virili: identità, finzione e matrimonio fra le carte del Sant’Uffizio*”, in “Studi in onore di S. Seidel Menchi”, Roma, 2011, p. 161 e segg.), mentre una rapida considerazione comparatistica ne fa palese la ricorrenza in buona parte degli ordinamenti occidentali moderni. Peraltro, basterebbe ricordare come un insigne autore, vissuto quando di tali matrimoni non c’era traccia, ritenne comunque più corretta la qualificazione in termini di invalidità, più che di inesistenza, ravvisandovi un impedimento non diverso da quelli che attengono alla sussistenza di un precedente vincolo o ad un rapporto di parentela (JEMOLO, A.C., *Il matrimonio*, in “Trattato di diritto civile italiano”, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, pp. 48-57).

Tale impostazione si appalesa, del resto, come la più coerente con i nuovi orientamenti giurisprudenziali affermatasi in materia. Infatti, una ormai non breve successione di pronunzie giurisprudenziali del più alto livello ha chiarito che non esiste un obbligo, di diritto internazionale o comunitario o costituzionale, in forza del quale l'Italia dovrebbe ammettere nel proprio ordinamento la piena validità dei matrimoni omosessuali, ma al tempo stesso ha rimarcato che: le coppie in questione hanno un diritto alla vita familiare (CORTE EUR. DIR. UOMO, 24 giugno 2010, caso *Schalk & Kopf vs. Austria*), sono formazioni sociali costituzionalmente protette (CORTE COST., 15 aprile 2010, n. 138; CORTE COST., 11 giugno 2014, n. 170), possono ottenere in casi specifici l'equiparazione a quelle validamente sposate (CASS., 15 marzo 2012, n. 4184), hanno comunque piena rilevanza come famiglie di fatto (CASS., 9 febbraio 2015, n. 2400; TRIB. TREVISO, 15 dicembre 2014) ed il legislatore è anzi obbligato ad introdurre una disciplina che le riconosca e tuteli, anche se eventualmente in base ad un paradigma diverso da quello matrimoniale (CORTE EUR. DIR. UOMO, 21 luglio 2015, caso *Oliari & others vs. Italy*). In coerenza con tali premesse, ad alcune unioni omosessuali è stata riconosciuta un'efficacia matrimoniale sostanzialmente piena, nelle particolari circostanze in cui sia intervenuto il mutamento di genere di uno dei soggetti coinvolti. Così, può darsi che la sopravvenuta eterosessualità della coppia abbia l'effetto di rendere trascrivibile un matrimonio, originariamente omosessuale, straniero (APP. MILANO, 27 marzo 2015), oppure che la sopravvenuta omosessualità della coppia, originariamente eterosessuale, non sia più considerata d'ostacolo al mantenimento degli effetti del vincolo coniugale (CASS., 21 aprile 2015, n. 8097). A tal proposito, occorre peraltro ricordare che, ai fini del mutamento di genere, la giurisprudenza non ritiene più necessaria una modificazione chirurgica a livello anatomico, dovendo considerarsi sufficiente, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, un serio percorso di carattere psicologico (CASS., 20 luglio 2015, n. 15138; CORTE COST., 5 novembre 2015, n. 221).

Volendo riassumere tutte queste diversificate formulazioni, sembra dunque di poter tornare al punto prima delineato: quelli omosessuali restano per l'ordinamento italiano matrimoni invalidi, ma esistenti e quindi suscettivi di produrre effetti giuridici, eventualmente diversi da quelli pieni del matrimonio valido, ma non per questo irrilevanti. Naturalmente questo è, però, solo un approdo iniziale, da cui occorrerà trarre conseguenze non solo dogmatiche, ma anche applicative: bisogna, in altri termini, chiarire quali siano gli effetti in questione.

5. In alcuni casi, la soluzione è imposta dai rapporti con ordinamenti sovraordinati, che finiscono per imporre la realizzazione di alcuni di questi effetti. Nella moderna realtà giuridica non è, infatti, infrequente il fenomeno

per cui, pur restando il diritto di famiglia materia tendenzialmente ancora gestita dagli Stati, certi suoi profili vengano ad interessare diritti federali superiori, come è accaduto, proprio con riguardo alle problematiche in esame, nel contesto nordamericano (*USA SUPR. COURT*, 26 giugno 2013, casi *Hollingsworth vs. Perry* e *United States vs. Windsor*; *USA SUPR. COURT*, 26 giugno 2015, caso *Obergefell vs. Hodges*) ed in quello australiano (*HIGH COURT OF AUS.*, 12 dicembre 2013), e come sta ora accadendo sempre più frequentemente anche in Europa. Possiamo vederlo nella maniera più chiara avendo riguardo alla materia del ricongiungimento familiare, pressoché integralmente attratta nella sfera della competenza comunitaria, per cui, almeno a tali limitati fini, nessuno Stato, e quindi nemmeno l'Italia, può fare a meno di considerare come matrimonio efficace quello contratto, anche fra persone del medesimo sesso, secondo le leggi di un altro Stato Membro (TRIB. REGGIO EMILIA, 13 febbraio 2012; TRIB. PESCARA, 15 gennaio 2013; TRIB. VERONA, 5 dicembre 2014).

Ampliando il ragionamento, possiamo però prendere in considerazione anche quelle importanti normative comunitarie che, in ambito lavoristico e previdenziale, proibiscono le discriminazioni fondate soltanto sulle tendenze sessuali (Direttiva 2000/78/CE). Infatti, in base ad esse si è potuto sancire che, nei Paesi in cui il matrimonio è riservato alle coppie eterosessuali, determinati benefici pensionistici o retributivi ad esso correlati devono essere estesi anche ai *partners* di una unione civile omosessuale (CORTE GIUST. U.E., 10 maggio 2011, C-147/08; CORTE GIUST. U.E., 12 dicembre 2013, C-267/12). Similmente, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha avuto più occasioni di statuire che gli effetti analoghi a quelli matrimoniali riconosciuti dagli ordinamenti interni alle famiglie di fatto eterosessuali, ad esempio con riguardo alla successione nei contratti di locazione aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, non possano essere denegati a quelle omosessuali (CORTE EUR. DIR. UOMO, 24 luglio 2003, caso *Karner vs. Austria*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 2 marzo 2010, caso *Kozak vs. Poland*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 7 novembre 2013, caso *Vallianatos vs. Greece*).

6. Con riguardo ad ulteriori profili, invece, i riferimenti sono meno sicuri, poiché mancano indicazioni cogenti esterne ed occorre valutare il problema sulla base dei principi generali. Verrà, quindi, in rilievo la considerazione di quei principi cui ci riferiamo solitamente con l'ambigua formula dell'ordine pubblico, a proposito dei quali tanto inchiostro è stato versato sia dalla dottrina internazionalprivatistica (cfr., *ex multis*, BADIALI, G., *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; BARILE, G., *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; PALAIA, N., *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974; BENVENUTI, P., *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano,

1977; ANGELINI, F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007; FERACI, O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012), sia da quella più propriamente civilistica (cfr. FERRI, G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; GUARNERI, A., *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974). Diviene, quindi, opportuno richiamare gli orientamenti sviluppatasi con riguardo alle altre classiche forme di matrimonio invalido, ma esistente, come l'unione incestuosa (cfr. TRIB. VENEZIA, 31 luglio 2006) o soprattutto quella poligamica, resa d'attualità specie con l'imponente sviluppo delle correnti migratorie di provenienza islamica. Sta, infatti, assumendo precipua importanza quel criterio che la Risoluzione adottata a Cracovia il 25 agosto 2005 dall'Istituto di Diritto Internazionale ha indicato come "ordine pubblico attenuato", per cui devono consentirsi maggiori aperture qualora la fattispecie presenti più forti legami con Paesi appartenenti ad una diversa area culturale, ed un nesso meno significativo con lo Stato cui si chiede il riconoscimento degli effetti.

L'ipotesi paradigmatica è oggi quella del matrimonio poligamico celebrato in terra musulmana fra cittadini stranieri, ma fatto valere in Europa ai fini della parte di eredità ivi relitta da uno di essi, o magari della pensione di reversibilità. In tal caso, si giustifica, appunto, un'operatività attenuata del divieto di poligamia, tale da non impedire ai superstiti l'acquisto del diritto in questione, che si presenta come un mero "effetto riflesso" del matrimonio invalido (CASS., 2 marzo 1999, n. 1739), mentre ben diversa sarebbe la reazione dell'ordinamento se si pretendesse di istituzionalizzare sul territorio nazionale una vita familiare poligamica, celebrandovi i relativi matrimoni. La materia, comunque, non ha ancora raggiunto uno stato di elaborazione del tutto soddisfacente, come mostra l'oscillazione fra orientamenti che hanno negato al figlio la possibilità di domandare il ricongiungimento familiare per la madre, onde evitare che sul territorio nazionale vengano così a trovarsi entrambe le mogli del padre (CASS., 28 febbraio 2013, n. 4984), ed altri che, invece, hanno offerto pieno riconoscimento giuridico, almeno ai fini del risarcimento del danno da morte del convivente, a situazioni fattuali poligamiche, i cui protagonisti erano peraltro tutti cittadini italiani (CASS., 7 giugno 2011, n. 12278; CASS., 16 giugno 2014, n. 13654).

Ad ogni modo, può rivelarsi assai utile l'applicazione di un analogo modo di argomentare anche alle unioni omosessuali: ne deriva che la qualificazione dei matrimoni in questione come invalidi, ma esistenti, può consentire di riconoscere agli stessi degli effetti giuridici, che si impongano a prescindere dalla effettuazione di qualunque trascrizione, sulla base della mera realtà familiare di fatto, etero od omosessuale che sia, oppure anche del dato giuridico rappresentato dal matrimonio straniero in sé e per sé considerato. Si è così affermato, nell'elaborazione del Consiglio Nazionale del Notariato, un orientamento che riconosce efficacia ai fini successori, dunque il tipico caso

di “effetti riflessi”, ai matrimoni *same-sex* fra stranieri contratti all'estero, benché non trascritti né trascrivibili (“La rilevanza notarile dei matrimoni omosessuali contratti all'estero”, Studio 1-2015/E2020, 6 giugno 2015). Parrebbe, inoltre, che il medesimo approccio possa portare a risultati interessanti anche con riguardo al più delicato dei problemi che il tema ci pone, quello della filiazione omogenitoriale.

Recentemente, infatti, la giurisprudenza più sensibile ha avuto modo di distinguere fra l'inammissibilità della trascrizione del matrimonio *same-sex* in sé e per sé considerato, e la doverosità, a tutela dell'interesse superiore del minore, del riconoscimento dello *status filiationis* che sul presupposto di tale vincolo coniugale sia stato attribuito da uno Stato straniero alla sposa della madre biologica (APP. MILANO, 16 ottobre 2015). Del resto, in altre fattispecie analoghe in cui la trascrizione dell'eventuale matrimonio straniero non era stata nemmeno richiesta, i giudici hanno ritenuto di consentire quella dell'atto di nascita di un bambino con due comadri (APP. TORINO, 29 ottobre 2014), o di disporre l'adozione speciale del minore da parte della genitrice sociale, compagna della madre biologica (TRIB. MIN. ROMA, 30 luglio 2014; TRIB. MIN. ROMA, 22 ottobre 2015; APP. ROMA, 23 dicembre 2015), o quanto meno di riconoscere il diritto dello stesso di continuare a frequentarla, anche dopo la fine del rapporto fra le due donne (TRIB. PALERMO, 13 aprile 2015). Altri giudici, invece, ritenendo allo stato precluse tali opzioni, hanno sollevato la questione di legittimità delle norme interne che impedirebbero tali esiti (TRIB. MIN. BOLOGNA, 10 novembre 2014; APP. PALERMO, 31 agosto 2015), rimettendo la problematica all'esame della Corte Costituzionale, che non si è ancora pronunciata.

Non è dunque escluso che seguendo questo genere di percorsi argomentativi si possa gradualmente arrivare a configurare un assetto, analogo a quello che è dato rinvenire, ad esempio, nel contesto israeliano, in cui la perdurante inammissibilità della celebrazione di un matrimonio omosessuale interno, sostanzialmente insuperabile a causa di molteplici veti di carattere religioso, non impedisce, però, il riconoscimento della piena efficacia sostanziale di quelli celebrati all'estero conformemente alla *lex loci*.

LA RECONCILIACIÓN CONYUGAL: REFLEXIONES TRAS LA
REFORMA OPERADA POR LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

MARITAL RECONCILIATION: REFLECTIONS AFTER THE
REFORM OPERATED BY LAW 15/2015, OF JULY 2, OF THE
VOLUNTARY JURISDICTION.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3 ter, diciembre 2015, pp. 32 - 51.

Fecha entrega: 29/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. M^a. AMALIA BLANDINO GARRIDO
Profesora Contratada Doctor
Universidad de Cádiz
amalia.blandino@uca.es

RESUMEN: La reforma operada en el art. 84 del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha dado lugar a que la reconciliación no sólo deba formalizarse ante el juez que está tramitando o ya decretó la separación, sino también ante el notario y, según cabe deducir de una interpretación sistemática, ante el letrado de la administración de justicia. Al margen de la reconciliación formalmente comunicada, se analizan los efectos que genera la reconciliación privada o tácita a la luz de las decisiones de nuestros tribunales.

PALABRAS CLAVE: reconciliación; separación conyugal; divorcio; comunicación; notario; letrado de la administración de justicia.

ABSTRACT: After the reform of Article 84 of the Civil Code by Law 15/2015, of July 2, of the Voluntary Jurisdiction, marital reconciliation is formalized not only to the judge who is handling or has already decreed the separation, but also to the notary. Moreover, according to a systematic interpretation, reconciliation can be communicated to the lawyer of the administration of justice. The effects generated by private or implied reconciliation are also analyzed, taking into account the decisions of the courts.

KEY WORDS: reconciliation; marital separation; divorce; communication; notary; lawyer of the administration of justice.

SUMARIO: 1. Planteamiento.- 2. Alcance de la reconciliación.- 3. Elementos: objetivo y subjetivo.- 4. La intervención del juez, notario y letrado de la administración de justicia en la reconciliación.- 5. Comunicación y publicidad de la reconciliación.- 6. Efectos de la reconciliación comunicada tras solicitar las medidas provisionales previas.- 7. Efectos de la reconciliación notificada durante la tramitación de la separación.- 8. Efectos de la reconciliación comunicada tras la separación.- 9. Efectos de la reconciliación manifestada durante la tramitación del divorcio.- 10. Efectos de la reconciliación comunicada tras el divorcio.- 11. Efectos de la reconciliación “privada” o “tácita”.

1. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha llevado a cabo una modificación notable en el tratamiento de las crisis matrimoniales, principalmente en lo concerniente a la separación y al divorcio, tanto en los aspectos materiales como en los procesales. Este cambio ha alcanzado a la reconciliación conyugal, contenida en el art. 84 CC, dado que la previsión de que la separación legal (y el divorcio) puede tener lugar no sólo ante el juez - como únicamente ocurría antes- sino también a través del notario y del letrado de la administración de justicia, según los casos, lleva consigo que sean también estas autoridades las receptoras de la voluntad reconciliatoria de los cónyuges.

El punto de partida debe ser la norma contenida en el citado art. 84, que se reproduce literalmente para una mejor comprensión:

“La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.

La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente”.

La reforma se efectúa añadiendo los dos últimos párrafos y reuniendo en el primero lo que en la redacción anterior se contenía en sus dos apartados. Se

han modificado apenas unas líneas en el art. 84 CC; pocas líneas pero suficientes para provocar una importante reforma, aunque su redacción y la falta de otras previsiones, provoca dudas y lagunas, teóricas y prácticas, a las que, en la medida de lo posibles, se tratará de dar alguna respuesta en estas páginas.

2. En sentido amplio, la reconciliación es la reanudación de la comunidad de vida matrimonial decidida por unos cónyuges que la habían interrumpido. Entendida la reconciliación como el deseo de los cónyuges de recomponer la relación marital, es posible que la misma ponga fin a una situación de mera separación de hecho. En este caso, la reconciliación traerá consigo la eliminación de los efectos que la separación de hecho haya provocado “ministerio legis” [CASTILLA BAREA, M.: “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. IZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), vol. II, Thomson Aranzadi, Madrid, 2011, p. 215]. La reconciliación de los cónyuges separados de hecho dará lugar, por ejemplo, a la reviviscencia de la presunción de paternidad matrimonial (art. 116 CC); o a la recuperación de las facultades de representación en caso de declaración de ausencia legal del cónyuge (art. 184.1º) o en orden al nombramiento de tutor del cónyuge incapacitado (234.1º CC); asimismo, el cese de la separación de hecho resucitará el llamamiento en la sucesión intestada (art. 945 CC).

En sentido estricto, tal y como es contemplada en el art. 84 CC, la reconciliación tiene lugar cuando se ha iniciado o incluso culminado un procedimiento judicial de separación, o cuando se ha acordado la separación ante notario. La reconciliación aparece, así, como un acto jurídico que da lugar al cese voluntario de la situación de separación, restableciendo la convivencia conyugal entre quienes no habían dejado de ser cónyuges. En cuanto a su naturaleza jurídica, suele catalogarse como un negocio jurídico de Derecho de familia por el que los cónyuges, libre y voluntariamente, hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia (SSTSJ Cataluña 30 julio y 7 septiembre 2009 y 24 febrero 2014; AAP Barcelona, Sección 12ª, 3 marzo 2005¹; en la doctrina, véase PÉREZ RÚA, M. J.: *La reconciliación matrimonial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1999, p. 32).

Habiéndose iniciado los trámites procesales de la separación o estando éstos concluidos, la reconciliación sólo produce plenos efectos si la misma es formalmente comunicada al órgano donde se esté tramitando; es decir, si las

¹ SSTSJ Cataluña 30 julio 2009 (RJ 2009, 5715), 7 septiembre 2009 (RJ 2009, 5929) y 24 febrero 2014 (RJ 2014, 2223); AAP Barcelona, Sección 12ª, 3 marzo 2005 (JUR 2005, 116992).

partes formalmente hacen patente su voluntad (art. 84.I CC). En este sentido, la reconciliación se considera como una “declaración de voluntad emitida por ambos cónyuges por la que expresan su intención de proseguir la vida matrimonial después de un período de separación” [MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 84”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 224]. Una declaración que persigue dejar sin efecto lo resuelto en una separación decretada legalmente o simplemente prescindir de la acción de separación y poner término al procedimiento (SAP Ávila, Sección 1^a, 27 febrero 2009²). Es decir, cuando por los actos de las partes se han iniciado unos trámites procesales o, concluidos éstos, se han realizado unas inscripciones en el Registro Civil, ni el proceso ni el Registro se verán conmovidos si las partes no se someten a los requisitos que el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil propugnan. De ese modo, el proceso no se frenará si las partes no aducen el pacto reconciliador alcanzado, ni los terceros se encontrarán vinculados por ello. Si la separación hubiera tenido lugar mediante escritura notarial (art. 82 CC), la reconciliación requiere que sea formalizada en escritura pública o en acta de manifestaciones (art. 84.II CC). En todo caso, los efectos para los terceros sólo se producirán si fuera inscrita en el Registro Civil correspondiente (art. 84.III CC). No obstante, el ordenamiento reconoce una eficacia entre las partes a la reconciliación –no extensible en perjuicio de terceros– que, en caso de conflicto entre ellos, siempre estará sujeta a la efectividad de la prueba: será necesario acreditar que realmente ha existido la reconciliación. Por otra parte, si bien para que haya formalmente una reconciliación, en términos legales estrictos, bastaría con que por voluntad de los cónyuges se pusiese fin a un procedimiento de separación o que se dejase sin efecto ulterior lo resuelto en él o lo acordado en la escritura notarial de separación (cfr. art. 84 CC), o que se extinguiera la acción de divorcio ejercitada (cfr. art. 88), resultaría difícil tomarla por tal si (al mismo tiempo que se cumpliera con las formalidades que fueran preceptivas) la reconciliación no supusiera una recuperación de una cierta normalidad o estabilidad conyugal (TENA PIAZUELO, I.: “Crisis de pareja, mediación familiar, y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida”, *Actualidad Civil Jurisprudencia*, núm. 13, julio 2012, p. 5).

La reconciliación no es nunca una decisión unilateral, pues es obvio que requiere un consentimiento mutuo, siendo bilateral por su propia naturaleza (TENA PIAZUELO, I. *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 102 y CAMPUZANO TOMÉ, H. y CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “Reflexiones en torno a la reconciliación de los cónyuges”, *La Ley*, 1985-2, p. 1173). A diferencia de los “intentos de reconciliación”, la reconciliación supone una reanudación

² SAP Ávila, Sección 1^a, 27 febrero 2009 (JUR 2009, 333196).

estable y continuada de la convivencia con la finalidad de cesar la situación y los efectos derivados de la anterior separación matrimonial (STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2009³). Carece de interés la reconciliación cuando se ha producido ya el divorcio, pues en realidad no existe ya relación conyugal que recomponer, de modo que la eficacia jurídica del deseo de convivencia sólo es posible mediante la celebración de un nuevo matrimonio. No hay reconciliación entre cónyuges, en este caso, porque una vez producido el divorcio el vínculo matrimonial ya se ha disuelto (art. 88.II CC).

3. La doctrina y los tribunales exigen dos requisitos para que pueda apreciarse que estamos ante una reconciliación: uno, objetivo y material, cual es el efectivo restablecimiento de la convivencia, y otro, subjetivo e intencional o volitivo, que es el firme deseo de los cónyuges de volver a asumir desde ese instante los deberes que los arts. 66 a 68 CC les imponen. Se termina reconociendo, sin embargo, que el elemento verdaderamente determinante es el subjetivo –esto es, el “animus” específico de compartir un nuevo proyecto de vida en común que comporta la asunción de los deberes conyugales- dado que, de una parte, si concurre éste, puede faltar el objetivo cuando alguno de los cónyuges no viva circunstancialmente en el domicilio familiar; e incluso, concurriendo el objetivo, no existirá verdadera reconciliación cuando no hay voluntad de reiniciar, con vocación de permanencia, el proyecto de vida en común. (MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 84”, cit., p. 224 y SAP Sevilla, Sección 6ª, 28 enero 1993⁴). Resulta, por tanto, compatible el mantenimiento de la separación y la convivencia bajo el mismo techo por motivos de conveniencia para los cónyuges (SAP Asturias, Sección 7ª, 11 julio 2013⁵). De este modo, aunque lo habitual en la doctrina y jurisprudencia sea hacer referencia a ambos elementos, parece que el único elemento decisivo sería el subjetivo, esto es, la voluntad de recobrar la vigencia del vínculo conyugal, mientras que el objetivo no es sino una manifestación de la voluntad de reconciliación.

4. La reforma provocada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en materia matrimonial y de crisis matrimoniales, ha atribuido competencias también a los letrados de la administración de justicia y a los notarios, de las que antes carecían. Ello obliga a hacer una delimitación precisa de los supuestos y ocasiones en que corresponde intervenir a cada uno de estos profesionales. La línea divisoria es bastante clara, cuando de lo que se trata es de la separación o del divorcio: la intervención de los notarios y letrados de la

³ STSJ Cataluña 7 septiembre 2009 (RJ 2009, 5929).

⁴ SAP Sevilla, Sección 6ª, 28 enero 1993 (AC 1993, 62).

⁵ SAP Asturias, Sección 7ª, 11 julio 2013 (JUR 2013, 267260).

administración de justicia queda circunscrita a la existencia de mutuo acuerdo, siempre que no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores (arts. 82 y 87 CC). En cambio, la norma relativa a la reconciliación, el art. 84 CC, carece de esa precisión; basta con observar que el letrado de la administración de justicia no es mencionado en ella. Es oportuno, por ello, proceder a una reflexión sobre cuál de estos profesionales puede intervenir en la reconciliación y en qué supuestos. Particularmente interesa saber si el letrado de la administración de justicia puede tener alguna competencia en esta materia. El método que se va a seguir es delimitar los casos en los que claramente intervienen notario y juez, para después plantear si podría reconocerse alguna función al letrado de la administración de justicia, a pesar de no referirse a él expresamente la norma.

El principio general es que la competencia para tomar conocimiento de la reconciliación corresponde a la autoridad que interviniera o estuviera interviniendo en la declaración de separación legal (juez, letrado de la administración de justicia o notario) o, en su caso, al juez que estuviera conociendo del proceso contencioso de divorcio. No ofrece duda el contenido del párrafo primero del art. 84 CC, donde se contiene la reconciliación ante el juez. Procederá siempre que la separación se esté tramitando o se haya decretado por el juez; la reciente reforma implica que el juez conocerá de todos los supuestos de separación contenciosa y también de la de mutuo acuerdo con hijos menores o con capacidad modificada judicialmente (art. 81 CC). Señala además la particularidad procesal de que deberán ratificar por separado la reconciliación y la posibilidad de que sean mantenidas o modificadas las medidas que afecten a los hijos.

La reconciliación ante el notario parece que no suscita discusión, dado que así se colige de la lectura de los arts. 84 y 82 CC, en cuya virtud deberá producirse cuando la separación se hubiera acordado “sin intervención judicial”, por tanto, en los supuestos de mutuo acuerdo y sin hijos menores o con capacidad judicialmente modificada. La voluntad de los cónyuges se documentará mediante escritura pública o en acta de manifestaciones. Desde una perspectiva negativa, esto significa que cuando la separación se hubiera producido mediante escritura pública, la reconciliación no podrá tener lugar en el juzgado, de modo que si los cónyuges se dirigieran a este órgano con el objeto de formalizar su reconciliación, éste se debería declarar incompetente.

Lo que parecería obvio sería que la reconciliación se pudiera producir también a través del letrado de la administración de justicia, en los casos en que éste estuviera conociendo o hubiera decretado la separación, dentro de la competencia que le atribuye el art. 82 CC. Sin embargo, el párrafo primero del art. 84 CC se destina a regular exclusivamente los casos en los que haya

intervenido o lo esté haciendo el juez; mientras que el párrafo segundo se refiere sólo al notario, único al que menciona, con cita a los documentos notariales en que podrá recoger la voluntad de las partes (escritura o acta de manifestaciones). Por tanto, es claro que la reforma no ha atribuido expresamente competencias al letrado de la administración de justicia en materia de reconciliación. La consecuencia que inmediatamente se deduce es que los cónyuges que hubieran obtenido la separación o la estuvieran tramitando ante el letrado de la administración de justicia, no podrían reconciliarse, al tener cerradas las vías de la reconciliación notarial y la del juez. Como esta consecuencia no es lógica, deberá hacerse una interpretación que la evite. La primera posibilidad sería considerar que en el caso anterior la reconciliación se formulará siempre ante el juez, tanto si se está aún tramitando como si se ha obtenido la separación. Esta interpretación no sería coherente con el resto de disposiciones que se están tratando en este apartado, pues no se entendería que el notario tuviera competencia para actuar en la separación y en la reconciliación y el letrado de la administración de justicia sólo en la separación; ni tampoco con el hecho de que el juez resulta incompetente para conocer de las separaciones de mutuo acuerdo descritas en el artículo 82 CC, pero en cambio sí lo fuese y con carácter exclusivo para la reconciliación, si intervino el letrado de la administración de justicia pero no si se efectuó ante notario. A mi modo de ver, el texto del art. 84 CC, al no ser claro, requiere una interpretación sistemática en conexión con el art. 82, al que expresamente se remite (en cuya virtud, los cónyuges puedan acordar su separación de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la administración de justicia o en escritura pública notarial) y también con otros preceptos, como el art. 835 CC. Debe concluirse, pues, que estamos ante un “lapsus” del legislador y que los jurisprudentes deben realizar la interpretación a que la lógica y la sistemática conducen, concluyendo que el letrado de la administración de justicia tiene también atribuciones en materia de reconciliación.

5. La reconciliación puede producir unas consecuencias jurídicas u otras, en función de si ha sido manifestada formalmente o no y según el estado en que se encuentre la crisis conyugal. Como se dijo antes, el principal elemento de la reconciliación es la intención o voluntad de las partes de proseguir la vida conyugal después de un periodo de separación; pero es preciso que esa voluntad se manifieste, es decir, que se haga pública. La manifestación pública de la reconciliación (ante el juez, letrado de la administración de justicia o notario) es un requisito legalmente establecido que tiene la ventaja de dejar fuera de toda duda la constatación del acto reconciliatorio. El alcance de la reconciliación, en cuanto a sus efectos, será, en estos casos, el que el juez, en su caso, haya determinado en la resolución que habrá de pronunciar una vez que tenga noticia de la reconciliación producida, o los

que los cónyuges hayan podido expresar en el convenio presentado ante el notario o el letrado de la administración de justicia, sin perjuicio de los que “ex lege” se deben producir.

Según cómo se haya producido esta expresión pública de la reconciliación, los efectos jurídicos serán diversos, traspasando o no la esfera de las relaciones personales y alcanzando a los terceros. Por eso, puede hablarse de una reconciliación con todos los requisitos de publicidad, especialmente su inscripción registral, otra que se encuentra en un estadio anterior, que es la que se ha producido formalmente pero aún no ha llegado a ser inscrita, y, por último, la que existe sin expresión formal por los cónyuges.

Lo normal es que las reconciliaciones manifestadas se encuentren inscritas, pues el notario, el letrado de la administración de justicia y el juez tienen obligación de notificarlo al Registro Civil, una vez que se haya producido. Desde este instante producirá efectos plenos y, particularmente, frente a terceros (arts. 84.III y 61.III CC).

Cabe que las partes hayan manifestado la reconciliación de modo formal a la autoridad que haya conocido o esté conociendo de la separación, pero que aún no conste inscrita. Se trata de la reconciliación que ha sido comunicada al juez o letrado de la administración que estén conociendo de la separación o que hayan pronunciado la resolución correspondiente (sentencia o decreto); también lo es la que se formaliza en escritura pública o en acta de manifestaciones, ante el mismo notario que elevó a escritura pública la separación. Es el paso previo a la inscripción y es la única modalidad que la Ley permite, siempre que se haya iniciado una tramitación judicial de la separación o cuando la misma ya esté declarada formalmente. Lo normal es que, una vez manifestada, sea inscrita; pero en ese lapso de tiempo hasta su reflejo registral, la reconciliación ya produce ciertos efectos, como por ejemplo el señalado en el art. 835 CC, sobre los derechos sucesorios.

No estableciendo el art. 84 CC forma específica o plazo para realizar la comunicación de la reconciliación, cabe admitir la posibilidad de llevarla a cabo al tiempo de producirse la ulterior crisis matrimonial, aún después de terminada la convivencia posterior a la separación matrimonial legalmente decretada, tanto si lo pretendido es una segunda separación matrimonial, previa anulación de los efectos de la primera, como si lo solicitado es directamente el divorcio (SAP Barcelona, Sección 12^a, 17 diciembre 2004⁶).

⁶ SAP Barcelona, Sección 12^a, 17 diciembre 2004 (JUR 2005, 33992).

Es posible, por último, que la reconciliación sea privada, extrajudicial o tácita. Esta reconciliación, que podríamos denominar también “de hecho”, es la no manifestada expresamente pero que se deduce de la conducta de los cónyuges, reveladora de la intención de reanudar la convivencia y evitar o terminar con la separación. La reconciliación tácita es el mutuo acuerdo de reanudar la convivencia matrimonial, sin observar formalidad alguna en juicio, si bien debe probarse cumplidamente (SAP Ávila, Sección 1ª, 27 febrero 2009⁷). Según la interpretación más extendida en las Audiencias Provinciales, este tipo de reconciliación podrá surtir efectos entre los cónyuges, pero no frente a los terceros de buena fe, ya que para ello deberá estar inscrita en el Registro civil, enervando así los efectos propios de la separación inscrita.

Por lo demás, la reconciliación, sea formal o sea tácita, no tiene alcance retroactivo, como se infiere de lo dispuesto en el art. 84 CC -cuando dice que la reconciliación “deja sin efecto ulterior” lo resuelto en el procedimiento de separación- sino “ex nunc”, o lo que es igual, desde el momento en que se produce. Ello supone que lo actuado en el proceso y lo dispuesto en la sentencia que le puso fin, es plenamente válido, ejecutivo y eficaz hasta el momento en que se produce la reconciliación (STSJ Cataluña 7 septiembre 2009⁸).

6. En la medida en que la reconciliación, en sentido estricto, sólo puede existir en relación con una separación que se ha solicitado o que ha sido ya acordada, pueden distinguirse varios momentos distintos, atendiendo al instante procesal o procedimental en que es comunicada. Obsérvese que esta clasificación no atiende al momento en que la reconciliación se produce efectivamente, sino a aquel en que se hace aflorar para que produzca la eficacia jurídica que se desea.

La reconciliación puede manifestarse formalmente en el período que media entre la solicitud de las medidas provisionales previas (de separación o divorcio) y la finalización del plazo de treinta días para la interposición de la demanda, a que se refieren los arts. 104 CC y 771.5 LEC. Esta posibilidad no se encuentra expresamente contemplada en el art. 84 CC. Se atiende ahora al caso en que se hayan acordado unas medidas provisionales previas y sobrevenga la reconciliación antes de la presentación de la demanda, siendo necesario diferenciar dos posibilidades: que sólo estén vigentes las medidas provisionales previas o que también se hubiera dispuesto con anterioridad la separación mediante sentencia, decreto o escritura pública (en este último

⁷ SAP Ávila, Sección 1ª, 27 febrero 2009 (JUR 2009, 333196).

⁸ STSJ Cataluña 7 septiembre 2009 (RJ 2009, 5929).

caso, las medidas previas lo serían de un procedimiento de divorcio o de modificación de las medidas reguladoras de la separación). Los efectos y medidas que pueden acordarse son los de los arts. 102 y 103 CC que, como es sabido, sólo subsisten si se cumple el requisito de presentación en plazo de la demanda. Así pues, basta con dejar de cumplir este requisito para que las medidas se extingan, salvo lo indicado en el art. 106 CC respecto de la revocación de consentimientos y poderes, que se entiende definitiva.

La no presentación de la demanda dentro del plazo legalmente señalado, no puede ser interpretada como una reconciliación tácita; al menos, por sí solo, este hecho no es suficiente para ser así valorado. Si al promover las medidas previas los cónyuges no se encuentran separados legalmente, no podrá aducirse una reconciliación legal o estricta del art. 84 CC, que tiene como presupuesto precisamente la separación. No puede haber reconciliación si no hay previa crisis matrimonial, bajo la forma de separación legalmente acordada (art. 84 CC). Es por ello que cuando las medidas previas se obtienen para preparar un proceso de divorcio, sin que los cónyuges aún se hayan separado, no será posible la reconciliación. De este modo, no se podrá admitir a trámite la propuesta de reconciliación ni podrá valorarse como reconciliación privada o tácita (sin perjuicio de que la reconciliación conlleve el cese de los efectos producidos “ex lege” por la situación de separación de hecho).

Pero, las medidas provisionales previas pueden promoverse también para preparar un proceso de divorcio, estando ya legalmente separados los cónyuges con unas medidas definitivas ya adoptadas, o para promover una modificación de tales medidas definitivas. En esta ocasión, la no presentación de la demanda en plazo no puede tampoco valorarse, por sí sola, como una reconciliación. Ello no obsta para que dicha reconciliación exista y se produzca del modo en que las partes lo estimen adecuado; incluso, si se tratara de una reconciliación tácita, la no presentación de la demanda podría servir como un indicio. Si las partes así lo desean, podrán hacer expresa su voluntad de reconciliación y hacerla constar en el procedimiento donde se acordó la separación legal.

Por lo demás, en el caso de que la separación se hubiera producido de mutuo acuerdo y mediante escritura pública, el hecho de haber promovido unas medidas provisionales previas al proceso contencioso de divorcio no significa que el notario pierda la competencia para la reconciliación, pues corresponde a quien intervino como autoridad pública en la separación legal.

7. Cabe también que reconciliación se comunique formalmente durante la tramitación de la separación. El supuesto que aquí se contempla es el de la

reconciliación que se produce durante la sustanciación del proceso contencioso de separación (art. 770 LEC), o mientras se tramita el procedimiento de mutuo acuerdo, ante el juez o el letrado de la administración de justicia (art. 777 LEC), o mediante el otorgamiento de escritura pública notarial (art. 82 CC).

La reconciliación se deberá poner en conocimiento de quien estuviera conociendo del procedimiento correspondiente. El requisito de la ratificación separada de los cónyuges es exigido por el art. 84 CC sólo para cuando ocurre ante el juez, pero debería interpretarse en sentido amplio, alcanzando también a la que tiene lugar ante el letrado de la administración de justicia y ante el notario.

En el caso de que se haya iniciado un proceso contencioso dirigido a obtener la separación o el divorcio, lo más probable es que se hayan solicitado y acordado por el juez unas medidas provisionales previas o simultáneas (con la demanda o la contestación) y que se hayan producido unos efectos “ope legis”. Los efectos y medidas que pueden estar vigentes son los que se indican, respectivamente, en los arts. 102 y 103 CC, en relación con los arts. 771 a 773 LEC. El juez, al tener conocimiento de la reconciliación de las partes, dispondrá el cese de estos efectos y medidas, con una serie de excepciones. Así, respecto de los efectos legales del art. 102 CC, quedará restaurada la presunción de convivencia conyugal, así como la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica; en cambio, no recobrará su vigencia la revocación de consentimientos y poderes, que tiene carácter definitivo, sin perjuicio de que las partes puedan otorgarse posteriormente nuevos poderes (art. 106 CC). Del mismo modo, las medidas provisionales del art. 103 CC adoptadas por el juez quedarán sin efecto tras la reconciliación; sin embargo, el art. 84.I CC faculta al juez para que mantenga o modifique las medidas que estuvieran acordadas en relación con los hijos, “cuando exista causa que lo justifique”, lo que requiere una suficiente motivación, en la que siempre tendrá papel predominante el interés del menor. El Código Civil hace mención a las “medidas adoptadas en relación a los hijos”, en general (art. 84.I CC), pero dado que las medidas del art. 103 CC se refieren a los hijos menores, hay que entender que las medidas que se pueden mantener o modificar son sólo las relativas a los menores [en este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 84”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 866].

8. La reconciliación acaecida una vez dictada la sentencia o el decreto de separación, o elevada a escritura pública, deja sin efecto lo acordado, quedando restablecida la convivencia matrimonial. Dado que la separación

habrá sido inscrita en el Registro Civil, para que la reconciliación produzca efectos frente a terceros, será preciso que se proceda igualmente a su inscripción.

Tras la reconciliación, todos los efectos y las medidas contenidas en la sentencia o decreto de separación, o en la escritura pública notarial del convenio regulador, quedarán enervadas; en consecuencia, se reanudará la vida común de los casados, con la presunción de convivencia, quedando vinculados los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 CC) y se levantarán las medidas definitivas adoptadas. No obstante, tratándose de separación tramitada ante el juez, aquél acordará lo que sea adecuado respecto de las medidas relativas a los hijos comunes, si alguna causa lo justificara, lo que deberá motivar suficientemente (art. 84.I CC).

La separación de bienes decretada no se alterará, sin embargo, por la reconciliación de los cónyuges (art. 1443 CC). La reconciliación no conlleva, pues, una restauración del régimen económico anterior a la separación (por ej., del régimen de gananciales). No obstante, a partir de la reconciliación, los cónyuges pueden acordar en capitulaciones matrimoniales el régimen económico que consideren oportuno; pueden pactar, así, que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes, en cuyo caso, harán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte de nuevo y se considerarán éstos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación (art. 1444 CC). En esta última situación, y aunque se trate del régimen existente en el momento de acordarse la separación legal, no se tratará de reanudarlo, sino de establecerlo “ex novo” (GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al artículo 84”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo), T. II, Edersa, Madrid, 1982, p. 291, nota al pie 8). En consecuencia, el efecto de la disolución del régimen de gananciales por la sentencia o decreto firme de separación, o en virtud de la escritura pública que formalicen el convenio regulador (art. 95 CC), se mantiene incluso tras una posterior reconciliación entre las partes, sin perjuicio de lo que pudieran pactar con posterioridad en capitulaciones. A falta de este pacto, los cónyuges reconciliados estarán sujetos al régimen de absoluta separación de bienes.

En el ámbito sucesorio y de conformidad con lo establecido en el art. 835 CC, “si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos” y, por tanto, tendrá derecho a la cuota viudal. Este precepto no requiere que se haya verificado la

inscripción registral, aunque será lo más normal dada la obligación que tiene el juez de comunicarlo al Registro Civil. Estamos en el caso de la reconciliación manifestada formalmente pero aún no inscrita. No basta, sin embargo, la manifestación de voluntad unilateral del cónyuge superviviente para alcanzar los efectos del art. 84 CC, que exige una declaración bilateral de ambos consortes de dejar sin efecto lo acordado en la separación, para así reanudar la comunidad de vida (AAP Barcelona, Sección 12ª, 3 marzo 2005⁹). Idéntica interpretación debe efectuarse, pese a la omisión de la norma, respecto al llamamiento del cónyuge separado a la sucesión abintestato regulada en el art. 945 CC.

Se presenta la dificultad de determinar ante quién se debe tramitar la reconciliación si después de una separación de mutuo acuerdo, otorgada en escritura pública, se promueve un proceso contencioso de divorcio o de modificación de medidas, y, con ocasión del mismo, se adoptan unas medidas provisionales, con las consecuentes anotaciones e inscripciones registrales. Pongamos por caso que se hubiera acordado notarialmente la separación; alguna de las partes desea obtener el divorcio pero entre ambas no hay acuerdo, de modo que no queda otro remedio que acudir al proceso contencioso; una vez iniciado éste, las partes se reconcilian y no sólo desean abandonar los trámites del divorcio sino que desean reconciliarse. El criterio general adoptado por la ley (arts. 84 y 835 CC) es que la competencia corresponde al juez, letrado de la administración de justicia o notario que intervino o esté interviniendo en la separación previamente acordada. La aplicación de esta regla general conduciría a que sólo podría generar efectos en el proceso contencioso de divorcio aquella reconciliación producida ante quien intervino en la separación de mutuo acuerdo. Ello supone que los cónyuges deberán acudir al notario para producir la reconciliación y, además, dar a conocer al juez que se ha producido este hecho o, simplemente, desistir del procedimiento. Quizás fuera adecuada una interpretación en el sentido de que, cuando se produzca esta situación y ya estén las partes en un proceso, la reconciliación pueda producirse dentro del proceso contencioso en todos los casos, con independencia de ante quién hubiera tenido lugar la separación. Razones de economía procesal y de favorecer la solución pactada de los conflictos así lo aconsejan.

9. También puede ocurrir la reconciliación o, mejor dicho, la comunicación al juez de la reconciliación, estando pendiente un proceso de divorcio (art. 88 CC). La reconciliación en relación con el divorcio es reglada exclusivamente por el art. 88 CC, de modo escueto y con unas reglas que seguramente pueden considerarse anacrónicas, después de la reforma producida en

⁹ AAP Barcelona, Sección 12ª, 3 marzo 2005 (JUR 2005, 116992).

materia de crisis matrimoniales por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

En el art. 88 CC únicamente se contiene un requisito, el efecto que se le atribuye a la reconciliación y la negación de tal efecto. El requisito es que la reconciliación sea expresa “cuando se produzca después de interpuesta la demanda”; el efecto o consecuencia es el de que se extingue la acción de divorcio; la eficacia que se le niega es para el caso de que la reconciliación se produzca después del divorcio.

Con estos escasos mimbres es necesario construir el régimen jurídico de la reconciliación, que forzosamente debe contemplar que se ha producido una modificación de la normativa sobre separación y divorcio de gran trascendencia (Ley 15/2005), particularmente en lo relativo a la desaparición de las causas del divorcio, que ahora depende exclusivamente de la voluntad de los cónyuges, siendo innecesario pasar por el estadio previo de separación para luego promover el divorcio.

Actualmente cualquier cónyuge tiene derecho a divorciarse por el simple hecho de estar casado; y ese derecho no se extingue por la reconciliación. Dicho de otro modo, usando la terminología del art. 88 CC: la “acción” de divorcio hoy no se extingue por la reconciliación, pues se tiene por el simple hecho de estar casado. Con un ejemplo se entenderá mejor. El antiguo art. 86 CC, en la redacción dada por la Ley 30/1981, disponía en su número 4º que era causa de divorcio “el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges”. Significaba esto que, transcurrido el período señalado, nacía el derecho (“acción”) al divorcio para ambos cónyuges. El efecto de la reconciliación era que ambas partes perdían su derecho al divorcio, del mismo modo que el acreedor lo pierde si condona la deuda. Como indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Comentario al artículo 84”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F. J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 477, “en la regulación derogada el papel de la separación como antesala del divorcio desembocaba en la atribución a la reconciliación de un rol relevante: el obligado tiempo de espera entre la separación y el divorcio en la mayor parte de los casos constituía un período de reflexión, y una puerta abierta a la reconciliación de los cónyuges”.

Hoy, sin embargo, con la redacción del art. 88, el derecho al divorcio se tiene por el mero hecho de estar casado y la reconciliación entre los cónyuges no extingue este derecho. Cualquiera de los esposos, en cualquier momento,

puede pedirlo, sin que la reconciliación produzca ninguna consecuencia en este punto. De acuerdo con lo dicho, la reconciliación que se produce dentro del proceso contencioso de divorcio (art. 770 LEC), nunca equivaldrá a la extinción del derecho o “acción” de divorcio.

El único requisito que se exige por el art. 88 CC es que la reconciliación sea expresa. En cambio, nada se dice respecto de la necesidad de que se haga ratificación por separado de la reconciliación, a diferencia de lo que ocurre con la reconciliación en la separación. Quizás se deba a que en el antiguo art. 86 CC sólo se podía promover el divorcio si ya existía una separación previa, con lo que no habría temor por parte del legislador acerca de la eventual coacción que un cónyuge pudiera infligir al otro, que es lo que parece que subyace en este requisito. Como actualmente se puede acceder al divorcio sin previa separación, no estaría de más que los jueces velaran por comprobar que realmente existe esa voluntad en los cónyuges y que no se produce ninguna clase de influencia ilegítima de uno sobre el otro (coacciones, etc.).

El efecto común es la extinción del proceso, pero es preciso hacer una diferenciación entre dos posibles situaciones: una, que ya se haya acordado previa y legalmente la separación; otra, que las partes hayan acudido directamente al procedimiento de divorcio sin previa separación. La diferencia reside únicamente en la necesidad de disponer lo que resulte pertinente en cuanto a la separación que ya estuviera declarada. Así pues, a los efectos de la finalización del proceso de divorcio se sumarán los ya indicados antes para la reconciliación durante la sustanciación del procedimiento de separación o los de la reconciliación posterior a la sentencia de separación, señalados en los dos apartados anteriores. En definitiva, el juez proveerá lo que proceda, tanto respecto de las medidas provisionales que se hubieran podido adoptar (previas o simultáneas a la demanda de divorcio), como de las definitivas a la separación que ya estuvieran vigentes, en su caso, con idénticas salvedades en cuanto a la facultad para mantener las relativas a los hijos (arts. 84.I y 106 CC).

10. Si por reconciliación hemos de entender la voluntad expresada de los cónyuges de restituir vigencia plena al matrimonio, obviamente, esto sólo puede ocurrir mientras los sujetos aún son cónyuges, pues una vez roto el matrimonio la recomposición de la relación conyugal sólo se puede producir mediante un nuevo matrimonio (art. 88.II CC). La reconciliación entre los cónyuges no produce ningún efecto cuando ya se ha producido el divorcio, siendo indiferente que se haya dispuesto mediante sentencia o decreto, o elevado de mutuo acuerdo a escritura pública. Ello se entiende sin perjuicio de que los divorciados, si así lo desean, puedan volver a contraer matrimonio. Hay que concluir, pues, que la reconciliación extraprocesal entre los cónyuges

no tiene ninguna trascendencia jurídica para el divorcio, una vez éste ha sido declarado. Puede que exista entonces un interés sociológico, psicológico, etc.; pero no lo tiene para el Derecho, al menos en lo que toca al divorcio.

11. La jurisprudencia vertida en torno a los efectos de la reconciliación “privada” o “tácita” es la producida hasta la fecha, por lo que viene referida a la separación acordada por el juez, como no podía ser de otra manera. Por eso se hace mención a la separación ordenada mediante sentencia y no a la dispuesta en un decreto o acordada en escritura pública, novedad introducida por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de julio de 2015.

Centrando el análisis en el supuesto de reconciliación posterior a la sentencia de separación decretada judicialmente e inscrita en el Registro Civil, el art. 84 CC exige que ambos cónyuges “separadamente” la pongan en conocimiento del juez que “haya entendido en el litigio” (reconciliación expresa). Sin embargo, como se indica en la SAP Barcelona 17 diciembre 2004¹⁰, “estamos ante una Ley imperfecta que exige la realización de un acto de partes, pero no contempla, ni sanciona legalmente, su incumplimiento”. El problema que se plantea entonces, según determinan las SSTSJ Cataluña 30 julio y 7 septiembre 2009 y 24 febrero 2014¹¹, “es determinar si la comunicación al juez competente tiene un valor constitutivo absoluto, o si sólo lo tiene en relación con los efectos que interesen o afecten a terceros, sin perjuicio de reconocer en todo caso cierta eficacia a la reanudación efectiva y acreditada de la convivencia conyugal, aún sin comunicación de la misma al juez de la separación (reconciliación tácita), en las relaciones entre los cónyuges, especialmente las económicas o patrimoniales y con excepción de las relacionadas con la liquidación del régimen conyugal (art. 1.443 CC)”.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, v. IV, Tecnos, Madrid, 2006, p. 100) consideran que la dación de cuenta al juez no se convierte en forma constitutiva de la reconciliación, ni tampoco en forma “ad probationem”, de manera que las consecuencias dependen del hecho efectivo de la reconciliación y no del conocimiento que el tribunal tenga o pueda tener de ella. LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 87-88) matiza la cuestión, distinguiendo entre los efectos de la reconciliación que se refieren a la libre determinación de los cónyuges y los que requieren una previa notificación al juez.

¹⁰ SAP Barcelona, Sección 12^a, 17 diciembre 2004 (JUR 2005, 33992).

¹¹ SSTSJ Cataluña 30 julio 2009 (RJ 2009, 5715), 7 septiembre 2009 (RJ 2009, 5929) y 24 febrero 2014 (RJ 2014, 2223).

Respecto del valor que deba otorgarse a la dación en cuenta de la reconciliación al juzgado, se observa cierta contradicción en las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales. Encontramos una interpretación minoritaria, de carácter formalista, que considera constitutiva de la reconciliación la comunicación al juez, de manera que mientras la misma no sea puesta en conocimiento del Juzgado, no tiene el efecto de desvirtuar lo resuelto en la sentencia de separación. Según esta tesis jurisprudencial, para que la reconciliación produzca los efectos que en el mismo se dicen se hace necesaria la comunicación al juez, para que éste, precisamente mediante la oportuna resolución judicial, tenga por cierta y válida tal reconciliación y prive de eficacia jurídica a la sentencia de separación y lo acordado en relación con ella (entre otras, SAP Sevilla, Sección 6ª, 28 septiembre 2001; SAP Asturias, Sección 6ª, 14 octubre 2002; AAP León, Sección 1ª, 5 julio 2004; SAP Valladolid, Sección 3ª, 5 octubre 2004; y SSAP Palencia, Sección 1ª, 11 abril y 16 junio 2005¹²).

Existe, sin embargo, una tendencia jurisprudencial mayoritaria, que entiende que la reconciliación tácita tiene eficacia en el ámbito extrajudicial, tanto en cuanto a las relaciones conyugales en sentido amplio, como en lo que afecta a los hijos del matrimonio, sin que la comunicación al órgano judicial tenga eficacia constitutiva, si bien quien alega el acto reconciliatorio deberá acreditarlo por cualquier medio de prueba admisible en derecho (a título de ejemplo, pueden citarse las siguientes sentencias: SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, 10 junio 2002; SAP Zaragoza, Sección 4ª, 4 julio 2003; SAP Alicante, Sección 4ª, 12 febrero 2004; SAP Barcelona, Sección 12ª, 17 diciembre 2004; SAP Barcelona, Sección 18ª, 25 abril 2006; SAP Salamanca, Sección 1ª, 19 junio 2006; AAP Zaragoza, Sección 2ª, 10 diciembre 2008; SAP Ávila, Sección 1ª, 27 febrero 2009¹³; etc.). En la relación entre los cónyuges, así pues, la comunicación de la reconciliación al juzgado carece de efectos constitutivos, teniendo por existente la situación de normalidad matrimonial cuando actos posteriores la revelan, con prueba a cargo de quien la alega, y con el efecto de que ante una nueva petición de separación se excluya la excepción de cosa juzgada. Por tanto, no existiendo constancia de la reconciliación, su efectividad sólo se obtendrá si se logra aportar prueba

¹² SAP Sevilla, Sección 6ª, 28 septiembre 2001 (JUR 2002, 13510); SAP Asturias, Sección 6ª, 14 octubre 2002 (JUR 2003, 10828); AAP León, Sección 1ª, 5 julio 2004 (JUR 2004, 257463); SAP Valladolid, Sección 3ª, 5 octubre 2004 (JUR 2004, 277086) y SSAP Palencia, Sección 1ª, 11 abril y 16 junio 2005 (JUR 2005, 114783 y JUR 2006, 46169).

¹³ SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, 10 junio 2002 (JUR 2002, 224470); SAP Zaragoza, Sección 4ª, 4 julio 2003 (JUR 2003, 195072); SAP Alicante, Sección 4ª, 12 febrero 2004 (JUR 2004, 104112); SAP Barcelona, Sección 12ª, 17 diciembre 2004 (JUR 2005, 33992); SAP Barcelona, Sección 18ª, 25 abril 2006 (JUR 2007, 124591); SAP Salamanca, Sección 1ª, 19 junio 2006 (JUR 2006, 270412); AAP Zaragoza, Sección 2ª, 10 diciembre 2008 (JUR 2009, 102643) y SAP Ávila, Sección 1ª, 27 febrero 2009 (JUR 2009, 333196).

suficiente al Juez como para llevarle al convencimiento de que realmente se produjo.

Se ha considerado, de esta manera, que la reconciliación privada deja sin efecto la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación (AAP Navarra 19 mayo 2000¹⁴). Asimismo, el tiempo de convivencia conyugal efectiva de los cónyuges, posterior a la separación judicialmente declarada, se ha computado a la hora de fijar la pensión compensatoria, aun cuando dicha convivencia no hubiese sido comunicada al juez antes de hacerse efectiva la nueva crisis matrimonial (SSTSJ Cataluña 30 julio 2009 y 24 febrero 2014 y SAP Zaragoza, Sección 4^a, 4 julio 2003¹⁵). Del mismo modo, de acuerdo con la concepción antiformalista del art. 84 CC, se ha considerado que en los casos de reanudación de la convivencia familiar, el cónyuge alimentante no adeuda las pensiones alimenticias acordadas en la sentencia de separación, por haber dado lugar a su cumplimiento manteniendo y atendiendo las necesidades del hijo en el domicilio familiar (AAP Burgos, Sección 3^a, 26 abril 2004 y AAP Barcelona, Sección 18^a, 14 mayo 2012¹⁶).

Respecto de los derechos sucesorios, el art. 835 CC, tras la reforma efectuada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, exige la notificación de la reconciliación al juzgado que conoció de la separación (o al notario que otorgó la escritura pública de separación, según la redacción otorgada por la Ley 15/2015), para que el sobreviviente conserve sus derechos legitimarios. No obstante, la SAP Ávila, Sección 1^a, 27 febrero 2009¹⁷ aprecia que la reconciliación tácita permite reconocer el usufructo legal al cónyuge viudo. En lo que concierne al régimen económico matrimonial, dado que ni siquiera la reconciliación que ha sido comunicada formalmente hace renacer el régimen de gananciales ya extinguido por la sentencia de separación (art. 1443 CC), menos aún producirá este efecto la reconciliación tácita o de hecho, que se mantiene en el ámbito privado entre los cónyuges (SSAP Salamanca, Sección 1^a, 19 junio 2006 y León, Sección 1^a, 31 octubre 2012¹⁸).

Según esta concepción mayoritaria, así pues, la reconciliación –aunque sea tácita- deja sin efecto, conforme a lo preceptuado en el art. 84 CC, lo resuelto

¹⁴ AAP Navarra 19 mayo 2000 (AC 2000, 1068).

¹⁵ SSTSJ Cataluña 30 julio 2009 (RJ 2009, 5715) y 24 febrero 2014 (JUR 2014, 2223) y SAP Zaragoza, Sección 4^a, 4 julio 2003 (JUR 2003, 195072).

¹⁶ AAP Burgos, Sección 3^a, 26 abril 2004 (JUR 2004, 147579) y AAP Barcelona, Sección 18^a, 14 mayo 2012 (JUR 2012, 219609).

¹⁷ SAP Ávila, Sección 1^a, 27 febrero 2009 (JUR 2009, 333196).

¹⁸ SAP Salamanca, Sección 1^a, 19 junio 2006 (JUR 2006, 270412) y SAP León, Sección 1^a, 31 octubre 2012 (JUR 2012, 398921).

en el procedimiento de separación matrimonial, y, en concreto, las medidas definitivas de la separación establecidas en la sentencia, por lo que resulta jurídicamente inviable la demanda sobre modificación de dichas medidas de separación formulada por uno de los cónyuges, al resultar las mismas inexistentes, por lo que tal demanda opera en el vacío (SAP Zaragoza, Sección 4ª, 4 julio 2003¹⁹).

En relación a los efectos frente a terceros (por ejemplo, responsabilidad por deudas), se hacen depender de que la reconciliación se ponga en conocimiento del juez que conoció del procedimiento, pues si no se comunica al juzgado, no puede afectar a los terceros de buena fe. La puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional que haya dictaminado sobre la separación, viene obligada o impuesta, “por la necesidad de respeto al principio de la seguridad jurídica, ya que si los efectos tanto de una separación como de una reconciliación han de extenderse a terceras personas, los mismos han de ser conocidos” (SAP Soria, Sección Única, 3 diciembre 1998²⁰). En este sentido, el Tribunal Supremo ha estimado que para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación judicial que exige el art. 84 CC (SSTS, Sala de lo Social, 15 de diciembre 2004, 2 febrero 2005, 28 febrero, 25 septiembre, 2 y 26 octubre 2006, 21 julio y 29 mayo 2008, 7 diciembre 2011, 30 octubre 2012 y 4 marzo 2014, entre otras)²¹. Se ha rechazado, asimismo, el derecho a percibir una indemnización por el fallecimiento del cónyuge, al esposo que se encontrase al tiempo del fallecimiento separado legalmente, sin que constase que hubiese reanudado la convivencia a modo de reconciliación bajo las exigencias del art. 84 CC (SAP Granada, Sección 1ª, 23 noviembre 2012²²).

En conclusión, si la reconciliación no ha sido puesta en conocimiento de la autoridad judicial (o, tras la reforma de 2015, del letrado de la administración de justicia o del notario ante quienes se tramitó la separación), para los terceros de buena fe los cónyuges continuarán en situación de separación legal, pese a haberse reanudado plenamente la convivencia matrimonial.

ÍNDICE

¹⁹ SAP Zaragoza, Sección 4ª, 4 julio 2003 (JUR 2003, 195072).

²⁰ SAP Soria, Sección Única, 3 diciembre 1998 (AC 1998, 8454).

²¹ SSTS, Sala de lo Social, 15 de diciembre 2004 (RJ 2005, 2169), 2 febrero 2005 (RJ 2005, 2596), 28 febrero 2006 (RJ 2006, 4819), 25 septiembre 2006 (RJ 2006, 7473), 2 octubre 2006 (RJ 2006, 8803), 26 octubre 2006 (RJ 2006, 9053), 21 julio 2008 (RJ 2008, 7055), 29 mayo 2008 (RJ 2008, 5121), 7 diciembre 2011 (RJ 2012, 1766), 30 octubre 2012 (RJ 2012, 10723) y 4 marzo 2014 (RJ 2014, 2078), entre otras.

²² SAP Granada, Sección 1ª, 23 noviembre 2012 (AC 2013, 1383).

PARADOJAS Y FALACIAS DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA
DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO
CIVIL ESPAÑOL

PARADOXES AND FALLACIES OF THE ECONOMIC COMPENSATION
OF HOUSEHOLD WORK IN ARTICLE 1438 OF THE SPANISH CIVIL
CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 52 - 88.

Fecha entrega: 04/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO
Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada como Catedrática, 2009)
Universidad de León (España)
mpguts@unileon.es

RESUMEN: Los profundos cambios laborales y culturales acaecidos desde que en 1981 se incorporase en el art. 1438 *in fine* del Código Civil español la compensación del trabajo doméstico aconsejan hacer balance de esta regla de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes y conducen a poner en tela de juicio el sentido que, tras más de tres décadas y en el presente contexto social y familiar, pueda hoy tener como mecanismo “igualador” de los cónyuges.

A la discutible fundamentación de dicha compensación económica en la doctrina de la “pérdida de oportunidades profesionales”, su incongruencia con el “deber” de corresponsabilidad doméstica (art. 68.2 CC) y al escaso soporte probatorio de la efectiva y real dedicación a la casa que reina en la praxis judicial (*ex* art. 217 LEC), se suma la controvertida Jurisprudencia del Tribunal Supremo español -sentada en la Sentencia de 14 julio 2011 y reiterada en las de 31 enero 2014, 26 marzo 2015 y 14 abril 2015- que reputa el trabajo doméstico como título formal que, *per se*, crea un derecho de crédito a favor de quien lo realizó, prescindiendo de todo lucro o beneficio del consorte a resultas de que ese trabajo implicara una “sobreportación” de aquél, por encima de lo que era propiamente su obligación legal de contribuir al levantamiento de las cargas familiares (art. 1438.1 CC).

El carácter anómalo que, por su sesgo “comunitario”, presenta la compensación del art. 1438 dentro de la idiosincrasia del régimen de separación -que puede así devenir en pura quimera- y, de otra parte, la paradójica exigencia -realzada por las SSTs de 26 marzo y 14 abril 2015- de “exclusividad” del trabajo doméstico como presupuesto de su compensación, hacen que ésta pueda desembocar fácilmente en “enriquecimientos” (ora del cónyuge acreedor, ora del deudor) verdaderamente injustos.

PALABRAS CLAVE: compensación económica en separación de bienes; trabajo para la casa; enriquecimiento injusto; pérdida de oportunidades profesionales; dedicación exclusiva al hogar.

ABSTRACT: This paper reconsiders the norms governing the dissolution of the separation of property regime in law (article 1438 *in fine* of the Civil Code) and,

in particular, the rule that determines the economic value that should be assigned to domestic work. The radical transformation of the socio-economic structure and cultural values since housework compensation was introduced in 1981 in the art. 1438 *in fine* of the Spanish Civil Code, advise to take the rule liquidation of the matrimonial regime of separation of property into account and lead to put into question the sense that, in the present social and family context, it could now have as a “equalising” mechanism for the spouses.

As a debatable foundation in the doctrine of the “missed career opportunities”, its incongruity with the principle of joint responsibility for housework and childcare (art. 68.2 CC) and the limited evidence supporting the effective and real dedication to housework to reign in the judicial practice (ex article 217 of the Code of Civil Procedure), it must be added the controversial case law of the Spanish Supreme Court -sitting in the leading ruling of July 14th 2011 and confirmed by those of January 31st 2014, March 26th 2015 and April 14th 2015- that characterises said domestic work as a formal title that, *per se*, creates a right credited to whom it was made, fully independently of the benefit or gain accrued to the spouse, and of the extent to which such a work represented a burden exceeding the share to be bore by that spouse (beyond its share in family responsibilities, in the terms of article 1438.1 Civil Code).

The anomalous character, for his “communitarian” bias, presents compensation (art. 1438) within the idiosyncrasy of the property separation regime -which may well become a pure chimera- and, on the other hand, the paradoxical requirement -highlighted by the SSTs 26 March 2015 and 14 April 2015- of “exclusivity” (*full-time*) of household work as a necessary condition for obtaining their compensation, make it so it could easily lead to “enrichment” -sometimes of the payer spouse, others of recipient- truly unjust.

KEY WORDS: economic compensation in separate property economic regime of marriage; household work; unjust enrichment; missed career opportunities; full-time dedication to domestic work.

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema: el requisito del “enriquecimiento” del cónyuge deudor a debate.- 2. A vueltas con la compensación económica del art. 1438 CC: breve recordatorio de la (criticable) doctrina jurisprudencial sentada por la STS de 14 de julio de 2011.- 3. La proporcionalidad en la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, el cómputo del trabajo doméstico y el maltrecho principio de igualdad entre los cónyuges.- 3.1. El “exceso” de contribución mediante trabajo para la casa del cónyuge acreedor *vs.* la completa aplicación de todos los recursos del cónyuge deudor al levantamiento de las cargas familiares: a propósito de la STS de 31 de enero de 2014.- 3.2. La discutible doctrina de la “pérdida de oportunidad” como fundamento de la compensación económica del art. 1438 *in fine* CC.- 4. La sinrazón de la exigencia jurisprudencial de dedicación “exclusiva” al trabajo doméstico: crítica a las SSTS de 26 de marzo y 14 de abril de 2015.- 5. A modo de conclusión: en contra de las “compensaciones descompensadas” y de las “descompensaciones sin compensación”.

1. Imagínese que nuestra sociedad da un giro copernicano y que de aquí a unos años son mayoría los matrimonios con régimen de separación de bienes en los que la mujer tiene un trabajo remunerado por cuenta ajena u obtiene sus ingresos como empresaria autónoma y es el marido el que se queda en casa, dedicado -supuesta o realmente- a las labores hogareñas y a los cuidados domésticos.

En ese hipotético o “futurible” escenario, el art. 1438 CC permanece inalterado y sigue disponiendo -tal como hoy reza, desde que fuera introducido por la Ley 11/1981- que “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. ¿Consideraríamos que hay una situación general patentemente perjudicial (“discriminatoria”, si se quiere) para la mujer bajo ese régimen económico matrimonial? Se podría responder que, en principio, el tratamiento legal es perfectamente equitativo si en verdad el marido en casa se ocupa y labora en ella. Pero, ¿qué pensaríamos de aquellos casos en que ese marido, beneficiándose de los magros ingresos de su cónyuge, se dedicara nada más que a la leve y relajada organización de las tareas de ama de llaves, mayordomo, mucamas diversas y distintos operarios al efecto contratados? Esto es, el marido que jamás planchó, nunca cocinó ni cambió los pañales, ni armó siquiera un simple armario de *Ikea*... Bajo la

óptica de la que aquí parto, declaradamente favorable a la plena igualdad por razón de género y a la eficacia de idénticos derechos, me parece indudable que ante casos tales deberíamos las mujeres manifestarnos en pro de una urgente reforma legal.

Veamos la situación a día de hoy y en tanto aguardamos ese insoslayable cambio social que tantos indicios ya anuncian. Lo que tenemos ahora es una norma, el art. 1438 CC, y una jurisprudencia interpretativa de la misma (en particular, las SSTs 14 julio 2011, 31 enero 2014, 26 marzo 2015 y 14 abril 2015) que, en sede de “liquidación” del régimen de separación, prevén una compensación en favor del cónyuge que trabajó para la casa, sin demandar al efecto ningún tipo de “enriquecimiento” o lucro del consorte (por merced de la dedicación casera de la contraparte) -y en ocasiones, según refleja la praxis judicial cotidiana, sin certeza de ese efectivo trabajo en pro de la familia y sus menesteres-.

A día de hoy, y puesto que aún quedan abundantes huellas de aquel desdichado sistema familiar en que la mujer parecía no haber nacido para otra cosa que no fuera atender el hogar y la prole, lo que de beneficioso tiene ese régimen jurídico sigue aprovechando principalmente a las ex esposas que formalmente fueron amas de casa. Mas, cuando -como ocurre a veces- no se pide ni exige prueba cumplida de lo real del trabajo, tanto beneficia la norma (y su aplicación judicial) a la abnegada mujer de clase baja o media que en verdad trabajó duramente -y este sigue siendo el caso de la mayoría- como a la que frecuentó de continuo gimnasios, peluquerías y centros de belleza, mientras una tropa de empleados del hogar -a veces mal pagados y que ninguna compensación ulterior van a recibir cuando la antaño feliz pareja se enemiste- se ocupan de los fogones, los niños y de limpiar el polvo.

Y ahora, preguntémonos honestamente: una situación como la descrita, ¿favorece la igualdad de la mujer y contribuye a su justa y necesaria equiparación social y al anhelado fin de las discriminaciones o, más bien, consolida, refuerza y retroalimenta los viejos estereotipos (que son estereotipos bien poco feministas)? Como en este último sentido ha señalado CARRASCO PERERA, Á.: “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1991, núm. 11-12, p. 20, el art. 1438 CC, aun siendo una norma de contenido neutral que no se pronuncia en favor de un sexo determinado, se asienta sobre una histórica realidad social discriminatoria -que la mujer es el cónyuge que se ocupa de la casa, ajena al mercado de trabajo-; pero, al prever un derecho a compensación del trabajo doméstico, tal norma “no tiende ni procura destruir la desigualdad real; al contrario, la perpetuará, gracias a “compensar” esa situación material de desventaja”. En esa misma línea se pronuncia también, más recientemente, SANTOS MORÓN, M^a. J.: “Prestación compensatoria y

compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?”, *InDret*, 2015/1, p. 40, quien haciéndose eco de las críticas socio-jurídicas y de género expresadas doctrinalmente respecto al Derecho y la jurisprudencia británica sobre el particular, señala que “imponer a los maridos la obligación de compensar, una vez finalizado el matrimonio, a las mujeres que optaron por asumir ese papel, supone perpetuar la situación de dependencia de la mujer respecto del hombre, reforzando así el modelo tradicional de familia así como las desigualdades asociadas con él” (cfr. DIDUCK, A./KAGANAS, F.: *Family Law, Gender and the State: Texts, Cases and Materials*, Oxford, Hart Publishing, 3ª ed., 2012, pp. 284, 330-331; HERRING, J.: *Family Law*, Harlow, Longman-Pearson, 5ª ed., 2011, p. 213).

En resumidas cuentas, lo que nos planteamos es esto: ¿conviene -o hasta se debe- entender que lo que, en último término, da su sentido y razón de ser al art. 1438 *in fine* CC es evitar una suerte de aprovechamiento o “enriquecimiento” injustificado del cónyuge que se benefició del real y efectivo trabajo doméstico del otro? ¿O debemos asumir que nos hallamos ante un larvado sistema de “indemnización” -otro más (si pensamos en algunos supuestos de pensión compensatoria)- para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por “quedarse en casa” (a menudo trabajando en efecto en ella, aunque otras veces poco o incluso nada), ya que con los ingresos del cónyuge se vivía holgada y sobradamente (y hasta había para pagar el servicio doméstico)?

Mi postura, como resulta fácil intuir, es favorable a la primera alternativa mencionada -con los oportunos matices de que se irá dando cuenta-. En primer lugar, por consideraciones generales de justicia para mujeres y hombres; y en segundo lugar, y en la coyuntura actual -donde es irreal hablar de la inferioridad apriorística de la esposa para la generación de recursos-, porque considero que en la situación presente en la que todavía perduran resquicios del pasado negativos para la mujer, debemos cuestionar cualquier regulación que incite a pensar que el matrimonio pueda ser tratado como “profesión remunerada”, aun en ausencia de trabajo cierto para el matrimonio, y hemos de poner en tela de juicio -por conservadora, reaccionaria y hoy día socialmente inadmisible- cualquier visión desenfocada de la vertiente material del deber de socorro entre los cónyuges que venga a asociar una mal entendida “solidaridad” matrimonial o incluso postconyugal con una especie de derecho, que se adquiriría al casarse, a ser mantenido por el otro *gratia et amore*. Como bien ha apuntado GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 19, “el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y su misma dignidad imponen que... se deba partir del presupuesto de que cada persona es un ser autosuficiente y libre que, por ello mismo y como principio, ha de satisfacer sus propias necesidades. Sólo cuando circunstancialmente esta

autosuficiencia sea inviable podrá recurrir a la solidaridad del grupo social en que se asienta”. Y en esa misma dirección se orientan las SSTS 17 mayo 2013 (RJ 2013, 3703) y 20 junio 2013 (RJ 2013, 4377) cuando aluden a que “el principio de dignidad del art. 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges”.

En suma, compéñese el trabajo doméstico real del esposo o la esposa cuando sea efectiva y auténtica -léase, probada- la división de tareas y funciones dentro del matrimonio y cuando ello haya supuesto una “sobreportación”, exceso o demasía en el cumplimiento del imperativo deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares -esto es, expresado siquiera *grosso modo* o en sentido lato, cuando se haya producido un “empobrecimiento” por tal razón en detrimento de quien desarrolló aquel trabajo, con el correlativo “enriquecimiento” o ventaja para el otro, derivada directamente de aquella dedicación doméstica-. En cambio, lo que ciertamente parece que repugna al tratamiento jurídico adecuado del matrimonio (y de las relaciones “análogas” a la conyugal) es que, tras su ruptura, alguien, hombre o mujer, sea compensado económicamente sin causa tangible ni motivo aparente.

Esbozada así la problemática que nos preocupa, intentaré seguidamente formular algunas propuestas de solución, ajustadas a la realidad social del tiempo en que vivimos, a través -principalmente y como hilo conductor del estudio- del análisis de las Sentencias anteriormente mencionadas en las que nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado de modo explícito sobre la “debida” interpretación de la compensación del trabajo doméstico del art. 1438 CC.

2. Tras ya algún tiempo desde que la Sala 1ª del TS dictara la archiconocida Sentencia de 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122), y no obstante haber recibido la atención doctrinal que era esperable (vid. MORENO TORRES-HERRERA, Mª. L.: “La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil Español”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2011, pp. 107-130; y CABEZUELO ARENAS, A. L. “Compensación por trabajo doméstico”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012, pp. 276-290), tal resolución sigue suscitando arduas cuestiones que, a mi juicio, no cabe dar por definitivamente zanjadas.

Recordemos que esta Sentencia resuelve un recurso de casación al amparo del art. 477.2, 3º LEC, por presentar el asunto interés casacional (en concreto por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales); y, como corresponde, en ella se establece doctrina jurisdiccional que, en el caso y en relación a la norma concernida -el art. 1438 CC-, fue la siguiente: “El derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio

con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”. Esta misma doctrina -interesa insistir en ello- se reitera en la ulterior STS 31 enero 2014 (RJ 2014, 813), en la más reciente de 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), cuyo FD 2º.1 y su mismo fallo (aptdo. 3º) vienen a reproducirla textualmente, y también en la de 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528).

A fin de decantarse por esa tesis categórica y decididamente “objetiva” -que “no pueden tenerse en consideración... criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial” del cónyuge que ha de abonar la compensación (FD 5º de la STS 534/2011, FD 2º.1 y Fallo de la STS 135/2015, FD 2º y Fallo de la STS 136/2015)-, explica el Tribunal Supremo que en el art. 1438 CC no se hace ninguna alusión o referencia al requisito del enriquecimiento por parte de ese cónyuge y que si bien dicha condición “apareció en el Proyecto de reforma del Código Civil en 1981, desapareció en el texto definitivo”. Ese argumento histórico, unido a uno muy peculiar de “Derecho Comparado” -se esgrime que dicha exigencia de enriquecimiento “se encontraba también en el Código de Familia catalán hasta la Ley 10/2010 [*sic* 25/2010], que aprobó el Libro segundo del Código Civil catalán”, es el único “fundamento” que se aporta para la opción que la Sentencia de 2011 hace por la interpretación que prefiere.

Unas brevísimas observaciones sobre uno y otro argumento. Efectivamente, la versión originaria en el Proyecto de 14 septiembre 1979 decía que “El trabajo para la casa... dará derecho a obtener una compensación equitativa si el otro cónyuge se hubiese enriquecido durante el matrimonio”; mención al enriquecimiento que fue eliminada en la redacción final del art. 1438 CC. Sin embargo -y dejando aquí al margen la posibilidad de interpretar que la expulsión de la letra del precepto de la exigencia de enriquecimiento pudiera obedecer a que su plasmación expresa se juzgara innecesaria por reputarse obvia (CABEZUELO, A. L. “Compensación...”, cit., p. 277)-, autorizados civilistas mostraron pronto sus objeciones a dicha eliminación (LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La economía del matrimonio”, en *El nuevo régimen de la familia. II*, Madrid, Civitas, 1981, p. 145) y sostuvieron otros que, a pesar de aquella supresión nominal, la compensación sólo procederá si se ha producido un enriquecimiento injusto del otro cónyuge (SANTOS BRIZ, J.: *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, V, Edersa, Madrid, 1982, p. 263). Con posterioridad, son también muchos los autores que apuestan por la exigencia de enriquecimiento del deudor de la compensación del art. 1438 CC (p.ej. MONTÉS PENADÉS, V.: “Art. 1438 CC”, en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 866, 868-869; GARCÍA RUBIO, Mª.

P.: “La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio”, en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. J. M. Lete del Río*, Civitas–Thomson, Cizur Menor, 2009, pp. 346-347; ARROYO I AMAYUELAS, E.: “Com. art. 1438”, en *Comentarios al Código Civil*, dir. por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1573-1574; MORENO TORRES-HERRERA, M^a. L.: “La compensación...”, cit., pp. 110, 112, 114, 116, 120-123, 129; CUENA CASAS, M.: “Com. art. 1438”, en *Comentarios al Código Civil*, VII, dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 10122; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 227, 231, 237, 239, 242; GETE-ALONSO, M^a. C./SOLÉ RESINA, J.: “Mujer y patrimonio: el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad”, *Anuario de Derecho Civil*, julio-sept. 2014, pp. 862-866; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, 2015, pp. 8, 15-16 y 20). E igualmente son numerosas las sentencias -de fecha posterior a la del TS de 14 de julio de 2011- en las que sigue leyéndose que la compensación económica prevista en dicho precepto persigue “evitar el enriquecimiento injustificado de uno de los consortes como consecuencia del trabajo no compensado del otro” [vid. p.ej. SS. AAPP Zaragoza 12 septiembre 2013 (JUR 2014, 15596), Pontevedra 11 marzo 2014 (JUR 2014, 212720) y Almería 28 julio 2014 (JUR 2014, 275445)].

Por lo que concierne a la referida alusión del TS al Derecho catalán, conviene observar que ciertamente el vigente art. 232-5.1 del Código Civil de Cataluña no emplea textualmente la expresión “enriquecimiento injusto” -a diferencia del art. 41 del hoy derogado Código de Familia catalán (Ley 9/1998)-, pero sí exige de forma explícita, como presupuesto del derecho a la compensación por trabajo doméstico de uno de los cónyuges, “que el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior”; requisito que, a decir de la SAP Barcelona 16 enero 2014 (JUR 2014, 54288), reclama “que en el momento de la extinción del régimen una de las partes se haya enriquecido en mayor medida que la otra” -como igualmente interpreta ASÚA GONZÁLEZ, C.: “El régimen de separación de bienes”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, IV, dir. YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 89, n. 193).

De cualquier modo, y como es sabido, el art. 1438 CC rige para los matrimonios con régimen de separación de bienes sometidos al Derecho Civil “común”. Sin embargo -según se ocupa de aclarar el FD 4º de la STS 534/2011 (y más resumidamente las SSTs 135/2015 y 136/2015 en su respectivo FD 2º)-, “el régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la

compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio [ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra; arts. 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón (D. Legislativo 1/2011, de 22 marzo); y art. 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares]” -falta de compensación a los casados con separación de bienes en los Derechos aragonés y balear que contrasta, llamativa y paradójicamente a mi juicio, con su explícito reconocimiento a las parejas de hecho (art. 310 Código de Derecho Foral de Aragón de 2011, art. 9.2 Ley balear 18/2001)-. Y como continuación de su síntesis del estado legal de la cuestión en el plural Derecho civil español, recuerda finalmente el TS que la compensación del trabajo para la casa sí es contemplada -aunque de modo parcialmente disímil a la del art. 1438 CC y con bastante más extensión y detalle que en éste- por los arts. 232-5 a 11 del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo sobre “Persona y Familia”, aprobado por Ley 25/2010, de 29 julio) y los arts. 12 a 15 de la Ley 10/2007, de 20 marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

Cerrado el precedente paréntesis, y antes de embarcarnos en el núcleo del problema y en la base de nuestras consideraciones críticas, cabe convenir con el TS que no sea presupuesto imprescindible para que nazca el derecho a la compensación el “incremento patrimonial” del cónyuge deudor, si entendemos por tal que, a la liquidación del régimen de separación de bienes, debiera haber éste experimentado un auténtico aumento de patrimonio o riqueza (o un ahorro económico efectivo). Ahora bien, una cosa es que no tenga que subordinarse la compensación a que el cónyuge deudor haya logrado hacerse con una pequeña o gran fortuna o haya acrecentado sus bienes o ganancias -cosa que, por lo demás, dependerá de muy plurales circunstancias, en gran medida ajenas al hecho de que su consorte realizara o no trabajo doméstico (la valía profesional de aquél, su mayor o menor éxito en el plano laboral, su pericia o suerte en la gestión de sus negocios,...)-. Y otra cosa distinta es que, según creo y enseguida desarrollaré, sí resulte indispensable, para salvar el sentido razonable y acorde a los tiempos del art. 1438 CC, exigir el “enriquecimiento” o provecho obtenido por ese cónyuge deudor, aparejado al “empobrecimiento” o perjuicio que supuso para quien realizó el trabajo doméstico haber contribuido por esta vía al proporcional sostenimiento de las cargas familiares en medida “excesiva”, comparativamente con la aportación del otro a dichas cargas.

De lo contrario, la consideración del trabajo para la casa como fuente o título formal que, por sí solo y sin más, crea a favor de quien lo realizó el derecho a ser compensado -prescindiendo del beneficio del consorte a resultas de que ese trabajo doméstico implicara una “sobrecontribución” de aquél, una

aportación en exceso y por encima de lo que era en verdad su inexcusable obligación legal- entraña un evidente riesgo de cómputo del mismo concepto por partida doble y puede con frecuencia provocar, como bien han denunciado las SS. AP Madrid 17 diciembre 2013 (JUR 2014, 55207) y 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599) y algunos autores (GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *Alimentos...*, cit., pp. 168-169; CUENA CASAS, M.: “Com. art. 1438 CC”, cit., pp. 10115, 10121, 10122), un enriquecimiento –verdaderamente injusto o sin causa- del cónyuge acreedor de la compensación. Todo ello por no hablar de “triple” cómputo del trabajo para la casa si se piensa en algunos supuestos - no todos, obviamente- en que, por mor de su compatibilidad, se concede simultáneamente compensación del art. 1438 CC y pensión por desequilibrio económico del art. 97, *ex* núm.4 (vid. con detalle sobre la peligrosa compatibilidad de ambas prestaciones económicas, SANTOS MORÓN, M^a. J., “Prestación compensatoria...”, cit., pp. 1-50).

3. Al cabo de casi tres años desde que el TS se pronunciara sobre el art. 1438 *in fine* CC en la Sentencia de 2011 a que anteriormente nos hemos referido, la Sala 1^a del Alto Tribunal vino a reafirmarse y ratificar la doctrina jurisprudencial que aquélla sentara y, en su Sentencia de 31 enero 2014 (RJ 2014, 813), abundando en la exclusión del requisito del “enriquecimiento” del cónyuge deudor, especifica a mayores un nuevo dato adicional: que resulta irrelevante y no es óbice al derecho a compensación que ese cónyuge deudor invirtiera la totalidad de su sueldo en el levantamiento de las cargas del matrimonio. Vaya por delante, y conviene confesarlo de antemano, que estoy de acuerdo con el fallo del TS en este concreto asunto -la desestimación del recurso de casación interpuesto por la esposa y la improcedencia del derecho de ésta a ser compensada-; pero discrepo, en cambio, del trasfondo de su fundamentación jurídica, por las razones que seguidamente se expondrán.

A efectos de detectar las fragilidades (y también algún aspecto loable) que presenta la interpretación jurisprudencial que del art. 1438 CC realiza nuestro Supremo Tribunal, me parece de suma utilidad distinguir dos grandes tipos de situaciones fácticas que son posibles (y las más habituales y normales) en el contexto de dicho precepto. A tal fin, llamemos A y B a los cónyuges en un matrimonio con separación de bienes, con total prescindencia de si el uno o el otro son mujer o varón o de si, como es posible tras la -en su día, polémica- Ley 13/2005, se trata de dos mujeres o de dos hombres.

3.1. Un primer supuesto a analizar es el siguiente: A no tiene trabajo remunerado (ni como autónomo ni por cuenta ajena), carece de capital o

patrimonio alguno y de toda fuente propia de ingresos y se ocupa del trabajo doméstico. B sí percibe ingresos por su trabajo (o industria).

En virtud del art. 1438.1 CC, A y B están ambos obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio (*ex* art. 1318.1) y, “a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos” (art. 1438.2). En la situación descrita, en principio B sostiene con sus ingresos el cien por cien de los gastos familiares. Pero, puesto que “el trabajo para la casa” se computa como contribución a dichas cargas (art. 1438.3), todo intento de establecer la “proporción” en que A y B, en esta situación, han contribuido al levantamiento de tales cargas requerirá realizar las tres operaciones siguientes:

i) En primer lugar, una delimitación cualitativa adecuada de cuáles sean las “cargas del matrimonio” que aquí cuentan. Como cargas del matrimonio habrán de contar, por ejemplo, aquellos gastos ordinarios que sean de disfrute común y necesarios para la vida en conjunto de los cónyuges (vivienda, mobiliario y enseres varios, agua y electricidad...), así como los gastos de quienes de ambos dependan (vestido y alimentación de los hijos, educación, etc.). En cambio, y especialmente tratándose como aquí se trata del régimen de separación de bienes, se me antoja problemático, cuando menos, entender *a priori* incluidos determinados gastos puramente particulares de cada cónyuge que, lejos de sufragar sus necesidades personales (atenciones médicas, por ejemplo), sirven a la satisfacción de sus apetencias “superfluas”, más o menos suntuarias o extraordinarias, y no responden al “sostenimiento de la familia” (STS 31 mayo 2006 [RJ] 2006, 3502): ciertos cuidados corporales y de adorno (los “tratamientos de belleza y relajación” que menciona la atinada SAP Valladolid 6 abril 2015 [JUR 2015, 125317], cirugías estéticas,...), vacaciones y viajes de placer exclusivos suyos, diversiones individuales (*v.gr.* cenas en restaurantes caros con amigos suyos, entradas de teatro y ópera), etc. En esta línea ha de recordarse la opinión de aquellos autores (PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Tratado de Derecho de Familia*, V-2, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 1559; ALEJÁNDREZ PEÑA, P.: “Com. art. 1318”, en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1449-1450) para quienes no cabe extrapolar mecánicamente -como es usual- el elenco de gastos comprendidos en el art. 1362.1º CC (definitorio de “cargas de la sociedad de gananciales”) a efectos de conceptualizar el alcance de las cargas del matrimonio en el régimen de separación. Y asimismo cabe traer a colación los arts. 231-5.6 *in fine* CC catalán y 9.4 *in fine* de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano en tanto se ocupan de precisar que no serán consideradas cargas familiares “los gastos que corresponden al interés exclusivo de uno de los cónyuges” (idea que reitera, en sede de parejas de hecho, el art. 8.2 *in fine* de

la Ley 5/2012 de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana).

ii) En segundo lugar, habrá de efectuarse un cálculo cuantitativo aproximado del montante total de dichas cargas familiares.

iii) Finalmente, deberá llevarse a cabo un cálculo de la proporción en que cada uno de los cónyuges ha satisfecho tales cargas. Y aquí viene la peculiaridad introducida por el art. 1438 CC, en cuyo esclarecimiento interesa detenernos.

En efecto -y recordemos que, en el supuesto que nos ocupa, el cónyuge A no tiene trabajo retribuido y se dedica al “trabajo para la casa”-, el art. 1438 dice dos cosas de no fácil encaje. Primero se afirma, con carácter general, que la obligación contributiva de cada cónyuge ha de ser proporcional a sus respectivos recursos económicos -entendidos en su más amplio sentido (capitales, rendimientos y frutos de los bienes, ingresos provenientes del trabajo o industria,...) [vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS 11 febrero 2005, RJ 2005, 1407”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, 2006, pp. 147-148]-. Y tras sentar esa regla de proporcionalidad -subsidiaria, según el sentir doctrinal abrumadoramente mayoritario (en contra GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *Alimentos...*, cit., pp. 45-48)-, se añade a renglón seguido el importante matiz de que el trabajo para la casa constituye una de las modalidades posibles de contribuir a las cargas del matrimonio y como tal se computa. Así las cosas, si la proporción en que cada uno de los cónyuges contribuye importa (y tiene que importar si no queremos diluir la especificidad del régimen de separación de bienes) ha de poder calcularse o tasarse, aunque sea por estimación, el valor pecuniario de la contribución de A mediante su “trabajo para la casa” (cfr. art. 31 Ley 17/2015, de 21 julio, de Igualdad de Mujeres y Hombres de Cataluña). Y ello reclama necesariamente dos premisas:

La primera, delimitar qué sea “trabajo para la casa”. Indudablemente “estar en casa”, en el sentido de no tener trabajo remunerado fuera (o desde la propia casa, por ejemplo como autónomo o como “trabajo a distancia”), no es sinónimo ni puede equipararse, sin más, a trabajar para la casa -como bien destaca la SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015, 125317)-. Ni todo el que no tiene trabajo trabaja para la casa ni todo el que lo tiene deja por eso de trabajar para la casa.

La segunda premisa, estrechamente relacionada con lo anterior, consistirá en probar qué trabajo se ha hecho para la casa. Esta prueba tiene dos dimensiones, positiva y negativa: en nuestro ejemplo, de cuáles de esos trabajos domésticos sí se ocupó el cónyuge A, y de cuáles no se ocupó A,

bien porque los realizaba el otro cónyuge (B), bien porque los hacían terceras personas pagadas con los ingresos de B.

Un breve *excursus* de tono socio-económico se impone antes de entrar propiamente en materia. Hay una realidad sociológica incontestable, cual es que en el modelo clásico (y aún bastante habitual) de familia en España existe un reparto de roles que hace que muchas esposas no desempeñen trabajo por cuenta ajena o en régimen de autónomos y asuman las duras tareas de atención a la casa y los hijos y se ocupen de la logística del hogar, mientras que el hombre trae un sueldo. Tradicionalmente y en las familias de recursos modestos así era, y así sigue siendo muchas veces. Sin embargo, aquel patrón sociológico más común no deja de tener sus excepciones, aun en los casos en que uno de los cónyuges, ya sea la mujer o, no tan infrecuentemente en nuestros días, ya sea el hombre, carece de percepciones económicas y, como vulgarmente se dice, se queda en casa. ¿Qué ocurre si ese esposo o esposa no atiende nada que no sea su bienestar, placer y descanso o el cultivo de su persona, bien porque tiene abundante servicio doméstico, que el otro paga, bien porque es el otro el que tiene doble ocupación, la laboral externa y los trabajos hogareños?

Lejos de ser ficción, anécdota o pura hipótesis de laboratorio, la SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599) -que, cabalmente, denegó la compensación del art. 1438 CC- retrata casi al pie de la letra la situación que acaba de describirse. Como narra esa sentencia, “constante la convivencia, esta familia ha contado siempre con los servicios de una interna, quien se ocupaba de realizar todas las tareas domésticas cotidianas (planchado, cocina, limpieza, etc.) y de llevar y traer a las hijas de casa al colegio; y, de no poder ésta llevarlo a cabo, padre y madre por igual, lo efectuaban. Tampoco se discute que para las hijas se empleaban los servicios de comedor escolar, así como que a lo largo de la tarde realizaban diversas actividades extraescolares, de donde la progenitora disponía de tiempo libre considerable, que dedicaba a sí misma”.

Como ya se ha apuntado, tampoco es hoy del todo inusual que en tal tesitura se hallen varones que no tienen empleo, porque no lo encuentran o no lo quieren, ni se hacen cargo mayormente de las tareas domésticas, mientras que son sus parejas -por lo general mujeres, aunque desde la Ley 13/2005 del llamado “matrimonio homosexual” pudieran igualmente ser otros hombres (art. 44 CC)- las que contribuyen por las dos vías al sostén de la familia. ¿Les damos compensación por “el trabajo para la casa” del que habla el art. 1438, si el régimen es de separación de bienes (y adicionalmente una pensión por desequilibrio económico)? Pues sí, según la esperpéntica SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127) que, además de conceder a D. Darío una pensión compensatoria vitalicia de 500 € mensuales, revocó la sentencia de 1ª

instancia -denegatoria de la compensación por trabajo doméstico- y le reconoció un crédito de 20.000 € frente a D^a Marta, pese a que el ex marido -con estudios de maestro industrial, delineante y auxiliar de topografía- dejó “de forma totalmente voluntaria” su trabajo dos meses después de contraer matrimonio y, a lo largo de toda la convivencia conyugal, vivió de los ingresos de su mujer quien, precisamente, había instado repetidamente a aquél a que accediese a un puesto de trabajo -hasta el punto de que el hecho de que ni lo intentase había sido uno de los motivos alegados por la esposa al formular en su día la previa demanda de separación-. Por añadidura, quedó acreditado que la mujer colaboraba igualmente en los quehaceres de la casa; tareas que, por otra parte, “no implicaban un notable esfuerzo teniendo en cuenta las dimensiones de la vivienda (un pequeño piso de 65 ms.), que el matrimonio tenía un solo hijo, que habitualmente comía en el centro escolar” y, en especial, la contratación de una empleada del hogar que se ocupaba de los trabajos domésticos, remunerada obviamente con el dinero de la esposa -la cual, interesa además destacar, invirtió la totalidad de sus retribuciones, sin sobrante alguno ni posibilidad de adquisición de bienes privativos, en subvenir todas las cargas familiares a lo largo del matrimonio-.

Naturalmente, como vengo diciendo, el tema se aboca a una cuestión de prueba. Y aquí es donde surgen algunas dudas. ¿Están los tribunales requiriendo prueba efectiva de lo que cada cónyuge trabajó en la morada o con la familia o aplican más bien una presunción? ¿De qué tipo es esa presunción? ¿Se invierte la carga de la prueba o no hay prueba que valga? Hágase cuenta que, a efectos del art. 1438, este precepto hace mención a la compensación del “trabajo en la casa”. Pues si es trabajo y no otra cosa, habrá que probarlo, y bien que se podrá probar en la mayoría de los casos. En otros, no, pues no lo hubo o fue muy escaso.

Cierto es que en algunos asuntos -si no excepcionales, de momento sí en ligera minoría- los tribunales se esmeran en recalcar que, so pena de conculcar el sentido del art. 1438 CC y “en orden a evitar el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto” del preceptor de la compensación, resulta imprescindible la prueba por éste de su efectiva dedicación a las tareas del hogar, como presupuesto de dicha prestación económica [SSAP Madrid 24 febrero 2015 (JUR 2015, 94200) y Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015, 149487)]. Desde esta perspectiva, también se ha resaltado la plena aplicabilidad del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la necesidad de una “cumplida demostración” por el cónyuge demandante de la compensación de que realmente realizó el trabajo doméstico a compensar [SSAP Madrid 23 diciembre 2014 (JUR 2015, 60422) y Pontevedra 12 febrero 2015 (JUR 2015, 80720)].

Sin embargo, frente a esa acertada corriente que, por fortuna, comienza a ir progresivamente en ascenso -tanto a pie de juzgado, como en la propia jurisprudencia del TS (según se verá en breve al hilo de la S. de 31 enero 2014)-, siguen siendo muchos los pleitos en que parece bastar el alegato del cónyuge solicitante de la compensación de que no trabajó fuera, sino que se quedó en casa, para inferir sin más de ello, con escasísimo o nulo soporte probatorio, que efectiva y realmente trabajó en la casa -sin que obren en tal sentido datos objetivos, sólidos y relevantes, y al socaire de meras conjeturas, especulaciones o suposiciones sin fundamento cierto, que en absoluto alcanzan la categoría de *indicios* en base a los que articular racionalmente el proceso deductivo propio de las presunciones judiciales, conforme a su regulación por el art. 386.1 LEC-. Así acontece, por ejemplo, en el asunto de la SAP Vizcaya 3 abril 2013 (JUR 2014, 147708) donde se concedió a la esposa la muy respetable cantidad de 100.000 € en concepto de compensación del art. 1438 CC, pese a brillar por su ausencia toda acreditación del invocado trabajo doméstico que desvirtuara la alegación del marido de que “durante el matrimonio la Sra. Margarita sólo se había dedicado a cursar la carrera de piano, formarse en el arte de la pintura y realizar exposiciones, impartiendo clases de inglés y piano”.

Repárese en que en la propia STS 14 julio 2011, a que líneas atrás nos referíamos, se da por sentado, en el resumen de “hechos probados”, que como “la esposa, D^a Macarena, a pesar de ser licenciada en Derecho nunca había ejercido la profesión ni había llevado a cabo ningún tipo de actividad remunerada, *por tanto* se había dedicado al trabajo del hogar durante la convivencia”. Y repito, así sería en ese concreto asunto y así es en la mayoría de los casos, pero no en otros.

En definitiva, pues, y como premisa inexcusable para la cabal aplicación del art. 1438 *in fine* CC, resulta preciso que el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges quede debidamente probado –tanto en su existencia y realidad como en la vertiente de la intensidad (y duración) del mismo, a efectos de su necesaria valoración monetaria-. Solo a partir de esa cumplida acreditación podrá calibrarse –según ya se apuntó y se repetirá más adelante- el respeto o, por el contrario, la quiebra de la regla de la “proporcionalidad” en las respectivas aportaciones de ambos consortes a las cargas familiares; y solo así cabrá apreciar, en su caso, el exceso de contribución de uno de ellos mediante el trabajo doméstico, que legitime su derecho a compensación, y efectuar un cálculo ajustado del *quantum* en que la misma deba concretarse.

De lo contrario, de adoptarse una postura extremadamente laxa en materia de prueba del trabajo efectivo para la casa, ¿qué le estaríamos insinuando, tal y como a veces se interpreta y aplica el art. 1438 *in fine*, al cónyuge con sueldo o ingresos de cualquier tipo cuya pareja no los tiene, cuando hay separación

de bienes? Pues que se abstenga de colaborar en las tareas familiares, ya que si un día llega el divorcio (o, por otra causa, se extingue el régimen de separación) tendrá que pagar al otro como si todo lo hubiera hecho ese otro en la casa. Y obviamente, no es esa la mejor manera de cumplir con el mandato del segundo inciso del art. 68 CC cuando, tras su nueva redacción por la Ley 15/2005, dispone que los cónyuges –cualquiera que sea su régimen económico matrimonial- deberán “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. ¿Compartir para que luego los jueces –algunos- apliquen la “presunción” de que no se compartió?

O expresado de otra forma, al hilo del supuesto que a modo de ejemplo venimos manejando. ¿Qué ocurriría si el mero “estar en casa” de A se computara como contribución a las cargas del matrimonio proporcionada, idéntica en valor, a la de B, o si no se admitiera someter a prueba la medida en que A efectivamente llevó a cabo los trabajos de la casa? Pues equivaldría ni más ni menos que a fomentar un doble fraude de ley, ya que al cónyuge que ni procura recursos económicos para el sostén de la familia ni asume labores domésticas y de atención familiar se le estaría de facto permitiendo que incumpliera tanto el mandato primero del art. 1438 CC (“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio”), pues no habría efectiva contribución de ese cónyuge, como el deber –formalmente “legal”, por desafortunada o de dudoso acierto que pueda considerarse su inclusión en el Código- que establece el art. 68.2, conforme al cual los cónyuges deberán “compartir las responsabilidades domésticas...”. Desde esta última perspectiva, ya otros autores se han percatado del posible “choque” o “incoherencia” entre este deber conyugal de “compartir” del art. 68.2 CC y el contenido del art. 1438 (vid. GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “La prestación...”, cit., pp. 346-347; MORENO TORRES-HERRERA, M^a. L.: “La compensación...”, cit., pp. 127-128; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “De nuevo sobre la compensación...”, cit., pp. 6 y 11). Y en honor a la verdad, también alguna resolución judicial –se trata de nuevo de la sensata SAP Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599)- ha puesto de relieve precisamente que “el art. 1438 resulta ser un precepto contradictorio e incongruente con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada” por la que se introdujo en el art. 68 CC la obligación de ambos cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas.

En virtud de lo anteriormente dicho, y si el matrimonio con separación de bienes no ha de ser campo abonado para la iniquidad, al extinguirse dicho régimen habrá de quedar establecida la proporción aproximada que se buscaba entre las aportaciones de uno y otro cónyuge al sostenimiento de la familia. En consecuencia, según el caso, habrá sido mayor la contribución de A (con su trabajo hogareño) o de B (con su dinero) o se podrán considerar

iguales. Puesto que el art. 1438 CC establece que la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio deberá ser proporcional a sus recursos económicos, la existencia o no de desproporción habrá de ser, sin duda, dato relevante a la hora de ver cuándo nace, si nace, el derecho a compensación por el trabajo para la casa.

Vayamos pues, ahora, propiamente con la compensación por el trabajo doméstico en el art. 1438 *in fine*. Según su dicción literal, “el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

Lo que el Tribunal Supremo recalca en su doctrina jurisprudencial sobre el citado precepto es que “el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución [al levantamiento de las cargas del matrimonio], sino que [además] constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen” (FD 2º de la S. 16/2014, FD 3º de la S. 534/2011, FD 2º.1 de la S. 135/2015 y FD 2º de la S. 136/2015). Concretamente en la Sentencia de 31 enero 2014 se da por buena la denegación a la ex mujer de la compensación en cuestión, debido a que no resultó probado que “se hubiera encargado... de las tareas de la casa y de los trabajos domésticos habituales. Falta por ello la prueba de una dedicación esencial o significativa a dichas tareas”.

Constatamos en esta STS 16/2014 un paso adelante, cual es desterrar aquella especie de presunción, obrante en favor del cónyuge “casero”, de que si no tiene trabajo retribuido es porque trabaja para la casa. Pero, sin perjuicio de ese punto a elogiar -la exigencia de la cumplida prueba, a cargo del demandante de la compensación, del trabajo doméstico que efectivamente realizó (*ex art. 217 LEC*)-, queda aún un largo trecho para que el art. 1438 CC no sea fuente de consecuencias inicuas en más de un caso.

Partamos, en nuestro ejemplo, de que en el proceso se ha acreditado debidamente que el cónyuge A trabajó en efecto en las labores hogareñas y familiares y que no trabajó en ninguna otra cosa -de la sorprendente (y errada) exigencia de “exclusividad” del trabajo doméstico trataré más adelante-. Según el TS, nacería de esa sola circunstancia “objetiva” el derecho a la compensación por trabajo para la casa al extinguirse el régimen de separación de bienes. Sobre esta base, y *a sensu contrario*, la Sentencia 16/2014 señala explícitamente dos circunstancias (o una sola, vista desde dos puntos de vista) que en modo alguno son impeditivas de que surja ese derecho de A la compensación. Se hará este cónyuge acreedor de tal derecho y no podrá negársele:

- ni aunque el cónyuge B haya destinado todos sus emolumentos, el cien por cien de su salario, al levantamiento de las cargas familiares;

- ni aunque B no se haya beneficiado a expensas o enriquecido gracias al trabajo doméstico de A, aprovechando su mayor disponibilidad para prosperar y hacerse con una fortuna o un patrimonio que habrían sido suyos en exclusiva, en virtud del régimen de separación de bienes (art. 1437 CC).

Las afirmaciones del TS que se acaban de transcribir no dejan de provocar cierta perplejidad y suscitan una pregunta crucial. La perplejidad deriva de que, en tal situación, a B le surgirá una deuda frente a, pero seguramente no tendrá con qué pagarla, pues, una vez que todos sus recursos los fue empleando para sostener las cargas familiares, nada le ha sobrado. Supóngase que se puede dar por sentado que es el mismo el valor de lo que B ha aportado y del trabajo de A para la casa. Razonablemente se podría pensar que quedan perfectamente equiparados y que en nada debe compensar el uno al otro o el otro al uno. Y aquí aparece aquel interrogante fundamental: ¿por qué debe compensar B a? Adicionalmente podríamos plantearnos por qué, ya puestos, no debería compensar A B en caso de que se determinara que es superior el monto de lo por B aportado que el valor de lo que para la casa A trabajó. Bastaría pensar en un caso en el que B hubiera pagado una vivienda de grandísima calidad, una muy cara educación para los hijos en colegios buenísimos, amueblamiento y equipamiento de primera para el hogar, vacaciones familiares en los mejores y más caros lugares, etc., sin que todo ello hubiera significado un incremento en la cantidad de trabajo que A hubiera tenido que afrontar, en comparación con el que habría tenido con un nivel de vida más modesto y en un hogar presidido por el ahorro. Es decir, si B se hubiera ahorrado una buena parte de ese dinero que gastó con la familia y su cónyuge para mantenerlos a cuerpo de rey, ahora, tras el divorcio, ese capital sería suyo; pero nada se guardó para sí y ahora, además, debe compensar a por el trabajo para la casa. Sin contar con que cuanto más elevado haya sido el tren de vida a su cargo, mayor será la pensión compensatoria (del art. 97 CC) que habrá de abonar por ser mayor el desequilibrio y empeoramiento económico que la ruptura matrimonial provoca en A. Lo dicho, cuanto más generoso el cónyuge con posibles, más ruinoso su matrimonio.

En la hipótesis formulada, y ante esa última pregunta incidental, alguien podría querer responder que cómo le vamos a imputar a una obligación de compensar a B, si hemos quedado en que A carece de recursos económicos, no tiene con qué. Mas así volvemos a donde estábamos: ¿no dice el TS que la obligación para B de compensar nace aunque ni un euro le haya sobrado después de haber corrido con las cargas del matrimonio?, ¿no obligan nuestros jueces a cónyuges como B a abonar compensaciones por trabajo

doméstico de veinte, cincuenta, cien mil euros o más [p.ej. los 650.000 euros concedidos por la SAP Murcia 6 noviembre 2006 (JUR 2006, 284978), o los 500.000 de la STSJ Cataluña 6 octubre 2011 (RJ 2011, 699)], aun en los casos en que el sostenimiento de las cargas familiares haya absorbido por completo el salario y retribuciones percibidas por aquél durante la vigencia del matrimonio? Choca, llegados a este punto, recordar aquello del art. 66 CC, lo de que “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”.

Afrontemos ahora la cuestión central, la de por qué debe compensar B a aunque no se haya lucrado o “enriquecido” a costa o a consecuencia del trabajo doméstico de este último (incluso cuando, lejos de incrementar un ápice su patrimonio, haya aquél aplicado todos sus ingresos a costear las cargas familiares sin registrarse sobrante alguno). No alcanza en absoluto a comprenderlo la SAP Valladolid 6 abril 2015 (JUR 2015, 125317) ni tampoco la SAP Las Palmas 6 junio 2014 (JUR 2015, 55126) que, disintiendo expresamente de esa doctrina de la STS 16/2014, considera del todo ilógico “que, siendo la obligación de ambos cónyuges contribuir a las cargas matrimoniales en función de sus recursos (art. 1438.1º CC), si uno de los cónyuges ha dedicado todos sus escasos recursos al levantamiento de las cargas matrimoniales, y el otro se ha dedicado al cuidado del hogar, en un normal reparto de los roles domésticos, el que ha permanecido en el hogar tenga derecho a una compensación, ya que la situación ha sido exactamente igual a la que se hubiera producido por ejemplo en un sistema de gananciales: agotados todos los recursos del matrimonio en el levantamiento de las cargas, nada habría que repartir ni compensar”.

Pero retomemos el “porqué” de ese deber de compensar. Si no hay respuesta razonable, hay arbitrariedad. Así que veamos.

3.2. Nuestra jurisprudencia es dada a formular como contestación -que también asume más de un civilista [p.ej. AGUILERA RULL, A.: “La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2012, pp. 36, 40, 42; BELÍO PASCUAL, A. C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 63]- una muy peculiar y problemática doctrina de la “pérdida de oportunidad”. Como se desprende con meridiana claridad de la lectura de la Sentencia de 31 enero 2014 (reiterando en este punto lo ya afirmado por la S. 534/2011), el TS pone el acento en la circunstancia de que la dedicación a la familia haya “impedido la propia proyección personal” del cónyuge que realizó el trabajo doméstico, con la consiguiente “pérdida de expectativas laborales o profesionales” [vid. igualmente en sede de Audiencias, entre muchísimas otras, las SSAP Alicante 5 marzo 2014 (JUR 2014, 120318), Pontevedra 11 marzo 2014 (JUR 2014,

212720) y Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015, 145600)]. Esto es, en nuestro ejemplo, el cónyuge A debe ser compensado, en aplicación del art. 1438 *in fine* CC, porque al dedicarse nada más que a la casa y la familia perdió sus oportunidades para labrarse una vida profesional, quién sabe si exitosa, y hacerse con una situación económica independiente y quién sabe si próspera y boyante.

Sin embargo, sostener que todo el que no tiene trabajo remunerado está perdiendo la oportunidad de progresar en un trabajo remunerado es, *a priori*, una falacia. Dependerá del caso. No deberíamos confundir la doctrina de la pérdida de oportunidad con el “cuento de la lechera”.

En rigor, no se pierden más oportunidades que las que se tienen, y las oportunidades que se tienen son las oportunidades reales, no las virtuales, imaginarias o meramente presuntas. Eso en primer lugar. Comparto, pues, en este punto las palabras de VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación...”, cit., pp. 222-223, cuando escribe que la proyección laboral de quien en su matrimonio se dedica a la casa “no se debe tratar como una simple expectativa o... un mero futurible”.

Por otra parte, y en segundo lugar, hay oportunidades que se pierden -diríamos- “ventajosamente”. Y es que si de oportunidades y de “comportamientos oportunistas” hablamos, hay mucho que hablar. No falta algún caso, aunque parezca insólito, en que el cónyuge que abandona su puesto laboral al casarse lo hace porque “su trabajo no le gustaba”, como -casi con descaro, me atrevería a afirmar- confesó la mujer, abogada de profesión hasta encontrar marido pudiente, en el pleito que resuelve la SAP Madrid 16 mayo 2014 (JUR 2014, 167420). Otro ejemplo real ofrece la SAP A Coruña 17 enero 2014 (JUR 2014, 47686) -estimatoria de la compensación-, donde no se atendió a la alegación del abogado del demandado de que, si bien la actora abandonó su vida laboral, ello fue “una decisión unilateral de la esposa que, dada la desahogada posición económica del matrimonio dimanante de los ingresos salariales de mi representado, decidió en todo momento no acceder al mercado laboral aun a pesar de las continuas recomendaciones de mi representado, quien siempre le instó a ello, recomendándola para trabajos y buscándole salidas laborales en el sector para el que hasta el año 2.000 había estado trabajando y para el que estaba y está plenamente formada”.

Imagínese la siguiente hipótesis (tal vez un poco extravagante, pero no irreal y sí bien ilustrativa). Si X a los diecisiete años dejó voluntariamente de estudiar y formarse, si de los diecisiete a los veinticinco no buscó empleo y vivió tranquilamente de sus padres y si de los veinticinco a los sesenta estuvo casado (en régimen de separación de bienes) con una notaria con notaría en

la calle Serrano de Madrid y se ocupó de la espléndida casa que ella pagó y con una vida placentera, aun cuando en verdad realizara bastantes tareas domésticas -cosa ya en sí poco probable- no perdió sus oportunidades, sino que las aprovechó muy convenientemente. Sin olvidar que cuando a sus sesenta se divorcien la notaria y X, éste va a percibir sin duda ninguna -por el evidente desequilibrio económico que el divorcio le causa- una muy suculenta pensión compensatoria, con casi toda seguridad hasta el fin de sus días (y más allá de los de aquélla si acaban antes -*ex art. 97.3 CC*). Que además deba compensársele por su trabajo doméstico -y generosamente (pues son 35 años de trabajo suyo para la casa)- por razón de lo que “dejó de ser y de ganar” por haberse casado con ella y no haber trabajado fuera de casa, no se cohonestan bien con ninguna pérdida real de oportunidad. Se alegrará que suena a escarnio este ejemplo anterior, pero no así otros. Y ciertamente, no estoy afirmando que en todos los supuestos, ni mucho menos, resulte escarnecedora la compensación del art. 1438 CC, sino que la aplicación puramente “objetiva” que como doctrina jurisprudencial ha estipulado el TS da pie a casos que rozan el esperpento -la ya citada SAP Asturias 31 marzo 2014 (JUR 2014, 119127) es prueba fehaciente de ello-.

En tercer lugar, hablar de “pérdida de oportunidad” en sede de compensación del art. 1438 CC puede tomarse como metáfora o imagen gráfica, pero no guarda ninguna relación con la doctrina jurídica de la pérdida de oportunidad, tal como se aplica en el ámbito de la responsabilidad por daños (vid. por todos MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007). Quien encarga a su abogado que recurra una sentencia y se encuentra con que éste dejó pasar el plazo correspondiente, pierde la oportunidad de ganar su pleito. Quien se casa no pierde más oportunidad -permítaseme la ironía- que la de seguir soltero, a no ser que pruebe que el cónyuge efectivamente le impidió acceder a los trabajos o estudios que pretendía. Pero entonces se abriría, en su caso, una puerta para indemnizar por daño, no (necesariamente) por trabajo doméstico. Tampoco cabe obviar que si el cálculo de la indemnización en los supuestos de pérdida de oportunidad en Derecho de daños presenta la dificultad de cuantificar meras probabilidades estadísticas (*vgr.* de curación o supervivencia en la responsabilidad médico-sanitaria), proyectar esa doctrina a la compensación del trabajo para la casa plantearía el problema añadido de tener que aventurar respecto del cónyuge que lo desarrolló, en aproximado paralelismo al cálculo de una suerte de lucro cesante con origen en una causa remota compleja, “lo que podría haber sido (y ganado) y no fue” de no haberse dedicado al hogar. Como con carácter general señala CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, pp. 130-131, el coste de calcular el llamado “interés de confianza” -aquello a lo que un cónyuge renunció al decidir emprender una vida común, por ejemplo mujeres que hubieran renunciado con el matrimonio a oportunidades favorables- “es muy alto, al

precisarse de juicios hipotéticos sobre cursos históricos pasados que ya no se pueden reproducir ni replicar”.

En cuarto lugar, y considero que esto es de especial importancia, parece que se presume una cierta debilidad de carácter del cónyuge que opta por no trabajar más que en el hogar (si es que en verdad tuvo o tiene alguna oportunidad de hacerlo fuera), de manera que en realidad no es responsable de sus propias decisiones y debe “indemnizarlo” quien, aprovechándose de su inferioridad o vulnerabilidad, así lo “persuadió” para entregarse al hogar -y acaso, también, para pactar el régimen de separación de bienes-. Si una persona decide que no trabaja porque le gusta más (o no tiene otro remedio que) estar en casa y atender a sus padres, nadie la indemniza. Pero si en lugar de ser el padre es el cónyuge, lo tiene que compensar éste. ¿Porque se lucró de su trabajo? No, aunque no haya habido beneficio, según entiende nuestro Alto Tribunal (SS. 534/2011, 135/2015 y 136/2015). ¿Aunque este cónyuge que paga haya salido perjudicado, a la hora de la verdad, de diversas maneras, incluida la económica? Incluso en ese caso -según afirma expresamente la STS 16/2014-.

Sin duda hubo tiempos, no tan lejanos, en los que las mujeres -con escasa o nula formación, por regla general- eran social y familiarmente “forzadas” a dedicarse a la casa, el marido y los hijos, a trabajar de sol a sol en el hogar y cuidando de una prole numerosa, sin alternativa, sin ayudas, sin respeto ni consideración real y sin que su trabajo apenas se valorase. Felizmente, va quedando poco de eso. Salvo en ciertos círculos culturales, las mujeres españolas están tomando con ventaja el tren del estudio, la cualificación profesional y los más variados y mejor considerados oficios. Se casa la que quiere casarse y es de cada una la decisión de trabajar, si hay en qué, o de quedarse en casa y ocuparse de las labores domésticas -por insensata o temeraria que pueda reputarse esta determinación-. Y cada vez son más los maridos que también se dedican al hogar en exclusiva, porque no encuentran otro trabajo o porque así se acuerda en la pareja. Superada la presión social que al respecto acuciaba a la esposa en tiempos de nuestras abuelas -fruto de los esquemas del arquetipo familiar de estructura patriarcal imperante antaño-, no hay hoy en día razones para presuponer, como regla, que la dedicación a la casa sea una circunstancia “impuesta” como consecuencia de la relación conyugal ni que derive de un acto de obediencia o sumisión a la posición preeminente o de prevalencia de un consorte sobre el otro. Afortunadamente, van quedando pocas personas para las que el matrimonio sea la única salida socialmente admitida. Hoy los ciudadanos, mujeres y varones, pueden considerarse básicamente libres y responsables de sus decisiones, con la única limitación que se desprende de las servidumbres de la economía y el mercado de trabajo. Pero esas limitaciones y servidumbres tienden a ser comunes y cada vez más iguales para ellas y ellos. Las

oportunidades van siendo también las mismas y cada uno gestiona autónomamente las suyas.

Disiento, pues, del parecer de ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, IV, 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2013, p. 190, de que al trabajo efectivo en la casa de un cónyuge “debe equipararse -y compensarse- el caso en que, aun no trabajando para la casa y desocupado así, no se trabaje fuera por deseo del otro esposo”. Y comparto, en cambio, el criterio de aquellas resoluciones judiciales que, como la SAP Madrid 1 julio 2013 (JUR 2013, 263637) -donde la esposa había reclamado la desorbitada suma de 733.056 € en concepto de compensación del art. 1438 CC-, acuerdan denegársela (por la razón básica de que, gracias al gran éxito profesional y los cuantiosos ingresos de su marido, contaba con tres internas fijas, chófer, etc., sin que obrase prueba alguna de su más mínima “dedicación a la casa”), destacando la AP que, ya dos años antes de casarse la mujer adoptó por sí misma “la decisión personal de no trabajar” y que el matrimonio no fue traba alguna para que desarrollase una faceta laboral, si hubiera querido; y sin que el tribunal atendiera a la alegación de la mujer de que tal decisión de no trabajar “fue a sugerencia del marido” [vid. igualmente, SAP León 26 septiembre 2013 (JUR 2013, 312928)]. En efecto, salvedad hecha de las hipótesis excepcionales en que se acreditara la existencia de dolo, engaño, coacciones o intimidación o que ha habido una patente captación de la voluntad de uno de los cónyuges por parte del otro, prevaleciendo de las particulares circunstancias concurrentes en el caso -supuestos, en absoluto generalizables, y más bien vinculados, como señala SANTOS MORÓN, M^a. J.: “Prestación...”, cit., p. 23, n. 87, a “situaciones propias de violencia de género, que requerirían una respuesta específica”-, ha de entenderse que hoy día la dedicación a las labores domésticas es fruto de una decisión que -ya adoptada unilateralmente como elección personal del cónyuge que las asume, ya consensuada con el otro cónyuge- ha sido tomada libre y voluntariamente, sin concurrencia de vicio alguno en el consentimiento, y con plena capacidad para hacerlo. Vuelvo a recalcarlo: es momento de dejar de considerar que el matrimonio genera en la persona que lo contrae una suerte de “minoría de edad o de incapacidad” -que, al parecer, limita la libertad y capacidad de libre decisión y libre voluntad- y es hora de que, soltero o casado, cada cual sea responsable de las decisiones que tome en la vida y asuma las consecuencias -también patrimoniales- de las mismas. Si un licenciado en Derecho, con brillantes calificaciones en su carrera, decide no preparar oposiciones a notario (con el descomunal esfuerzo que ello implica y el punto de azar que pueda reclamar el éxito en la obtención de la plaza) y se dedica a las labores de su casa, en el caso de estar soltero él y solo él asumirá las consecuencias de tal decisión y nadie obviamente le va a compensar de que por razón de tal decisión carezca de aquel trabajo remunerado y de los emolumentos que por su desempeño

obtendría. ¿Por qué otra vara de medir en caso de que esa persona, adulta y dotada de plena madurez, esté casada (y en régimen de separación de bienes)? Si a todo lo anterior se suma el dato crucial de que en el Código Civil español el régimen económico de separación de bienes (al que ciñe su operatividad el art. 1438 *in fine*) no constituye el régimen legal supletorio, sino que es de carácter opcional y fruto del acuerdo de los esposos que a través de la elección del mismo hacen así ejercicio de su autonomía de la voluntad, nos topamos con una prueba más de que en la inspiración del derecho a compensación por trabajo doméstico “en la pérdida de expectativas profesionales se percibe una perspectiva tuitiva y de cierta irresponsabilidad que no conviene alimentar”; y es que -como bien afirma en tal sentido ASÚA GONZÁLEZ, C.: “El régimen de separación...”, cit., pp. 89, 91- “quien acepta pactar el régimen de separación -que en el Código Civil es electivo- y decide dedicarse en exclusiva o fundamentalmente al hogar en detrimento de una actividad externa remunerada, debe asumir el riesgo de semejante opción” (vid. en la misma línea, contraria de la compensación de la pérdida de oportunidades profesionales como *ratio* del art. 1438 CC, CUENA CASAS, M.: “Com. art. 1438 CC”, cit., p. 10121; SANTOS MORÓN, M^a. J.: “Prestación compensatoria...”, cit., pp. 5, 15, 31, 37-38; MORENO VELASCO, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2013, p. 77; MORENO TORRES-HERRERA, M^a. L.: “La compensación...”, 2011, pp. 116 y 128).

En fin, como apuntan la SSAP Madrid 28 noviembre 2014 (JUR 2015, 19455) y 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599) y Alicante 17 marzo 2015 (JUR 2015, 149487), el art. 1438 CC fue introducido por la Ley de 13 mayo 1981 teniendo en cuenta sin duda el mandato de no discriminación derivado del principio de igualdad (arts. 14 y 32 CE); pero tal precepto, hoy envejecido y que pudo tener acomodo en épocas “en las que un cónyuge prevalecía sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico” -al menos, cabe apostillar, en los términos “objetivos” y mecanicistas en que lo interpreta y aplica nuestra reciente Jurisprudencia-.

4. Es ya momento de examinar una segunda situación posible -por lo demás, nada infrecuente en nuestra sociedad- en la que también se torna espinosa la aplicación del art. 1438 CC: el cónyuge A se ocupa al completo de los trabajos de la casa y, además, trabaja fuera del hogar con la correspondiente remuneración salarial. B, que en las labores domésticas no colabora (o apenas), también percibe una retribución económica por su trabajo o actividad profesional.

En este supuesto -donde supongamos, por simplificar y para mayor claridad, que son iguales los ingresos de A y de B e igual su respectiva aportación

dineraria a los gastos familiares- resulta clamorosa y bien palpable la desproporción entre las cargas que uno y otro asume y la quiebra de la regla de la proporcionalidad en la obligación de ambos de subvenir al sostenimiento de las cargas del matrimonio (art. 1438, primer y segundo inciso).

Si tomamos en serio el trabajo doméstico y le damos un valor económico, poca duda cabrá de que A resulta perjudicado. Y, como en separación de bienes pertenece a cada cónyuge lo que durante el matrimonio adquiera o ahorre por cualquier título (art. 1437 CC), lo que resulta es que B se está “aprovechando” de A. En buena lid y con pleno respeto a las normas del Código Civil y a su espíritu, o bien las tareas hogareñas deberían hacerse a medias, o bien a medias habría que pagar a los terceros que de ellas se ocuparan. Si quien todo lo hace es A, ambos, A y B, se están ahorrando esos costes que resultarían de contratar a terceros, pero a costa de que A hace para los dos un trabajo que B no le remunera en lo que le correspondería.

Y dicho lo anterior, comparemos. En aquel supuesto que en el precedente epígrafe manejábamos, el cónyuge B aportaba los ingresos de su trabajo y el cónyuge A, sin trabajo retribuido, ponía su trabajo para la casa y la familia. En el ejemplo de ahora, los ingresos allegados por A y por B son los mismos, con lo que la aportación de A es doble: el dinero con que contribuye al levantamiento de las cargas del matrimonio y su trabajo doméstico. ¿En qué caso estaría más justificado el pago de la compensación que el art. 1438 CC menciona para cuando cese el matrimonio (o se extinga el régimen de separación)? Cualquiera diría que en este segundo caso que ahora estamos viendo. Cualquiera, pero no el Tribunal Supremo.

Según ya había señalado en su Sentencia de 14 julio 2011, para que el derecho a dicha compensación nazca es necesario que el cónyuge acreedor “haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa”. Esa afirmación -contenida en el FD 5º de aquella sentencia y reproducida en el propio FD 7º donde consagra la “doctrina jurisprudencial” sobre el art. 1438- vuelve a ser reiterada por el TS en la ulterior Sentencia de 31 enero 2014, tanto al remitirse y transcribir aquella jurisprudencia fijada en 2011 como al indicar explícitamente que dicho cónyuge deberá haberse “encargado, de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa y de los trabajos domésticos habituales” (FD 2º) -falta de prueba de ese extremo que, como ya indicamos, fue precisamente la *ratio decidendi* de que, desestimándose el recurso de casación interpuesto por la ex mujer, se le denegase la compensación solicitada-.

Corroborando esa exigencia de que “el trabajo para la casa fuese realizado con exclusividad”, cabe encontrar algunas resoluciones judiciales -como la

SAP Madrid 13 diciembre 2011 (JUR 2012, 22440)- en las que se afirma, *expressis verbis*, que “la STS de 14 julio 2011 parece sostener que el artículo 1438 exige que sólo se haya contribuido a las cargas familiares con el trabajo para la casa”. Desde ese planteamiento, entendió la AP en esta litis que no concurría dicho condicionante ya que la dedicación de la esposa al hogar no le había impedido durante el matrimonio “seguir desarrollando, aun en jornada reducida, su actividad laboral por cuenta ajena. La reducción económica por tal concepto operada no puede ser determinante de la activación del mecanismo compensatorio, al estar éste concebido para coyunturas distintas de las que invoca la litigante”.

La misma orientación siguen otras muchas sentencias en la jurisprudencia menor [SSAP Orense 4 junio 2012 (JUR 2012, 228071), Valencia 18 abril 2013 (JUR 2013, 221233), Granada 4 julio 2014 (JUR 2014, 258722), Castellón 2 octubre 2014 (JUR 2015, 55752), Jaén 15 octubre 2014 (JUR 2015, 46274), Murcia 18 noviembre 2014 (JUR 2015, 50857) y Toledo 18 febrero 2015 (JUR 2015, 94332)]. Pero especial trascendencia tiene el dato de que el propio Tribunal Supremo -en su Sentencia de 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), complementada por la poco posterior y muy parecida de 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528)- vuelve a pronunciarse sobre el significado del “solo” trabajo doméstico, reiterando, erre que erre, que la compensación del art. 1438 *in fine* CC “exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva..., lo que impide reconocer tal derecho en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa”.

Así las cosas, se imponen los interrogantes: ¿Dónde se expresa en el art. 1438 CC que el único trabajo para la casa que debe ser compensado es el que realiza el cónyuge que nada más que se dedica al trabajo para la casa? Entenderlo así implica introducir una distinción donde la ley no la establece -como bien objetan CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La separación de bienes”, en *Derecho de Familia*, coord. por G. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 1228, y la SAP Pontevedra 12 febrero 2015 (JUR 2015, 80720)-, ya que resulta que no es “el trabajo para la casa” lo que se computa como contribución a las cargas, sino que únicamente se computa el trabajo “exclusivo” para la casa. ¿Y por qué tal exigencia de exclusividad? Francamente, no es fácil entenderla. Da la impresión de que, consciente o inconscientemente, se viene a tolerar la sobreexplotación de quien además de ser “ama” o “amo de casa” se empeña en trabajar fuera. ¿Habrá en alguna mentalidad antigua y sutil la oculta intención de desanimar a las “amas de casa” para que no se busquen además un empleo en alguna empresa? Como atinadamente afirma CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Compensación...”, cit., p. 285, “es absurdo defender que la aplicación del art. 1438 CC exija apartar por

completo a uno de los cónyuges del mercado laboral... No se concibe que en las actuales coordenadas los jueces se empeñen en interpretar tan restrictivamente el precepto que exija lo que, sencillamente, ya no se puede requerir de ningún español de clase media: penalizar a quien compagina ambas funciones y exigirle que sólo realice una de ellas -el trabajo doméstico- para ser compensado”.

¿O será por la tan manida “pérdida de oportunidad”? Quien asume el trabajo hogareño y desarrolla, al tiempo, un trabajo remunerado, no ha perdido, ciertamente, la oportunidad de tener un trabajo remunerado. Pero, con la doctrina del Tribunal Supremo, la oportunidad que pierde es la de que su trabajo casero sea reconocido y compensado económicamente. Si para esto sirve la tesis de la pérdida de oportunidad, es bien perversa esta tesis. Así se aprecia con meridiana claridad en la SAP Valencia 22 julio 2013 (JUR 2013, 287143) que, tras situar expresamente el fundamento de la compensación del art. 1438 CC en la pérdida de oportunidades profesionales o laborales de quien desarrolló el trabajo doméstico, denegó tal derecho a la reclamante afirmando el tribunal sin pudor que “el matrimonio no le ha supuesto rémora alguna en su actividad profesional, que ha logrado compaginar perfectamente con su dedicación [probada] a la casa y la familia”. Igual reproche cabe formular frente a la SAP Toledo 30 septiembre 2014 (JUR 2014, 278148) donde, perfectamente acreditado que “la esposa, sin ayuda externa alguna, realizó ella sola las tareas domésticas”, se le deniega la compensación porque aquélla “no perdió expectativas profesionales, pues siempre trabajó fuera del hogar” (en una empresa eléctrica y en hostelería), “compaginando ese trabajo con las tareas domésticas, compatibilización ciertamente loable y seguro que esforzada... Pero ocurre -concluye curiosamente la AP- que tal situación, verdaderamente encomiable y sociológicamente todavía frecuente en matrimonios en que ambos cónyuges trabajan fuera, en los que no es extraño que de regreso al hogar el marido adopte (de forma ciertamente reprochable) una actitud más relajada que la esposa, no es la contemplada en el art. 1438 que exige “exclusividad” en el trabajo para la casa”. Y añade a renglón seguido el tribunal -incurriendo así en flagrante contradicción- que, “precisamente para intentar evitar esa injusta situación, se introdujo en el art. 68 CC por la reforma de 2005 la obligación de ambos cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas”.

Mas si hemos de empecinarnos en la pérdida de oportunidad como “fundamento” de la compensación, malamente se podrá discutir que, en este ejemplo de ahora, el cónyuge A puede muchas veces estar perdiendo una clara oportunidad, o varias. Ya que A tiene que multiplicarse y dedicar una parte de su tiempo y sus energías, no ya a su profesión (o al descanso y el disfrute vital), sino a las pesadas e ingratas labores diarias en la casa, será menor su “oportunidad” para formarse y progresar en su oficio o para

hacerse con un segundo empleo que le permita aumentar sus ingresos. Oportunidades que sí disfruta el cónyuge B, que tiene el plus de tiempo, tranquilidad y energías resultante de que en la casa se lo dan todo hecho y sin que tenga que pagar por ello. Como en esta línea apunta AGUILERA RULL, A.: “La configuración...”, cit., p. 32, si un cónyuge “trabaja, por ejemplo, a tiempo parcial para poder compatibilizar el trabajo fuera y dentro de la casa, habrá perdido la oportunidad de ascender en su puesto de trabajo”; y aun mostrándose contraria a la eventual pérdida de expectativas profesionales como *ratio* del art. 1438 CC -en la misma línea que yo defiendo-, asimismo ASÚA, C.: “El régimen...”, cit., p. 92, reconoce que “también quien, por sus actividades domésticas, se dedica con menos intensidad a una profesión deja de obtener ingresos y reduce sus oportunidades futuras”.

Y a propósito de efectos perversos de esa jurisprudencia actual, reparemos en otro posible. El que no se exija en modo alguno el “enriquecimiento” o lucro del cónyuge con recursos económicos como requisito para la compensación al que realiza el trabajo de la casa ¿no será una velada y algo aviesa manera de hacer que tampoco cuente a efectos de compensación el evidente perjuicio o “empobrecimiento” del que, como A aquí, tanto trabaja fuera de casa como en casa?

En definitiva, pues, la doctrina jurisprudencial del TS en torno a la interpretación del art. 1438 *in fine* CC es, en mi opinión, doblemente criticable: si, de una parte, peca por defecto -al desligar por completo el derecho a compensación de algún tipo de “enriquecimiento” o beneficio del cónyuge deudor (por razón de la “sobreaportación” del acreedor o, si se quiere, de las funciones que, a modo de “sobrecarga”, éste asumió y cumplió como amo/a de casa)-, de otro lado, también peca por exceso en tanto que exige que “se haya contribuido a las cargas del matrimonio “solo” con el trabajo realizado para la casa”, viniendo así a vetar el derecho a ser compensado por su trabajo doméstico a quien, además de soportar el peso de las faenas del hogar y la crianza de los hijos, también trabajó fuera y aportó sus ingresos -cuando, bien al contrario, será precisamente aquí más probable que ese cónyuge haya contribuido en mayor medida y proporción superior a lo que le correspondía y parece de justicia que debiera compensársele [más, si acaso, que a quien solo trabajó en la casa, como expresamente destaca la SAP Madrid 26 septiembre 2014 (JUR 2014, 290507)]-. En resumidas cuentas, y vista la actual interpretación del art. 1438 por parte del TS, lo más inteligente para el cónyuge con ingresos será no casarse o casarse nada más que con quien tenga trabajo o dinero propio. Si, además, a ese cónyuge (a A en nuestro ejemplo) se le persuade para que sea él quien haga todo el trabajo de la casa, “miel sobre hojuelas”.

Pues bien, ya desde esta última perspectiva algunos autores han puesto en evidencia -como, por extenso y certeramente, hace CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Compensación...”, cit., pp. 278, 282- el sinsentido de la exigencia del carácter “exclusivo” del trabajo doméstico como presupuesto del derecho a la compensación y la más que llamativa interpretación efectuada por el Alto Tribunal de que la “exclusividad” de dicho trabajo suponga que el cónyuge acreedor no realizara actividad retribuida alguna y se dedicara de lleno a la casa, lo que -objeta la civilista- implica “exigir una reclusión tras los muros del hogar del beneficiario” de la compensación (vid. igualmente entre otros, ASÚA, C.: “El régimen de separación...”, cit., pp. 92-93; REYES GALLUR, J. J.: *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes*, Civitas-Thomson, 2015, pp. 291 y 298; MONTES RODRÍGUEZ, M^a. P.: “El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: análisis comparativo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 368).

Todo ello, repárese, resulta además muy poco congruente con los crecientes esfuerzos legislativos por la conciliación de la vida familiar y laboral; esfuerzos plasmados, además de en la ingente normativa autonómica en la materia (vid. p.ej. la Ley catalana 17/2015, de Igualdad de Mujeres y Hombres [arts. 1.2, c); 3.2; 35.4, e); 46, b)], principalmente en la Ley 39/1999, de 5 noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; las reformas operadas en el Estatuto de los Trabajadores [hoy TR 2/2015, de 23 octubre] por la LO 3/2007 y por la Ley 3/2012, con el fin de fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y varones en la conciliación de vida familiar y laboral; y el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016⁽¹⁾, - en particular “Eje 2: Conciliación de la vida personal, familiar y laboral y corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares”-. El propio Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que “el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional” [STC 15 marzo 2011 (RTC 26/2011)]; dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con su componente de corresponsabilidad entre los géneros, que el TC sitúa en la lectura sistemática de los arts. 14 y 39 CC y que, proyectado tanto en el terreno laboral como en el ámbito de la función pública, pasa por entender que “la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles”, y ello no solo en el mercado de trabajo, sino también, y muy especialmente, “en las responsabilidades familiares” (STC

¹ www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf

26/2011) (vid. ampliamente RODRÍGUEZ RUIZ, B.: “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 355-384).

Pues bien, observa desde la óptica apuntada AGUILERA RULL, A.: “La configuración de la compensación...”, cit., p. 32, que supeditar la compensación del art. 1438 CC “a que se haya trabajado para la familia a jornada completa supone un agravio comparativo para aquellos cónyuges, mayoritariamente mujeres, que compatibilizan el trabajo en el hogar con una profesión. Si el trabajo doméstico sólo se remunera cuando no existe otra actividad remunerada, esto incentiva a hombres y mujeres a no conciliar vida familiar y laboral” (vid. también VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación...”, cit., pp. 212, 236, 241; SANTOS MORÓN, M^a. J.: “Prestación compensatoria...”, cit., pp. 32, 38, 43; MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: “Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC”, *InDret*, 2015/2, pp. 15-16).

Téngase en cuenta, por otra parte, que la mencionada exigencia de “exclusividad” del trabajo doméstico en sede de compensación del art. 1438 CC parece ir en contra de los tiempos y de alguna de las más recientes reformas legales, como la que, a efectos de la indemnización de los daños causados a las personas en los accidentes de circulación -conforme a la Ley 35/2015, de 22 septiembre-, considera valorable el trabajo no remunerado realizado por la víctima en el hogar, no solo en régimen de dedicación exclusiva a dichas tareas domésticas (arts. 84, 88.4, 131.1 y 2, 132.5, 143.1 y 4), sino también en caso de dedicación parcial; esto es, cuando la víctima estaba acogida a una reducción de la jornada de trabajo para compatibilizar el trabajo remunerado con las tareas del hogar de su unidad familiar (arts. 85, 131.3).

Por todo lo dicho, hay que felicitar de que, desmarcándose del restrictivo criterio del Tribunal Supremo (al que se adhiere MORENO TORRES-HERRERA, M^a. L.: “La compensación...”, cit., pp. 126-127), alguna sentencia, como en concreto la citada SAP Pontevedra 25 junio 2015 (JUR 2015, 175680) -aun dictada con posterioridad a la STS 26 marzo 2015 y pese a hacer gala de ser conocedora de la doctrina sobre la “exclusividad” fijada por esa STS 135/2015 (que la Audiencia cita expresamente, reproduciendo sus fundamentos)-, no haya tenido reparo en compensar por su dedicación probada al hogar y la familia a la esposa que, a lo largo del matrimonio, había compaginado el trabajo doméstico con su actividad laboral por cuenta ajena como empleada del hogar [vid. en la misma línea, SAP Murcia 15 octubre 2015 (JUR 2015, 258059)]. Con fecha anterior a la citada Sentencia del TS, cabe igualmente encontrar no pocas resoluciones que concedieron compensación a la esposa

que “aun dedicada principalmente al cuidado de los hijos, también accedió al mercado laboral” durante algunos años de su matrimonio [SAP Álava 14 mayo 2014 (JUR 2014, 233184)] o que, además de realizar trabajo doméstico, “trabajó por cuenta ajena de forma no continuada” [SAP Toledo 10 marzo 2014 (JUR 2014, 99672)], “desarrolló ocasionalmente ciertos trabajos” o “trabajó en jornada reducida” [SAP Albacete 11 noviembre 2014 (JUR 2015, 46951)]. E incluso fuera de esos casos de trabajos coyunturales o a tiempo parcial, y bajo la premisa de que “el trabajo fuera del hogar no excluye per se la prestación” del art. 1438 [SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (AC 2002, 1767)], también ha venido la jurisprudencia menor a compensar el trabajo doméstico (debidamente acreditado) de la mujer que, de forma permanente a lo largo de todo el matrimonio, había desarrollado -además- trabajo retribuido a plena jornada [(SSAP Córdoba 9 diciembre 2014 (JUR 2015, 82269) y Sevilla 18 diciembre 2014 (JUR 2015, 105009)].

5. Huelga advertir que las dos situaciones “tipo” que hemos manejado para mostrar los diversos problemas (y el encadenamiento de absurdos) a que puede dar lugar la compensación por trabajo doméstico al modo que hoy la entiende la Jurisprudencia, en absoluto agotan, como es obvio, la variadísima y heterogénea casuística existente en la materia. Pero en aras a la obligada brevedad de este estudio, dejémoslo aquí y volvamos al tema esencial: ¿cómo se podría interpretar y aplicar razonablemente y sin prejuicios antiguos ni discriminaciones nuevas el último inciso del art. 1438 CC?

Que el art. 1438 *in fine* sienta una obligación de compensar es innegable (sin perjuicio de la admisibilidad generalizada de los pactos previos de renuncia, cfr. art. 232-7 CC catalán) y ese dato no podemos obviarlo si somos respetuosos con la norma legal –sin parangón, dicho sea incidentalmente, en otros importantes Códigos Civiles europeos [como el francés (cfr. art. 1537 Code), el italiano (cfr. arts. 215 y ss. Codice Civile) o el alemán (cfr. § 1414 BGB)] donde el régimen de separación de bienes es de carácter opcional-. Lo que no parece insoslayable es que haya que entender que el derecho a dicha compensación nazca, *ipso iure* y automáticamente, con solo que se pruebe que uno de los cónyuges asumió el trabajo de la casa. En mi opinión, este precepto debería interpretarse tratando de evitar, gráficamente expresado, tanto las “descompensaciones sin compensación” como las “compensaciones descompensadas”. Empecemos por las primeras. Tenemos descompensación no compensada cuando, tal como acaba de verse en el anterior epígrafe, el cónyuge A hace todo el trabajo de la casa y además tiene un empleo fuera, sin que se considere que tiene derecho a compensación (según el TS [SS. 135/2015 y 136/2015])-. Retoquemos el supuesto para que se vea más claro aún.

A y B tienen empleo, ganan igual y tienen similares recursos económicos. De las tareas caseras se ocupa un empleado del hogar que paga solamente A de su bolsillo. El matrimonio ha durado diez años y, en ese tiempo, dicho empleado del hogar ha recibido de A un pago total de 84.000 € (a razón de 700 € mensuales). B no le ha compensado a A tal gasto de ninguna manera. ¿Nacería una deuda de B en favor de A y que A podría reclamar al disolverse el matrimonio por divorcio? Si contestamos que no, queda en papel mojado una más de las normas del Código Civil que fijan obligaciones en el matrimonio, la del primer inciso del art. 1438: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio” y, a falta de convenio, “lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos” (art. 1438.2). Además, seguiría siendo la familia un ámbito donde se puede dañar impunemente, sin consecuencias para el bolsillo y se sumaría este aspecto a la curiosa resistencia habitual de nuestros tribunales -no sin excepciones- a la hora de aplicar el art. 1902 CC como base para indemnizar el daño entre cónyuges. Por otra parte -pensemos-, si aquella aportación económica de A para el pago total del servicio doméstico no cuenta como deuda que B debe pagar, ¿por qué habría B de “compensar” a A por su trabajo para la casa en los casos en que A nada más que ha trabajado para la casa?

Si respondemos que sí a aquella pregunta, nos damos de bruces con una paradoja grande. Pues, con la jurisprudencia actual del TS, si el cónyuge A (que, recordemos, tiene empleo exterior y aporta recursos económicos para el sostenimiento de las cargas familiares) en lugar de pagar al servidor doméstico y hacer que nazca por ese motivo la deuda de B, hubiera puesto por sí ese trabajo hogareño por el que pagó los 84.000 €, no tendría derecho ni a un céntimo, dada aquella exigencia jurisprudencial de que la dedicación a las tareas del hogar debe ser “exclusiva”. ¿Pero no dice el art. 1438 CC que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación?

En lo anterior hemos estado hablando de lo que llamamos descompensaciones no compensadas. Pasemos ahora a referirnos a las “compensaciones descompensadas”. Éstas acontecerán al aplicar a rajatabla aquella otra parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual la compensación “resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa” (STS 16/2014, FD 2º), con total independencia de que el otro cónyuge haya tenido o no “enriquecimiento” o aprovechamiento alguno de resultados de tal división de tareas y aportaciones. Habrá en concreto compensación descompensada -compensación opuesta a la idea de proporcionalidad en la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de las cargas (art. 1438.2 CC)- cuando por virtud de la compensación decretada el cónyuge beneficiario reciba más de lo que le correspondería una vez que se pone en valor

monetario su trabajo doméstico, por una parte, y, por otra, también lo que del otro percibió durante el matrimonio para gastos “privativos” suyos que, por rebasar sus necesidades personales, no pudieran contar como gastos o cargas del matrimonio, además de lo que aquel otro cónyuge pagó como costes del servicio doméstico, si lo hubiera habido. Si de compensación hemos de hablar con propiedad, esta tiene que ser la salida.

Desmenuemos esto con brevedad. ¿Cómo computamos lo que con dinero aportado por B (no olvidemos que estamos en el régimen de separación de bienes) pagó A por cosas tales como ciertos cuidados corporales y de adorno extraordinarios, viajes de placer exclusivos suyos, entradas de teatro, comidas en restaurantes caros, etc., etc.? Insisto, si lo vemos como “donativos” de B a A, ¿por qué no podría pensarse que A correspondía donando a B su trabajo para la casa o la parte del mismo equivalente en valor a tales gastos?

Imaginemos que B tiene un salario de treinta mil euros anuales y A carece de recursos económicos e ingresos propios. Puesto que a A le gusta mucho el esquí, cada mes de febrero B le paga a A dos semanas de alojamiento y esquí en una buena estación invernal en los Alpes suizos, y así durante los veinte años que duró el matrimonio antes de que llegara el divorcio. ¿En ningún momento y de ninguna manera va a computar ese gasto de B a la hora de calcular si A tiene o no derecho a la compensación por “trabajo para la casa” del art. 1438? ¿Ni siquiera van a computar como de “no trabajo para la casa” los doscientos ochenta días (14 días anuales x 20 años) que A pasó fuera de casa? De no tomarse en consideración esos gastos suntuarios de A que ha sufragado B con sus dineros a efectos de discernir la procedencia o no en favor de A de una compensación por trabajo doméstico (y en su caso, para concretar su importe), nos acercáramos a una conclusión bien preocupante: cuando uno de los cónyuges carece de recursos económicos, es mal “negocio” para el otro el régimen de separación de bienes. Pero, ciertamente, si hay ganancias todo lo que gane el que tiene sueldo es de los dos (y también todo lo que le toque en la lotería), con lo cual llegamos a nuevas certidumbres problemáticas: económicamente es muy arriesgado y poco “rentable” casarse con quien ni trabaje ni posea riqueza propia. ¿Por qué? Porque nuestro sistema jurídico parece estar de parte del que económicamente no aporta y, además de lo antedicho, tendrá éste derecho a pensión compensatoria. Todo ello, por supuesto, sea hombre o mujer.

Imaginemos otro caso. Los cónyuges A (que carece de empleo y recursos económicos) y B tienen seis hijos y una casa grande y todo ello, como es lógico, da bastante que hacer. A trabaja mucho en la casa y para la familia, pero para que tenga algo de ayuda se contrata a una asistenta por horas, tres horas al día cinco días a la semana. Esa asistenta es remunerada con dinero de B. ¿No se computará el mucho trabajo en el hogar de A porque tenga esa

pequeña ayuda doméstica? No parece justo y veríamos falta de compensación. En el art. 1438 CC no está -como ya se dijo (y esto sí lo captan las SSTs 26 marzo 2015 y 14 abril 2015)- la exigencia de que el trabajo doméstico que se compensa tenga que ser el trabajo doméstico al completo y sin ayuda. Bien, pues entonces compéñese. ¿Pero compensamos sin considerar el valor de lo pagado por B a la asistenta y que no era trabajo solamente en pro de B, sino de los dos cónyuges? ¿O compensamos solamente por la diferencia? Así habrá de ser si se quiere evitar una palmaria compensación descompensada. Desde esta óptica, entre las diversas variables manejadas por nuestros tribunales para valorar la procedencia de compensar a uno de los cónyuges por el trabajo para la casa y, en su caso, fijar el *quantum* de dicha compensación, en ocasiones se considera procedente restar lo efectivamente abonado, por el otro cónyuge, al servicio doméstico con cuya ayuda se contó. Así lo hizo la SAP Sevilla 29 julio 2013 (JUR 2013, 380054) que, tras calcular el trabajo para la casa realizado por la esposa conforme al sueldo medio de una empleada del hogar -lo que arrojaba un importe de 38.000 €-, estimó que “a dicha suma habría que descontarle la cantidad invertida en una asistenta que, durante las 342 semanas que duró el matrimonio, trabajó en la casa un día a la semana durante 6 horas a razón de 8 €/hora, cantidad ascendente a 16.416 €” y que, oportunamente descontada, llevó a la AP a conceder a la esposa 21.584 € en concepto de compensación. La misma fórmula fue empleada por la SAP Sevilla 16 julio 2014 (JUR 2014, 283207) e igualmente ponderan, a efectos de aminorar la cuantía de la compensación a la esposa, que “en el cuidado de la casa era ayudada algunos días por terceras personas” las SS. AAPP Córdoba 20 junio 2013 (JUR 2013, 286726) y Valencia 20 abril 2015 (JUR 2015, 145600).

Dicho todo lo anterior, y en la línea que venimos proponiendo, civilistas de la autoridad de LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La economía del matrimonio”, cit., pp. 145-146, han advertido, con buen criterio a mi juicio, que, junto al trabajo doméstico prestado por uno de los cónyuges, también “habrá de valorarse el contravalor que representa el mantenimiento de la esposa (o el esposo) en el hogar: el nivel de satisfacción de sus atenciones personales, espectáculos y esparcimiento, viajes, vacaciones, vehículos, etc., todo lo cual en las familias acomodadas puede rebajar del todo o en gran parte las peticiones” compensatorias de aquel cónyuge. Más tajante al respecto se muestra aún RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 425-428, que, tras verter demoledoras críticas contra el art. 1438 *in fine* CC y tachar a esta norma de “altamente perturbadora e inaceptable en su interpretación literal”, señala que “el cónyuge que se dedicó a las labores domésticas ya tuvo su contrapartida en el momento oportuno, pues se benefició del dinero que aportó su consorte al fondo común y que se invirtió en comida, regalos, vacaciones, mobiliario y comodidades para la casa, servicio doméstico, vestido, gastos médicos, etc.”.

Por ello -concluye-, de aceptarse la eventual posibilidad de compensar económicamente el trabajo para la casa, se debe también entrar a valorar, para descontar, “cuánto le hubiera costado al cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas haber vivido con el mismo tren de vida que ha llevado durante los años en que se dedicó a las mismas”. Precisamente en esta dirección (compartida también por VERDERA IZQUIERDO, B.: “Configuración de la compensación...”, cit., p. 244; DE AMUNÁTEGUI, C.: “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 260, n. 408, y para el Derecho valenciano, por BLASCO GASCÓ, F.: “Despropósitos de la Proposición de Ley de Régimen Económico Matrimonial valenciano”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 21, 2007, p. 19), no falta alguna resolución judicial -como la SAP Córdoba 20 junio 2013 (JUR 2013, 286726)- que, a la hora de apreciar el derecho a compensación del trabajo para la casa desempeñado por la esposa durante la vigencia del régimen de separación y de cuantificar su importe, destacó la necesidad de ponderar el dato de que a lo largo del matrimonio la esposa tuvo ya “cubiertas todas sus otras necesidades diarias por las ganancias de su marido”.

En síntesis, pues, entiendo que en la aplicación del art. 1438 *in fine* CC y de su recto sentido las dos reglas teóricas a emplear deberían ser las siguientes:

1. El trabajo doméstico (real y probado) tiene que ser compensado siempre que y únicamente cuando su valor, adecuadamente traducido en términos monetarios -a través de un patrón objetivo, cual pudiera ser, entre otros, el módulo salarial-, sea mayor que la suma de lo puesto por el cónyuge con recursos para:

- El sostenimiento del resto de las cargas del matrimonio -incluido el pago a terceros por colaboración o ayuda en el trabajo doméstico-.

- La contribución de ese otro cónyuge, de ser significativa, al propio trabajo para la casa.

- El valor aproximado de lo que ese otro cónyuge aportó para gastos individuales y particulares (situados extramuros de las cargas familiares) que respondieran al exclusivo interés personal del cónyuge que se dedicaba al trabajo en la casa.

2. Dadas las condiciones anteriores, el trabajo doméstico tiene que ser compensado, en la proporción que corresponda, aun cuando:

- El que realizó el trabajo doméstico tuviera adicionalmente un empleo remunerado, y en este caso con más razón, si cabe.

- Y aunque el que realizó el trabajo doméstico hubiera tenido alguna ayuda para el mismo, sea de personal contratado por cuenta del otro cónyuge, sea de este otro cónyuge mismo, siempre que, naturalmente, resulte mayor el trabajo del cónyuge perceptor y por la diferencia correspondiente.

Cuanto se acaba de proponer, no solo es compatible con el tenor del lacónico y, a la par, enigmático art. 1438 CC, sino que, además, resulta perfectamente acorde con los más elementales dictados de la justicia y del principio de igualdad entre los cónyuges y constituye una interpretación de la norma ajustada al presente contexto social, familiar, laboral y económico en que se aplica (art. 3.1 CC), amén de apropiada para evitar fraudes, abusos del Derecho, enriquecimientos injustos y tergiversaciones del juego y esencia del régimen económico de separación de bienes.

ÍNDICE

EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESPAÑA EN EL
RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

THE USE OF THE FAMILY HOME IN SPAIN IN JOINT CUSTODY
CASES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 91 - 103

Fecha entrega: 21/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

CARLOS SÁNCHEZ AGUIRRE
Abogado
carlos.sanchez@icav.es

RESUMEN: Este trabajo ofrece una visión general de actualidad sobre algunas cuestiones que se vienen planteando en España con relación a la adjudicación del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: uso de la vivienda familiar; crisis matrimonial; custodia compartida; criterios de adjudicación; temporalidad; compensación; oponibilidad.

ABSTRACT: This paper provides a current overview in Spain regarding the right to use the family home in joint custody cases.

KEY WORDS: use of family home; marital crisis; joint custody; award criteria; temporariness; compensation; effectiveness.

SUMARIO: 1. La problemática de la adjudicación de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida.- 2. Criterios actuales para la adjudicación en España del uso de la vivienda familiar en situaciones de custodia compartida.- 3. La temporalidad y provisionalidad del derecho de uso.- 4. La compensación al cónyuge titular de derechos sobre la vivienda no adjudicatario del uso.- 5. La oponibilidad del derecho de uso.

1. En situaciones de crisis matrimonial, una de las cuestiones que interesa al derecho de familia es dirimir a cuál -o cuáles- de los miembros de la pareja ha de adjudicarse el uso de la vivienda en la que han desarrollado su convivencia.

En los supuestos de relaciones con descendencia, la controversia ha sido tradicionalmente resuelta mediante la adjudicación del derecho de uso al cónyuge que quedaba como custodio de la prole y a los propios hijos. De este modo se otorgaba protección al interés superior del menor.

La realidad social nos muestra, sin embargo, que existen modelos de familia diferentes a los que vieron las generaciones anteriores, así como exigencias novedosas de los individuos que componen cada grupo familiar.

Cada vez son más los padres que demandan la custodia de sus hijos, y más numerosas las madres que no desean limitar el libre desarrollo de su personalidad al rol de cuidadoras de los mismos. Ambos intereses son compatibles con el superior del menor que, conforme recuerda la STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2013, exige un compromiso mayor y una colaboración de ambos progenitores tendente a que las situaciones de crisis familiar se resuelvan en un marco de normalidad que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del cónyuge no custodio con los hijos.

De ahí, entre otras cosas, resulta la conveniencia del sistema de custodia compartida.

El Derecho es un instrumento del que las sociedades desarrolladas deben valerse para evitar y, en su defecto, solucionar conflictos previsibles, tratando de proteger los intereses más relevantes en liza. Y salta a la vista que ante el establecimiento de un régimen de convivencia familiar en el que los hijos menores disfrutan del mismo tiempo con ambos progenitores - custodia compartida-, el tradicional criterio de atribución de la vivienda familiar a favor del único cónyuge custodio es inservible.

En este trabajo se pretende ofrecer una visión general de actualidad sobre algunas cuestiones que se vienen planteando en España con relación a la adjudicación del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida.

2. La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil español y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. El Legislador diseñó entonces todo un sistema de medidas concebido bajo la premisa de que la custodia de los hijos sería monoparental. Soslayada así la hipótesis de la custodia compartida, la problemática de la atribución del uso de la vivienda familiar en tales supuestos quedó desprovista de regulación.

Por una parte, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el art. 96 introducido por aquella reforma establecía que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella había de corresponder “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedaran”²⁴.

Por otra parte, para los supuestos de solicitud de mutuo acuerdo, la reforma obligaba a los cónyuges en el art. 90 a resolver la atribución del uso de la vivienda familiar en su convenio regulador. La validez del pacto sólo quedaba condicionada a que no contuviera “previsiones dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

Con todo lo anterior, la regla 2ª del art. 103 introducida por la Ley venía a disponer con carácter general que el Juez resolvería sobre la atribución de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges teniendo en cuenta “el interés familiar más necesitado de protección”. Pero la norma se contemplaba exclusivamente en sede de medidas.

El siguiente hito legislativo relevante sobre la materia lo constituye la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio, que introdujo modificaciones tanto en el Código como en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La exposición de motivos de esta Ley sancionó el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad y previó el posible establecimiento del sistema de custodia compartida en las situaciones de crisis matrimonial.

²⁴ El precepto sólo contemplaba un supuesto de hecho alternativo, que era el de que algunos hijos quedaran en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, disponiendo que en tal caso el Juez resolvería “lo procedente” sobre la vivienda.

El actual texto del art. 92 del Código Civil procede de la citada Ley. El precepto autoriza de forma expresa la custodia compartida en caso de acuerdo entre los cónyuges. Y lo prevé también incluso a solicitud de uno solo de ellos si únicamente de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La reforma era por tanto de enorme alcance, y ya permitía atisbar una cierta generalización en el futuro del régimen custodia compartida como sistema de guardia de los menores afectados por la crisis marital. Sorprende por ello que el Legislador no aprovechara la oportunidad para adecuar el art. 96 del Código Civil en ese mismo texto al novedoso escenario que generaba. La adjudicación del uso de la vivienda familiar en casos de custodia compartida quedaba, en definitiva, nuevamente desprovista de regulación expresa. Desde entonces, la exigencia de modificar el Código Civil en ese aspecto viene siendo reiterada²⁵.

Como reflejan las últimas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia, la custodia compartida es en la actualidad el modelo de convivencia familiar más deseable en las situaciones de separación entre cónyuges con hijos, salvo que se demuestre contrario al interés superior del menor²⁶. En este contexto, la jurisprudencia ha debido integrar el ordenamiento sentando un criterio para adjudicar la vivienda familiar a uno de los convivientes, supliendo con ello la laguna pendiente de colmar por el Legislador.

El Tribunal Supremo (Sala 1ª) abordó esta cuestión en su sentencia de 24 de octubre de 2014, resolviendo que “la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo – entiéndase, del art. 96 del Código Civil - que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez

²⁵ Como recuerda RODRÍGUEZ CARO, M. V.: “La atribución del uso de la vivienda en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. ¿Final de la polémica sobre la limitación temporal?”, *Noticias Jurídicas*, junio 2015, “[e]n un foro tan especializado como el de los Encuentros de Jueces y Abogados de Familia (III y IV, 2008 y 2009) se aprobó una propuesta al respecto y hasta que se produzca la reforma legal, se acuerda la siguiente interpretación: 1º) La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. 2º) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal”.

²⁶ Las SSTS (Sala 1ª) de 9 de septiembre y de 14 y 21 de octubre de 2015 reiteran que “la redacción del artículo 92 no permite concluir que – entiéndase, la custodia compartida - se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Estas tres resoluciones estiman recursos de casación interpuestos contra sentencias de apelación que habían resuelto acordar custodias monoparentales.

resolver ‘lo procedente’. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero”.

La necesaria integración del art. 96 del Código Civil por el cauce legislativo ha sido también advertida por el Ministerio de Justicia. En efecto, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, elaborado por el mismo contempla la siguiente redacción de los párrafos segundo a cuarto del precepto:

“2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.

Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo

tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”.

Parece por tanto que, en los supuestos de guarda y custodia compartida, el Anteproyecto dejaría libertad al juez para atribuir a los padres el uso alterno de la vivienda en la que continuarán viviendo los hijos, o bien para acordar que el uso correspondiera al progenitor que “objetivamente tuviera más dificultades de acceso a otra vivienda”. En tal caso los hijos menores se desplazarían al domicilio del otro progenitor en los periodos correspondientes²⁷.

Ha de advertirse, con todo, que la suerte del Anteproyecto comentado ha estado en cuestión durante meses. Y muy probablemente nos encontremos ante el final del recorrido de esta iniciativa legislativa, dada la nueva composición de las cámaras legislativas españolas tras las elecciones del 20 de diciembre de 2015.

El ordenamiento español sobre esta materia se completa en algunos territorios con su normativa propia. Son varias las comunidades autónomas que han desarrollado legislación relevante al respecto:

A) Aragón aprobó la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Está vigente desde el 8 de septiembre de 2010²⁸.

²⁷ RODRÍGUEZ CARO, M. V.: “La atribución...”, cit.

En este mismo sentido, SANTOS MORÓN, M. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), Estudios, pp. 1-36, p. 16, explica que “[e]n cuanto a la hipótesis de custodia compartida, aunque se admite la posibilidad de atribuir el uso por periodos alternos a ambos progenitores, se prevé la asignación de la vivienda familiar al progenitor que tenga más dificultades de acceso a ella. La regla no difiere mucho de la propugnada por la doctrina. La atribución del uso alternativo de la vivienda a los progenitores se ha planteado habitualmente como una posible solución en los casos de custodia compartida, pero es mayoritariamente rechazada dados los problemas que conlleva. De ahí que la doctrina se haya inclinado por atender a las necesidades de los cónyuges para decidir sobre la atribución de la vivienda, si bien se observa que cuando la vivienda familiar es privativa, la solución más idónea es que conserve su uso el propietario de ella”.

²⁸ Téngase en cuenta que mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que integra entre otras la aquí expresada.

Respecto a la guardia y custodia de los hijos, esta Ley dispuso que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la monoparental sea más conveniente.

En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que “por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”. El Juez, no obstante, tiene reconocida una amplia discrecionalidad, dado que incluso se le autoriza a acordar la venta de la vivienda familiar cuando su uso sea a título de propiedad de los padres, si ello es necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

B) La Comunidad Autónoma de Cataluña aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo de su Código civil, relativo a la persona y la familia. La “supremacía del interés del menor” es el parámetro esencial para la determinación de los regímenes de guarda (art. 211-6.1 del Código), si bien el Tribunal Superior Justicia de Cataluña viene refiriéndose con reiteración a las “ventajas que se pueden atribuir al régimen de custodia compartida, puesto que no cabe duda que la llamada custodia compartida o conjunta por ambos progenitores resulta más conveniente para la evolución y desarrollo del menor”²⁹.

En esta tesitura, el art. 233-20.3 establece en su letra “a)” que si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al “cónyuge más necesitado”.

C) En la Comunidad Valenciana, la normativa actualmente aplicable es la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Aunque la Ley se encuentra recurrida por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional y fue suspendida de efectos por una providencia de 19 de julio de 2011, un posterior auto de 22 de noviembre 2011 alzó su suspensión³⁰.

La Ley Valenciana exige a la autoridad judicial en su art. 5 que, salvo pacto en contrario de los cónyuges, aplique como regla general la atribución a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos

²⁹ Se refieren a ello diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala 1ª), como las de 2 y 30 de octubre de 2014, o de 4 de marzo y 25 de mayo de 2015.

³⁰ La Ley Valenciana está siendo efectivamente aplicada en la práctica, si bien el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra ella sigue pendiente de resolución.

e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.

En cuanto al uso de la vivienda familiar, esta Ley establece una serie de normas a observar en su art. 6 cuando se verifique la custodia compartida. Conforme al mismo, a falta de pacto entre los progenitores, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea “más conveniente para los hijos menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

Adicionalmente, la Ley valenciana prevé que, salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Esta previsión debe aplicarse aunque la circunstancia expuesta sea sobrevenida.

La Ley autoriza, con todo lo anterior, incluso la posibilidad de que se resuelva que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, disponiendo para tal caso que se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás.

D) Continuando con la cita de normativa autonómica sobre la materia, Navarra aprobó la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

En la Ley Navarra, el régimen de custodia se debe acordar por el Juez considerando lo más conveniente para el interés de los hijos menores, y atendiendo a una serie de pautas legalmente definidas. La decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.

La Ley carece de regla específica alguna en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar si el Juez dispone un régimen de custodia compartida. La Audiencia Provincial de Navarra³¹ ha reparado en dicha omisión. En estos casos, considera que se ha de decidir cuál de los progenitores tiene derecho a permanecer en el uso de la vivienda familiar, sin tener en consideración la convivencia con el hijo, de la que disfrutaban ambos por igual, deviniendo, por

³¹ Por ejemplo, en Sentencia de 4 de noviembre de 2014, de su Sección Tercera.

tanto, “aplicable el párrafo tercero del artículo 96 del CC”. La atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular o cuando la vivienda es ganancial, se hará siempre por tanto con carácter temporal.

E) Hasta la fecha, la última comunidad en aprobar su normativa propia sobre custodia compartida ha sido País Vasco. Se trata de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Conforme al art. 9.3 de la Ley, el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los menores, atendiendo a las circunstancias concurrentes en los progenitores o en los hijos que resulten relevantes para el régimen de convivencia.

Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de custodia compartida, la Ley dispone que si no lo fuera por “periodos alternos” a ambos miembros de la pareja, se acordará a favor del “progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos”.

3. Con carácter general, es reconocido que *temporalidad* y *provisionalidad* son notas definitorias del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el art. 96 del Código Civil³². No obstante, en cuanto a las consecuencias de la temporalidad del derecho de uso, la cuestión ha sido muy espinosa en nuestra práctica forense.

En los supuestos de custodia monoparental, se ha discutido y propuesto reiteradamente la conveniencia de limitar en el tiempo el derecho de uso sobre la vivienda familiar reconocido a favor del cónyuge custodio de los hijos menores. Pero el Tribunal Supremo ha seguido con firmeza su criterio de identificar la “protección del interés superior del menor” con la adjudicación a su favor del disfrute del inmueble, sin posibilidad de limitación temporal alguna al contenido de dicho derecho³³.

³² Ambas notas, por ejemplo, vienen recogidas en la STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2004.

³³ En este sentido cabe traer cita de la doctrina expresada en la STS (Sala 1ª) de 3 de abril de 2014. Se trataba de un asunto resuelto en apelación por la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 1ª) en sentencia de 25 de abril de 2012. El citado tribunal *a quo* había dispuesto atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, como cónyuge custodio, y a la hija menor edad, hasta el momento en que se produjera la liquidación de la sociedad económica familiar.

Mediante una sentencia de 3 de abril de 2014, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación formulado contra el fallo de apelación. La sentencia afirma que el art. 96 del Código Civil no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá

El posicionamiento doctrinal del Tribunal Supremo ante las situaciones de custodia compartida ha sido diferente. En efecto, la jurisprudencia ya ha avalado con claridad que en estos casos procede limitar temporalmente el derecho de uso sobre la vivienda familiar reconocido a favor de uno de los cónyuges³⁴.

La temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar en situaciones de custodia compartida a favor de uno de los miembros de la pareja ha sido destacada por la generalidad de normas autonómicas que han desarrollado esta materia. Así:

A) En el Código Civil de Cataluña, el art. 233.20 atribuye el uso al cónyuge más necesitado con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron.

a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Y reiteró como doctrina jurisprudencial que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

³⁴ Las SSTS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2014 y 9 de septiembre de 2015 han estimado recursos de casación en asuntos sobre custodia compartida, determinando que procede limitar temporalmente el derecho de uso sobre la vivienda familiar reconocido a uno de los cónyuges.

En el supuesto resuelto por la STS de 24 de octubre de 2014, la sentencia de apelación había confirmado la medida acordada en primera instancia de atribuir el uso de la vivienda a la madre por tiempo indefinido. La sentencia de casación considera que es obligado realizar una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres; y en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos.

Se armonizan con ello, dice la sentencia, los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda; aspecto en que debe casarse la sentencia. Y por ello limita el derecho de uso a favor de la progenitora a un plazo de dos años desde la fecha de la sentencia de casación, tiempo que se considera suficiente para que esta restablezca una situación laboral equilibrada.

Por otra parte, en la sentencia de 9 de septiembre de 2015, la Audiencia Provincial había concedido la guarda y custodia monoparental a la madre de tres menores de cuatro, siete y nueve años. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de apelación, confirmando la de primera instancia en cuanto aquella había establecido el sistema de custodia compartida.

En lo que respecta al uso de la vivienda familiar, la sentencia del Tribunal Supremo no comparte la dictada en primera instancia. El Juzgado *a quo* había adjudicado al padre de los menores el uso del inmueble, al considerar que su interés era el “más necesitado de protección”, frente al de la madre que convivía con los menores en una vivienda propiedad de los abuelos maternos. La sentencia de casación determina que el uso de la vivienda por parte del padre queda limitado a tres años, transcurridos los cuales debe abandonar el inmueble, que se integrará en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

B) El art. 81 del Código del Derecho Foral de Aragón dispone que la atribución debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

C) La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, señala en su art. 6 que, a falta de pacto entre los progenitores, la atribución tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso³⁵.

La Ley Valenciana prevé, no obstante, que el uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario

D) Como indicamos anteriormente, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, de Navarra ha sido integrada por los tribunales de dicha Comunidad en el sentido de entender procedente la limitación temporal del derecho de uso que se reconozca a uno de los consortes en los casos de custodia compartida.

E) El art. 12.5 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, dispone que en el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos.

También la Ley Vasca añade que, en todo caso, la revisión judicial de este derecho de uso podrá solicitarse a instancia de parte, por cambio de circunstancias relevantes.

³⁵ La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) viene aplicando la Ley Valencia en el sentido de reconocer el derecho de uso hasta que los hijos menores alcancen la mayoría de edad (por ejemplo, sentencias de 26 de noviembre de 2014, o de 8 de junio de 2015). Esta doctrina (que podría flexibilizarse a la vista de las SSTS de 24 de octubre de 2014 y 9 de septiembre de 2015 ya citadas) contrasta con la mantenida con las otras Audiencias de la Comunidad Valenciana.

En efecto, la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª) viene reiterando que “un periodo de entre 3 y 5 años constituye tiempo suficiente para que se resuelva lo procedente respecto de la venta o atribución definitiva a uno de los condóminos en la liquidación de la copropiedad de la vivienda” (por ejemplo, sentencia de 9 de junio de 2011, o de 30 de junio de 2015). Por su parte, la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) interpreta la Ley Valenciana en el sentido de limitar la duración del derecho de uso, por ejemplo, por un tiempo suficiente para que las partes liquiden ese patrimonio común y el cónyuge adjudicatario del disfrute del inmueble familiar pueda satisfacer sus necesidades de vivienda y las de sus hijos cuando estén con el mismo de otro modo (*vid* sentencia de 30 de junio de 2014).

4. La pérdida efectiva de la vivienda constituye para uno de los cónyuges un perjuicio patrimonial del que puede derivarse incluso su exclusión social, principalmente en el contexto de una crisis económica prolongada.

En situaciones de custodia compartida, privar a uno de los cónyuges del derecho de uso sobre la vivienda familiar resulta si cabe más controvertido que en los supuestos de guardia monoparental. Y es que, en tal caso, el *favor filii* no justificará por sí solo la medida, porque los hijos disfrutarán generalmente de periodos o estancias tan amplios con un cónyuge -al que se atribuyó la vivienda de la familia- como con el otro -aquél que quedó despojado de su uso-.

La doctrina se ha mostrado sensible a esta realidad³⁶. Se ha indicado, y con razón, que “la forma óptima de cohonestar todos los intereses en juego en materia de vivienda familiar es que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar compense económicamente al que se ve privado del derecho a ocupar una vivienda que es total o parcialmente suya. Sólo en supuestos de incapacidad económica del cónyuge usuario el juez debería exonerarle de pagar tal compensación que puede traducirse en el pago de una renta (como sucede en Valencia) o que tal uso sea valorado, en caso de que rigiera la sociedad de gananciales, en su liquidación como activo que se adjudica a uno de los cónyuges”³⁷.

El Código Civil carece aún de una norma expresa que reconozca al cónyuge desprovisto del derecho de uso sobre la vivienda una compensación económica a cargo del otro. Ello no obstante, los trabajos legislativos que se han elaborado en esta materia sí han contemplado el citado derecho de compensación³⁸.

La normativa autonómica sí ha reconocido con carácter general al cónyuge privado del uso del inmueble distintos remedios de compensación:

A) El Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas prevé en su art. 81.4 que cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el

³⁶ Por ejemplo, TAMAYO CARMONA, J. A.: “¿Patrimonialización del derecho de uso sobre la vivienda familiar?”, *Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, segundo semestre, 2011; o CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, 2014.

³⁷ CUENA CASAS, M.: “Uso...”, cit., p. 36.

³⁸ El art. 96.4 del Código Civil según el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia dispondría que “[l]a atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla”.

Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, y además tiene en cuenta la adjudicación del uso de la vivienda familiar para determinar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria.

B) En Cataluña, el art. 233-20.7 del Código establece que la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.

C) El art. 6.1 de la Ley Valenciana reconoce en términos muy amplios el derecho de compensación a favor del cónyuge privado de la vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si esta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario. Tal compensación podrá ser computada como contribución a los gastos ordinarios. Para su valoración, la Ley Valenciana dispone tener en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso.

D) Por último, el art. 12.7 de la Ley Vasca 7/2015, de 30 de junio, también reconoce al cónyuge privado de la vivienda un derecho de compensación. En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario. Como en la Ley Valenciana, se tendrá en cuenta el importe de las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja.

5. La jurisprudencia viene caracterizando el derecho de uso a la vivienda familiar, no como un derecho real, sino como un derecho de carácter familiar.

En lo que se refiere a su oponibilidad *inter partes*, el cónyuge no adjudicatario del uso necesita el consentimiento del cónyuge usuario, o autorización judicial, para realizar actos de disposición sobre los derechos que titule en la vivienda.

Aparte, claro está, el cónyuge usuario de la vivienda tiene acción frente al otro –o, en su caso, dispondrá contra aquel de excepción- para defender su *ius possidendi*.

El derecho de uso sobre la vivienda familiar es también inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible *frente a terceros*. Cabe realizar no obstante algunas matizaciones a este último respecto atendiendo a la crónica jurisprudencial. Si los cónyuges ocupan en precario una vivienda, la adjudicación judicial de su uso a favor de uno de ellos no se puede oponer frente al tercero propietario³⁹. El derecho de uso tampoco será oponible frente a la acción del acreedor hipotecario si su reconocimiento es posterior a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta⁴⁰.

ÍNDICE

³⁹ Sobre esto, cabe referirse a la STS (Sala 1ª, Pleno) de 14 de enero de 2010. En la práctica, esto implica la inoponibilidad del derecho de uso frente a la demanda de desahucio por precario promovida por el tercero titular del inmueble.

⁴⁰ Así lo recoge la STS de 6 de marzo de 2015.

REPERCUSIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE GUARDA Y
CUSTODIA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

IMPACT OF VIOLATIONS ON CUSTODY AFTER REFORM PENAL
CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 104 - 119.

Fecha entrega: 18/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ
Abogada. Profesora-Tutora UNED
Doctoranda Dpto. Derecho Civil UNED
aherranz@ubeda.uned.es

RESUMEN: Tras la derogación del Libro III del Código Penal (en adelante, CP) la repercusión en el ámbito punitivo de los incumplimientos relacionados con el régimen de guarda y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores queda limitada al delito de sustracción de menores, sin perjuicio del genérico delito de desobediencia grave tipificado por el artículo 556 CP.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, justifica la despenalización de las infracciones penales de carácter leve afirmando que “Sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa. La pretensión es clara: reservar al ámbito penal el tratamiento de las conductas más graves de la sociedad, que por ello deben merecer un tratamiento acorde a su consideración”.

La reforma deroga, pues, los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, “... sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La opción de política legislativa se justifica por la necesidad de primar “...la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada religiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad”. La previsible consecuencia de la despenalización de las faltas contra las relaciones familiares es el inevitable retraso de la respuesta judicial ante el incumplimiento, en detrimento del derecho a la vida familiar que garantiza nuestra Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: reforma; despenalización; incumplimiento; sustracción menores; desobediencia.

ABSTRACT: Following repeal of Book III of the Penal Code in penal matters impact of defaults related to care and stay regime of minor children with their parents it is limited to the crime of child abduction, notwithstanding the generic crime gross disobedience typified by Article 556 CP.

The Preamble to the Organic Law 1/2015, of March 30, justifies the decriminalization of criminal offenses mild stating that “Only those offenses carrying punitive enough reproach as for inclusion in the list of crimes are maintained, configured in mostly as misdemeanors punishable by fine. The aim is clear: criminal law book to treat the most serious conduct of society, which is why they deserved a treatment according to their consideration”.

Repealing reform therefore Articles 618.2 and 622 of the Penal Code, “... not including new criminal sanctions for the most serious breach of conduct of family duties are already criminalized in Articles 226 et seq. And the serious breaches of agreements or statements can result in liability for disobedience. Cases of pure obstruction, defective compliance or noncompliance without sufficient gravity have a penalty system in Article 776 of the Code of Civil Procedure”.

The choice of legislative policy is justified by the need to prioritize “... the rational use of public justice, to reduce the high litigation that falls on courts, with measures to promote an efficient and agile judicial response to conflicts that may arise. At the time, the criminal law should be reserved for the settlement of disputes particularly serious”. The predictable consequence of the decriminalization of offenses against family relations is the inevitable delay of the judicial response to the breach, to the detriment of the right to family life as guaranteed in our Constitution and the European Convention on Human Rights.

KEY WORDS: reform; legalization; compliance; minor theft; disobedience.

SUMARIO: 1. Antecedentes.- 2. Principio de intervención mínima.- 3. Doctrina del Tribunal Supremo.- 4. Repercusión de la reforma.- 5. Tutela penal de los incumplimientos sobre régimen de guarda y custodia.- 6. Doctrina del Tribunal Constitucional.- 7. Excusa absolutoria.- 8. Ilícitos semejantes a la sustracción de menores.- 9. Desobediencia a la autoridad.- 9.1. Desobediencia a la autoridad judicial.- 9.2. Vulneración del principio de legalidad penal.- 9.3. Sustracción de menores.

1. Desde su incorporación mediante Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, el art. 225 bis CP ha constituido la respuesta más enérgica de nuestro Ordenamiento frente a los incumplimientos de las resoluciones judiciales o administrativas sobre guarda y custodia de los hijos menores de edad o discapacitados. Encuadrado en el capítulo III, Título XII, Libro I bajo la rúbrica “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, el delito de sustracción de menor forma parte de un variado elenco de figuras delictivas destinadas a castigar desde el impago de pensiones hasta la sustracción internacional.

Los arts. 618.2 y 622 CP, por su parte, se ocupaban hasta ahora de los incumplimientos leves relacionados con el régimen de visitas y custodia, respectivamente, aplicando para su enjuiciamiento el expeditivo juicio de faltas. Este procedimiento, carente de fase instructora, proporcionaba al justiciable una respuesta judicial rápida, especialmente en los juicios tramitados como “inmediatos” *ex* arts. 962 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM).

Por último, las conductas claramente renuentes al cumplimiento de la resolución judicial que establece el régimen de custodia y visitas quedaban bajo la tutela del art. 556 del mismo cuerpo legal, que tipifica de forma genérica el delito de desobediencia a la autoridad.

Este sencillo y eficaz esquema ha quedado desmembrado tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

2. Según resulta del Preámbulo de la LO 1/2015, “La reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte,

pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

La norma citada deroga íntegramente el Libro III del Código Penal⁴¹, y si bien es cierto que algunos de los ilícitos anteriormente calificados como falta se han transformado en la nueva regulación en delitos leves⁴², no ocurre lo mismo en el ámbito de los incumplimientos del régimen de custodia y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores, anteriormente castigados por los arts. 618.2 y 622 CP. El ámbito de aplicación de cada uno de los preceptos penales citados lo resume a la perfección la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, 1/2015, 7 enero 2015, “El art. 622 del CP castiga el quebrantamiento de la resolución judicial o administrativa por la que se atribuye la guarda y custodia del menor a una persona, familia o institución tutelar y el art. 618 CP los incumplimientos de obligaciones familiares impuestas en convenio o resolución judicial, no sólo de tipo económico sino de cualquier otra clase, encajando en este último precepto los incumplimientos relativos al régimen de visitas”.

En la práctica, estos tipos penales daban cobertura al amplio abanico de incumplimientos que, de ordinario, se producen en el desarrollo de la relación paterno-filial. Su derogación conlleva la total despenalización del incumplimiento leve en esta materia, quedando limitada la vía penal a la sustracción de menores tipificada por el art. 225 bis CP y la desobediencia grave del art. 556 del mismo cuerpo legal, cuyo enjuiciamiento ha de llevarse a cabo a través del proceso penal común⁴³, con la consiguiente e inevitable demora en la respuesta judicial. Lo que a su vez repercutirá, previsiblemente de forma negativa, en la tutela del derecho a la vida familiar.

3. El Alto Tribunal ya venía remitiendo la solución de los conflictos surgidos en torno al régimen de estancia de los menores con sus progenitores a las normas de carácter civil o administrativo⁴⁴, en especial el art. 776.3 LEC. Así por ejemplo en S. 823/2012, 31 enero 2013, afirma: “Esta norma constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los

⁴¹ Que hasta la reforma operada por la LO 1/2015 tipificaba las faltas contra las personas (arts. 617 a 622), contra el patrimonio (arts. 623 a 628), contra los intereses generales (arts. 629 a 632) y contra el orden público (arts. 633 a 637).

⁴² Como por ejemplo en el caso de las lesiones dolosas o el maltrato de obra, conductas anteriormente tipificadas en el art. 617 y que con la reforma pasan a estar penadas en el art. 147.2 y 3 del CP.

⁴³ Concretamente el procedimiento abreviado que regulan los arts. 757, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴⁴ En el caso de menores sometidos a tutela o guarda administrativa.

hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador”.

Sin duda esta vía posibilita la tutela del derecho a la vida familiar tanto del progenitor como, en su caso, de los menores que sufran de forma reiterada los incumplimientos. Pero presenta varios escollos importantes:

- El primero es que, por definición, no cabe acudir a este remedio ante el primer incumplimiento, puesto que ha de ser reiterado.
- No existe tampoco una pauta definida de lo que debe considerarse “reiteración”, debiendo por ello delimitarse caso por caso.
- El cambio de régimen hay que llevarlo a cabo a través de un procedimiento de modificación de medidas, con la consiguiente demora en la consecución del objetivo.
- Finalmente, la tutela del orden jurídico perturbado no queda garantizada a través de esta vía, porque como dice la STS antes citada los incumplimientos solo se tienen en cuenta como “...una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio...”.
- La resolución judicial únicamente se pronunciará sobre el régimen futuro, pero no acarreará sanción alguna para los incumplimientos previos, con la consiguiente impunidad para el infractor.

Consciente de que este remedio no da respuesta a todos los supuestos que en la práctica se producen⁴⁵, en la misma sentencia el Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de acudir a la vía coercitiva para lograr el cumplimiento, bien sea a través de la imposición de las multas previstas en el art. 776.2 LEC⁴⁶, o bien mediante la exigencia de responsabilidad penal “...al haberse incumplido una resolución judicial clara y terminante acordada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, conducta que se incardina en un delito de desobediencia grave, según resulta de los artículos 556 y 622 del CP”. Remite también al Convenio de la Haya de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en relación con el “... efecto disuasorio que puede producir en aquellos padres que se

⁴⁵ Téngase en cuenta, además, que no siempre el incumplimiento justificará el cambio de régimen de guarda y custodia.

⁴⁶ Medida absolutamente inoperante en el caso de progenitores insolventes.

sintieran tentados a recurrir al secuestro, evitando los abusos y fraudes que se pudieran cometer con motivo del derecho de visitas”. Recordemos que el citado Convenio tiene por objeto “velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

La norma de cierre del sistema punitivo en el ámbito de la guarda y custodia de menores la conforma el art. 225 bis CP, que castiga la sustracción de menores en los términos que más adelante se analizan.

4. Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en la sentencia comentada llegamos a la conclusión de que, siempre que sea posible, los conflictos relacionados con el régimen de guarda y custodia deben resolverse mediante la aplicación de los remedios establecidos en la misma normativa utilizada para su establecimiento. Corolario lógico del principio de intervención mínima del derecho penal, cuya aplicación debe limitarse a aquellos supuestos en los que el resto del ordenamiento jurídico no resulta suficiente para tutelar los intereses en juego. Solo cuando la norma civil o administrativa se revela inoperante se debe acudir a la vía penal para restaurar el orden jurídico perturbado por el incumplimiento.

Conviene, no obstante, tener presente que el aforismo “justicia retardada, justicia denegada” tiene una especial relevancia en esta materia, porque el daño generado por la vulneración del derecho a la vida familiar se multiplica exponencialmente cuando el reencuentro o el disfrute de la compañía mutua entre el menor y su progenitor se demora durante meses o incluso años, a la espera de largos, complicados y a veces excesivamente garantistas procedimientos judiciales. En ocasiones incluso resulta imposible retomar la relación paterno-filial perdida, porque el transcurso del tiempo se ha encargado de romper todos los lazos afectivos entre el menor y su progenitor. En este sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª, 720/2002, 9 julio 2002: “El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar”. Y es ahí donde la derogación de los arts. 618.2 y 622 CP va a tener una incidencia claramente negativa, porque mientras que hasta ahora la sanción al incumplidor y el desvalor asociado a la misma se implementaba en brevísimos plazos, a partir de la reforma solamente tendrán acceso al orden penal las conductas más graves y, además, la respuesta judicial sufrirá la inevitable demora inherente a la tramitación procesal ordinaria. Los incumplimientos leves, por el contrario, quedan

despenalizados, si bien podrán ser objeto de ejecución en vía civil o, en su caso, servir de base a un procedimiento de modificación de medidas.

5. El único tipo penal específicamente relacionado con el régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores vigente en la actualidad es el delito de sustracción de menores. Tipificado en el art. 225 bis CP, por imperativo del principio de última ratio del derecho penal su aplicación ha de limitarse a los incumplimientos más graves del régimen de guarda y custodia, siempre que concurren todos y cada uno de los elementos del tipo. Su redacción es la siguiente:

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

a) El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

b) La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

Si bien el tenor literal de este precepto legal abarca, a priori, cualquier supuesto de traslado forzoso de un menor de su lugar de residencia, así como el quebrantamiento del régimen de custodia al que esté sometido por imperativo de una resolución judicial o administrativa, su aplicación práctica resulta ciertamente dificultosa. Incluye el desplazamiento dentro o fuera del territorio nacional y el sujeto activo del delito puede ser uno o ambos progenitores, pero también los ascendientes del menor (abuelos, bisabuelos) y los parientes del progenitor sustractor por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado (hijos, hermanos, cuñados).

El elemento material del tipo lo constituye el hecho de sustraer al menor, concepto jurídico que el propio precepto delimita, configurando las siguientes variantes:

a) Traslado del menor: La “sustracción” en este caso se concreta, según el apartado 2.1º del art. 225 bis CP, en trasladar al menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor o guardador con el que habitualmente conviva. El delito se perfecciona por el mero desplazamiento inconsciente del menor. La dificultad probatoria gira en torno al “consentimiento”, correspondiendo su carga al sustractor siempre que el guardador niegue haberlo prestado.

b) Retención del menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa: El elemento material del tipo en este caso consiste en retener al menor más allá de lo autorizado por la resolución judicial o administrativa, cuya existencia constituye requisito *sine qua non* para que pueda incurrirse en este ilícito penal. La esencia del tipo, en este caso, es la no devolución del menor a su legítimo guardador al término del período de estancia con el sustractor.

6. Para el análisis de las ya anunciadas dificultades de aplicación del art. 225 bis CP vamos a partir de la STC 196/2013, 2 diciembre 2013. Esta resolución se pronuncia sobre un supuesto de hecho que se resume en el traslado de un menor al extranjero por su padre sin consentimiento de la madre. Retención que se mantiene de forma ininterrumpida durante más de ocho años, sin que la progenitora tenga conocimiento del lugar donde se encuentra el menor durante todo este tiempo. La demanda de amparo se interpone contra la Sentencia 212/2012, de 26 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal

número 2 de Jaén, que condenó al padre del menor como autor de un delito previsto y penado por el art. 225 bis 1 y 3 CP a las penas de tres años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante siete años, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante tres años, pago de las costas procesales e indemnización a la madre del menor en la cuantía de 600.000 euros. Dicha Sentencia fue confirmada por la número 182/2012, 17 julio 2012, dictada por la Sección 1ª de la AP de Jaén, a la cual también alcanza el recurso.

La demanda de amparo se fundamenta en la infracción del principio de legalidad, dado que cuando el progenitor trasladó al menor en el año 1998 no se encontraba vigente el precepto penal aplicado. También se invoca el error invencible que conlleva el desconocimiento de la tipificación del delito de sustracción de menores con posterioridad al traslado del menor, así como la falta de notificación al sustractor de las resoluciones judiciales que otorgaron la guarda y custodia a la madre, al haber sido dictadas con posterioridad a su traslado al extranjero. Error o desconocimiento que impide la aplicación del tipo penal por faltar el dolo o intencionalidad de incumplir las mismas.

El TC, analizando los motivos someramente esbozados, comienza por convalidar la calificación efectuada por los órganos judiciales de este ilícito penal como “delito permanente”, lo que determina que hasta que no se restablece el orden jurídico quebrantado sigue cometiéndose el mismo. Por ello, es absolutamente consecuente distinguir entre el traslado del menor, que en este caso se produjo antes de la entrada en vigor del precepto aplicado y, por ello, no puede ser sancionado en virtud del principio de legalidad, y la retención del mismo, que se mantuvo con posterioridad a la entrada en vigor del tipo penal que analizamos.

Sin embargo, pese a considerar probado el elemento material de la retención, el TC otorga el amparo con fundamento en la falta de prueba sobre el elemento intencional, esto es, la voluntad de quebrantar las resoluciones judiciales objetivamente infringidas, dado que los órganos judiciales omitieron “cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor”. Por ello, “la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis 2.2 no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal”.

La doctrina emanada de esta Sentencia debe tenerse muy presente, por tanto, en relación con el delito que analizamos, puesto que resulta imprescindible que concurren y se declaren probados ambos elementos -el material y el

intencional- para que sea constitucionalmente viable la condena por el delito de sustracción de menores en su vertiente de retención en contra de una resolución judicial o administrativa. Téngase en cuenta que, al contrario de lo que ocurre con los delitos patrimoniales -en los cuales se presume el ánimo de lucro-, en este caso no cabe presumir la voluntad de incumplir la resolución judicial, debiendo ser probada en el correspondiente proceso penal y declararse como tal en la resolución condenatoria. La inevitable consecuencia de la falta de notificación –sea por imposibilidad real o por picaresca de su destinatario- es que el progenitor sustractor quedará exento de pena, al faltar el elemento volitivo o voluntad consciente de incumplir la resolución que establece el régimen de guarda. Dicho de otra forma, no cabe apreciar voluntad incumplidora -elemento intencional- cuando falta el previo conocimiento de lo que se debe cumplir.

Así pues, a falta de notificación el único ilícito posible sería el tipificado en el apartado primero del art. 225 bis 2 CP, esto es, el traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento de:

a) El progenitor con quien conviva habitualmente, enunciado limitado a los supuestos en los que el menor convive únicamente con uno de sus progenitores. Se castiga en este caso al progenitor, ascendiente o familiar que lo sustrae o aparta del custodio sin su consentimiento. No concurren los elementos del tipo, por el contrario, cuando el menor convive con ambos progenitores y uno de ellos traslada o autoriza el traslado del menor, porque en ese caso sí concurre el consentimiento requerido.

b) De las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia: Aunque en este caso no se exige el quebrantamiento de una resolución judicial o administrativa, la expresión “confiada su guarda o custodia” implica que el sustractor ha de apartar al menor de una guarda de hecho previamente autorizada por quien tenga potestad sobre el mismo. A título de ejemplo podemos pensar en los abuelos, familiares o personal contratado que cuidan del menor mientras el progenitor guardador no puede ocuparse de él, en los responsables del centro educativo, guardería, ludoteca, etc. En todos estos casos el sustractor incurriría en delito. No lo hará, por el contrario, cuando el menor sea “rescatado” de una situación de abandono de hecho, por encontrarse sin vigilancia en su propio domicilio, o en la calle, o acompañado por personas ebrias, etc., etc.

Los supuestos de justificación que podemos imaginar son casi ilimitados, y la presunción de inocencia resulta, como es lógico, un límite infranqueable.

7. Otra cuestión que dificulta enormemente la aplicación del art. 225 bis CP es la exclusión de responsabilidad que prevé el apartado 1º, que se proyecta tanto sobre la sustracción en sí misma como sobre la retención del menor: “El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años”.

Al contrario de lo que ocurre con el concepto “sustracción”, que el propio precepto legal se encarga de delimitar, no existe definición alguna de lo que haya de considerarse “causa justificada”. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser apreciado judicialmente caso por caso, con la consiguiente posibilidad de que causas iguales o similares sean consideradas suficientes o insuficientes para justificar la sustracción, dependiendo del tribunal que juzgue los hechos. La indefinición permite, en cualquier caso, imaginar y alegar en defensa del sustractor las más variadas causas de justificación, con claro detrimento de la seguridad jurídica. A título de ejemplo podemos citar la enfermedad grave del hijo que haga necesario su traslado para recibir tratamiento en otro país, influencia altamente perniciosa del progenitor custodio, ambiente inapropiado y dañino para el menor, ingreso en prisión, alcoholismo o toxicomanía del otro progenitor y, en general, cualquier circunstancia que pueda resultar dañosa. Aún cuando la analogía está prohibida en materia penal, no resultaría descabellado remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las causas de suspensión del régimen de visitas, que, “sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor” (STS 30 abril 1991, 22 mayo 1992, 19 octubre 1992 y 21 julio 1993).

En definitiva, siempre que la conducta del sustractor pueda fundamentarse en el supremo interés del menor y exista un mínimo acervo probatorio sobre la causa alegada, la excusa absolutoria puede y debe prosperar por imperativo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de inexcusable aplicación en el ámbito penal. Corresponderá al presunto sustractor, eso sí, alegar y probar la causa de justificación, quedando al arbitrio del tribunal la apreciación de si la misma es o no suficiente en el caso concreto, sin perjuicio del posterior control de constitucionalidad.

8. El tipo penal que venimos analizando puede interactuar en algún caso con el supuesto de hecho tipificado en los arts. 223 y 224 CP, respecto de los cuales presenta sin embargo diferencias sustanciales:

a) Diferencias con el quebrantamiento de los deberes de guarda y custodia: el art. 223 CP impone pena de prisión de seis meses a dos años⁴⁷ a la persona que, teniendo a su cargo a un menor o incapaz, no lo presente a sus padres o guardadores cuando sea requerido a tal efecto.

De la interpretación jurisprudencial de este precepto resulta que "...el sujeto activo de este delito son aquellas personas, distintas a los padres, que ostentan la custodia de un menor o incapaz y no lo presentan a los padres o guardadores sin justificación para ello"⁴⁸. Queda claro, pues, que los progenitores no pueden ser sujeto activo de este delito.

Es necesario, además, que se produzca un traslado del menor de su lugar de residencia (AP Vizcaya, Sección 2ª, Auto 135/2006 de 20 febrero): "La negativa de la abuela materna y de la tía materna a entregar al menor a su padre cuando éste pretende ejercer el derecho de visitas reconocido por resolución judicial no puede incardinarse en el art. 225 bis 2. 2º y 5º ni en el art. 223 ya que para que pueda darse cualquiera de estos delitos tiene que, como actividad delictiva, sustraerse al menor injustificadamente desde su lugar de residencia, sin el consentimiento de quien ostenta la guarda y custodia, personal o institucionalmente (obviamente mediante resolución judicial o administrativa) trasladándole a otro lugar, o retenerlo, claro está fuera de su residencia, con incumplimiento grave de resolución judicial, lo que no sucede en este caso".

b) Diferencias con la inducción al abandono de domicilio: el art. 224 CP, por su parte, impone la misma pena a cualquier persona que induzca a un menor de edad o discapacitado a que abandone el domicilio familiar o lugar donde resida, incluyendo un segundo párrafo que castiga específicamente al progenitor que induzca al menor a incumplir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa. La diferencia en este caso estriba en que es el hijo el que abandona por sí mismo su domicilio, sin mediar sustracción o retención del progenitor.

9. La norma de cierre de los incumplimientos que analizamos la conforma el art. 556 CP, que castiga de forma genérica la resistencia y/o desobediencia grave no incluida en el delito de atentado que tipifica el art. 550 del mismo cuerpo legal. La diferencia entre el atentado y la desobediencia queda meridianamente clara en el siguiente pasaje de la STS, Sala 2ª, 580/2014 de 21 de julio: "La figura del atentado, contemplada en el artículo 550 del Código Penal, abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia

⁴⁷ Salvo que concurren las circunstancias previstas en el art. 225 bis. 4 Código Penal.

⁴⁸ Por todas, AAP Madrid, Sección 23ª, nº 149/2008, de 27 de febrero.

activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. En consecuencia, la figura delictiva del artículo 556 del Código Penal...queda limitada a la resistencia no grave o pasiva a la que se equipara la desobediencia grave”.

Incorre, por tanto, en desobediencia a la autoridad el que incumple una resolución judicial de cualquier clase, incluyendo las dictadas en el ámbito de las relaciones paterno-filiales según resulta –entre otras- de la STS, Sala 1ª, 823/2012, 31 enero 2013: “En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

Ahora bien, la aplicación del art. 556 CP queda supeditada a la concurrencia y acreditación de todos y cada uno de los requisitos del tipo penal de desobediencia a la autoridad que, de conformidad con la STS, Sala 2ª, 1615/2003, 1 diciembre 2003, son los siguientes:

- a) La preexistencia de una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento.
- b) El conocimiento de esta orden por el destinatario.
- c) La conducta omisiva de éste, que la desatiende y no la cumple (SSTS 17 de febrero y 14 de octubre 1992, 16 de marzo 1993 y 21 de enero de 2003). Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato.

Lo que castiga el art. 556 CP es “...una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente”. Como contrapartida, se exige “la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada” con el fin de tener la seguridad de que el desobediente conocía el mandato incumplido y, por ello, su propósito de incumplirlo (STS, Sala 2ª, 1095/2009, 6 noviembre 2009). Lo que nos lleva, inevitablemente, a la misma conclusión alcanzada en relación con el delito de sustracción de menores, puesto que se precisa la concurrencia y prueba tanto del elemento material -el incumplimiento en sí mismo- como del elemento intencional -la voluntad rebelde-. Y dado que, de conformidad con la doctrina del TC antes citada, no puede existir una voluntad rebelde a cumplir algo que no se conoce, la constitucionalidad de la condena por desobediencia

queda supeditada a la previa notificación de la resolución judicial, debiendo incluso ser requerido de cumplimiento su destinatario.

9. 1. La STS 1615/2003, Sala 2ª, 1 diciembre 2003, aplica el art. 556 CP en un supuesto de incumplimiento de la resolución judicial que establece el régimen de guarda y custodia:

“En el presente caso, como señala el Ministerio Fiscal, se evidencia con arreglo a los hechos probados que el acusado incumplió la obligación que le impuso la autoridad judicial, en procedimiento civil de su competencia, relativo a las medidas por las que se regulaba el ejercicio de la guarda y custodia de los menores y del régimen de visitas, obligación que el propio recurrente conocía ya que inicio el trámite para su impugnación, abandonando el recurso y la actuación en el ámbito del proceso para, consciente y voluntariamente, situarse al margen del mismo, ocultando su domicilio, evitando cualquier contacto de los menores con su madre, situándose en la posición de impedir cualquier contacto con la administración de justicia, precisamente porque venía obligado al cumplimiento de aquellas medidas que no estando dispuesto a cumplir, solo podía hacerlo mediante su desaparición y la de los menores de forma que con ello las incumplía íntegramente con el traslado de los hijos a otra provincia, que imposibilitó el cumplimiento de aquellas medidas con su incumplimiento, se hizo con la "guarda y custodia" de sus hijos, que la misma autoridad judicial había confiado a su esposa”.

9.2. La STC, Sala 2ª, 196/2013, 2 diciembre 2013, otorga el amparo demandado por el progenitor que fue condenado por sustracción de menores, al haberse vulnerado el principio de legalidad penal:

“En atención a lo expuesto cabe afirmar que la exégesis del precepto penal realizada por los órganos judiciales soslaya un aspecto crucial sobre el alcance de la infracción penal: el abarcamiento por el dolo del autor de los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil...

En el presente caso, para la apreciación del aspecto anímico del delito se ha omitido cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor. Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja

en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante. Ante esa tesitura, este Tribunal queda facultado para revisar las operaciones interpretativas realizadas por aquellos órganos, máxime cuando en el presente caso está comprometido el art. 17.1 CE, pues al demandante le fue impuesta una pena privativa de libertad. Por tanto, hemos de colegir que la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis.2.2 CP no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal”.

9.3. No existe en un caso de divorcio de mutuo acuerdo en el que se supeditaba el traslado del menor al extranjero al consentimiento del otro progenitor. En este caso lo que se produce es desobediencia a la autoridad judicial (AAP Tarragona, Sección 4ª, 369/2012, 26 julio 2012).

Tampoco cuando el traslado se efectúa para la tutela del menor (SAP Barcelona, Sección 7ª, 501/2011, 5 julio 2011).

La STS, Sala 2ª, 1066/2010, 21 enero 2011, considera que no hay sustracción en un caso en el que la familia del padre del menor (fallecido) expulsa a la madre del domicilio y retiene al menor contra la voluntad de la progenitora:

“Por otra parte, en el escrito de formalización del recurso la representación de la recurrente ha considerado la tipicidad de la conducta de los acusados desde el punto de vista del art. 225 bis, 2º CP. Pero, ante la evidencia de que esa disposición, de alcance mucho más limitado que el previsto en los derechos europeos antes referidos, condiciona la tipicidad al incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, y ante la manifiesta imposibilidad de subsumir el hecho en los restantes apartados del artículo citado, dicha representación admite expresamente que "mientras no [se] cuente con la correspondiente resolución no se dará ese tipo" (el del art. 225.bis 2º CP) y que "los hechos ocurridos nunca podrían considerarse como sustracción de menores"...

Esa separación antijurídica del niño de su madre por sí sola...no es subsumible bajo el tipo del art. 225 bis CP... La aplicación de cualquiera de estas dos disposiciones al presente caso, infringiría el art. 25.1 CE (exigencia de *lex stricta* del principio de legalidad), pues sólo sería posible extendiendo analógicamente el tenor literal del texto a supuestos de hecho que evidentemente no están alcanzados por él”.

EL DERECHO A LA AUDIENCIA TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS
LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA
Y ADOLESCENCIA

THE RIGHT TO BE HEARD AFTER THE LAST LEGISLATIVE
REFORMS FOR CHILD AND ADOLESCENT PROTECTION.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 120 - 127.

Fecha entrega: 30/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. FUENSANTA RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad de Cádiz
fuensanta.rabadan@uca.es

RESUMEN: En la regulación del derecho a la audiencia del menor se han introducido modificaciones tanto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de abril, de Protección Jurídica del Menor, como en diversos preceptos del Código Civil, con motivo de las reformas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, en materia de protección de la infancia y la adolescencia.

PALABRAS CLAVE: derecho a la audiencia; menor; protección de la infancia y la adolescencia.

ABSTRACT: The minor's right to be heard is regulated in the Organic Law 1/1996 on Legal Protection of Minors and in the Civil Code. This regulation has been modified by the Organic Law 8/2015 and the 26/1015 Act on child and adolescent protection.

KEY WORDS: right to be heard; minor; child and adolescent protection.

SUMARIO: 1. El derecho a la audiencia.- 2. El art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015.- 3. Modificaciones introducidas en el Código Civil por la Ley 26/2015 en el ámbito del derecho a la audiencia.- 4. Conclusiones.

1. El reconocimiento al menor de una esfera propia de autonomía de acuerdo con su desarrollo evolutivo, exige en aras de la adecuada protección de su interés, el respeto de su opinión y sus decisiones. De esta base, parte el derecho a la audiencia del menor, en la medida que se entiende que el menor tiene algo que decir en aquellos asuntos que le afectan, y por ello, en la búsqueda de su interés es necesario conocer su opinión, valorarla y en función de la misma decidir. Así, este derecho del menor a expresar su opinión en los asuntos que le afecten, se ha reconocido en el orden internacional, en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y en el ámbito comunitario, en el art. 24 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En nuestro ordenamiento jurídico, la plasmación de este derecho se lleva a cabo en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; en el Código Civil -arts. 92, 154, 156, 159, entre muchos otros-; y en la Ley de Enjuiciamiento Civil -arts. 770.4 y 777.5-.

Por otro lado, respecto a la regulación del derecho a la audiencia en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), y en el Código Civil (CC), hay que destacar que ha sido objeto de modificación a raíz de la reforma operada en materia de protección de la infancia y la adolescencia por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; y la Ley 26/2015, de 28 de julio. En este sentido, se han introducido en el régimen del derecho que nos ocupa, algunos cambios significativos que interesa analizar.

2. La actual redacción del art. 9 de la LOPJM es resultado de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LO 8/2015). Las razones de esta reforma se encuentran, como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la LO 8/2015, en el propósito de establecer una regulación del derecho a la audiencia del menor más detallada y adaptada a distintas normas internacionales entre las que destacan el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo

instrumento de ratificación fue publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 12 de noviembre de 2010; y la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

Centrándonos ya en la redacción del art. 9 de la LOPJM, entre los aspectos novedosos que presenta, destacamos, en primer lugar, la inclusión del término “escuchado” que no aparecía en la anterior redacción del precepto. Así, en su apartado 1, el art. 9 dispone “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado”. En este sentido, la doctrina ha manifestado que en el derecho a ser oído, el menor expresa su opinión ante el reclamo de un tercero (el Juez, por ejemplo) que tiene que decidir sobre un asunto que afecta al menor; y que en el derecho a ser escuchado, es el propio menor quien reclama expresar su opinión ante la persona que decide sobre la cuestión que le afecta (v. RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, p. 202).

Otra de las novedades es que se prohíbe expresamente cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, en consonancia con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (v. Preámbulo de la LO 8/2015), de su edad u otra circunstancia.

Asimismo, se incluye la expresión “teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”, por influencia de la Observación nº 12 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que es uno de los puntos de partida, como hemos señalado antes, de la reforma del art. 9 de la LOPJM. En la interpretación de estos términos hay que tener en cuenta, por tanto, la citada normativa internacional, y así, de acuerdo con la misma, cabe entender que las opiniones del menor tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que éste sea capaz de formarse un criterio propio, y que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de la opinión del menor, debiendo ser evaluada su capacidad o madurez, para tener debidamente en cuenta sus opiniones (v. apartados 28 y 29 de la Observación nº 12).

Continuando con el apartado 2 del art. 9 de la LOPJM, entre las modificaciones que presenta, resaltamos la sustitución del término juicio por el de madurez, “por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense” y “que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los

Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011” (v. Preámbulo de la LO 8/2015). Así, el art. 9.2 de la LOPJM dispone “Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente”. También, novedosamente, el art. 9.2 incluye criterios que ayudan a determinar cuándo un menor tiene suficiente madurez para ejercer este derecho. En concreto, señala que “La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso”, criterios que reflejan la influencia de la Observación nº 12 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño (v. apartado 30 de la Observación nº 12); y a continuación, añade “Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”. Es decir, cuando el menor esté por debajo de los 12 años, habrá de valorarse si tiene la madurez suficiente para ejercitar este derecho; valoración que habrá de llevarse a cabo por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso, conforme a los criterios contenidos en el propio art. 9.2 de la LOPJM. En todo caso, una vez cumplidos los 12 años, se considera que el menor ha alcanzado la madurez necesaria para el ejercicio de este derecho.

Ahora bien, pese al tono categórico de la redacción (“en todo caso”) entendemos que se trata de una presunción, por lo que si se pusiera claramente de manifiesto que, aun cumplidos los 12 años, debido a sus circunstancias personales o vitales, el menor no ha alcanzado la madurez o capacidad necesaria “para comprender o evaluar el asunto concreto del que se trata”, no procedería la audiencia. Asimismo, consideramos que este criterio en la determinación de la audiencia del menor que establece una presunción de madurez a partir de los 12 años, se aleja de los contenidos de la Observación nº 12 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que dispone “la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso” (v. apartado 29 de la Observación nº 12).

Por otro lado, hay que tener presente que, antes de la reforma operada por la LO 8/2015, el citado art. 9 de la LOPJM no especificaba una edad concreta y simplemente señalaba la obligación de garantizar el ejercicio de este derecho

al menor cuando tuviera suficiente juicio. Por lo tanto, la fijación de los 12 años como edad de referencia en el ejercicio de este derecho por el menor es una de las novedades que presenta la redacción actual del citado art. 9, si bien este criterio no es algo extraño a nuestro ordenamiento, pues ya se contemplaba en el Código Civil.

Para concluir con la reforma del art. 9 de la LOPJM que no ocupa, subrayamos que la redacción de su apartado 3 anterior a 2015 exigía que la resolución denegando la comparecencia o audiencia de los menores estuviese motivada, pero ahora, tras la LO 8/2015, es además necesario que esté motivada “en el interés superior del menor”.

3. La Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley 26/2015), también incide en la regulación del derecho a la audiencia, si bien al tratarse de una ley ordinaria no introduce cambios en el art. 9 de la LOPJM, pero sí reforma diversos preceptos del CC que contienen este derecho. En concreto, la actual redacción de los arts. 154, 158, 161, 172 ter, 173, 177 y 178 es resultado de la Ley 26/2015, que trata de ajustar la regulación del derecho a la audiencia de estos preceptos a lo establecido en el art. 9 de la LOPJM por la LO 8/2015. Así, se dispone que se oiga al menor cuando tenga “suficiente madurez”, reemplazándose en los artículos pertinentes el término “suficiente juicio” por las razones más arriba indicadas, y en todo caso a partir de los 12 años. No obstante, observamos que, en ninguno de los preceptos del CC señalados, se añade la expresión “y escuchado”.

Por otro lado, también subrayamos que los art. 92, 159, 231, 237, 248 y 273 CC, que contienen una referencia al derecho a ser oído, han quedado fuera de la Ley 26/2015. En algunos de estos preceptos, por ejemplo, en el art. 159 CC, se mantiene todavía el término “suficiente juicio” si bien consideramos que no tiene mayor trascendencia, más allá de la falta de uniformidad terminológica entre los artículos, ya que “madurez” y “juicio” vienen aquí a significar lo mismo. Sin embargo, si nos parece importante que el criterio conforme al cual se oirá al menor en todo caso a partir de los 12 años no se haya incluido en varios de estos preceptos, en particular, en el art. 92 CC, que se refiere al derecho a la audiencia del menor en los supuestos separación judicial, divorcio y nulidad. A este respecto, llama la atención que los arts. 770.4 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que precisamente contienen una referencia a este derecho al regular los procedimientos de separación, divorcio y nulidad, también hayan quedado al margen de la reforma de la Ley 26/2015.

En este sentido, el art. 92.6 CC (guarda y custodia) y el art. 777.5 LEC (procedimientos consensuales) disponen que “el Juez deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor”, manteniendo un criterio que se aleja del enunciado en el art. 9 de la LOPJM y en otros preceptos del Código Civil. Este criterio (se deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario) ha suscitado en la doctrina opiniones a favor [v. RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: *Matrimonio, separación y divorcio en España: Nueva regulación*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, pp. 121 y 169; PERDIGUERO BAUTISTA, E., DELGADO MARTÍN, J. y SERRANO CASTRO, F.: *Guía práctica sobre las reformas del Derecho de Familia*, El Derecho, Madrid, 2006, pp. 48-49; ARANGÜENA FANEGO, C.: “La diligencia de la exploración del menor en los procesos matrimoniales”, en AA.VV.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 142-143; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *El ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 39-40]; y en contra [v. MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho privado y Constitución*, 2005, núm. 19, p. 189; RODA Y RODA, D.: *El interés*, cit. pp. 214-215].

Por otro lado, el art. 770.4 LEC señala “Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”, situándose a medio camino entre los criterios anteriores. La discordancia entre este precepto y los arts. 92.6 CC y 777.5 LEC ha sido objeto de estudio en un intento por esclarecer cuáles son los criterios aplicables para determinar la audiencia del menor en los procedimientos de separación, divorcio y nulidad por la doctrina [v. MARÍN LÓPEZ, M. J.: “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de separación y divorcio”, *Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, p. 260; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Reformas de la Ley 13/2009 en los procesos de familia en materia de audiencia de menores, vistas, multas coercitivas y ejecución por gastos extraordinarios (I)”, *Boletín de Derecho de Familia*, 2010, núm. 96, p. 12; RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *El ejercicio*, cit. pp. 42-43]; y por la jurisprudencia [v. STS 20 octubre 2014 (RJ/2014/5613), con la que en parte disintimos].

Por último, al quedar los arts. 92.6 CC, 770.4 y 777.5 LEC fuera de las modificaciones de la Ley 26/2015, cabe preguntarse si se trata de un olvido del legislador, en cuyo caso, habría que solucionar la discrepancia entre los mencionados preceptos y el art. 9 de la LOPJM a favor de los criterios

enunciados en este último, por ser ley posterior; o si, por el contrario, se ha preferido mantener estos artículos al margen de la reforma, complicando todavía más este enrevesado panorama.

4. En conclusión, el derecho a la audiencia del menor se concibe como necesario en aras de la protección de su interés. En este sentido, las modificaciones introducidas por la LO 8/2015 en el art. 9 de la LOPJM tienen por objeto establecer una regulación de este derecho más detallada y acorde con los criterios contenidos en diversas normas internacionales. Entre las novedades de este artículo destaca la inclusión de criterios que nos ayudan a determinar cuando el menor es lo suficiente maduro para ejercitar este derecho, es decir, para que se haya formado una opinión propia sobre el asunto a tratar en el caso, que deba ser valorada con la suficiente seriedad. En definitiva, tras la reforma de 2015, el menor tendrá derecho a ejercer este derecho cuando tenga suficiente madurez, presumiéndose la misma a partir de los 12 años, aunque entendemos que la audiencia no procederá si alcanzada esta edad, el menor no presenta la capacidad que se presume. Este criterio de los 12 años se ha introducido en varios preceptos del CC como resultado de la Ley 26/2015. Ahora bien, otros artículos -92.6 CC, 770.4 y 777.5 LEC- han quedado fuera de esta reforma, dando lugar a una disparidad de criterios que genera nuevos interrogantes a este respecto.

ÍNDICE

LA INCLUSIÓN DE LA PAREJA DE HECHO EN LAS REFORMAS
DEL DERECHO DE FAMILIA DE JULIO DE 2015: LEYES DE
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y DE MODIFICACIÓN DEL
SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA.
LA REFORMA DE LA ADOPCIÓN

INCLUSION OF PAIR OF FACT IN THE FAMILY LAW REFORM
JULY 2015: VOLUNTARY JURISDICTION LAW AMENDMENT AND
PROTECTION SYSTEM FOR CHILDREN AND YOUTH. REFORM
OF THE ADOPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 128 - 152.

Fecha entrega: 30/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dr. CARLOS ARGUDO GUTIÉRREZ
Profesor del Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Cádiz
carlos.argudo@uca.es

RESUMEN: La introducción de la pareja de hecho en las leyes reguladoras de la familia presenta una serie de dificultades derivadas de la conjugación de los principios de libertad y seguridad jurídica. El tratamiento que el legislador estatal español ha realizado de la figura ha originado un mosaico de normas, con regulaciones puntuales que conviven con otras integrales, no ayuda a tener una visión clara de problema que representa su regulación. La reciente reforma de la adopción ha colocado a la pareja en igual posición que el matrimonio a la hora de adoptar conjuntamente, lo cual representa una opción legislativa sin precedentes en consonancia con las tendencias de la sociedad.

PALABRAS CLAVE: pareja de hecho; convivencia; adopción conjunta.

ABSTRACT: The introduction of unmarried partners in the laws governing family presents a number of difficulties arising from the combination of the principles of freedom and legal certainty. The treatment that the Spanish state legislator has made the figure has created a patchwork of rules, with specific regulations that coexist with other comprehensive, does not help to have a clear vision of problem of regulation. The recent adoption reform has placed the couple in the same position that marriage when taken together, which represents an unprecedented legislative option in line with trends in society.

KEY WORDS: common law partner; coexistence; joint adoption.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Datos a favor de la regulación de las parejas de hecho.- 3. El panorama español.- 4. Las últimas referencias legislativas a la pareja de hecho.- 4.1. Ley de Jurisdicción voluntaria.- 4.2. Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.- 4.3. La reforma de la adopción.- 4.3.1. La reforma de 1987.- 4.3.2. La reforma de 2015.

1. La pareja de hecho es una figura durante siglos condenada, durante décadas tolerada y elevada en nuestros días a institución integrada en el Derecho de familia, rama jurídica en la que influyen como en ninguna otra la religión y la moral, hasta el punto que el Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en jurídicos (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol IV*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 42).

Esta influencia exógena, unida a la polémica que de por sí ha acompañado y acompaña a la figura, ha provocado una notable segmentación de la doctrina, entre sus defensores y detractores, los que piensan que no deben regularse y los que proponen una regulación aplicable incluso sin contar con el consentimiento de la pareja, los partidarios de la promulgación de una norma estatal que trace sus líneas básicas y los que no se pronuncian sobre el tema. División a la que también se ha apuntado la jurisprudencia, que nos ha ofrecido a lo largo de estos años notables cambios de posicionamiento, a veces sin la suficiente justificación.

De complejo calificamos el panorama que la rodea, pues nos “encontramos problemas de competencia entre legisladores; proliferación de normas de dudosa constitucionalidad; leyes de contenido inútil o sin contenido civil; normas en constante estado de revisión y reforma; contradicciones importantes entre las reglas que regulan las uniones de hecho y las destinadas a los casados; parejas que continúan quedando fuera del ámbito de aplicación de las normas; necesidad de invocar los mecanismos de cierre del sistema con la finalidad de conseguir una solución al problema planteado, con la consiguiente dificultad que tal circunstancia conlleva a la hora de dictar sentencia; falta de coherencia en las resoluciones de los tribunales que no aplican debidamente la analogía o la integración, con la agravación que se presenta cuando hay que distinguir según el carácter y naturaleza del derecho en cuestión; uniones que pueden quedar bajo la vigencia o aplicación de varias leyes con distinto contenido, lo que determina, si cabe, mayores dificultades pues no existe norma de conflicto para dirimir la cuestión; inexistencia de unidad de criterio en cuanto a los procedimientos de los que

pueden hacer uso las parejas, obligando a algunas a litigar más veces que otras, de forma sucesiva y de manera más costosa, con el desgaste que tal proceder acarrea, tanto para los particulares, como para los propios jueces; posibles jurisprudencias contradictorias emanadas del Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia; creación de instituciones como los Registros de Parejas superfluos e inútiles desde el punto de vista civil, cuyas inscripciones no producen otro efecto que el de requerirse para la aplicación de algunas normas, especialmente las dictadas para la equiparación de las parejas con los matrimonios a los efectos de solicitud de pensiones, obtención de beneficios administrativos, y asuntos de política de personal en la función pública, y otras más” (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Las parejas no casadas”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. IV, (dirigido por IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 651 y 652).

2. La atracción de dos personas, que es un hecho natural, ha pasado a ser tradicionalmente “de derecho” a través de la institución del matrimonio, pero lo que justifica ese tránsito es la noción de causa, puesto que lo meramente natural no genera sin más un derecho “lo que genera el derecho es la necesidad, la razón o causa de que ese hecho natural se proteja, ya que es más útil para la sociedad que exista seguridad sobre el tipo de relación que une a dos personas, y sobre todo, seguridad a la hora de resolver esa misma relación jurídica. El problema que se plantea con las parejas de hecho es justificar la causa o necesidad de la existencia de una regulación jurídica entre dos personas que, conociendo el matrimonio y sus efectos, no quieren acogerse a él” (CABRERA CARO, L.: “Matrimonio y Derecho natural”, en *Uniones estables de pareja. Libertad y resistencias* (ARGUDO GUTIÉRREZ, C y JIMÉNEZ CARRASCO, I.), Centro Universitario de Estudios Sociales, Jerez, 2002, p. 47).

Los cambios sociales de los últimos años nos confirman la necesidad de regulación de esta forma de convivencia, puesto que:

1º. Las parejas de hecho aparecen como realidad totalmente ajena al Derecho, como fenómeno marginal de grupos sociales reducidos, clandestinos (LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Las parejas no casadas”, en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo IV, Vol. II, José María Bosch Editor, Barcelona, 1989, p. 7) y normalmente ignorados por el ordenamiento. Pero en escaso tiempo han ido ocupando un espacio propio dentro de las legislaciones que tienen como objeto a la familia, porque los fines que persiguen (establecimiento de una comunidad plena de existencia) sí son asumidos por el Derecho (VALPUESTA FERNÁNDEZ. R.: “La

Institucionalización Jurídica de la Pareja. Registros de Parejas de Hecho”, en AA.VV.: *Las uniones de hecho (II Seminario de estudios Jurídicos y Criminológicos)*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1995, p. 52).

2º. Aunque no están recogidas en la Constitución, suponen la dimensión pasiva del derecho al matrimonio. El derecho a contraer matrimonio del art. 32 CE supone el ejercicio de una opción en plena libertad, de forma que no se puede obligar a una persona a casarse o a no hacerlo, pero a la vez el que decide hacerlo, puede exigir al Estado que articule un régimen jurídico específico para el matrimonio, cosa que sabemos el Estado hace. Pero hay una dimensión pasiva del propio derecho al matrimonio (TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001, pp. 67 a 69), de forma que el que decida no casarse y vivir en pareja también puede exigir un régimen jurídico para su relación. Además, ya que se protege el derecho a no casarse, los poderes públicos están obligados a promover las condiciones necesarias para su efectivo ejercicio y también regular de forma global las relaciones entre convivientes.

3º. Los datos jurídicos con los que contamos le son favorables, puesto que ha desaparecido su persecución como objeto de delito penal, se han promulgado leyes que les conceden beneficios, se ha producido un acercamiento de las figuras de la pareja y el matrimonio tras las leyes de julio de 2005 y hay un cambio significativo en las resoluciones jurisprudenciales a su favor.

4º Con la reforma matrimonial de julio de 2005 hay un acercamiento entre matrimonio y pareja, por ejemplo la estabilidad, continuidad, exclusividad, carácter público y notorio de la relación y cumplimiento de deberes de ayuda y socorro mutuo, se dan en las dos figuras, mientras que las diferencias más palpables se refieren a facetas que entran dentro de los formalismos, pero en esencia las diferencias son hoy día mínimas. Esta aproximación es más acentuada en su finalidad, que es la constitución de una plena comunidad de existencia y en la posibilidad de su extinción por la autonomía de la voluntad de las partes sin necesidad de concurrencia de causa alguna, si bien el matrimonio necesita de un pronunciamiento judicial. Este acercamiento de las figuras puede traer como consecuencia que el legislador cuando regule efectos jurídicos para los matrimonios, se plantee la posibilidad de extenderlos a las parejas.

5º. Superan el examen de lo meramente natural para entrar en lo razonable. Puesto que no es posible declarar legítima toda conducta amparada en una pretendida “espontaneidad” natural, en un “yo soy así”, sino que “toda tendencia, apetito, capacidad u orientación supuestamente natural precisa superar el examen de la razón, única capaz de aprehender el modo de ser

humano y valorar si el comportamiento se adecua a tal modo de ser” (MEGÍAS QUIRÓS, J. J.: “Cuando las apetencias se convierten en derechos”, *Persona y Derecho*, vol. 56, 2007, pp. 139 a 156; p. 140).

6°. Es muy significativo el giro dado por la jurisprudencia a lo largo del pasado siglo, pues de considerar estas relaciones como estado “no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigente” (STS de 2 de abril de 1941), fundamentándose de forma quizás abusiva en la teoría de la subjetividad de la causa (causa torpe), cuando en nuestro Derecho impera la teoría objetiva del art. 1.974 del CC. Se pasó en poco más de medio siglo a considerar el compromiso que el Derecho tenía con ellas “El derecho no puede desentenderse de uniones como la habida entre las partes (se refiere a una unión estable y duradera), que en modo alguno pueden compararse a uniones circunstanciales u ocasionales entre hombre y mujer” e incluso establecer los requisitos de su existencia (SAP de Barcelona de 27 de mayo de 1991).

Pero quizás el mayor cambio es el operado en la propia normativa judicial, que prohíbe que dos jueces que mantengan una relación de pareja puedan pertenecer a la misma Sala, lo cual implica que se admite la posibilidad de que miembros del Poder Judicial, mantengan esas relaciones otroras contrarias a la moral menos exigente.

7°. Representan un valor en sí mismas, ya que a partir de la STC 222/1992 son consideradas familia a efectos de la protección impuesta por el art. 39 CE y hay que partir de una premisa básica, el Estado, como ente, considera necesario establecer una regulación sobre el tema del Derecho de familia y para ello es imprescindible determinar qué familia sirve de base para la organización jurídica que en un momento determinado se considera estimable de regular (ROCA I TRIAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 40 a 42).

Si estamos en presencia de una familia, los poderes públicos tienen el deber de asegurar su protección social, económica y jurídica, incluyendo esta última su regulación por medio de las normas que el legislador estime conveniente. El mismo preámbulo de la CE alude a garantizar la “convivencia” democrática dentro de la Constitución y de las leyes, por tanto queda fuera de toda duda, que la pareja de hecho es un valor en sí misma y que está garantizada su protección en el terreno jurídico (PANTALEÓN PRIETO, F.: “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, en AA.VV.: *Uniones de hecho: XI Jornades Jurídiques* (coord. por MARTINELL GISPert-SAUCH, J. M. y ARECES PIÑOL, M. T.), Universidad de Lleida, Lérida, 1997, p. 69).

8°. La percepción social ante ellas es favorable y no olvidemos que nuestra

ciencia lo que trata es de regular la convivencia humana y, por tanto, resolver la problemática que surja de ella. Las estadísticas nos indican que han incrementado muy considerablemente el número de divorcios y correlativamente el número de parejas que mantiene una nueva relación al margen del matrimonio (MEIL LANDWERLIN, G.: *Las uniones de hecho en España*, Monografía nº 201, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003, p. 95). La nupcialidad ha dejado de ser un fenómeno homogéneo para convertirse en su antónimo, por la entrada en escena de posicionamientos sociales, no desconocidos en el pasado pero que hoy coexisten como alternativa legítima y cuyo listado por lo menos agrupa a “cohabitación o pareja de hecho, soltería voluntaria, matrimonios por razón de embarazo, matrimonios de conveniencia, uniones de homosexuales, matrimonios a distancia o de fin de semana, por razones de trabajo, matrimonios pero sin convivencia en el mismo hogar, segundas nupcias o familias reconstituidas, con el replanteamiento de los estereotipos de madrastas y padrastros, matrimonios de personas viudas, matrimonios religiosos y civiles, matrimonios con arreglo a pautas propias de población inmigrante” (IGLESIAS USSEL, J.; MARÍ-KLOSE, P.; MARI-KLOSE, M. y GONZÁLEZ BLASCO, P.: *Matrimonios y parejas jóvenes. España 2009*, Fundación SM, Madrid, p. 8).

Por todo lo dicho, parece claro que al estar ante una figura nueva (la pareja de hecho), su introducción en una norma jurídica supone acompañarse con el devenir social, pero esto no significa que haya que introducir la figura en cualquier tipo de normas y a cualquier precio, habrá que ponderar si su inclusión en una determinada materia jurídica es favorable, es perjudicial o simplemente es neutra porque su repercusión es mínima.

Por tanto, reconocimiento de la pareja de hecho por el legislador en general sí, pero dado el singular tratamiento que se le ha dado en España producto de la abstención del legislativo estatal y la proliferación de normas autonómicas, muchas de ellas con la única intención de asumir competencias al ser organismos de reciente creación ávidos de poder legislar en nuevas materias o por mimetismo como consecuencia del famoso “café para todos”, que ha generado una situación de asimetría en la figura que parece no tener vuelta atrás, hay que actuar con mucha cautela y no dejar tantos cabos sueltos que nos pueden llevar a situaciones no deseadas.

3. Estamos ante una materia en la que conviven normas del Estado, que realizan un tratamiento puntual de la figura, con normas autonómicas, que la regulan de forma integral. Consideramos que son varios los motivos que han dado lugar a este conglomerado legislativo, entre ellos la interpretación que se ha realizado de los preceptos constitucionales de distribución de

competencias y en particular en lo que a legislación civil se refiere y la permisividad del TC, que unidos a la pasividad del legislador estatal y la avidez por incorporar materias a sus Estatutos por las CC.AA., han dado como resultado el panorama legislativo con el que contamos.

Pero la opción del legislador estatal español se puede resumir en: intervención parcial en algunas materias, pero anomia en temas centrales, como las consecuencias de la ruptura o los derechos sucesorios del conviviente, así como rechazo a cualquier tentativa de regulación sistemática y más o menos completa del problema.

Es cierto que ha habido quince iniciativas legislativas, decrecientes en número con el devenir parlamentario (seis se presentaron en la sexta legislatura, la séptima legislatura le va muy a la zaga con cinco, ya en la octava el número baja a tres y sólo una en la novena legislatura, aparte de ninguna en la actual) propuestas por grupos políticos de todo el arco parlamentario, aunque son más abundantes las presentadas por aquellos compuestos por partidos políticos de izquierda (socialistas, comunistas y partidos catalanes de la izquierda), también las hay de distinto color político (populares, catalanes de centro, y canarios).

Desde el punto de vista político, se nota poca consideración de sus señorías hacia la figura, de sus distintas tramitaciones parlamentarias se deduce que no se valora como un tema prioritario:

1º. Es muy significativo que no haya habido ningún proyecto de ley, incluso hay proposiciones del partido político que gobernaba en su presentación, lo cual da una idea del poco interés que los gobiernos de turno han puesto en el tema, llegando a veces a situaciones algo esperpénticas.

2º. En esta materia ha primado la política de partido sobre el interés de la ciudadanía. De las quince proposiciones, sólo tres han sido tomadas en consideración para después fenecer por caducidad, una sustentada por Izquierda Unida en la octava legislatura curiosamente gobernando el PSOE sin mayoría absoluta, otra de Coalición Canaria de la sexta legislatura cuando era socio del Partido Popular que gobernaba sin mayoría absoluta y en esa misma legislatura otra del Partido Popular en el Gobierno en ese momento.

3º. Se ha dado el caso en los partidos o coaliciones de izquierda, de presentar la misma proposición en cada periodo de sesiones, sin prácticamente modificar ni una coma, con el solo objetivo de que quedara constancia de su presentación a efectos de justificarse ante su electorado, pero sin hacer un mínimo esfuerzo por llegar a consensos para que las iniciativas siguieran adelante.

4º. Se nota que el interés del legislativo hacía estas uniones va decreciendo, fundamentalmente a partir de la aprobación de las leyes de julio de 2005 sobre matrimonio. Desde esa fecha sólo ha habido una proposición de ley sobre parejas en abril de 2008.

5º. Ni siquiera en los nombres de las proposiciones se ponen de acuerdo, los populares eluden toda denominación alusiva a la pareja y escogen la fórmula de contrato de unión civil, término utilizado por los legisladores de muchos Estados para incluir a las uniones homosexuales, los socialistas escogen la expresión “proposición de ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho”, la propia denominación ya está limitando sus objetivos, las de los comunistas siempre ponen el toque de atención en las “medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho” y, por supuesto su objetivo es que no haya discriminaciones, pero aunque expresamente no se diga, de su articulado se desprende que están pensando en las parejas homosexuales.

6º. El concepto que tienen de pareja es muy similar, prácticamente todas exigen que la convivencia sea estable, pública, notoria y en idéntica relación de afectividad a la conyugal, con lo cual eligen la fórmula heredada por la norma arrendaticia. Suelen imponer como requisito un periodo previo de convivencia que va entre los seis meses y el año, salvo en el caso de existencia de descendencia en común. Todas obligan la acreditación de la pareja mediante inscripción en un registro administrativo creado al efecto o escritura pública. La de los populares es la única que no exige periodo de convivencia, impone la constitución necesariamente en escritura pública y acredita su existencia mediante inscripción en el Registro Civil.

Las proposiciones incidían, en mayor o menor medida en la modificación del Código civil, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social, la normativa sobre función pública y normativa fiscal, si bien las presentadas por los partidos políticos ideológicamente de izquierdas, avanzan más en la equiparación de las uniones al matrimonio.

Ante la pasividad del Estado, las CCAA tomaron la iniciativa y hasta el día de hoy, doce de ellas tiene publicadas leyes sobre esta forma de convivencia, algunas de las mismas ya derogadas por su inclusión en códigos civiles autonómicos o por la promulgación de otras nueva, como es el caso de la Comunidad de Valencia.

Estas normas, cuya constitucionalidad se ha puesto en duda por parte de la doctrina (GARCÍA RUBIO, M. P.: “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García* (coord. por TORRES GARCÍA, T. F.), Universidad de Valladolid,

Valladolid, 2004, pp. 55 a 57), aunque apenas han sido objeto de recursos de inconstitucionalidad, que puede ser otro exponente de la escasa importancia que se le ha dado a esta figura, han provocado un reconocimiento asimétrico, pues al ser la materia civil clave en este tipo de relaciones y tener más competencias en este terreno las CC.AA. forales, las facultades conferidas a estas unidades convivenciales dependen y muy mucho, de la norma por la que se regulen, aparte de que lo realizado por el legislador autonómico hasta el momento ha consistido en proceder a regular las uniones de pareja con un importante paralelismo al matrimonio, en las distintas normas que disciplinan el derecho de familia y el derecho de sucesiones (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 304).

Destaca de estas normas su carácter dispositivo, la notable influencia que tienen de la regulación matrimonial del CC, es curioso que quieren expulsar al matrimonio por la puerta y se les cuele por la ventana (LEÓN-CASTRO, ALONSO J.: “Las parejas de hecho en la LAU”, en AA.VV.: *Parejas de hecho: curso de verano de la Universidad Complutense en Almería* (coord. por HERRERA CAMPOS, R.), Colegio de Notarial de Granada, Granada, 1996, p. 131), su falta de originalidad, su preocupación por equiparar los convivientes a los matrimonios a la hora de concederles derechos y la creación de instrumentos administrativos que persiguen la consecución de una seguridad jurídica para reconocer esta figura, nos referimos a los registros de uniones de hecho (MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E.: “Uniones estables de pareja en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 35, año 2000, pp. 77 a 102). Todas coinciden en tratar por igual tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, a excepción de la derogada y pionera norma catalana.

Hasta el momento la última es la norma valenciana de 2012, más extensa que su antecesora de 2001 pero no por ello con grandes novedades que destacar, incluye en su título el calificativo de “normalizadas” refiriéndose a las parejas, exigiéndoles la inscripción con carácter constitutivo en el registro administrativo autonómico. Es similar a las anteriores en la regulación de las relaciones personales y patrimoniales y en los efectos de la extinción. Coloca al compañero supérstite en la misma posición que el cónyuge en cuanto a derechos sucesorios. Establece una responsabilidad solidaria de los bienes comunes y los privativos del conviviente deudor para hacer frente a los gastos comunes, que relaciona en un listado cerrado (arts. 11 y 8.1 y 2) y la posibilidad de que los pactos patrimoniales perjudiquen a terceras personas que tengan conocimientos del ellos, aunque no se hayan inscrito en el registro (art. 7.3).

Entendemos que en el devenir de las parejas del plano sociológico al jurídico, el legislador del Estado podía haber adoptado dos posiciones:

1º. La vía napoleónica, es decir que el Derecho no se preocupe de los que no se preocupan del él, y, por consiguiente, dejar su regulación a las normas generales del Derecho como si de dos personas extrañas se tratara. Vía que no parece la más adecuada porque está fuera de toda duda que el fenómeno de las parejas de hecho presenta peculiaridades que aconsejan un tratamiento especial, esa comunidad de vida, ese compromiso de ayuda y socorro mutuo que entre los convivientes se establece, es merecedor, como mínimo, de un trato diferenciado, porque está claro que no se trata de la relación de dos desconocidos, ni una relación familiar vertical u horizontal entre parientes.

Además la función de un Ordenamiento jurídico es resolver conflictos y no puede ser abandonada por él mismo. No se puede afirmar que las parejas rechazan que se les regule, puesto que es un hecho cierto que acuden a los tribunales a buscar soluciones a sus controversias y es un error suponer que sus efectos jurídicos dependan exclusivamente de la autonomía de su voluntad, porque la convivencia afectiva sexual entre dos personas implica problemas que deben ser resueltos conforme al Ordenamiento jurídico y, alguno de ellos, de manera semejante a los que se producen en el matrimonio (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: En el prólogo de *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, de la autora Susana Estrada Malloquín, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 28).

2º. La vía de ir aplicando a la pareja, de manera paulatina, los criterios que previamente las legislaciones familiares han establecido para el matrimonio como institución que forma parte de la familia. Camino seguido por el legislador nacional y que se ha manifestado como una pugna entre el matrimonio y la pareja, constituyendo una de las causas de los enfrentamientos doctrinales, más que entre detractores y defensores de la figura, entre los defensores de un determinado modelo de matrimonio, que aparentemente han visto peligrar con la aparición de las parejas (LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: En el prólogo de Gavidia Sánchez, J.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, cit., p. 11), y aquellos que mantienen unas posturas más abiertas hacia la institución matrimonial.

Al triunfar esta segunda vía y como estamos hablando de familia, puesto que las parejas son familia y con vistas a una futura ley de parejas, que cada vez consideramos más difícil su aparición, debemos analizar el tratamiento que el Derecho hace de esta institución y la normativa matrimonial en lo referente a sus efectos sobre los contrayentes, tanto personales como patrimoniales, para su posible extensión a las parejas, teniendo en cuenta que:

1º. Familia y Derecho son dos círculos secantes, de manera que, en primer lugar hay aspectos de la vida familiar que no están regulados por el Derecho, en segundo lugar, hay otro sector de la vida familiar que está regulado por el Derecho de familia y, por último, hay facetas de la vida familiar que se regulan por el Derecho, pero no por el Derecho de familia. Además de todo esto cada familia segrega su propio derecho interno, similar a los estatutos de una sociedad y que estará muy mediatizado por convicciones éticas y religiosas y por usos y tradiciones o reglas consuetudinarias (DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*. Civitas, Madrid, 1984, p. 37).

2º. La relación familiar adquiere un sentido diferente si la contemplamos como fuente de efectos jurídicos o como presupuesto para una concreta regulación. En el primer caso, la familia constituye el punto de referencia de un efecto jurídico, mientras en el segundo se convierte en creadora de normas jurídicas (ROCA I TRÍAS, E.: “Familia y Derecho de Familia”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por ROCA I TRÍAS, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 15 y 16).

Aquellas facetas de la vida familiar que no se regulan por el Derecho de familia (Derecho Internacional Privado, Derecho Interregional, Derecho Procesal, Derecho Laboral y de la Seguridad Social y Derecho Fiscal) son las que la equiparación matrimonio pareja adquiere pleno sentido y en las que se hace más necesaria la aparición de ley estatal de parejas (GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, en *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad*, Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 10, 2006, pp. 113 a 138). Se trata de situaciones en que la pareja es punto de referencia de un determinado efecto jurídico y no presupuesto de una concreta regulación.

En el ámbito del Derecho privado, tomamos como base la normativa matrimonial en lo referente a sus efectos sobre los contrayentes, tanto personales como patrimoniales y, en este sentido, para comentar su posible extensión a las parejas. Los referidos efectos los clasificamos en tres tipos (VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de parejas de hecho”, cit., p. 47): 1º los que responden a la naturaleza de la propia institución; 2º los que se justifican en la equidad, y 3º los que se refieren a las relaciones paterno-filiales.

El segundo tipo de normas, de nuestra clasificación, está presidido por la idea de la equidad en las relaciones conyugales, con lo cual, o bien imponen un cierto equilibrio entre los intereses de los cónyuges o responden en sentido amplio a la idea de protección de la familia en el plano civil. Dicha equidad, en cuanto que puede cumplir una función equilibradora de los intereses conyugales, puede estar justificada en las parejas de hecho, pero entendemos

que no viene impuesta por el principio de igualdad del art. 14 de la CE, por tanto su extensión a las parejas es una mera opción del legislador. Dentro de ellas nos encontramos con la solidaridad en la atención de las necesidades, que se concreta en un deber de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, la compensación económica en caso de ruptura siempre que se produzca un desequilibrio económico, según el tenor del art. 97 del CC, el derecho de alimentos recíprocos del art. 142 del CC y la participación en la herencia del cónyuge premuerto, como legitimario en la sucesión testamentaria (art. 807) y como miembro del listado de herederos en la legal (arts. 943 a 945).

Por tanto si nos preguntamos ¿cómo deberá ser esa improbable futura ley? no podemos caer en el error de aplicar en bloque a las parejas y mediante la analogía las normas del matrimonio, de hacerlo así “se vulneraría la expresión básica del derecho, cuál es la decisión de convivir en pareja sin casarse y se convertiría, de facto, a la unión de hecho en un matrimonio” (TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., p. 71), pero ello no quiere decir que pueda serle extensible parte de la regulación matrimonial, puesto que si a alguna institución se parecen es al matrimonio, por mucho que se diga que sus componentes quieren huir de él. Hoy día hay que entender en parte superada la premisa de que “no hay ninguna situación no matrimonial que pueda ser considerada análoga al matrimonio” (GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 85), perfectamente válida con anterioridad a las leyes de julio de 2005, pero algo desdibujada tras ella.

Pero hay una tercera vía que se une a las dos expuestas anteriormente, nos referimos al modelo holandés de pacífica coexistencia de dos sistemas de unión entre dos personas, cuyos aspectos más sobresalientes exponemos. De los siete artículos que el Código holandés le dedica a la figura, nos interesa exponer sus requisitos y formalidades de constitución, su régimen económico y las causas de disolución y sus efectos:

- Son muy similares los requisitos exigidos para poder constituir una unión registrada, aplicándose incluso diversos artículos del matrimonio, no sólo con respecto a los requisitos, sino también en lo referente a las formalidades de constitución (se inscriben en el Registro Civil), a la consumación y a la prueba de su existencia. Se prohíbe, como es lógico, que una misma persona pueda compatibilizar matrimonio y unión registrada a la vez y, la constitución de esta última, disuelve el matrimonio anterior de cualquiera de sus miembros (art. 80.a).
- Se les permite tener un régimen económico matrimonial, con ciertas similitudes a nuestro régimen de gananciales (art. 80.b).

- Se regula de forma exhaustiva, al igual que en nuestras leyes autonómicas, las causas de extinción de la pareja (art. 80.c) y los efectos de la misma (art. 80.d y e). Con respecto a esto último, se permite que se regulen mediante acuerdo de los convivientes, acuerdos que pueden versar sobre la posibilidad de un derecho de alimentos temporal que un conviviente puede exigir al otro, la determinación del uso de la vivienda y ajuar familiar y la división de la comunidad económica que se ha generado con la unión. Además se le aplican diversos artículos reguladores del divorcio de los cónyuges: derecho a reclamar un trato de igualdad en las pensiones que uno de los cónyuges haya obtenido por razón del matrimonio; derecho a un subsidio de mantenimiento, en situaciones de necesidad, a cargo del otro cónyuge, con una duración máxima de 12 años; reparación de los daños económicos que uno de los cónyuges ha infringido a la comunidad económica conyugal y, posibilidad de seguir viviendo bajo el mismo techo por razones económicas.

Es novedosa la posibilidad de conversión tanto de matrimonios en uniones registradas como a la inversa, esto último (art. 80.e) instaura una nueva forma de constitución del matrimonio, caracterizada por la ausencia de ceremonia.

Parece difícil que con la producción legislativa de las CCAA sobre parejas de hecho y sobre todo de aquellas Comunidades con competencias civiles, se llegue a promulgar una norma estatal sobre parejas de hecho, que podría valer para la ciudadanía sometida al Derecho común, pero ya vemos que es perfectamente posible la coexistencia de los dos modelos, siempre que se respeten unos límites (GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y la unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio expres)””, en AA.VV.: *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* (coord. por GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 54 y 55).

1º. No todo el estatuto matrimonial, en el que se contienen los derechos y deberes de los cónyuges, entre sí y en relación a terceros, puede ser accesible a quienes no estén casados, aunque en ellos también exista una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, puesto que en caso contrario sería irrelevante la prestación del consentimiento matrimonial por los primeros.

2º. No se puede dotar de mayor protección a las uniones libres que a las matrimoniales, pues en tal caso se estaría discriminando a los casados.

3º. No es posible que haya en la regulación de ambas figuras una descompensación muy acentuada a favor del estatuto matrimonial, que coarte la libre decisión de las personas para optar por una u otra figura.

4. Es cierto que la producción legislativa estatal que ha incluido a la pareja de hecho en su articulado, que alcanzó su cenit a partir de la STC 222/1992, ha ido en orden descendente, más acusado desde la promulgación de las leyes de reforma del matrimonio de julio de 2005. Pero en esta décima legislatura, que en estos momentos ha tocado su fin, se ha producido un pequeño resurgir de la figura en normativa variada.

En este sentido contamos con la normativa mercantil sobre sociedades de capital (arts. 231 y 523 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que considera al conviviente como persona especialmente relacionada con el administrador social, la primera con las consecuencias perjudiciales que ello tiene y previene que puede haber un conflicto de intereses si el representante elegido por un socio para acudir a la junta general de una sociedad cotizada, mantiene una relación de hecho con determinados cargos de la sociedad, la segunda) y con la Ley Concursal, que aun siendo de 2003 su reconocimiento amplio de las parejas no se produce hasta 2011 (que manteniendo al conviviente como persona especialmente relacionada con el concursado, con efectos negativos (art. 93), permite a los compañeros solicitar conjuntamente su declaración concursal o acumular sus concursos ya declarados (arts. 25. 3 y 25 bis 1.6), además de tener en cuenta sus necesidades para fijar la cuantía que en concepto de alimentos del concursado se deben satisfacer con cargo a la masa activa.

Tenemos importantes reformas en la legislación asistencial, plasmadas en el derecho a indemnización por accidente laboral y la conseguida pensión de viudedad para el compañero, que supone un verdadero hito en esta materia, aunque con la exigencia de requisitos adicionales con respecto al matrimonio que con se acompañan con la finalidad de la norma (arts. 177.1 y 174 de la Ley General de la Seguridad Social, según la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre). Es curioso que el Estado siempre ha sido muy generoso con las parejas de hecho cuando son otros en quienes recaen las consecuencias de su reconocimiento, pero tremendamente parco cuando recae en él.

La última mención, hasta el momento, la encontramos en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que considera al compañero como sujeto perjudicado al igual que el cónyuge viudo de la muerte en accidente de su consorte y lo introduce dentro de lo que denomina unidad familiar

Pero la gran novedad la representan la Ley 15/2005, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV) y la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación

del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LPIA), que en lo que nos interesa, modifican diversos artículos del CC, haciendo protagonistas a las parejas de hecho de algunos de ellos. Haremos un pequeño comentario de los preceptos en que aparece la pareja, ya sea en las mencionadas normas o en las reformadas por ellas y en aquellos que no entendemos los motivos de su exclusión y examinaremos con más de profundidad su participación en la reforma de la adopción.

4.1. Comenzado por la primera, LJV recoge a la pareja de hecho en cuatro de sus artículos:

1º. En el art. 35.2.b para imponer a la entidad pública, proponente de la adopción, que incluya en su propuesta el último domicilio conocido de la persona a la que está unida el adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, siempre que su intervención en proceso sea necesaria para prestar su asentimiento o ser oída, si bien, en su disposición final primera (nº 34) modifica el art. 177.2 CC, exigiendo el asentimiento del compañero del adoptante en el proceso adoptivo.

2º. Sigue manteniendo los motivos para solicitar la emancipación judicial del art. 320 CC, que no modifica, entre los que se encuentra que el ejerciente de la patria potestad conviva maritalmente con persona distinta del otro progenitor, otorgando la competencia judicial para conocer del emancipación al Juez de Primera Instancia del domicilio del menor (art. 53.1 LJV).

3º. Legitima al conviviente para presentar la solicitud de los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, junto al Ministerio Fiscal y al cónyuge no separado legalmente (art. 68.2 LJV) del art. 194 CC que modifica. Pero en este punto encontramos un notable olvido, ya que el art. 71 LJV se remite al art. 184 CC para nombrar al representante del ausente y en este último precepto (también modificado parcialmente por la LJV para habilitar al Secretario Judicial en la apreciación de motivo grave para no nombrar representante) no aparece el compañero de hecho como posible representante del conviviente declarado ausente, sino exclusivamente su cónyuge y otros familiares. Tampoco en el modificado art. 181 CC cuyo objetivo es “nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave” se acuerda del compañero y sólo incluye al cónyuge, salvo que el primero entre en la “persona solvente y de buenos antecedentes” que a falta de parientes se pueda nombrar para este fin, tanto en este precepto como en el art. 184 CC.

4º. Establece la competencia del Juez de Primera Instancia “del domicilio, o en su defecto, de la residencia de cualquiera de los contrayentes... para

conocer de la solicitud de dispensa de los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal...” (art. 81.1 LJV), previa modificación del art. 47.3 CC (disposición final primera nº 1) que incrementa el ámbito de sujetos afectados por el impedimento matrimonial de crimen, incluyendo a “los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa (de la) persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”. Modificación del régimen de impedimentos matrimoniales que merece una crítica por nuestra parte ya que: 1º lo lógico hubiera sido modificar el impedimento de ligamen previo e incluir entre sus supuestos la prohibición de contraer matrimonio con tercera persona a los que mantengan una relación de pareja debidamente acreditada. Prueba de la escasa importancia que los legisladores han dado a la pareja de hecho, es que esta modificación el CC nunca ha sido solicitada en ninguna de las frustradas proposiciones de ley debatidas en el Congreso de los Diputados; y 2º el impedimento matrimonial de crimen podía tener su razón de ser en la época de indisolubilidad del matrimonio, pero hoy se presenta como algo obsoleto y prueba de ello es que ninguna de las leyes autonómicas de parejas de hecho lo ha incluido en su articulado, a diferencia de los restantes.

En la amplísima reforma que la LJV hace en su disposición final primera del CC y que afecta a noventa y ocho de sus artículos (veintiocho de matrimonio, tres de guarda, acogimiento y adopción, nueve de ausencia y declaración de fallecimiento, diez de tutela, curatela y guarda de hecho, uno de emancipación, treinta y dos de sucesiones, tres de extinción de obligaciones, 3 de régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales y uno del régimen de separación de bienes), aparte de los preceptos vistos anteriormente, destacamos:

1º. Modifica el art. 756 CC declarando incapaces de suceder por causa de indignidad al condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. E igualmente al condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Sorprende que se tenga en cuenta al conviviente para que el condenado por estos delitos sea declarado indigno de la herencia del compañero premuerto y no se le incorpore al listado de herederos forzosos del art. 807 CC que no ha sido alterado por la LJV.

2º. Hay una notable ausencia en la regulación de la tutela, que entendemos no tiene justificación dada la tendencia del legislador en esta LJV, nos referimos al art. 234.2, que ha permanecido invariable y que en el listado de los preferibles para ser tutor, coloca en segunda posición sólo “al cónyuge que conviva con el tutelado”.

3º. Otro olvido, con menos importancia y que favorece a la pareja de hecho frente al cónyuge, es que en el reformado art. 681 CC prohíbe ser testigos en los testamentos, en su punto quinto “al cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo”, olvidando en este caso a la posible pareja de hecho del Notario que sí podría ser testigo en cualquier testamento protocolizado en la notaría de su compañero.

4.2. En veintiséis días surge otra norma la LPIA, que entre otras leyes, vuelve a modificar el CC, si bien esta vez con más parquedad que la anterior, ya que afecta a treinta preceptos (uno de normas de Derecho Internacional Privado, uno de personas, cuatro de filiación, quince de relaciones paterno filiales, la mayoría de adopción, cuatro de tutela, curatela y guarda de hecho y dos de consentimiento contractual) pero que tres de ellos (arts. 158, 176 y 177) ya habían sido modificados por la LJV, de forma que un texto que en un siglo y cuarto ha sufrido relativamente pocas modificaciones, salvo en la parte de familia, en un mes se han alterado ciento veintiocho artículos, pero no acaba aquí la cosa, pues la LPIA, con tres meses de vigencia ya ha sido modificada en una ocasión (concretamente su disposición final cuarta, de modificación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto Básico del empleado Público, que se ha derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 572015, de 30 de octubre).

Antes de entrar con la adopción, que es lo más interesante para nuestro estudio, sólo dejar apuntado que los arts. 160 y 161 CC siguen manteniendo el término “allegados” entre las personas a las que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor, además de sus hermanos, abuelos y otros parientes. Entre esos allegados podemos incluir a la pareja de hecho de algún pariente. En otro orden de cosas, el modificado art. 239 CC sigue concediendo la tutela de menores en situación de desamparo a la entidad pública y sigue advirtiendo que a pesar de ello “se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste”. Como ya hemos dicho en estas reglas ordinarias no aparece el conviviente. El art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reformado

por la LPIA, sigue manteniendo a las personas vinculadas al paciente por razones de hecho como aptas para conceder el consentimiento para un tratamiento médico cuando el paciente no pueda hacerlo y dos normas orgánicas reguladoras de la educación, también reformadas por la LPIA, no tienen en cuenta como criterio preferente para la admisión de menores en un colegio, tanto el cónyuge como la pareja de hecho del progenitor del alumno (art. 84.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y apartado 70 del artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, respectivamente).

4.3. Institución de remotos antecedentes que ha sido utilizada por todos los pueblos, estando muy ligada en la antigüedad a la sucesión hereditaria, cuyos beneficios recaían principalmente sobre el adoptante, hasta la reforma llevada a cabo por Justiniano, que pasa a ser una institución ordenada en favor casi exclusivo del adoptado. Dado el poco uso que de ella se hacía y a pesar de la decisión casi unánime de suprimirla, se mantuvo en el proyecto de Código de García Goyena (1851) y en el actual Código, pero con finalidad borrosa puesto que no creaba una relación de paternidad y filiación y estaba dirigida en beneficio del adoptante (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. Tomo V, volumen segundo*, Reus, Madrid, 1995, pp. 369 a 375).

Las actuales corrientes sociales han determinado una nueva vigencia del principio de que la adopción imita a la naturaleza y la consagración legislativa del deseo de equiparar lo más posible la situación del hijo adoptivo con la del hijo por naturaleza y de ocasionar la mayor ruptura de los originales vínculos del adoptado con su familia natural (DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV*, cit., p. 283).

Pocas materias civiles han sido objeto de tantas y tan profundas modificaciones como este instituto, prueba evidente de su falta e inadecuación a la realidad social. Hasta en nueve veces han sido alterados sus preceptos, de ellas, dado el objeto de nuestro trabajo nos centramos en la llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y la reciente de la LPIA.

El régimen de la adopción que surge tras la reforma de 1987 se caracteriza por: 1º regular un solo tipo de filiación con iguales efectos que los producidos por la que deviene de la naturaleza; 2º ruptura de los vínculos jurídicos con la familia anterior, salvo supuestos excepcionales; 3º principio rector del beneficio del adoptado, que se sobrepone a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución de la adopción; y 4º agilización de los requisitos trámites con una participación relevante de instituciones públicas encargadas de la guarda y tutela de los menores, el Juez

y el Ministerio Fiscal. Todo ello para que, en palabras del Preámbulo de la Ley 21/1987, la adopción cumpla plenamente “su importantísima función social en beneficio de los más necesitados que hoy demanda unánimemente la comunidad española” (BLASCO GASCÓ, F.: “La adopción”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por ROCA I TRÍAS, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 333 y 334).

4.3.1. La disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 dice “las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal”. Varias cuestiones surgen al hilo de esta disposición.

1º. Supone un cambio de posiciones radical del legislador en la época en que se promulga, puesto que los comienzos del reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones libres son poco prometedores, en la década de los ochenta del pasado siglo, todavía pesaba sobre el legislador la lacra de que se trataba de un fenómeno de grupos marginales, normalmente producto de adulterios y por supuesto sin querer oír hablar de la homosexualidad, que seguía siendo un tema tabú.

El legislativo nacional poco realizó en ese periodo, con reconocimientos muy puntuales y desperdigados en normativa muy variada. En materia de Derecho civil, casi todas las referencias estaban impregnadas de un espíritu negativo, como ejemplos tenemos la pérdida de la pensión compensatoria por convivir con una persona al margen del matrimonio (art. 101 CC, introducido por la Ley 30/1981) y posibilidad de petición de la emancipación judicial a los hijos (art. 320 CC, producto de la reforma de la Ley 11/1981). Incluso la amnistía concedida a las parejas que hubieran convivido y no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación anterior al divorcio, otorgándole los beneficios de la SS, supone una norma negativa para las parejas no casadas, pues a partir de ella quedó claro que había que contraer matrimonio para tener derecho a prestaciones sociales. (PANTALEÓN PRIETO, F.: “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, cit., p. 67)

2º. Se incardina dentro de las normas que reconocen efectos jurídicos a las parejas pero las coloca en lugar distinto al matrimonio, siendo la única que lo hace en una disposición adicional.

A. Las disposiciones adicionales, según la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, deberán regular: a) Los regímenes jurídicos especiales que

no puedan situarse en el articulado. El orden de estos regímenes será el siguiente: territorial, personal, económico y procesal. b) Las excepciones, dispensas y reservas a la aplicación de la norma o de alguno de sus preceptos, cuando no sea posible o adecuado regular estos aspectos en el articulado. c) Los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la producción de normas jurídicas. Deberán usarse restrictivamente y establecerán, en su caso, el plazo dentro del cual deberán cumplirse. d) Los preceptos residuales que, por su naturaleza y contenido, no tengan acomodo en ninguna otra parte del texto de la norma.

Visto el ámbito de aplicación de estas disposiciones, parece claro que en nuestro caso debemos encuadrarla en las del primer tipo, puesto que de los tres restantes, excluimos de entrada los dos últimos y el segundo, ya que la adopción por más de una persona, ya supone una excepción y por tanto, la inclusión de la pareja de hecho supondría una excepción de la excepción. Este régimen jurídico especial, según el tenor de la Resolución “implica la creación de normas reguladoras de situaciones jurídicas diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma. Estos regímenes determinarán de forma clara y precisa el ámbito de aplicación, y su regulación será suficientemente completa para que puedan ser aplicados inmediatamente.

También debemos tener en cuenta que la colocación de esta cuasi equiparación matrimonio-pareja en una disposición adicional, se debe por una parte, a que su introducción en ese texto legal fue fruto de una tardía y discutida enmienda del Grupo Socialista y, por otra, a la posible intención de eludir una consagración expresa de la figura dentro del texto del CC para evitar una equiparación, más o menos intensa, de la pareja estable y el matrimonio incorporada de una manera definitiva y patente al texto articulado del CC que pudiera posibilitar su aplicación analógica en otros ámbitos y supuestos, de conformidad con la doctrina jurisprudencial (PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 67).

El legislador puso freno a la redacción inicialmente propuesta que establecía una equiparación de trato para todas las referencias que en la Ley se hicieran a uno o ambos cónyuges, pero en su versión definitiva se construyó a las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar conjuntamente, reduciendo tal equiparación a la adopción simultánea (GARRIDO CHAMORRO, P.: “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV, Derecho de Familia. Vol II* (coord. por GARRIDO DE PALMA, V.), Civitas, Madrid, 2002, p. 842).

B. haremos un recorrido por la normativa estatal que recoge a las parejas de hecho, distinguiendo la que aparece equiparada al matrimonio, es decir se la

regula junto a los cónyuges sin exigirle ningún requisito adicional para acceder a la consecuencia jurídica que la norma le conecta o, por el contrario, se las recoge en apartado distinto al matrimonio, exigiéndole unos determinados requisitos más gravosos que los previstos para los cónyuges. Todo ello partiendo de la premisa de que matrimonio y pareja de hecho no son realidades equivalentes y que el legislador está legitimado para tratarlas de forma diferente, sin que ello suponga una vulneración del art. 14 CE, criterio mantenido en reiterada jurisprudencia por el TS y el TC.

En primer lugar veremos la normativa en la que hay equiparación cónyuge pareja, dividiéndola en seis grupos, no excluyentes para intentar sacar algunas conclusiones:

B.1. Normas que extienden derechos concedidos a una persona, como medida de protección a la familia, a familiares del titular. En este grupo contamos con la concesión de asilo político al compañero del solicitante.

B.2. Normas que habilitan para solicitar determinados institutos jurídicos que guardan relación con la familia. Entre ellas: la norma reguladora del “habeas corpus” permite que puedan instar el procedimiento “el privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad” y la legitimación del compañero pueda solicitar la declaración de incapacidad de su conviviente (art. 757.1 LEC).

B.3. Normas que protegen a terceros de la relación de complicidad o de la ausencia de imparcialidad que supone la convivencia marital. La LOPJ considera causa de abstención y en su caso de recusación, al vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable de jueces con alguno de los protagonistas de un proceso judicial y prohíbe que dos jueces unidos por matrimonio o “situación de hecho equivalente” puedan pertenecer a la misma sala, para el art. 231.1.a del TRLSC tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores “el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad” y la persona especialmente relacionada con el concursado persona física del art. 93 LC.

B.4. Normas sancionadoras o extintivas de derechos. Contamos con la normativa del CP, cuyo art. 23 considera como circunstancia agravante o atenuante de la responsabilidad, “ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que está o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad”, según el art. 25 “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este código, o golpear o maltratare a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida, sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia” y el

art 454 exime de las penas impuestas a los encubridores a los que lo sean de “de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad”. En la normativa extintiva de derechos, ya hemos mencionado la pérdida de pensión compensatoria del art. 101 CC y la posibilidad de solicitar la emancipación judicial del art. 320.

B.5. Normas que equiparan cónyuges con parejas a la hora de poder ejercitar facultades o concesión de derechos. En este apartado y como protección a las personas con discapacidad y a efectos de eliminación de barreras arquitectónicas (art. 2 de la Ley 15/1995, de 30 de mayo), se consideran beneficiarios de las medidas adoptadas a los que sean titulares de fincas y “al cónyuge, a la persona que conviva con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual”.

B.6. Normas que implican para su ejercicio una actuación de los servicios públicos del Estado, nos referimos a la normativa asistencial. Contamos con la asistencia sanitaria al compañero, el auxilio por defunción y la indemnización a tanto alzado por muerte causada por accidente de trabajo.

En la normativa que separa matrimonios de parejas exigiendo a las segundas requisitos no contemplados para las primeras. La relación es mucho más corta y sólo contamos con tres supuestos: 1º beneficios otorgados por la LAU, entre los cuales destacamos, la subrogación mortis causa; la pensión de viudedad, con gravosas exigencia para el conviviente y 3º el art. 25.3 LC que permite solicitar conjuntamente la declaración de concurso y acumular los ya declarados.

Como podemos comprobar por una simple cuestión cuantitativa, el número de supuestos de equiparación cónyuge-compañero es muy superior, además los requisitos adicionales que se imponen a las parejas normalmente se exigen por motivos de seguridad jurídica, ajenos a la finalidad de la norma.

Comprobamos que la mención en disposición adicional de la reforma de 1987, no entra en ninguna de estas categorías.

3º. No exige periodos de convivencia previa, sólo habla de unión de forma “permanente”. Esta convivencia de la pareja entendemos debe ser acreedora de para presumir que existe esa plena comunidad de vida y en este sentido la caracterizamos como: 1º. Duradera. Pero sin fijación de plazos sino en el sentido de estable. 2º Excluyente. Este tipo de convivencia no puede ser compatible con otras al mismo tiempo, pues difícilmente podríamos hablar entonces de comunidad de vida. 3º. Con recíproca responsabilidad de los convivientes, que va más allá del simple hecho de compartir una vivienda y una economía (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17

de noviembre de 1992, reiterada por el Tribunal Supremo Federal alemán, en sentencia de 13 de enero de 1993. Ambas recogidas por GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, cit., p. 24). Sino que implica disponibilidad de ayudarse y socorrerse mutuamente. Este dato se puede detectar en la duración de la convivencia, el cuidado de los hijos y parientes en el mismo hogar, el otorgamiento de facultades para disponer de los bienes e ingresos del otro, etc.

4.3.2. Con la LPIA se ha producido la plena equiparación matrimonio-pareja de hecho en lo a adopción se refiere, traspasando el ámbito de la capacidad para adoptar conjuntamente de la reforma anterior.

En todos los casos que se menciona al cónyuge, también aparece la “pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”, si bien se le ha quitado a la unión el calificativo de “permanente” que aparecía en 2013, cosa normal puesto que desde las leyes matrimoniales de julio de 2005, el propio matrimonio ha perdido tal carácter al poder ser disuelto por la voluntad de cualquiera de los cónyuges a los tres meses de su celebración.

Ocho son las menciones que la norma hace a la pareja de hecho en la nueva redacción del CC:

- El art. 175.4 excepciona la imposibilidad de adopción conjunta al caso de que los adoptantes sean cónyuges o pareja, e incluso permite adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, si el matrimonio o la constitución de la pareja es posterior a la primera adopción.
- Se permite la adopción conjunta, siempre que el futuro adoptado haya convivido con los cónyuges o integrantes de la pareja con dos años de antelación en régimen de acogimiento permanente o guarda con fines adoptivos, si posteriormente hay separación, divorcio o ruptura de la pareja (art. 175.5). Este tipo de adopción debe incluir el régimen de convivencia del adoptado con sus adoptantes, ya que se presume que estos no habitan en el mismo hogar.
- No se requiere la propuesta previa de la entidad pública, encargada de la guarda de los menores en situaciones de desamparo, en el caso de que el adoptado sea “hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal”. Por tanto se favorece la adopción de los hijos del compañero como medida de integración del adoptado en el ambiente familiar (art. 176.2.2º), que opera incluso si el adoptante hubiera fallecido (art. 176.4).

- Se exige que el compañero del adoptante preste su asentimiento en la adopción (art. 177.2.1º), con lo cual se colma una de las lagunas existente en la reforma de 1987, puesto que carecía de toda lógica que no se tuviera en cuenta la intervención del compañero, con el que el adoptante mantiene una plena comunidad de existencia, a la hora de constituir la adopción. De todas formas esta norma aparece como subsidiaria de la del art. 175, puesto que en caso de matrimonio o pareja de los adoptantes, el CC persigue la adopción conjunta.

- Por último el art. 178 excepciona la ruptura de vínculos del adoptado con su familia de origen en dos casos: “a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido y b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”. El primero sigue el espíritu de la norma expuesto en los preceptos anteriores y el segundo, que hubo que modificar, tras la promulgación del matrimonio entre personas del mismo sexo, entiendo sigue persiguiendo que adoptante y progenitor legalmente determinado formen en el futuro un matrimonio o unión de hecho.

ÍNDICE

LA REGULACIÓN CATALANA DE UNA NUEVA SITUACIÓN
CONVIVENCIAL: LAS RELACIONES CONVIVENCIALES DE
AYUDA MUTUA

CATALAN REGULATION OF A NEW DOMESTIC SITUATION:
DOMESTIC SITUATION FOR MUTUAL SUPPORT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3 ter, diciembre 2015, pp. 153 - 167.

Fecha entrega: 25/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. ANA GIMÉNEZ COSTA
Profesora de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili
ana.gimenez@urv.es

Dra. CRISTINA VILLÓ TRAVÉ
Profesora de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili
cristina.villo@urv.cat

RESUMEN: El Código Civil de Cataluña regula una nueva situación convivencial constituida por parientes en línea colateral o por personas unidas por vínculos de amistad, que sin constituir una familia nuclear comparten vivienda y ponen en común el trabajo doméstico, con voluntad de ayuda mutua y de permanencia, con el fin de dar respuesta a los problemas derivados de un progresivo envejecimiento de la población.

PALABRAS CLAVE: relación convivencial, ayuda mutua, derecho civil catalán

ABSTRACT: The Catalan civil code regulates a new domestic situation constituted by relatives in collateral line or people united by friendship links, who without forming any nuclear family share housing and house working, for mutual support and presence, in order to respond to problems derived from people's progressive ageing.

KEY WORDS: Domestic situation; mutual support; Catalan civil law.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua en el CCCat: concepto, constitución y presupuestos.-3. Convivencia entre dos o más personas.- 4. Convivencia en una misma vivienda habitual.- 5. Reparto de los gastos comunes y/o del trabajo doméstico.- 6. Ausencia de contraprestación.- 7. Voluntad de permanencia.- 8. Voluntad de ayuda mutua.- 9. Causas de extinción.- 10. Efectos de la extinción.- 11. Ineficacia de los poderes.- 12. En relación con la vivienda.- 13. Pensión periódica en caso de defunción.

1. El envejecimiento progresivo de la población es una realidad con la que convive la sociedad actual. Si tenemos en cuenta que la esperanza de vida aumenta cada año, uno de los principales problemas en que se encuentran las personas cuando llegan a la edad madura es la soledad. Dicha soledad puede conllevar, además, numerosos problemas cuando la persona padece algún tipo de enfermedad que le pueda colocar en una situación de riesgo. Con el objetivo de dar respuesta a este problema, el derecho civil catalán ha regulado, en el ámbito del derecho de familia, dos figuras jurídicas que pretenden cubrir las necesidades de convivencia con dos enfoques diferentes, uno meramente convivencial, las denominadas relaciones convivenciales de ayuda mutua, y otro con una finalidad más protectora, el acogimiento de personas mayores.

El punto de partida lo constituye el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya en 1998, titulado “Situacions convivencials d’ajuda mutua i sobre l’acolliment de persones grans”. Este Proyecto se articulaba en dos capítulos, el primero (arts. 1-9) dedicado a las situaciones convivenciales de ayuda mutua, y el segundo (arts. 10-16) dedicado al acogimiento de personas mayores. La principal diferencia radica en que las situaciones convivenciales de ayuda mutua están pensadas para personas de proximidad generacional que envejecen juntas, mientras que el acogimiento se fundamenta en la diferencia generacional. Ante las discrepancias sobre su contenido y alcance, al tratarse de dos figuras que responden a realidades sociales distintas, se opta por un tratamiento legislativo independiente.

Así, se aprobó la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua (en adelante LSCAM). Esta norma de signo proteccionista buscaba flexibilizar el concepto de convivencia y, a su vez, fomentar un nuevo tipo de convivencia entre personas mayores, que pretende resolver sus dificultades económicas y sociales y evitar su

aislamiento en instituciones geriátricas, al margen del matrimonio y de las uniones estables de pareja.

Esta regulación de la LSCAM se ha recogido con algunas modificaciones en el Título IV, del Libro II, del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat), en concreto en los artículos de 240-1 a 240-7 CCCat. De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (§10) “hoy predomina una mayor tolerancia hacia formas de vida y realización personal diferentes a las tradicionales. En una sociedad abierta, la configuración de los proyectos de vida de las personas y de las propias biografías vitales no puede venir condicionada por la prevalencia de un modelo de vida sobre otro, siempre y cuando la opción libremente escogida no entrañe daños a terceros. Este es el principio del que parte el libro segundo en cuanto al reconocimiento de las modalidades de familia”.

Por otra parte, se aprobó la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores (LAPM), que es la primera Ley que regula en el ámbito español un acogimiento de carácter civil, como un contrato complejo, bilateral, *intuitu personae* y retribuido, por el que acogedores y acogidos establecen entre ellos relaciones jurídicas cuasi familiares que dan lugar a una convivencia, en la que los acogedores se obligan a prestar asistencia, cuidado y alimentos a los acogidos, con el fin de procurar su bienestar y su plena integración en una misma vivienda. La LAPM se excluye de la Disposición Derogatoria del Libro II, lo que significa que sigue vigente y coexiste con el CCCat.

Tras esta breve introducción en la que hemos presentado las dos novedosas figuras jurídicas que pretenden cubrir las necesidades de convivencia, lo que nos ha permitido situarnos en el panorama legislativo, el objeto de estudio de este trabajo se centra en el análisis de la regulación y de las principales notas características de las relaciones convivenciales de ayuda mutua, como institución propia del derecho de familia catalán, y precursora de esta figura, con el objetivo de dar a conocer una de las respuestas normativas que el legislador catalán ha dado a la situación de soledad de las personas de edad avanzada.

2. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua están reguladas en el último título del Libro II (Título IV) CCCat, en concreto, en los arts. 240-1 a 240-7. Esta regulación tiene un carácter supletorio respecto a lo acordado por las partes, sin perjuicio de que, sobre algunas cuestiones, la Ley opera con carácter imperativo (*ex art. 240-1 CCCat i.f.*). En este sentido, el art. 240-4 CCCat prescribe que “los convivientes pueden regular válidamente con

libertad de forma, las relaciones personales y patrimoniales y los respectivos derechos y deberes durante la convivencia, siempre y cuando éstos no perjudiquen a terceras personas”.

De acuerdo con el art. 240-3 CCCat, las relaciones convivenciales de ayuda mutua pueden constituirse por escritura pública o por un periodo de dos años de convivencia. Respecto a la primera forma de constituir una relación convivencial de ayuda mutua, esto es en escritura pública, se trata de un requisito de forma ad solemnitatem, de manera que solo a partir de la fecha de la escritura tiene plena efectividad jurídica la relación. Ahora bien, debemos precisar que este requisito de forma no alcanza a los acuerdos que las partes adopten para regular su relación, si bien nada impide que se deje constancia de los mismos en la propia escritura de constitución. En cuanto a la forma de constitución por el transcurso de dos años de convivencia, se trata de una manera automática o ex lege de constitución de la relación convivencial de ayuda mutua, lo que implica que los efectos de la relación convivencial se retrotraen al momento en que se inició efectivamente la convivencia, aunque las partes lo ignoren, es decir, la consideración como relación convivencial de ayuda mutua y sus efectos no se producen una vez cumplidos y acreditados los dos años sino el momento en que se inició la convivencia (MONEDERO RIBAS, M.: “Otras fórmulas de convivencia en el Código Civil de Cataluña. Constitución y régimen jurídico de la pareja estable y de las relaciones convivenciales de ayuda mutua”, *Diario La Ley*, núm. 7979, Sección Tribuna, 4 de diciembre de 2012 (consultado en <http://diariolaley.laley.es>). La dificultad, en este caso, reside en acreditar la situación de convivencia, lo que podrá hacerse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho (DEL POZO CARRASCOSA, P.: “Capítulo 15”, en *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 350).

Una relación convivencial de ayuda mutua queda constituida cuando “dos o más personas conviven en una misma vivienda habitual y comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas”, tal como determina el art. 240-1 CCCat. Por tanto, no toda convivencia da lugar a una relación convivencial de ayuda mutua ni está sometida a la regulación del Título IV del Libro II del CCCat, sino que para ello es necesario que se cumplan los seis presupuestos que recoge la norma transcrita, y que evaluamos a continuación.

3. La exigencia de que la convivencia se establezca entre dos o más personas del art. 240-1 CCCat se desarrolla en el art. 240-2 CCCat, donde distingue según las personas que conformen la convivencia estén unidas por vínculos

de parentesco o por vínculos de amistad o de compañerismo. En cualquiera de los casos el número mínimo de personas para constituir la relación convivencial es de dos personas y ambas deben ser mayores de edad [existen dudas acerca de si se entienden excluidos o no los menores emancipados, aunque parece que todos los argumentos conducen a su exclusión. Véase, respecto de esta cuestión, GILI SALDAÑA, M.: “art. 240-2”, en AA.VV.: *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua* (dirigido por J. EGEA I FERNÁNDEZ y J. FERRER I RIBA), Atelier, Barcelona, 2014, pp. 1041-4042].

Respecto de las personas unidas por vínculo de parentesco, se permite la constitución entre parientes en línea colateral sin límite de número ni de grado. Lo que implica que quedan excluidos los parientes en línea recta, la relación entre los cuáles ya está regulada por otras instituciones de derecho civil catalán.

También se puede formar una relación convivencial de ayuda mutua entre personas unidas por vínculos de amistad o de compañerismo. En este caso existe un límite legal de cuatro convivientes (art. 240-2.2 CCCat), lo cual ha sido objeto de crítica por la doctrina [VILLAGRASSA ALCAIDE, C.: “la pareja de hecho y otras situaciones convivenciales no reguladas”, en AAVV.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro II del Código Civil de Cataluña* (coord. por R. BARRADA ORELLANA y S. NASARRE AZNAR), Bosch, Barcelona, 2011, p. 550; y NAVARRO MICHEL, M.: “art. 240-2”, en AAVV.: *Persona y Familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña* (coord. por E. ROCA TRÍAS), Sepín, p. 1409].

Ante la posibilidad de constituir una relación convivencial entre personas que no estén unidas por vínculos de parentesco, se ha planteado la dificultad de demostrar si entre los convivientes existe algo más que amistad y compañía o no y, en consecuencia, determinar si estamos ante una unión estable de pareja o una relación convivencial de ayuda mutua.

Otra limitación, además de la comentada sobre el parentesco en línea recta, se encuentra regulada en el art. 240-2.1 i.f. CCCat, el cual añade que se podrá constituir una relación convivencial de ayuda mutua “(...) siempre que no estén unidas por un vínculo matrimonial o formen una pareja estable con otra persona con la que convivan”. De la redacción de este precepto se derivan dos consecuencias. Una primera es que dos personas casadas o unidas en pareja estable no pueden formar entre si una relación convivencial de ayuda mutua. Con esta limitación el legislador catalán impide que una misma relación pueda quedar sometida dos regímenes jurídicos de dos instituciones diferentes, con el solapamiento normativo que ello conllevaría. Una segunda consecuencia es que, aunque subsista el vínculo matrimonial o

la unión estable de pareja, siempre que ya no convivan los cónyuges o los miembros de la unión, como exige la literalidad del precepto, el conviviente podrá formar una relación de convivencia de ayuda mutua con una tercera persona con la que si conviva. Sin embargo, el precepto nos plantea un interrogante: ¿esta limitación legal impide que los miembros de un matrimonio o de una pareja de hecho que conviven formalicen una relación convivencial de ayuda mutua con un tercero? En nuestra opinión la literalidad del artículo impide que puedan hacerlo los dos miembros del matrimonio o pareja con un tercero, pero, por el contrario, parece que no habría motivo para excluir la posibilidad de que individualmente cada uno de ellos formara una relación convivencial con un tercero.

Por último, la regulación catalana no prevé la posibilidad de grupos convivenciales mixtos de parientes y amigos, por lo tanto entendemos que es posible. Ahora bien, en este caso, ante la falta de regulación concreta se plantea como se aplicaría la limitación del número de convivientes a estos grupos mixtos. Por ejemplo, nada impide en principio que puedan convivir dos parientes y tres amigos, puesto que aunque el número máximo de convivientes excede de cuatro, como los parientes pueden convivir sin límite de número y los amigos no exceden de cuatro, que es el límite entre amistades, la situación convivencial sería posible. Pero ¿qué ocurriría si convivieran cuatro amigos y dos hermanos? No encontramos una posible respuesta al respecto ni legal ni doctrinal (véase, al respecto, GILI SALDAÑA, M.: “art. 240-2”, cit., p. 1405).

4. El presupuesto de que la convivencia sea en una misma vivienda habitual implica vivir juntos de manera estable compartiendo una misma vivienda, y ello con independencia de la titularidad que se ostenta sobre la misma, así como de quien sea su titular. Lo que también parece que se deriva del uso del adjetivo “habitual” que acompaña a vivienda, es que quedan excluidas segundas residencias o viviendas de temporada.

Cuando los convivientes sean parientes esta vivienda tendrá la consideración de domicilio familiar. Sin embargo, esta cualidad no afecta a las facultades de disposición del titular, por lo que no tendrá la obligación de comunicar la existencia de una relación convivencial de ayuda mutua ni que la vivienda constituye el domicilio donde se desarrolla la relación, cuando pretenda realizar actos dispositivos sobre la misma, lo que le diferencia de la relación matrimonial y de las uniones estables de pareja.

5. De acuerdo con el art. 240-1 CCCat, en principio los convivientes comparten los gastos comunes y el trabajo doméstico. No obstante, el art.

240-4 CCCat, al regular la plena autonomía de la que gozan los convivientes para establecer sus relaciones personales y patrimoniales, permite de forma expresa que “pueda acordarse la contribución igual o desigual a los gastos comunes e, incluso, que el trabajo doméstico y la carga económica sea asumida íntegramente por alguno de los convivientes”. Por lo tanto, cabe un pacto por el cual la contribución no exista o sea desigual, a pesar de que el tenor literal del art. 240-1 CCCat parece indicar lo contrario.

No establece el CCCat ninguna regla que regule la responsabilidad de los convivientes frente a terceros por estos gastos comunes -a diferencia de lo que ocurre en el ámbito matrimonial (art. 231-8 CCCat) -; lo que unido a que de acuerdo con el art. 240-4.1 CCCat los acuerdos patrimoniales entre los convivientes no pueden perjudicar a terceras personas, implica que se aplicará el régimen general de responsabilidad, esto es, las reglas de la mancomunidad.

6. La exigencia de falta de contraprestación pone de manifiesto el carácter esencial de la voluntad de ayuda mutua en estas relaciones convivenciales que, como ya ha apuntado algún autor, constituye un elemento imprescindible para acercar esta relación convivencial a las instituciones del derecho de familia [PUIG BLANES, F.: “art. 240-1”, en AAVV.: *Comentarios al Código Civil de Cataluña* (coord. por F. de P. PUIG BLANES y F. J. SOSPEDRA NAVAS), Tomo I, Civitas, Madrid, 2011, pp. 565-566].

Además, esta ausencia de contraprestación impide que puedan considerarse relaciones convivenciales de ayuda mutua los supuestos en los que una persona mayor vive con un cuidador o cuidadora al que paga un salario; así como cuando ha habido un pacto de acogida, pues este contrato oneroso entraría en el ámbito de aplicación de la LAPM.

7. Con el presupuesto de voluntad de permanencia se quiere incidir en que los convivientes deben mantener una relación estable, continuada en el tiempo, lo que, a sensu contrario, significa que quedan excluidas las relaciones convivenciales de carácter transitorio, puntual o esporádico, es decir, sin vocación de estabilidad.

No hay confundir esta voluntad de permanencia (elemento subjetivo) con la necesidad del transcurso de dos años de la relación de convivencia (elemento objetivo), cuando ésta es la forma de constitución de la relación (*ex* art. 240-3 CCCat). Ahora bien, si la relación dura menos de dos años, aunque exista una coexistencia con vocación de permanencia, solo si su constitución se realiza

en escritura pública, se reconocerá, con plenos efectos jurídicos, que ha quedado válidamente constituida la relación convivencial de ayuda mutua.

Este requisito es coherente con una institución pensada esencialmente para la protección de las personas mayores y que encuentra su encaje normativo en el ámbito del derecho de familia.

8. La finalidad esencial de la relación convivencial y lo que la distingue de otros tipos de situaciones convivenciales es la ayuda mutua. Aunque, como ya hemos indicado, la contribución a los gastos y el trabajo doméstico puede ser íntegramente asumido por uno de los convivientes, ello no obsta para que éste sea su principio inspirador ni impide hablar de una voluntad de ayuda mutua desde un plano esencialmente moral o personal, que siempre deberá existir [véase a favor, NAVARRO MICHEL, M.: “art. 240-2”, cit., p. 1406. Véase en contra, YSÀS SOLANES, M.: “Situacions convivencials d’ajuda mutua”, en AAVV.: *Situacions de convivència diferents del matrimoni* (coord. por M^a. C. GETE-ALONSO CALERA, P. YSÀS SOLANES y J. SOLÉ RESINA), Cálamo, Barcelona, 2003, p. 98].

9. El art. 240-5.1 CCCat establece cuáles son las causas de extinción de las relaciones convivenciales de ayuda mutua. Éstas son: el acuerdo de todos los convivientes, la voluntad unilateral, el fallecimiento de uno de ellos, y las causas que se hubieran pactado en el momento de su constitución. A lo que podemos añadir una quinta causa de extinción, la cual es el matrimonio o la constitución de una pareja estable, prevista en el apartado segundo solo para las relaciones convivenciales entre más de dos personas.

Las causas de extinción previstas deben interpretarse restrictivamente, de modo que la concurrencia de circunstancias similares a las expresadas por el legislador no comportará la extinción de la relación convivencial, salvo que así lo hubieran pactado los convivientes, en cuyo caso ésta es la vía para que se considere causa de extinción [*ex.* art. 240-5.1.d) CCCat]. Así, por ejemplo, en el supuesto de que uno de los convivientes devenga incapaz, no quedará extinguida automáticamente la relación convivencial, sino que habrá que estar a lo que determine la autoridad judicial, teniendo en cuenta lo que establece el art. 222-39.2 CCCat (GILI SALDAÑA, M.: “art. 240-2”, cit., p. 1053).

En el mismo apartado segundo del art. 240-5 CCCat se precisa que si la voluntad unilateral, la muerte, el matrimonio o la constitución de una pareja de hecho solo afecta a uno de los convivientes no tiene por qué extinguirse la relación convivencial, siempre que esté integrada por más de dos convivientes y éstos tengan voluntad de permanecer en la relación

convivencial de ayuda mutua. Todo ello, sin perjuicio de las modificaciones que sea oportuno hacer respecto de los pactos reguladores de la convivencia establecidos en el momento de su constitución. En este mismo sentido, la doctrina ha considerado que tampoco es causa de extinción la incorporación de nuevas personas a la relación convivencial, lo que a lo sumo conllevará una modificación de los acuerdos por los que se rige la convivencia (véase, en este sentido, PUIG BLANES, F.: “art. 240-1”, cit., p. 572).

Con independencia de cuál sea la causa de extinción de la relación convivencial de ayuda mutua, al no exigirlo expresamente el CCCat, no será necesario revocar la escritura pública, si ésta hubiera sido la forma por la que se hubiera constituido la relación convivencial.

Por último, precisar que las causas de extinción previstas en los apartados a) y b) 240-5.1 CCCat, esto es, acuerdo de todos los convivientes o voluntad unilateral de uno de sus miembros, encajan con el elemento clave que caracteriza estas relaciones convivenciales que es la confianza (GILI SALDAÑA, M.: “art. 240-2”, cit., p. 1051), de ahí que no se exija que se deba alegar causa alguna ni tampoco se requiere el cumplimiento de ninguna formalidad para poder extinguir la relación cuando esa confianza entre los convivientes decae.

10. De acuerdo con el art. 240-4.2 CCCat, los convivientes pueden pactar libremente cuáles son los efectos de la extinción de la relación convivencial de ayuda mutua en previsión de una futura ruptura, tanto en el momento de su constitución como en cualquier momento posterior durante la convivencia, al no precisarlo el precepto. De igual modo, y en línea con la libertad y autonomía de configuración que inspira la regulación de estas relaciones, no solo se pueden pactar sino también modificar los pactos acordados, antes de que resulten aplicables por haberse producido la extinción de la relación.

No obstante, algunos efectos se encuentran regulados expresamente por el CCCat, efectos *ex lege*, y como tales serán directamente aplicables cuando se extinga la relación convivencial de ayuda mutua. Pasamos a evaluar a continuación estos efectos legales.

11. El primero de ellos se regula en el art. 240-5.3 CCCat donde se establece que la extinción de la relación de convivencia deja sin efecto los poderes que cada uno de los convivientes hubiera otorgado a favor de los otros o bien los que éstos hubieran otorgado a su favor.

La ineficacia de los poderes es *ex lege*, sin perjuicio de la posibilidad de que las partes puedan volver a otorgarse nuevos poderes. Además, esta ineficacia es independiente de la causa de extinción y se produce desde el momento en que concurre la misma.

A falta de una regulación expresa de las consecuencias del desconocimiento por los terceros de la extinción de los poderes otorgados entre los convivientes, éstas deben resolverse teniendo en cuenta el régimen general (arts. 1734 y 1738 CC). Ello implica que la revocación de los poderes no podrá nunca perjudicar a los terceros a los que no se haya informado, y que lo realizado por el representante sin poder se debe considerar válido y eficaz si los terceros contrataron con él de buena fe.

12. El art. 240-6 CCCat establece los efectos que se producen en relación con la vivienda, cuando se extingue la relación convivencial. En él se distingue si la extinción acaece en vida de todos los convivientes o por el fallecimiento de uno de ellos. En el primer caso, los convivientes que no sean titulares de la vivienda deben abandonarla en los tres meses siguientes a la causa de extinción. En el segundo caso, si la extinción se produce por muerte del propietario de la vivienda, los convivientes pueden continuar ocupándola durante los seis meses siguientes, salvo que se haya pactado otra cosa. Se aprecia que la posibilidad de pacto en contrario solo está prevista en el caso de que la causa de extinción se produzca por fallecimiento de uno de los convivientes. Sin embargo, estamos de acuerdo con la doctrina que ha apuntado que una lectura conjunta con el art. 240-4.2 CCCat, en el que se establece que “en previsión de una ruptura, los convivientes pueden pactar sobre los efectos de la extinción de la relación convivencial de ayuda mutua”, permite concluir que también cuando la causa de extinción se produzca en vida de todos los convivientes, se debe admitir un pacto en contrario [de acuerdo con ESCUTIA ABAD, M^a. del M.: “Les relacions convivencials d’ajuda mutua”, en AAVV.: *Dret civil català*, (dirigido por A. LUCAS ESTEVE), Vol. II. *Persona i família*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 541].

En principio, la posibilidad de continuar en el uso de la vivienda por los titulares se concede sin necesidad de alegar criterios de necesidad, aunque siempre cabe pacto en contrario. Este artículo, en realidad, concede un derecho de uso de origen legal con una duración limitada en función de cuál sea la causa de extinción de la relación convivencial, por lo tanto su regulación deberá completarse con lo establecido para el derecho de uso en los arts. 562-8 a 562-8 CCCat [CUMELLA GALINDE, A.: “art. 6 LSCAM”, en AAVV.: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d’unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d’ajuda mutua*, (dirigido por J. EGEA FERNÁNDEZ y J. FERRER RIBA), Tecnos, Madrid, 2000, p. 1281, considera que la extinción

de la relación convivencial no crea *ex novo* un derecho de uso y disfrute de la vivienda sino que permite continuar en el estado posesorio que tenían los no titulares durante la convivencia, esto es, no se ocupa la vivienda por mera tolerancia del titular sino por existir un comodato (art. 1740 CC)].

El precepto no regula una posible situación de cotitularidad de la vivienda que ocupan los convivientes de manera que, de producirse este caso, se deben aplicar las reglas propias de la comunidad de propietarios y, en su caso, solicitar la acción de división de cosa común del art. 552-11 del CCCat (NAVARRO MICHEL, M.: “art. 240-5”, cit., p. 1418).

Por otra parte, si la persona fallecida era arrendataria de la vivienda, los convivientes tienen derecho a subrogarse en el contrato arrendamiento por el plazo de un mes o bien por el tiempo que falta para la expiración del contrato si éste fuera inferior; en cualquier caso la nueva situación debe comunicarse al arrendador en los tres meses siguientes al fallecimiento del arrendatario conviviente.

La posibilidad de subrogarse en el contrato de arrendamiento que recoge el art. 240-6.3 CCCat coincide con el supuesto de hecho que, con carácter general, dispone el art. 16.3 LAU, por lo que la regulación de este último debe complementar lo dispuesto en el CCCat.

Queremos mencionar que existen algunos supuestos en que puede ser más conveniente aplicar la LAU que la regulación contenida en el CCCat como, por ejemplo, sería el supuesto de dos hermanos mayores sin descendientes ni ascendientes que han formado una relación convivencial de ayuda mutua. En este caso, al conviviente supérstite le interesa más aplicar la subrogación mortis causa del art. 16.1 LAU, que el derecho de subrogación del art. 240-6.3 CCCat, ya que en la legislación arrendaticia para este caso no se establece ningún límite temporal a la subrogación.

Por otra parte, no está regulado ni cómo se debe proceder en el caso de concurrencia de varios convivientes, ni tampoco la concurrencia del o de los convivientes supérstites con otros parientes del conviviente titular de la vivienda fallecido. A falta de pacto o acuerdo unánime (ex art. 16.2 LAU), en el primer caso debe aplicarse lo dispuesto en el art. 16 LAU, al ser la única normativa que contempla este supuesto concurrencial; mientras que en el segundo caso, creemos que sería de aplicación la regulación del CCCat por ser ley especial posterior y, además, buscar la protección de las personas mayores (NAVARRO MICHEL, M.: “art. 240-5”, cit., p. 1419).

Por último, transcurridos los plazos fijados en el art. 240-6 CCCat los convivientes que permanezcan como ocupantes de la vivienda pasan a ser

precaristas, lo que permite que pueda prosperar una acción de desahucio (MONEDERO RIBAS, M.: “Otras fórmulas de convivencia en el Código Civil de Cataluña: causas y efectos de la extinción de la pareja estable y de las relaciones convivenciales de ayuda mutua”, *Diario La Ley...*, ob. cit., mantiene esta postura.

En general, la regulación de este precepto trata de garantizar que, con independencia de cuál sea el régimen de titularidad de la vivienda en la que conviven, a partir del momento de la extinción de la relación, los convivientes dispondrán de un periodo de tiempo razonable para abandonarla. No podemos olvidar que esta figura será utilizada fundamentalmente por personas mayores que no pueden o no deben verse desahuciados de forma inmediata sino que se les debe conceder un tiempo prudencial para buscar otra vivienda.

13. El art. 240-7 CCCat recoge un efecto que se produce exclusivamente cuando la causa de extinción de la relación convivencial es la muerte de uno de los convivientes. En este caso, se concede a aquél de los convivientes que sobrevive el derecho a una pensión alimenticia a cargo de los herederos del fallecido por un periodo máximo de tres años [TORRELLES TORREA, E.: “La protección de las personas mayores en Cataluña: perspectiva civil”, en AAVV.: *Protección jurídica de los mayores*, (coord. por M. ALONSO PÉREZ, E. MARTÍNEZ GALLEGRO y J. REGUERO CELADA), La Ley, Madrid, 2004, p. 241], opina que esta limitación puede comportar que el conviviente superviviente tenga una posición jurídica más favorable que el cónyuge o conviviente de una pareja estable, puesto que los derechos a éstos reconocidos en los arts. 231-31 y 231-14 CCCat, que también tienen como fundamento -mantener al superviviente por parte del causante- y la misma finalidad -la protección del superviviente durante un periodo de tiempo prudencial desde la muerte del causante para evitar situaciones de penuria económica- en estos dos últimos casos está limitado a un periodo máximo de un año. Véase también, en este sentido, YSÀS SOLANES, M.; SOLÈ RESINA, J.; NAVAS NAVARRO, S.; y GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C.: “Sucesiones por causa de muerte y relaciones de convivencia”, en AAVV.: *Derecho de sucesiones: presente y futuro. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Santander. 11 de febrero de 2006, Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2006, p. 2007; y GILI SALDAÑA, M.: “art. 240-2”, cit., p. 1063]; pensión que debe reclamarse en el plazo de un año a contar desde el fallecimiento del conviviente (art. 240-7.5 CCCat) [PUIG BLANES, F.: “art. 240-7”, cit., p. 575, estima que es un plazo de caducidad “al ser constatación de la potencialidad del ejercicio de un derecho”].

Esta pensión de carácter alimenticio pretende y tiene como fundamento tratar de evitar la situación de precariedad económica en la que puede quedar el conviviente que sobrevive y que dependía del otro conviviente ahora fallecido (GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C.; YSÀS SOLANES, M.; SOLÈ RESINA, J.: *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 2^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 31).

No se trata de un derecho de carácter general sino que solo nace a favor de aquellos convivientes que reúnen los presupuestos que el precepto exige y que son: que la extinción sea por muerte del conviviente; que el conviviente que la solicita haya sido mantenido total o parcialmente por el conviviente premuerto; que haya habido una convivencia mínima de un año previa al fallecimiento; que el solicitante no tenga medios económicos suficientes para mantenerse; y que no haya renunciado a ella en el momento de la constitución de la relación (art. 240-7.4 CCCat).

Respecto del primer presupuesto (que la extinción se produzca por la muerte del conviviente) está claro que, en aquellos casos en los que la relación convivencial está integrada por más de dos personas, la muerte de uno de ellos no conlleva la extinción de la relación convivencial entre los convivientes supervivientes. Sin embargo, surge la duda de si, en este mismo supuesto, la vigencia de la relación convivencial sería compatible con la posibilidad de obtener la pensión. Algunos autores optan por entender que sí es posible, siempre y cuando concurren el resto de requisitos (NAVARRO MICHEL, M.: “art. 240-7”, cit., p. 1421, opta por una respuesta afirmativa respecto de esta cuestión).

En relación con el cuarto presupuesto (que el solicitante no tenga medios económicos suficientes para mantenerse), de acuerdo con la redacción del precepto, parece que la situación de necesidad es esencial para que nazca el derecho a la pensión periódica lo que acerca esta pensión a la pensión alimenticia, sin embargo no se tiene en cuenta situación de necesidad para su modificación posterior si varían las necesidades del conviviente, al no estar previsto este extremo en el precepto, lo que, por el contrario, le aleja de la pensión alimenticia.

En este sentido, y a pesar de que el propio art. 240-7.1 CCCat diga expresamente que se trata de una pensión de carácter alimenticio, hay notas que permiten distinguir esta pensión de una auténtica pensión alimenticia (arts. 237-1 a 237-14 CCCat). En concreto, éstas son: que se trata de una pensión de carácter temporal, que es independiente de la permanencia o no de la situación de necesidad del conviviente superviviente, y que es renunciable ex ante. Por lo tanto, entendemos que no estamos ante un verdadero derecho de alimentos sino ante un derecho de crédito de carácter personal.

Para establecer la cuantía y duración de esta pensión se deben tener en cuenta el coste del mantenimiento, el tiempo en que el conviviente superviviente fue mantenido y el valor del caudal relicto. A ello debemos añadir que la pensión tiene unos límites cuantitativos basados en el importe de la capitalización de la pensión periódica al interés legal del dinero (art. 240-7 CCCat). En cualquier caso, la fijación de la cuantía y de las condiciones de pago de esta pensión corresponde a la autoridad judicial, al igual que concretar cuál de los herederos debe hacerse cargo de ella.

El pago de la pensión corresponde a los herederos del conviviente fallecido, tal como expresamente prescribe el párrafo primero del art. 240-7 CCCat. Por lo tanto, se configura como una carga hereditaria para éstos (en el sentido del art. 461-19.c) CCCat) (ROCA I TRIAS, en PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. II. Dret de la persona i dret de família, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 271, Defiende que este derecho no tiene una naturaleza sucesoria, aunque sí que es una carga hereditaria) y su cuantía está limitada por el caudal relicto. El hecho de que esta pensión consista en un porcentaje del caudal relicto que variará en función del parentesco que se tenga con el causante (art. 240-7.3 CCCat) constituye un argumento más para considerar que no estamos ante una verdadera pensión alimenticia, puesto que la cuantía no está vinculada a la necesidad de los convenientes supervivientes como ya indicamos, ni tampoco a las posibilidades de los herederos.

De acuerdo con el art. 240-7.4 CCCat, no tendrá derecho a la pensión el conviviente supérstite si renuncia a ella, lo que puede hacer de forma anticipada, si así se hubiera pactado en el momento de la constitución de la convivencia -como ya indicamos al hablar de los presupuestos-, o una vez haya nacido el derecho a exigirla (única verdadera renuncia desde un punto de vista jurídico), lo que se puede hacer de forma expresa o tácita, dejando transcurrir el plazo de caducidad de un año para reclamarla. Igualmente, prevé el precepto la pérdida de la pensión por el conviviente supérstite si el beneficiario se casa o pasa a convivir maritalmente con otra persona, o si obtiene alimentos de las personas obligadas a prestárselos.

EL RÉGIMEN FISCAL DE LA FAMILIA: PROPUESTAS PARA UNA
MAYOR JUSTICIA TRIBUTARIA. EL CASO DE LA ORDENANZA
FISCAL DEL IBI EN VALENCIA

TAXATION OF THE FAMILY: PROPOSALS FOR MORE TAX
JUSTICE. THE CASE OF THE TAX ORDINANCE OF IBI IN
VALENCIA

Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3 ter, diciembre 2015, pp. 168 - 177.

Fecha entrega: 24/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Abogado
fernandohernandez@icav.es

RESUMEN: El papel de la familia es fundamental en toda sociedad. Uno de los instrumentos de los que disponen los poderes públicos para su protección económica es el establecimiento de incentivos fiscales en su tributación. Junto a ello, las familias numerosas realizan un mayor esfuerzo y por ello, el regulador tributario, debe tener una especial consideración hacia esta institución para cumplir con el principio de justicia tributaria de forma cabal. En este contexto, la modificación de la Ordenanza Fiscal por IBI en Valencia significa una regresión económica y social para estas familias.

PALABRAS CLAVE: familia; incentivos fiscales; justicia tributaria; ordenanza fiscal.

ABSTRACT: The role of the family is central to any society. One of the instruments available to the government for financial protection is the establishment of tax incentives in taxation. Along with this, the large families make more effort and therefore the tax agency must have a special regard for this institution to comply with the principle of tax justice with full form. In this context, the modification of the Fiscal for IBI in Valencia means an economic and social regression for these families.

KEY WORDS: family; tax incentives; tax justice; tax ordinance.

SUMARIO: 1. El deber constitucional de protección económica de la familia por los Poderes Públicos.- 2. El sistema fiscal español y los impuestos que soportan las familias.- 3. Tributos estatales que más afectan a la familia.- 4. La posibilidad de establecer incentivos fiscales a las familias y familias numerosas en el sistema fiscal español.- 5. Breves propuestas para una mayor justicia tributaria familiar.- 6. El caso de la modificación de la Ordenanza Fiscal del IBI en Valencia.

1. La Constitución Española (CE) establece expresamente en su art. 39.1 que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Nuestra Ley Fundamental es consciente de la importancia y necesidad de esta institución y, por ello, da un mandato directo a los poderes públicos (especialmente al Legislador) para que protejan a la familia desde los ámbitos más importantes de sus decisiones, a saber, las de protección social, económica y las de carácter jurídico. Debiendo, por supuesto, el poder reglamentario y la propia Administración respetar este precepto en su actuar, ya sea dictando disposiciones o aplicándolas en sus procedimientos administrativos.

Recogida la obligación de protección y defensa de la familia en nuestra Carta Magna, conviene también comprobar qué espacio o dedicación otorgan las normas internacionales a la organización familiar. La Declaración Universal de los Derechos Humanos otorga una mención especial en su art. 16.3 donde se refiere a ésta en los siguientes términos “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Siendo muy importante esta referencia porque como norma internación es de aplicación a los Estados miembros entre los que se encuentra España.

Por último convine traer a colación la legislación española sobre protección de la familia y, concretamente, de la familia numerosa. No en vano, su esfuerzo protector debe ser mayor. A tal efecto, la Exposición de Motivos de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas comienza afirmando que “la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, desempeña múltiples funciones sociales, que la hacen merecedora de una protección específica tal como señalan numerosos instrumentos internacionales, entre los que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta Social Europea”, junto a ello, “dentro de las diversas realidades familiares, las llamadas familias numerosas presentan una problemática particular por el coste que representa para ellas el cuidado y educación de los hijos o el acceso a una vivienda adecuada a sus

necesidades”. Por lo que su consideración merecerá, como se ha dicho, un mayor esfuerzo.

Por todo lo expuesto, comprobamos que la familia es reconocida en los sistemas jurídicos internacionales y nacionales como el núcleo fundamental de la sociedad, que desempeña múltiples funciones sociales, y por ello es merecedora de una protección específica, debiendo ser este apoyo y defensa proporcional y lógico al tamaño o circunstancias de la misma.

2. Descendiendo ya a las medidas concretas y efectivas que el Legislador español puede y debe adoptar para la protección social y económica de la familia, resulta necesario acudir al sistema fiscal establecido dado que, el mismo, es el que incide con mayor fuerza en las cargas patrimoniales de la familia -fuera de lo que representaría el consumo o mantenimiento de la misma-. A tal efecto, vamos a analizar los distintos impuestos que afectan a esta institución y, comprobando las distintas figuras tributarias que se aplican a la familia, y en especial a la numerosa, podremos verificar si se da un cabal cumplimiento al principio de justicia tributaria que fija la Constitución en su precepto 31.1 al establecer “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

En definitiva, vamos a comprobar y determinar si el conjunto de disposiciones fiscales aplicables a la unidad familiar, dan un correcto y adecuado trato a esta organización natural teniendo presente el deber constitucional de protección social y económica de la misma, junto con el deber de justicia que exige la Carta Magna para el sistema tributario en su conjunto. Entendiendo que estos dos deberes o mandatos no pueden ir de forma separada ni contrapuesta dado que, una buena protección económica por parte de las leyes tributarias colaborará y contribuirá al establecimiento del principio de justicia tributaria, a la vez no existirá ésta si las cargas fiscales son tales que no permiten el desarrollo de la familia, y especialmente, de las familias numerosas.

3. El principal impuesto que grava la renta de las familias es el conocido impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). Este tributo está establecido en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre. Esta norma dedica su capítulo V a la adecuación del impuesto a las circunstancias personales y familiares del contribuyente. A tal efecto, el art. 56.1 denominado “mínimo personal y familiar” establece que: “el mínimo personal y familiar constituye la parte de la base liquidable que, por destinarse a satisfacer las necesidades

básicas personales y familiares del contribuyente, no se somete a tributación por este Impuesto”. Es decir, el Legislador entiende que debe dejar un mínimo de renta fuera de la tributación efectiva de la familia porque dicho importe de renta, está destinado a satisfacer las necesidades y gastos básicos familiares de los contribuyes como: alimentación, mantenimiento, vivienda, etc.

Si bien el planteamiento de dicha disposición es positivo y podría entenderse que contribuye al cumplimiento de los mandatos constitucionales antes referenciados, cuando comprobamos la cuantía del citado mínimo personal y familiar, no podemos menos que concluir que su importe es el todo insatisfactorio.

En efecto, si observamos la cifra que la Ley del IRPF en su art. 58.1 concede por cada hijo/a al contribuyente o a la unidad familiar, vemos que resulta muy inferior a necesidad real y efectiva que dicho hijo/a requiere. No en vano, el importe está fijado para el primer descendiente en 2.400 euros, para el segundo en 2.700, y 4.000 y 4.500 para tercero y sucesivos.

Esta cuantía, si tenemos en consideración un tipo impositivo medio del 25%, resulta que por el primer descendiente, la Ley del impuesto te otorga 600 euros (2.400 x 25%) para cubrir las necesidades y gastos del primer hijo/a. Basta traer a colación el estudio de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), de 23 de agosto de 2013 (<http://www.ocu.org/consumo-familia/nc/noticias/gasto-vuelta-al-cole-2013>) donde sólo en gastos de escolarización, dicha entidad fija la media por niño/a en 1.874 euros/año. Por lo que el importe del IRPF es hasta tres veces inferior a lo necesario para la educación básica del descendiente en cuestión. Resta decir que, por supuesto, aún quedaría por cubrir multitud de necesidades del hijo/a.

Por todo lo expuesto, es patente y manifiesto que el impuesto que grava directamente la renta de las familias españolas, no resulta adecuado ni se ajusta a la debida protección económica de la familia, y su aplicación – altamente deficitaria para cubrir los gastos básicos de los/as hijos/as- resulta del todo injusto. Además, en las cargas indirectas de la familia tampoco existe una correcta y ponderada consideración de las mismas pues, si bien existe un tipo reducido para la adquisición de la vivienda [art. 91.1.7º Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)], no existe ninguna otra consideración destacable por razón objetiva de ser una familia numerosa, quedando, por lo tanto, el tipo impositivo de este impuesto fijado por la naturaleza del bien o servicio, no por la consideración o protección del sujeto que realiza el consumo.

4. El principio de generalidad tributaria por el que todos estamos llamados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, es un mandato constitucional al legislador para que tipifique como hecho imponible el presupuesto configurador del tributo sobre la manifestación de capacidad económica para que, de entrada, todos sean llamados a pagar tributos. Ello no significa que en dicha configuración el legislador no pueda introducir beneficios fiscales en forma de exenciones, reducciones o bonificaciones.

Precisamente, estos incentivos fiscales tienen su origen en otros principios y mandatos del constituyente para proteger o incentivar ciertas situaciones o actividades. En nuestro caso concreto, el legislador puede introducir las exenciones, reducciones o bonificación a las familias y familias numerosas de diversas formas. Como afirma la STC 96/2002, de 25 de abril (RTC 2002, 96), "la exención o la bonificación -privilegio de su titular- como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria (art. 31.1 CE), en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho generador de capacidad económica, sólo será constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita, pues no hay que olvidar que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando "se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31" (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 8)".

En resumen, los tributos del sistema español admiten claramente el establecimiento de incentivos fiscales cuando la situación concreta requiera de un tratamiento especial por el interés general o por la situación de hecho en la que existe un deber de protección social o económica.

5. Hasta el momento hemos comprobado la existencia de la obligación constitucional establecida a los poderes públicos para que protejan a la familia social, económica y jurídicamente. Comprobamos también que la situación fiscal de la familia, y muy especialmente la familia numerosa, está muy lejos de dar satisfacción a los mandatos del constituyente y que el principal impuesto, el IRPF, es manifiestamente injusto hacia esta importante institución. En el último punto vimos que el máximo intérprete de la constitución convalida el establecimiento de beneficios fiscales cuando existe un interés a proteger. Por lo que tenemos todos los presupuestos para abordar unas breves propuestas para mejorar la situación tributaria de las familias españolas.

Por lo que respecta al IRPF, como medida más sencilla o fácil de implementar sería aumentar en gran medida los importes de mínimo familiar por descendiente. Este cambio sólo requeriría de su correspondiente trámite parlamentario y modificación legislativa. Otra posible opción que se propone, sucintamente, sería ir hacia un sistema de cálculo en el IRPF por renta per cápita. Este sistema sería, de origen, más justo que el anterior. En efecto, si el legislador tributario estableciera un sistema de cálculo del impuesto de la renta en función de los miembros de la unidad familiar (sea ésta un solo contribuyente, o siete en el caso de una familia numerosa especial) por virtud del cual, la renta total obtenida dentro de esta unidad de dividiera por el número de miembros de la misma y, dicho resultado, fuera la base imponible a efectos de calcular el tipo impositivo que luego se aplicaría sobre el total de la renta, creemos que llegaríamos a un sistema de IRPF más justo y equitativo.

En este modelo se hacen tributar todas las rentas de la unidad familiar pero el tipo impositivo aplicable dependerá del número de los miembros de la misma. Así, una familia de 2, 3 o más miembros con idéntica renta, tributarán con tipos impositivos distintos de la tarifa del impuesto. Mas esta diferencia no vendrá por reducciones de la base total en función de mínimos familiares, sino por la aplicación del tipo sobre una base individual correspondiente a cada miembro de la unidad familiar. Por ello entendemos que este sistema es más justo porque parte de la renta disponible para cada uno de los miembros de la familia.

En este contexto, en la medida en que se hace tributar por la obtención de renta disponible por cada contribuyente de la unidad familiar, resulta más equilibrado y proporcional. No afectando esta medida al principio de progresividad dado que la escala del impuesto mantiene su correspondiente incremento conforme incrementa la renta disponible per cápita.

Por lo que respecta al IVA, entendemos que el establecimiento de tipos distintos en función de los miembros de la unidad familiar resulta inviable dada la complejidad y distorsión que introduciría una medida de este tipo. No obstante, la protección económica de la familia cuando realiza el consumo de bienes y servicios necesarios para su buen desarrollo, creemos que requiere algún esfuerzo y dedicación por parte del Legislador. En este sentido, servicios de primera necesidad como el suministro eléctrico, agua, gas y quizás también telecomunicaciones, deberían llevar una bonificación clara y real de los tributos que afectan a estos suministros.

De esta forma, sin introducir ningún factor modificante de los tipos impositivos comunes (general y reducidos), sí se podría alcanzar la protección de las familias por la vía de bonificaciones directa sobre dichos tipos.

Pudiendo trasladar la Administración Tributaria esta labor de aplicar la bonificación a las entidades suministradoras, en virtud de la colaboración social en la aplicación de los tributos que establece el art. 92 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

Junto a esto dos impuestos, también cabría considerar otro tipo de incentivos efectivos para las familias pero sobre todo para las numerosas. En efecto, existe un universo casi infinito de tasas, cánones y precios públicos, tanto estatales, autonómicos como locales que, hoy en día, no tienen ninguna consideración hacia la familia numerosa. Por ello, y de conformidad con lo establecido en el art. 39.1 CE, estos tributos deberían recoger beneficios fiscales hacia esta institución para dar cabal cumplimiento a la protección constitucionalmente debida a la familia.

6. Tras el análisis realizado hasta el momento y las consiguientes conclusiones y propuestas para una mayor justicia tributaria de la familia. Toca ahora analizar el caso de la Ordenanza Fiscal del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) de la ciudad de Valencia.

El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LHL), recogió la necesidad de protección social y económica de la familia estableciendo en su art. 74.4 que, “las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 90 por ciento de la cuota íntegra del impuesto a favor de aquellos sujetos pasivos que ostenten la condición de titulares de familia numerosa”. Es decir, el legislador estatal, como poder originario para establecer tributos (art. 133.1 CE), estableció una bonificación sobre un impuesto que grava un bien tan necesario y vital como la vivienda habitual, dejando al Municipio la facultad de determinar el coeficiente exacto de bonificación en virtud de su autonomía financiera (arts. 140 y 142 CE).

Con esta habilitación legal, el Ayuntamiento de Valencia, consciente de la necesidad de proteger y defender a la familia numerosa en las materias y competencias propias, aprobó el establecimiento de una bonificación en este impuesto de forma que la familia numerosa general disfrutase de un 30% y la familia numerosa especial del 90% de bonificación en el pago del IBI. Todo ello en los términos de la Ordenanza reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmueble, concretamente, su art. 5.

Esta bonificación daba también cumplimiento al principio de justicia tributaria dado que estas familias, al necesitar unas viviendas más amplias y, por lo tanto, con un valor catastral (Base Imponible del IBI, *ex* art. 65 LHL), sufrían una carga fiscal mayor de la capacidad real contributiva. En efecto, la

necesidad vital de una vivienda con más metros cuadrados no muestra por ello, indeciblemente, una mayor capacidad económica. Por lo que se hace necesario la introducción de este correctivo y beneficio fiscal para atenuar los efectos de un impuesto que se cuantifica, simplemente, por un valor que desconoce completamente a los contribuyentes que viven el inmueble gravado.

En la medida que esta bonificación se hace y resulta necesaria para una aplicación íntegra y completa de la protección de la familia en el IBI y la misma contribuye a la justicia social y tributaria, ha venido aplicándose de forma ininterrumpida durante años. Sin embargo, el actual Gobierno municipal, a pocos meses de tomar posesión de su cargo, ha decidido reducir dicha bonificación. A tal efecto, en la sesión ordinaria celebrada el pasado día 25 de septiembre de 2015, el Ayuntamiento de Valencia acordó aprobar provisionalmente la modificación de la Ordenanza fiscal reguladora del IBI.

Dentro de las medidas de modificación de la citada Ordenanza, el equipo de Gobierno ha propuesto, como se ha dicho, la reducción de la bonificación del IBI a las familias numerosas de tal forma que, a partir del 1 de enero de 2016, esta fundamental y necesaria institución va a soportar una mayor carga fiscal por este impuesto.

Como quiera que el acuerdo municipal publicado no expone qué razones le han llevado la toma de esta decisión, desconocemos el porqué de la medida. Lo que sí conocemos todos, porque lo publica el propio Municipio en su web –apartado presupuesto municipal, deuda pública-, es que la deuda del Ayuntamiento de Valencia se viene reduciendo sistemáticamente desde hace muchos años. Por lo que no parece que dicha medida tenga un origen justificado en la necesidad financiera del Municipio. Pero sobre todo, y aunque se quisiera justificar dicha medida en ello, bastaría recordar las innumerables partidas presupuestaria municipales donde se podría reducir el gasto antes de tomar una decisión tan poco social, contraria a la protección económica de la familia e injusta, porque hacer pagar más a unidades familiares por el mero hecho de necesitar una vivienda de mayor tamaño debido, precisamente, a su mayor tamaño, es contrario a todo sentido social y económicos de la institución familiar.

Si bien es cierto que los beneficios fiscales en ocasiones se han visto reducidos, normalmente ha sido por necesidades financieras del órgano o poder concedente. En este sentido, prácticamente todos los gobiernos, sobre todo desde que comenzó la crisis económica, han tomado decisiones basadas en el ajuste y reducción de beneficios económicos y sociales. Sin embargo, lo novedoso de la medida del Gobierno municipal es que, siendo la mayoría de los indicadores actuales de actividad económica y financiera mejores que los

de ejercicios anteriores, y habiendo reducido su deuda pública de forma continua en los últimos años, ha propuesto una medida claramente regresiva y contraria a los principios rectores de la política social y económica del art. 39.1 CE. Siendo también injusta la reducción de la bonificación cuando a todas luces no existe causa objetiva y razonable que la justifique.

Por todo lo expuesto, entendemos que procedería la modificación de la medida aprobada de forma provisional, y que debería ser replanteada y aprobada en términos que no menoscabase la ya maltrecha economía familiar. Con ello se daría un mejor y más adecuado cumplimiento a los deberes constitucionales de protección social y económica de la familia, en especial la numerosa, y se contribuiría positivamente al cumplimiento del principio de justicia tributaria que proclama nuestra Constitución.

ÍNDICE

EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA
ADOLESCENCIA.

THE NEW CHILDHOOD AND ADOLESCENCE PROTECTION
SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3 ter, diciembre 2015, pp. 178 – 197.

Fecha entrega: 30/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga
mdsanchez@uma.es

RESUMEN: La protección de menores ha sido objeto de una reciente y profunda reforma a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en atención a los cambios sociales experimentados desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incorporando importantes novedades. El objetivo fundamental es mejorar las condiciones de vida de los niños considerados como sujetos de derechos y obligaciones, mediante un modelo común, con mayor implicación por parte de los poderes públicos, bajo el denominador de integrar en nuestro ordenamiento la defensa del “interés superior del menor”.

PALABRAS CLAVE: Protección de menores; familia; interés superior del menor; Administración Pública.

ABSTRACT: Minors protection has been the purpose of a recent and deep reform through the Law 8/2015, of 22nd July and the Law 26/2015, of 28th July, on the modification of the childhood and adolescence protection system, in regards to the social changes experienced since the LOPJM 1996 came into force, embodying significant changes. The main goal is to improve living conditions of children considered as subjects of rights and obligations, by means of a common model, with a higher implication of public authorities, under the denominator of integrating in our legal system the defense of ‘the best interests of the child’.

KEY WORDS: Protection of minors; family; best interests of the child; Public Administration.

SUMARIO: 1. Necesidad de la reforma del sistema de protección de menores y primeras críticas a la respuesta del legislador.- 2. La concepción del menor como ciudadano y sujeto responsable.- 3. La familia como sede natural para la asistencia y protección del menor.- 4. Principios sobre los que se fundamenta el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- 5. La intervención de la administración ante las carencias familiares en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- 6. La protección de las personas menores de edad en la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

1. Los menores como sujetos especialmente vulnerables y demandantes de atención y cuidado, han sido objeto de protección, con mayor o menor fortuna, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, no pudiéndose olvidar que la familia es la sede natural en la que debe recibir asistencia y protección. La consideración del menor como sujeto social y titular de derechos permite la configuración del actual régimen jurídico especial existente, en cuya línea se encuentra la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM 1996), que junto con el Código Civil constituyen el principal marco de los derechos de los menores de edad.

Sin embargo, como es referido en los respectivos Preámbulos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y en la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia “transcurridos casi veinte años desde su publicación, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores y que demandan de una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional”.

El demandado cambio del sistema de protección en España se enfrentaba, por consiguiente, a un conjunto de problemas los cuales han influido en el contexto en el que han sido acometidas las reformas y posteriores actuaciones administrativas y judiciales en este ámbito [“Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”. Defensor del Pueblo, Madrid, mayo 2014, www.defensordelpueblo.es]: 1º. La insuficiencia de las estructuras de protección para atender adecuadamente la carga de trabajo; 2º. La contundencia de las potestades públicas reconocidas en este ámbito que, si bien está pensada como instrumento al servicio del interés superior de los

menores, puede conducir a decisiones graves y de difícil reversibilidad; 3º. La excesiva duración de los expedientes administrativos; 4º. La carencia de información y de asistencia jurídica de las familias biológicas desde el primer momento de la intervención administrativa, que les dificulta reaccionar ante las decisiones que se van adoptando.

No obstante, éstos no son los únicos problemas con los que contaba el sistema de protección de menores, a los cuales deben ser añadidos otros, tales como:

1º. La ausencia de claridad normativa derivada de la inexistencia de unos parámetros claros, definidos por el legislador de cuando se debe aplicar una norma a un caso concreto, generando inseguridad jurídica ya que se deja demasiada libertad al intérprete, lo que conduce a la existencia de soluciones diversas para situaciones muy similares [MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 33).

2º. La confluencia de normas de naturaleza civil y administrativa de origen estatal y autonómico elaboradas conforme a las directrices internacionales, configurando el conjunto de medidas de protección privadas y públicas, provocando desigualdades importantes entre los distintos territorios del Estado español. Como acertadamente ha referido MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La seguridad...*, cit., pp. 49-50, “si bien el artículo 6.1 del Código Civil señala que la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento, lo expuesto ha degenerado en el hecho de que es muy difícil tanto para los ciudadanos de a pie como para los operadores jurídicos conocer, a veces, qué norma es de aplicación a un caso concreto”, a ello se le une el hecho que “el jurista se encuentra con el problema del desencuentro que se produce en ocasiones entre lo reflejado en la norma y la aplicación práctica de los principios de Derecho social que se proclama en nuestra Constitución”.

En este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, puso de manifiesto que los aspectos nucleares de la protección de los menores se encuentran en el C.c. (arts. 172 y ss.) y en la LOPJM 1996, junto con una prolija regulación sectorial que afecta a los menores. A esta realidad, como refiere el Dictamen “se suma el hecho de que todas las comunidades autónomas cuentan también con normas propias en materia de protección de menores, lo que resulta en un entramado normativo de cierta complejidad que no facilita la asunción de la protección de los niños y adolescentes de manera equitativa a lo largo del territorio nacional, configurando un entorno de grandes disparidades desde varios puntos de vista”.

3º. La ausencia de previsión normativa a nivel estatal sobre la asistencia específica y especializada para los menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, realidad objeto de regulación exclusivamente por parte de ciertas autonomías.

En consecuencia, cabe estimar que el objetivo de la presente y otras reformas legislativas que se lleven a cabo deben tener como finalidad prioritaria la búsqueda de la uniformidad en todas y cada una de las decisiones que se adopten con independencia del origen de la Administración que emita la resolución con el propósito de dar cumplimiento al principio de igualdad consagrado en la Constitución, teniendo presente cuál es el interés superior del menor. Igualdad de resoluciones atendiendo al interés del menor en el caso concreto debe ser el objetivo de todo sistema de protección de menores por muy complejo que sea el marco normativo que lo regula.

Con esta situación se encuentran la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, las cuales proponen una mejora en ciertos aspectos relacionados con el sistema de protección de menores, con el fin de seguir garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado, constituyendo además una referencia para el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Para lograr este objetivo ambos bloques normativos realizan importantes reformas en una gran diversidad de normas.

La presente comunicación tiene por objeto el análisis de ambos textos legales que reforman el sistema de protección de menores, centrándose fundamentalmente en aquellas que proceden a la modificación de la LOPJM 1996 y Código Civil. Como punto de partida cabe poner de manifiesto que, el sistema de protección no ha experimentado importantes transformaciones, no dando por tanto cumplimiento al tan demandado cuerpo normativo en el que se refunda toda la materia que regula este ámbito. Cabe de esperar, aunque con cierto pesimismo, que esto no suponga un obstáculo para cumplir con el objetivo marcado en los respectivos Preámbulos tanto de la Ley 26/2015, tal es “introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección de la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia”; como de la Ley Orgánica 8/2015, el cual establece que “se busca una mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores, con independencia de su situación administrativa”.

2. La consideración del menor como ciudadano hace que sea reconocido como titular de derechos y obligaciones y, por lo tanto, como sujeto corresponsable de la sociedad en la cual se encuentra integrado. Esta nueva concepción del menor más amplia, no solamente como titular de derechos, es regulada en el Capítulo III de la LOPJM 1996, en los arts. 9 bis, 9 ter, 9 quáter, 9 quinquies introducidos por la Ley 26/2015, bajo la rúbrica “deberes del menor”, los cuales deben ser asumidos y cumplidos atendiendo a su edad y grado de madurez.

Estos originales deberes se estructuran en torno a los tres ámbitos en los que desarrolla de forma habitual su vida cotidiana, tales son:

1º. El ámbito familiar en el que la norma exige al menor: a) Participar activamente en la vida familiar, lo que entiendo le otorga la facultad de ser informado y oído sobre aquellas cuestiones relacionadas con el desarrollo de la misma que atendiendo a su edad y grado de madurez puedan afectarle; b) Respetar a sus progenitores y hermanos. La redacción otorgada finalmente a la norma excluye la referencia que en el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 28 de marzo de 2014, hacía sobre las “personas que se relacionen de forma estable con el núcleo familiar”. Este deber de respeto no puede entenderse circunscrito exclusivamente a la familia nuclear (padres y hermanos), sino que su exigencia cabe ser extendida respecto de otros miembros de la familia (abuelos, tíos, primos) que participen de forma activa en la misma, pues no es posible obviar una realidad social de crucial importancia en la actualidad, como es el notable papel que ostentan en el ejercicio del derecho de cuidado los abuelos. Asimismo, cabe considerar que este deber de respeto exigible al menor incluye también las personas encargadas de su asistencia y cuidado cuando los menores son objeto de una medida de protección; c) Participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas, con independencia de su género. Este deber consagra el principio de igualdad en el ejercicio de las tareas domésticas, debiendo ser interpretado como un paso más en la lucha por la igualdad en el ámbito de lo privado.

2º. El ámbito escolar en el que la norma exige al menor en el centro educativo: a) Respeto a las normas de convivencia, así como una actitud positiva ante el aprendizaje, lo que implica el estudio durante el periodo obligatorio. Este art. 9 quáter, apartado 1º contiene varios deberes que deben ser cumplidos por el menor como consecuencia del derecho a la educación y formación que tiene reconocido. Cabe entender que el cumplimiento por parte del menor del deber de estudio, exige que éste desarrolle una actitud positiva ante el sistema educativo respetando las normativas exigidas en el centro. Se trata sobre todo de plasmar en una norma un deber concreto y expreso ante el elevado índice de absentismo escolar que existe en nuestro

país; b) Respeto a los profesores, compañeros y demás empleados del centro educativo. Con ello se pretende poner de manifiesto la exigencia de un deber que trate de paliar las situaciones de violencia escolar que se vienen desarrollando en la actualidad en numerosos centros educativos.

3º. El ámbito social en el que la norma exige al menor como deberes sociales: a) Respeto de naturaleza personal, que le afecta a sí mismo y a todos los sujetos con los cuales se relaciona; b) Respeto de naturaleza contextual y estructural, lo que implica que el menor debe desarrollar una conducta que no ponga en peligro o suponga un atentado contra los recursos e instalaciones públicos o privados, así como el medio ambiente.

La exigencia de “deberes” al menor supone un paso importante en la concepción del mismo como sujeto al cual se le reconoce una autonomía progresiva atendiendo a su edad y madurez, superando la consideración que hasta el momento existía como mero titular de derechos en los arts. 4 a 9 LOPJM 1996. No obstante, como fue puesto de manifiesto en el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, aun considerando oportuna la enumeración de deberes de los menores, se trata más de una declaración de principios que de una regulación de obligaciones propiamente exigibles en caso de incumplimiento. En este sentido, cabe decir que la viabilidad práctica de esta regulación de los deberes de los menores, debe ir acompañada de un régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento, ya que de lo contrario se quedarán en meras intenciones siendo cumplidas por el menor a su libre albedrío.

3. No es posible cuestionar que la familia constituye el mejor ámbito para el desarrollo integral del menor (SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B.: “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista de Derecho Civil*, 2014, núm. 4, p. 124; VELAMAZÁN PERDOMO, G.: “Reflexiones práctico-teóricas sobre el llamado sistema de protección de menores”, *Annuario de Justicia de Menores*, 2014, núm. 14, p. 184; OCÓN DOMINGO, J.: “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, núm. 45, p. 13), por lo que su atención y amparo debe formar parte del sistema de protección de menores. Solamente cuando la familia no puede otorgar respuesta a las necesidades del menor viéndose imposibilitada para garantizar su integridad y desarrollo adecuado, tiene justificación y se encuentra legitimada la intervención de la Administración, sin olvidar que la familia forma parte de ese proceso de actuación y protección. Cuando el sistema de protección de menores se pone en marcha no solamente debe preservar y

ayudar al menor, sino ofrecer los mecanismos necesarios que permitan el saneamiento del ámbito natural en el que el menor debe ser objeto de atención y cuidado: la familia.

En torno a esta cuestión, el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia ha dispuesto que “la familia se reconoce, por otra parte, como el entorno idóneo para el cuidado, la protección y el adecuado desarrollo de los niños y, en ese sentido, constituye el núcleo básico para la asistencia y la formación de los menores en el sistema jurídico en España. Sin embargo, en los casos en los que el entorno familiar no es capaz de procurar la atención que obliga legalmente a los padres, las administraciones públicas deben asumir de manera subsidiaria para garantizar el disfrute de sus derechos”.

Los progenitores tienen como uno de sus deberes prioritarios “prestar asistencia a sus hijos”, siendo obligación del Estado proveer de las condiciones necesarias para que ello sea posible y así facilitar y garantizar el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen. Cuando no es factible por parte de los progenitores prestar la asistencia a sus hijos debe entrar en funcionamiento el sistema público de protección que no debe solamente proteger al menor, sino adoptar las medidas pertinentes en relación a los progenitores para garantizar el retorno del menor a su medio de origen, y solamente cuando resulte inviable adoptar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a la obligación de no promover su reinserción. Las Administraciones actuarán de forma progresiva cuanto mayor sea el grado de desprotección o desatención del menor en su familia de origen, ya que su protección deriva de la conjunción de una doble actuación: familia y Estado. Progresividad y proporcionalidad rigen en materia de intervención de menores (ROCA TRÍAS, E.: “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma 2013, pp. 1-38).

En todo caso, cuando se hace referencia a la familia en la cual debe crecer el menor ésta debe ser entendida de forma amplia, ya que se trata de prestar la asistencia más acorde con el interés del menor concreto, a la cual puede dar cumplimiento personas diferentes a los padres biológicos (miembros de la familia extensa, la comunidad, los representantes legales, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño). En consecuencia, esta interpretación amplia del concepto de familia que puede implicar la intervención del Estado cuando el menor debe ser separado de su familia de origen, es extensible también a las mismas.

4. El art. 6 de la Ley 26/2015, que modifica el art. 11 LOPJM 1996, recoge los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, los cuales son: 1º. El interés superior del menor; 2º. El mantenimiento del menor en la familia de origen, salvo que atente contra su interés, priorizando, en su caso, el acogimiento familiar frente al institucional.; 3º. La integración familiar y social; 4º. La prevención de las situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal del menor; 5º. La sensibilización de la población ante situaciones de indefensión; 6º. El carácter educativo de las medidas que se adopten; 7º. La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social de los menores; 8º. La objetividad, la imparcialidad y seguridad jurídica de las medidas de protección adoptadas, garantizando el carácter interdisciplinar de los equipos que adopten las decisiones; 9º. La protección de los menores contra cualquier tipo de violencia, doméstica y de género; 10º. La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia; 11º. La accesibilidad de los menores con discapacidad; 12º. El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual; y 13º. El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

Por su parte, el art. 7 Ley 26/2015, que modifica el art. 12 LOPJM 1996, establece los principios rectores de la reforma de las instituciones de protección a la infancia estableciendo que existirá prioridad entre: 1º. Las medidas estables frente a las de carácter temporal; 2º. Las medidas familiares frente a las residenciales; 3º. Las medidas consensuadas frente a las impuestas; y 4º. Las medidas nacionales frente a las internacionales.

5. La intervención de la Administración ante las carencias familiares en la Ley 26/2015 puede ser analizada atendiendo a la diversidad de situaciones en las cuales pueden encontrarse los menores, por lo que cabe diferenciar dos fases o momentos temporales. En la primera fase, son articuladas un conjunto de actuaciones ante la situación de desprotección de las personas menores de edad que pretenden con su intervención proceder a una rápida protección verificando la situación real que éstas padecen. En la segunda fase y, una vez determinada y clarificada la realidad del menor y, atendiendo siempre al interés del mismo, son objeto de regulación las diferentes medidas de protección de las personas menores de edad que atendiendo a sus circunstancias deben ser adoptadas. Corresponde pues un análisis de las mismas.

En un primer momento temporal, y ante las necesidades de atención que puede demandar el menor las actuaciones en situación de desprotección establecidas en la norma tienen como objetivo: a) Proceder a la atención inmediata del menor; b) Verificación de la situación de riesgo o desamparo

en la que el menor puede estar incurso; c) Establecimiento de un sistema de guarda voluntaria.

a) Atención inmediata: corresponde a las autoridades y servicios públicos prestar la “atención inmediata” que pueda ser requerida por un menor, asumiendo la Entidad Pública la guarda provisional en virtud de resolución administrativa, comunicándolo al Ministerio Fiscal y procediendo de forma simultánea a la práctica de las diligencias necesarias para la identificación del menor, investigar las circunstancias que lo rodean y que han determinado dicha guarda, constatando la situación real de desamparo. Las diligencias deben ser practicadas en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente (art. 172.4 C.c.).

El art. 14 LOPJM 1996 antes de la reforma contemplaba esta obligación pero no precisaba quién debía asumir la guarda durante el periodo de vigencia, ni cuál era el plazo máximo recomendable de duración de esta medida, así como las diligencias a las que debía otorgarse cumplimiento. En relación con el régimen de atención inmediata del art. 14 cabe referir que: 1º. El Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, 28 de abril de 2014, en su art. 7 que modificaba al art. 14 LOPJM 1996 establecía un periodo de guarda provisional en cumplimiento de la obligación de prestar atención inmediata, durante un plazo máximo de tres meses, el cual en la redacción final se silenció. Sin embargo, el art. 14 LOPJM 1996 se remite, tras la nueva redacción por Ley 26/2015, al art. 172.4 C.c. el cual establece que “cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública”. Atendiendo al tenor literal del artículo aunque no existe un plazo máximo como anteriormente de tres meses, las diligencias deben ser practicadas en un plazo breve que cabe entender será determinado y pasado el cual se actuará en consecuencia; 2º. El art. 172.4 C.c. determina que en esta fase de atención inmediata si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

b) Verificación de la situación de riesgo o desamparo: la “situación de riesgo” y el procedimiento en virtud del cual es decretada carecían de reconocimiento por parte de la legislación estatal, siendo objeto de regulación en el art. 10 Ley 26/2015, que modifica el art. 17 LOPJM 1996. Aunque el citado precepto recibe la denominación de “actuaciones en situación de riesgo”, en el apartado primero se define la situación de riesgo. A diferencia de la

anterior legislación y siguiendo el ejemplo de algunas normativas autonómicas se “considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”. Como novedades cabe referir: 1º. Estimar como indicador de riesgo el tener un hermano declarado en tal situación, salvo modificación evidente de las condiciones familiares; 2º. Considerar asimismo como indicador de riesgo la concurrencia de circunstancias o carencias materiales, en un intento de reflejar normativamente la situación de pobreza infantil de la que adolece nuestro país, pero que curiosamente no deben desembocar en la separación del menor de su entorno familiar, lo que implica riesgo y necesaria intervención directamente con la familia.

En relación con el concepto de “situación de riesgo” establecido en la norma solamente mencionar que al igual que ocurre con otros textos nos encontramos ante un concepto excluyente, es decir, es riesgo, lo que no es desamparo, existiendo siempre una zona de indeterminación o incertidumbre en la que la duda surgirá a efectos de la verificación de la situación real de riesgo o desamparo del menor. En cualquier caso, la intervención de la Administración Pública competente debe garantizar el cumplimiento de los derechos del menor adoptando las medidas pertinentes que permitan paliar la situación de riesgo con el fin de proteger al menor preservando el entorno familiar.

La norma también prevé la elaboración de un proyecto de intervención social y educativo en cuya elaboración se “procurará” la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, siendo “consultados” los menores según su madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. No obstante, de no ser posible su participación deberán ser oídos, teniendo en cuenta su opinión a efectos de intentar que el proyecto sea consensuado y firmado por las partes. Esta elaboración consensuada del proyecto de actuación responde al principio de primacía de las soluciones consensuadas frente a las impuestas, teniendo la mediación en este ámbito un importante campo de actuación.

Asimismo, en el apartado 5º del art. 10 Ley 26/2015 se establece el deber de colaboración de los progenitores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones y según su capacidad, en la ejecución de las medidas

establecidas en el proyecto de intervención, derivando su incumplimiento en la declaración de la situación de riesgo. La declaración posterior de la situación de riesgo y solamente en el caso de que el proyecto de intervención no resulte, permite pensar que en el sistema de protección de menores contemplado en la norma, se prevé una fase previa a la declaración de riesgo que a través de dicho proyecto se intenta evitar.

En cualquier caso, la declaración de riesgo, conforme a lo establecido en el apartado 6º del art. 10 Ley 26/2015, será dictada por la Administración Pública competente, mediante resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

Se regula pues un sistema de protección que ante la desprotección del menor se articula en tres fases en función de la gravedad del caso: 1ª. Fase de valoración de la situación de riesgo, en la que se propone un proyecto de intervención ofreciendo la posibilidad de que sea consensuado por las partes intervinientes; 2ª. Fase de declaración de riesgo, derivada del incumplimiento del deber de colaboración que corresponde a los diferentes sujetos intervinientes; 3ª. Fase de declaración de desamparo.

Atendiendo al contenido del art. 11 Ley 26/2015, que modifica el art. 18 LOPJM 1996, cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en “situación de desamparo” asumirá su tutela por ministerio de la ley, lo que lleva consigo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria (art. 172.1 párrafo 3º C.c., modificado por Ley 26/2015), adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Sin embargo, cuándo podemos decir que el menor se encuentra en situación de desamparo. Esta, como novedosamente define la norma, se “produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material”. El citado precepto enumera una serie de circunstancias, cuya gravedad debe ser objeto de valoración y ponderación conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, atendiendo en mi opinión a las circunstancias del caso concreto, en la medida en que el artículo determina que deben suponer “una amenaza para la integridad física o mental del menor”.

La resolución administrativa que declare la situación de desamparo así como las medidas adoptadas se notificarán en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, de forma inmediata en un plazo máximo de 48 horas (art. 172.1, párrafo 1º C.c.).

Las situaciones determinantes para que proceda la declaración de desamparo son enumeradas en el art. 11 Ley 26/2015. En concreto, en el apartado h) se establece como razón que “cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia”, será entendida como situación de desamparo. Este apartado h) induce a interpretar que se trata de una lista abierta de circunstancias en las cuales puede encontrarse el menor y que conllevan la declaración de desamparo, pudiendo ser apreciadas otras a las enumeradas en precepto.

En el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia se llamó la atención sobre la situación de desamparo y la crisis económica que hemos venido padeciendo la cual ha tenido reflejo en la Ley 26/2015, a efectos de su declaración (art. 18.2). Al respecto, el Dictamen estableció que “aunque según el Anteproyecto no puede acarrear por sí sola la declaración de desamparo del menor, es evidente que sí implica el riesgo de aumento de vulnerabilidad social de los menores y sus familias. A juicio del CES, es necesario actuar con cautela en el establecimiento de medidas de protección cuando concurren, junto a otras circunstancias, situaciones transitorias de insolvencia o dificultades económicas, articulando las actuaciones necesarias que eviten una ruptura del vínculo familiar y garanticen un adecuado régimen de relaciones, así como la posibilidad de una futura reintegración familiar, cuando el interés superior del menor así lo recomiende”.

Notificada la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, o los tutores que tengan suspendida la tutela, pueden en el plazo de dos años desde la misma solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión (patria potestad o tutela) y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si se ha producido un cambio de las circunstancias que la provocaron pudiendo asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Gozan también de dos años para oponerse a las decisiones que sean adoptadas respecto a la protección del menor. Transcurrido el citado plazo este derecho de solicitud y oposición se extingue, quedando sus facultades reducidas a facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio en las condiciones que dieron origen a la declaración de desamparo. Corresponderá exclusivamente al Ministerio Fiscal la facultad para oponerse a la resolución de la Entidad Pública una vez que hayan transcurridos los dos años (art. 172.2 C.c.).

c) Establecimiento de un sistema de guarda voluntaria: el art. 12 Ley 26/2015, que modifica el art. 19 LOPJM 1996, además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, prevé que la Entidad Pública asuma la guarda cuando los progenitores o tutores no pueden cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. La denominada “guarda voluntaria”, no puede tener una duración superior a los dos años, salvo que el interés del menor aconseje de forma excepcional su prórroga en la medida en que se hace previsible la reintegración familiar en un breve plazo de tiempo. En estos casos será necesario que la familia del menor se comprometa para someterse a la intervención de un profesional. Como se ha establecido en el Preámbulo de la Ley 26/2015, con este límite temporal “se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a las Administraciones Públicas “sine die”, privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia”.

La guarda se realizará mediante acogimiento familiar y si éste no es posible o conveniente para el interés del menor mediante el acogimiento residencial (art. 172 ter C.c.). El originario art. 19 LOPJM 1996 es ampliado con el art. 19 bis (art. 13 Ley 26/2015) donde se hace referencia al principio de prioridad de la familia de origen tanto para los supuestos de tutela como de guarda del menor, en la medida en que prevé con este fin la elaboración de un plan individual de protección y un plan de reintegración familiar para garantizar esta última, cuando ello sea posible. Como criterios a tener en cuenta para valorar el retorno del menor, atendiendo siempre a su interés, son establecidos los que siguen: 1º. Evolución positiva de la familia de origen, siendo objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar; 2º. Propósito de la familia de origen de desempeñar de forma adecuada sus responsabilidades parentales; 3º. Acreditación del mantenimiento de las relaciones parentales del menor con su familia de origen; 4º. Evaluación de que el retorno del menor no implica riesgos para el mismo mediante un informe técnico; 5º. Valoración del tiempo transcurrido, grado de integración del menor en la familia de acogida y el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. En el supuesto de ser procedente la reintegración familiar el art. 19 bis, 4º, prevé el seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor por parte de la Entidad Pública, no determinando al respecto plazo alguno.

Asimismo, la Entidad Pública puede acordar en relación al menor acogido cuando sea procedente para su interés, estancias, salidas los fines de semana o de vacaciones con familias o instituciones dedicadas a ello, para lo que procederá a una selección de personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor, el cual debe ser oído si tuviera suficiente juicio y, en

todo caso, si es mayor de doce años, procediéndose a una delegación de la guarda (art. 172.3 ter C.c.). Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, de guarda voluntaria, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores. Sin embargo, si los progenitores o tutores no se hacen cargo del menor, porque no se dan las condiciones adecuadas, debe ser declarado en situación de desamparo (art. 172 bis C.c.).

En un segundo momento temporal o fase y, determinada la situación de desprotección real en la cual se encuentra el menor las medidas de protección que pueden ser adoptadas son el acogimiento y la adopción, centrándonos en la presente comunicación exclusivamente en el acogimiento.

En materia de acogimiento se otorga prioridad al familiar frente al residencial. En relación a esto, resulta llamativo lo establecido en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, de 11 de febrero de 2015, en lo referente al “impacto económico general” y al “impacto presupuestario”, reconociendo que “respecto a la importante mejora que favorecerá la aplicación de la medida de acogimiento familiar respecto al acogimiento residencial, y de la adopción, se puede señalar que supondrá una distribución de las partidas económicas destinadas ahora por las Entidades Públicas para la atención de los menores en los centros, ya que el coste de la atención en los mismos debe ser más elevado para dichas entidades que los importes que se deben satisfacer en los supuestos de acogimiento familiar” por lo que “las modificaciones introducidas por este Anteproyecto de Ley no llevan consigo la necesidad de nuevas dotaciones presupuestarias de las que ya se están destinando a la protección de la infancia en estos momentos”. Ante estas estimaciones, cabe considerar que la protección del menor mediante el acogimiento familiar debe estar fundamentada en la idoneidad de la medida atendiendo a su interés y no en motivos económicos y presupuestarios, por lo que dudo de la viabilidad y realidad práctica de esta afirmación realizada en la Memoria. En este sentido, en el Dictamen del Consejo económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia se considera que “los argumentos utilizados para afirmar que la aplicación de la nueva normativa no tendrá ningún impacto económico-presupuestario son débiles e insuficientes para solventar las dudas que dicha afirmación suscita máxime teniendo en cuenta lo ambicioso de los objetivos del Anteproyecto. En este sentido, el CES considera necesario un análisis más exhaustivo de las repercusiones económicas de una reforma de tan hondo calado, que afecta a las principales instituciones de protección del menor”.

a) El acogimiento familiar: el art. 14 Ley 26/2015, que modifica el art. 20 LOPJM 1996, regula la institución del acogimiento familiar el cual puede

adoptar las siguientes modalidades: 1ª. Acogimiento familiar en familia extensa del menor; 2ª. Acogimiento familiar en familia ajena, pudiendo ser éste de carácter especializado. Por su parte, atendiendo al art. 173 bis C.c. según la duración y objetivos del acogimiento familiar puede ser de diferentes tipos: 1º. Acogimiento familiar de urgencia, para menores de 6 años, con una duración no superior a 6 meses mientras se decide la medida de protección que corresponda; 2º. Acogimiento familiar temporal, de naturaleza transitoria, bien porque se prevea la reintegración del menor en su familia de origen; o bien mientras sea adoptada una medida de protección de carácter más estable (acogimiento permanente o adopción). Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que atendiendo al interés del menor sea aconsejable su prórroga en la medida en que la reintegración del menor resulte “previsible e inmediata” o proceda la adopción de otra medida de protección definitiva; 3º. Acogimiento familiar permanente, el cual se establece al finalizar los dos años de acogimiento familiar temporal porque no sea posible la reintegración familiar, cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen o cuando se trate de menores con necesidades especiales.

Cabe observar respecto de la regulación hasta ahora vigente una agilización del procedimiento de constitución, que se formalizará por resolución de la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda, acompañada de un documento anexo (contenido del documento art. 20.3 LOPJM 1996). Por lo tanto, el acogimiento familiar se administrativiza, siendo objeto de control jurisdiccional la resolución administrativa si la misma es impugnada por persona legitimada, equiparándose al acogimiento residencial. La resolución de formalización del acogimiento y el documento Anexo serán remitidos al Ministerio Fiscal. En todo caso, se exige para ello una previa “valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento”, siendo definidos los criterios de la misma no recogidos hasta el momento en la normativa estatal.

La nueva regulación establece el estatuto del acogedor familiar en el art. 15 Ley 26/2015, que otorga contenido al art. 20 bis LOPJM 1996, en el cual se regulan los derechos y deberes de los acogedores. Por su parte, en el nuevo art. 21 bis LOPJM 1996 se recogen los derechos de los menores acogidos, con carácter general a todo tipo de acogimiento y particular, según sea familiar o residencial. Ante la ausencia de referencia expresa cabe entender que los deberes de los menores son los establecidos con carácter general en el Capítulo III, arts. 9 bis, 9 ter, 9 quáter y 9 quinquies.

En cualquier caso, el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia de acogida, debiendo contar con el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años (art. 173.2 C.c.).

b) El acogimiento residencial: el art. 16 Ley 26/2015, que modifica el art. 21 LOPJM 1996, ofrece la nueva regulación del acogimiento residencial procedente en defecto del acogimiento familiar. En relación a los menores que son objeto de acogimiento residencial debe ponerse de manifiesto que constituyen un colectivo importante y, en la mayoría de las ocasiones, invisible para la opinión pública. La normativa establece unos parámetros de edad en torno a los cuales establecer este tipo de acogimiento: 1º. Los menores de 6 años deben ser objeto de acogimiento familiar y solo excepcionalmente, entiendo que cuando no sea posible y atendiendo al interés del menor, procederá el acogimiento residencial por un plazo no superior a tres meses; 2º. Los menores de 3 años no pueden ser objeto de acogimiento residencial, salvo con carácter excepcional y ante imposibilidad acreditada de acogimiento familiar atendiendo al interés superior del menor.

Se establece en la norma con el fin de proteger a los menores en acogimiento residencial, la inspección y supervisión por parte de la Entidad Pública tanto de los centros como de los servicios prestados. Este control se ejercerá de forma habitual conforme a un plazo general de seis meses pudiendo ser alterado si así lo exigen las circunstancias. Cabe esperar que con ello y, en la medida en que las instituciones de acogimiento residencial constituyen un recurso de gran importancia para la atención de la infancia desfavorecida, sea posible avanzar y garantizar un estándar de calidad adecuada a la población con la cual se trabaja (vid. DE LA HERRÁN, A., GARCÍA BARRIOCANAL, C., IMAÑA MARTÍNEZ, A.: “Valoración del acogimiento residencial en centros de protección de menores: las vivencias de los jóvenes y sus familias”, *Tendencias Psicológicas*, 2008, núm. 13, pp. 193-210).

Respecto de los derechos y deberes de los menores cabe remitirse a lo establecido en el art. 21 bis LOPJM 1996, considerando nuevamente en relación a los deberes la previsión general referida en el Capítulo III.

Para finalizar el estudio que de la Ley 26/2015 se viene realizando cabe hacer referencia a tres temas fundamentales: a) El nuevo art. 22 bis LOPJM 1996, en el que se regulan los programas de preparación del menor para la vida independiente respecto de aquellos que hayan sido objeto de una medida de protección durante la minoría de edad. Con ello se pretende dar respuesta a las numerosas demandas que a lo largo de los años han sido realizadas desde distintos sectores en torno a la situación del menor una vez que ha cumplido la mayoría de edad y concluye el periodo de vigencia de la medida de protección por parte del Estado. La norma establece que estos programas de preparación estarán destinados a aquellos jóvenes que habiendo sido objeto de una medida de protección particularmente el acogimiento residencial o que encontrándose en situación de especial vulnerabilidad lo necesiten, pudiendo incorporarse dos años antes del cese de la medida a la cual se

encuentren sometidos. En relación a este programa se le exige al menor un compromiso de participación y aprovechamiento; b) La modificación del art. 174 C.c. que delimita las funciones del Ministerio Fiscal al cual le otorga una función prioritaria en este nuevo marco regulador de protección del menor. Conforme al contenido del citado precepto cabe destacar que, por un lado, el Ministerio Fiscal debe proceder a la vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores para lo cual la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos, remitiéndole copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos, así como de cualquier novedad de interés en torno al menor; y, por otro lado, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de vigilar y comprobar la situación en la que se encuentra el menor al menos cada 6 meses, no eximiendo por ello de la responsabilidad y deber de comunicación de cualquier circunstancia a la Entidad Pública. El Ministerio Fiscal debe desplegar, por tanto, acciones de naturaleza judicial y extrajudicial frente a los poderes públicos competentes para que cumplan con sus obligaciones preventivas, mediante una disposición idónea de recursos económicos y sociales. Corresponde al Ministerio Fiscal reclamar su efectividad sin depender de cualquier arbitrariedad ya sea política o administrativa, e incluso exigir el cumplimiento de sus obligaciones o responsabilidades (en este sentido DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés”, *Diario La Ley*, 2105, n^o 8590, p.1); c) La protección a la infancia comprende el cumplimiento de un deber de información que ha sido objeto de ampliación en la normativa incluyendo una dualidad de destinatarios: 1^o. Conforme al contenido del art. 22 LOPJM 1996 en su redacción originaria la Entidad Pública que tenga a los menores bajo su guarda o tutela tiene el deber de informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de los mismos, siempre y cuando no exista resolución judicial que establezca prohibición alguna al respecto; 2^o. Acorde con el contenido del nuevo art. 22 ter LOPJM 1996, las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado establecerán un sistema de información compartido que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia en España. Con ello, se pretende en principio lograr un mayor acercamiento entre las medidas adoptadas en cada Comunidad con el fin de garantizar la igualdad en las resoluciones que se adopten evitando la arbitrariedad y ofreciendo una mayor seguridad jurídica.

6. El nuevo sistema de protección de menores articulado en la referida Ley 26/2015, es complementado con la LO 8/2015. Esta norma resulta de gran importancia por la insistencia del legislador tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas de adoptar dentro de sus respectivas

competencias las medidas necesarias con el fin de dotar de efectividad a esta norma evitando con ello las tan denunciadas disfuncionalidades y desigualdades entre las diferentes Comunidades Autónomas. En relación a la misma y a efectos de las cuestiones fundamentales que interesan cabe hacer referencia a:

a) El art. 2 LOPJM 1996 establece que “en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Por todos son conocidas las dificultades interpretativas de este principio (vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 27-32) por lo que la Ley 8/2015 procede a la modificación del referido precepto con el fin de dotar de contenido al concepto de “interés superior del menor” en un intento de poner fin a las diversas polémicas generadas. El concepto de interés del menor es definido desde un triple contenido, como expresa el Preámbulo, no siendo solamente un principio general, sino un derecho fundamental: 1º. Se trata de un Derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que existan otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; 2º. Es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor; 3º. Es una norma de procedimiento. Asimismo, son establecidos una serie de criterios generales que deben ser tenidos en cuenta en la medida en que se estimen adecuados atendiendo a las circunstancias del caso concreto para la interpretación y aplicación del principio, debiendo ser ponderados en función de una serie de elementos generales conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

En cualquier caso, ante la situación real del menor que debe ser objeto de protección, el interés superior del mismo se traduce en la adopción del “mejor” recurso para un menor que en situación de desprotección social, “mejor” se adapta a sus necesidades y consigue su “mejor” y mayor bienestar posible.

b) El derecho del menor a ser oído y escuchado como es objeto de regulación diferenciada en la Ley 8/2015. El ejercicio de este derecho por parte del menor debe ser realizado de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia de profesionales cualificados que le informen tanto del contenido de las preguntas que se le realizan como de las consecuencias de su opinión. Cuando el menor solicita este derecho, su denegación debe ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y al propio menor.

c) El menor para la defensa y garantía de sus derechos puede conforme al art. 10 LOPJM 1996 en su redacción final conforme a la Ley 8/2015: 1º. Solicitar la protección y tutela de la Entidad Pública; 2º. Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos; 3º. Plantear quejas ante el Defensor del Pueblo; y 4º. Solicitar la asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial para emprender las acciones judiciales necesarias destinadas a la protección de sus derechos e intereses.

d) La regulación del acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta en el nuevo Capítulo IV, arts. 25 a 35 LOPJM 1996, introducido por la Ley 8/2015. Estos Centros responden a la necesidad manifestada en el Preámbulo, el cual establece que “la sociedad española ha sufrido un proceso de cambios acelerados en los últimos años que ha tenido su manifestación en la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias. Es el caso de los menores que ingresan en los centros de protección en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental”. Ante estas situaciones son necesarios centros especializados que ofrezcan soluciones diferentes a las de los centros de protección ordinarios, pues no se trata de instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, ya que su intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos. Por lo tanto, “estos centros deben proporcionar a los menores con trastornos de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad”

En todo caso, los menores con trastornos de conducta que se encuentren en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública son objeto de acogimiento residencial cuando la intervención no sea posible a través de otras medidas de protección, siendo atendiendo a las circunstancias del caso prioritaria la reintegración familiar, ya que no deben permanecer en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender estas necesidades específicas.

LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA
8/2015, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA
INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

DETERMINING THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AFTER
THE REFORM INTRODUCED BY THE ORGANIC LAW 8/2015, TO
MODIFY THE SYSTEM TO PROTECT THE CHILDREN AND
ADOLESCENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3 ter, diciembre 2015, pp. 198 - 206.

Fecha entrega: 26/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

JAVIER MARTÍNEZ CALVO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza
javiermc@unizar.es

RESUMEN: El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción requiere que el juez atienda a las circunstancias existentes en cada supuesto concreto. Con objeto de facilitar esta labor, la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha introducido una lista de criterios generales para la determinación judicial del interés superior del menor en la adopción de decisiones en las que se vean envueltos menores de edad, uniéndose a los ya previstos en algunas materias concretas, como en la determinación del régimen de guarda y custodia tras la ruptura matrimonial de sus progenitores.

PALABRAS CLAVE: interés superior del menor; concepto jurídico indeterminado; criterios; guarda y custodia.

ABSTRACT: The interests of the child is an indeterminate legal concept whose realization requires the judge to attend to the circumstances in each particular case. To facilitate this, the Organic Law 8/2015, modifying the system of protection of children and adolescents has introduced a list of general criteria for judicial determination of the best interests of the child in the adoption of decisions in which are involved minors, joining those already provided in some specific areas such as in determining the custody regime after their parents' marriage breakdown.

KEY WORDS: best interests of the child; vague legal concept; criteria; custody.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El interés superior del menor: un concepto jurídico indeterminado.- 3. Situación precedente a la reforma: algunos criterios legales y jurisprudenciales para la concreción del interés del menor en la determinación de su régimen de guarda y custodia.- 4. Criterios introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- 5. Conclusiones.

1. La determinación del interés superior del menor es una de las tareas más complicadas que debe llevar a cabo el juez a la hora de adoptar cualquier decisión en la que se vea implicado un menor de edad. Y es que, como vamos a ver, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado para cuya concreción resultará necesario que el juez valore las diversas circunstancias que concurran en cada supuesto.

En las últimas fechas han entrado en vigor dos importantes leyes en materia de protección de menores: la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El hecho de que la reforma se haya llevado a cabo a través de dos normas —en lugar de unificarla en una sola— se debe a que existe una diferencia sustancial en las materias que abordan. Así, mientras la primera regula derechos fundamentales -de ahí que se trate de una Ley Orgánica (*ex* art. 81.1 de la Constitución Española)-, la segunda recoge cuestiones que no afectan a tales derechos.

En estas páginas me voy a referir al carácter indeterminado del interés superior del menor y a los criterios que se han venido empleando tradicionalmente en su determinación. Posteriormente, me centraré en la reforma que la Ley Orgánica 8/2015 ha llevado a cabo sobre el art. 2 de la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor, en el que ha introducido una lista de criterios para la concreción del interés superior del menor.

2. Como he anticipado, el interés superior del menor se sitúa como el criterio rector a seguir en cualquier decisión que pueda afectar a un menor de edad -vid. por todas STS 257/2013, de 29 de abril-. Ello implica que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que esté en juego, incluido el de sus progenitores -*ex* art. 2.4 LO 1/1996, tras la redacción que le fue dada por el art. 1.2 LO 8/2015-.

Pese a que son reiteradas las referencias que las diferentes normativas hacen al interés superior del menor, lo cierto es que en ninguna de ellas encontramos una definición del mismo. Esta ausencia de determinación y concreción del interés superior del menor en nuestra normativa hace que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado, lo que nos obliga a atender a las circunstancias presentes en cada caso concreto para precisar cuál es el mejor interés del menor (TAMAYO HAYA, S.: “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 83, núm. 700, 2007, p. 670; MARÍN GARCÍA, I. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, D.: “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010, p. 22; MORO BONILLO, E.: “La voluntad del menor en el cambio de custodia”, *Revista de derecho de familia*, núm. 57, 2012, p. 55; y BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 2014, p. 3290).

El hecho de configurar el interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado plantea una importante ventaja: la posibilidad de acomodarlo a cada caso concreto (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, p. 152). Y es que, lo más beneficioso para un menor puede no serlo para otro, bien por sus cualidades personales o bien porque las circunstancias que lo rodean son diversas.

Sin embargo, la indeterminación de este principio también conlleva algunos inconvenientes, como la enorme discrecionalidad que se concede al juez, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad (HOWARD, W.: “El interés del niño y adolescente en las crisis familiares”, en: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo, 2008, p. 27; TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de derecho de familia*, núm. 41, 2008, p. 54; y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El interés del menor como criterio de aplicación de la Ley valenciana de relaciones familiares”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, p. 800) o una cierta inseguridad jurídica -derivada de la impredecibilidad de la decisión judicial- (GOIRIENA LEKUE, A.: “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”, *La Ley*, núm. 6823, 2007, tomo 5, p. 1100; TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor”, cit., p. 54; y DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y

las decisiones sobre su futuro profesional”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2013, p. 53).

3. Los inconvenientes que plantea el hecho de encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado —a los que me he referido en el apartado anterior— pueden paliarse a través del establecimiento de una lista de criterios en los que pueda apoyarse el juez a la hora de concretar el interés superior del menor, algo de lo que tradicionalmente ha prescindido nuestra normativa.

No obstante, existe una materia en la que se han llevado a cabo importantes esfuerzos en aras de dotar al interés del menor de mayor concreción: la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial de sus progenitores.

Al respecto, aun cuando nuestro Código Civil (en adelante CC) no ha previsto una lista específica de criterios, sí que es posible extraer algunos de su art. 92, como la opinión del menor -*ex* art. 92.6 CC-, la recomendación de no separar a los hermanos -*ex* art. 92.5 CC-, el informe del ministerio fiscal -*ex* art. 92.6 CC-, el resultado del dictamen de los especialistas -*ex* art. 92.9 CC-, las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas en la comparecencia -*ex* art. 92.6 CC- o la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos -*ex* art. 92.6 CC-.

Además, nuestro Tribunal Supremo ha ido introduciendo diversos criterios -también relativos a la determinación del régimen de guarda y custodia- a través de sus Sentencias de 8 de octubre de 2009, de 10 de marzo de 2010, de 11 de marzo de 2010, de 1 de octubre de 2010, de 10 de enero de 2011, de 7 de julio de 2011, de 22 de julio de 2011, de 29 de abril de 2013 y de 16 de febrero de 2015 -entre otras-. En concreto, ha propuesto los siguientes criterios: «(...) la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

Es en el ámbito autonómico donde se ha llevado a cabo un mayor esfuerzo en el establecimiento de los criterios que deberá valorar el juez en la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos. En este sentido, todas las normas autonómicas que han entrado a regular en la materia han

recogido una lista de criterios para concretar el interés superior —*ex* art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFFA); art. 5.3 Ley valenciana 5/2011; art. 233-11.1 del Código Civil de Cataluña (en adelante Cc.Cat.); art. 3.3 Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 Ley del País Vasco 7/2015—. Los principales criterios previstos en el ámbito autonómico son los siguientes: los posibles acuerdos existentes entre las partes —*ex* art. 233-11.1 f) Cc.Cat. y art. 3.3 g) Ley Foral navarra 3/2011—, la opinión de los hijos —*ex* art. 80.2 c) CDFFA, art. 5.3 b) Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.1 e) Cc.Cat., art. 3.3 d) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 d) Ley del País Vasco 7/2015—, su edad —*ex* art. 80.2 a) CDFFA, art. 5.3 a) Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.1 b) Cc.Cat, art. 3.3 a) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 c) Ley del País Vasco 7/2015—, su arraigo social, escolar y familiar —*ex* art. 80.2 b) CDFFA, art. 5.3 e) Ley valenciana 5/2011, art. 3.3 c) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 g) Ley del País Vasco 7/2015—, el número de hijos —*ex* art. 9.3 b) Ley del País Vasco 7/2015—, evitar separar a los hermanos —*ex* art. 80.4 del Código de Derecho Foral de Aragón, art. 233-11.2 Cc.Cat., art. 9.7 de la Ley del País Vasco 7/2015 y art. 3.7 de la Ley Foral navarra 3/2011—, la aptitud de los progenitores —*ex* art. 80.2 d) CDFFA, art. 5.3 c) Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.1 b) Cc.Cat y art. 3.3 e) Ley Foral navarra 3/2011—, el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores —*ex* art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015—, la dedicación pasada a la familia —*ex* art. 5.3 c) Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.1 d) Cc.Cat. y art. 9.3 a) Ley del País Vasco 7/2015—, la relación existente entre las partes —*ex* art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015—, la vinculación afectiva de los hijos con cada progenitor —*ex* art. 233-11.1 a) Cc.Cat. y art. 9.3 a) Ley del País Vasco 7/2015—, la ubicación de las residencias habituales de los progenitores —*ex* art. 233-11.1 g) Cc.Cat. y art. 9.3 i) Ley del País Vasco 7/2015—, las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores —*ex* art. 80.2 e) CDFFA, art. 5.3 f) Ley valenciana 5/2011, art. 3.3 f) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 h) Ley del País Vasco 7/2015—, la disponibilidad temporal de cada progenitor —*ex* art. 5.3 g) Ley valenciana 5/2011 y art. 233-11.1 g) Cc.Cat.—, su predisposición para permitir que el menor se relacione con el otro progenitor —*ex* art. 233-11.1 c) Cc.Cat., art. 3.3 b) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 e) Ley del País Vasco 7/2015— y los informes de especialistas —*ex* art. 80.3 CDFFA, art. 5.3 d) Ley valenciana 5/2011 y art. 9.3 f) Ley del País Vasco 7/2015—.

4. Como he anticipado, la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, una serie de criterios para determinar cuál es el interés superior del menor en cada supuesto.

En este sentido, el segundo punto del art. 2 de la Ley 1/1996 ha pasado a recoger los siguientes criterios: «a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia; d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

En realidad se trata de unos criterios muy generales —quizá en exceso— que se identifican con la protección de los derechos básicos que nuestro Ordenamiento Jurídico concede al menor. Así, se recogen aspectos tales como el derecho a la vida -*ex* art. 15 de la Constitución Española (en adelante CE)-, el derecho al libre desarrollo de la personalidad -*ex* art. 10.1 CE-, el derecho a ser oído en aquellas decisiones que le afecten -*ex* arts. 92.2, 92.6, 154.3, 156.2, 158.1.6 y 159 CC (entre otros)-, el derecho al mantenimiento de sus relaciones familiares -*ex* arts. 90, 94 y 160 CC-, el derecho de libertad ideológica y religiosa -*ex* art. 16.1 CE- y el derecho de igualdad y no discriminación -*ex* art. 14 CE-.

También se recogen dos criterios específicos para los supuestos en los que se adopta alguna medida de protección: la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial y el objetivo del retorno del menor a su propia familia, siempre que ello resulte conveniente a su interés.

Además, en el tercer párrafo del artículo 2 introduce una serie de elementos generales a tener en cuenta en la interpretación de los mencionados criterios: «a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección

subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales».

Lo cierto es que, más que elementos de interpretación de los anteriores criterios, parece que se trata de nuevos criterios de determinación del interés superior del menor, por lo que quizá hubiera resultado más coherente unificarlos todos en una misma lista. Así se evitarían algunas reiteraciones, como la referencia al principio de igualdad y no discriminación o al del libre desarrollo de la personalidad.

No cabe duda de que el establecimiento de los mencionados criterios facilitará la labor del juez a la hora de concretar el interés superior del menor y permitirá paliar —al menos en parte— la amplia discrecionalidad judicial en esta materia, reduciendo así el riesgo de arbitrariedad.

Sin embargo, los criterios establecidos tienen un carácter muy general, por lo que a mi juicio no resultan suficientes para concretar el interés superior del menor en supuestos específicos. Por ello, sin negar que la introducción de los mencionados criterios supone un importante paso, considero que resultaría necesario que nuestro Código Civil recogiera criterios específicos para la determinación del interés superior del menor en situaciones concretas, como en la atribución del régimen de guarda y custodia —tal y como hemos visto que han hecho las normativas autonómicas que han entrado a regular en la materia— o en el establecimiento de medidas de protección —respecto al que sólo introduce dos criterios—.

5. En conclusión, el interés superior del menor es el criterio primordial que debe seguirse a la hora de adoptar cualquier decisión por la que pueda resultar afectado un menor de edad. El hecho de que se trate de un concepto jurídico indeterminado ha planteado algunos inconvenientes en la práctica, como la excesiva discrecionalidad judicial o una cierta inseguridad jurídica.

Parece que la forma de más efectiva de mitigar dichos inconvenientes es a través del establecimiento de una serie de criterios que el juez deba valorar a la hora de determinar cuál es el interés superior del menor en cada caso concreto.

No obstante, nuestra normativa no ha previsto tradicionalmente los criterios que deben tenerse en cuenta en la concreción de dicho interés. Ha sido en materia de guarda y custodia donde se han realizado los mayores esfuerzos, tanto desde un punto legal —especialmente en el ámbito autonómico— como jurisprudencial.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por fin se han introducido en nuestra normativa nacional una lista con los criterios que deben valorarse en la interpretación y determinación del interés superior del menor. Sin embargo, los criterios previstos resultan demasiado generales, por lo que resultaría deseable la introducción en nuestro Código Civil de criterios específicos para la determinación del interés superior del menor en supuestos concretos, como en la atribución del régimen de guarda y custodia o en el establecimiento de medidas de protección.

ÍNDICE

RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE
CAPACIDAD PARA ADOPTAR Y SER ADOPTADO

RECENT LEGISLATIVE REFORMS ON ABILITY TO ADOPT AND
BE ADOPTED

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 207 - 228.

Fecha entrega: 30/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
ccallejo@ucm.es

RESUMEN: La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce importantes reformas en la legislación española de protección de la infancia y la adolescencia. Entre estas reformas cabe destacar las relativas a la adopción, siendo objeto de este trabajo el estudio de una materia de especial calado como es la relativa a la capacidad para adoptar y ser adoptado.

PALABRAS CLAVE: adopción; adoptante; adoptado; idoneidad; matrimonio; parejas de hecho.

ABSTRACT: Law 26/2015, of July 28, modifying the system of protection of children and adolescents introduced major reforms in the Spanish legislation on the protection of childhood and adolescence. These reforms included those related to the adoption, being the point of this work to study a matter of special importance as the related to the ability to adopt and be adopted.

KEY WORDS: adoption; adoptive; adopted; suitability; marriage; unmarried couples.

SUMARIO: 1. Visión general de las reformas en materia de adopción introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- 2. Requisitos para ser adoptante.- 3. Edad.- 4. Diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado.- 5. Diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado.- 6. Prohibiciones para adoptar.- 7. Idoneidad.- 8. Adopción póstuma.- 9. Adopción conjunta. Efectos de la separación o divorcio del matrimonio o ruptura de la pareja de hecho sobre el expediente de adopción en tramitación.- 10. Requisitos para ser adoptado.

1. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como se señala en su Preámbulo, tiene por objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección de la infancia y de la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, mediante una normativa que constituya un referente para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, de modo recíproco, se incorporan algunas novedades que ya habían sido introducidas por algunas normas autonómicas. Asimismo, se persigue la acomodación de la legislación a los diferentes acuerdos e instrumentos internacionales relativos a los derechos de los menores ratificados por España.

En su artículo segundo se acometen importantes reformas del Código Civil, algunas de ellas relativas a la adopción, en cuestiones, en muchos casos, de especial trascendencia. Además de las novedades en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado, que serán objeto de un detenido estudio, cabe destacar las siguientes:

a) Se modifican los supuestos en que no es preceptiva la propuesta previa de la Entidad Pública de protección de menores para iniciar el expediente judicial de adopción, añadiéndose a los supuestos que ya se contemplaban dos más: en primer lugar, cuando el adoptando sea hijo de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 176.2.2. 2º CC)-aunque, como veremos, este supuesto ya se admitía con diferente alcance por la Disp. Adic. Tercera de la Ley 11/1987-, y en segundo lugar, llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo (art. 176.2.2.3º CC).

b) Se introduce la guarda del menor con fines de adopción (art. 176 bis CC), que viene a sustituir al acogimiento preadoptivo, que desaparece, al ser

considerado como una fase de la adopción. Coherente con esta supresión del acogimiento preadoptivo, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 26/2015 dispone: “Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del código Civil (...)”.

De acuerdo con la nueva regulación, la Entidad Pública, con anterioridad a la propuesta de adopción, podrá delegar -hasta que se dicte la resolución judicial de adopción- la guarda del menor en desamparo a los adoptantes que, habiendo prestado su consentimiento, reúnan los requisitos de capacidad previstos en el artículo 175 CC, y hayan sido preparados, declarados idóneos y asignados para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública dictará la oportuna resolución administrativa, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviera suficiente madurez, y en todo caso si fuera mayor de doce años. Esta resolución se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, se suspenderá el régimen de visitas con la familia de origen, excepto en los casos previstos en el artículo 178.4 CC. Los guardadores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares. La propuesta de adopción deberá realizarse en el plazo más breve posible, que no podrá superar los tres meses desde que se hubiere acordado la delegación de la guarda del menor. El plazo máximo de tres meses de esta guarda podrá prorrogarse hasta un año si la Entidad Pública lo considera necesario en función de las circunstancias del menor. Según se recoge en el Preámbulo de la Ley 26/2015, “[E]sta previsión legal permitirá que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia. Esto podrá tener lugar mediante la correspondiente delegación de guarda de la Entidad Pública”.

c) Respecto al procedimiento de adopción, se mantiene el consentimiento a la adopción por el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años (art. 177.1 CC). En el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia se introducía la necesidad de consentimiento del propio adoptando, no sólo cuando tuviese doce años, sino también, “si tuviera suficiente juicio”. Sin embargo, esta última previsión fue suprimida del texto del Proyecto, y como venía dispuesto hasta entonces (art. 177.1 CC) y se mantiene ahora, éstos sólo deberán ser oídos, de acuerdo a su edad y madurez (art. 177.3.3º CC).

Como novedad se exige que debe asentir la adopción, no sólo el cónyuge del adoptante, sino ahora también, la persona unida a él por análoga relación de afectividad a la conyugal, salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente. Por supuesto no es necesario este asentimiento en los supuestos de adopción conjunta (art. 177.2.1º CC). Por otra parte, se ha suprimido como excepción a la necesidad de asentimiento del cónyuge del adoptante la separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente

También han de asentir a la adopción los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación, lo que sólo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 177.2.2º CC). En el art. 177.2.3 CC se introduce un nuevo supuesto en que es innecesario el asentimiento a la adopción de los progenitores: cuando tuviesen suspendida la patria potestad si hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el art. 172.2 CC, sin oposición a la misma o cuando hubiese sido desestimada dicha oposición, lo que, como dice el Preámbulo de la ley, dota de coherencia al sistema.

De especial importancia es la ampliación del tiempo que ha de transcurrir desde el parto para que la madre asienta la adopción: de treinta días, se amplía a seis semanas desde el parto (art. 177.2.4 CC). Esta previsión, que ya se había recogido en el art. 235-41.2 del Código Civil de Cataluña, da cumplimiento a lo establecido en el Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado) hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y ratificado por España el 16 de julio de 2010 [vid. GARCÍA ABURUZA, M. P.: “La adopción tras el Convenio de Estrasburgo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2013, versión electrónica, BIB 2013/467]. Con ello se pretende dotar de mayor sosiego y libertad a la madre, pero, como ha destacado la doctrina, esta reforma también está relacionada con el intento de evitar gestaciones de sustitución [ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Modificaciones de Derecho Civil en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2014, versión electrónica, BIB 2014/2141, p. 8].

Por otra parte, y como novedad, se prevé que también será oída por el juez la familia acogedora (art. 177.3.2º CC), pero se ha suprimido la necesidad de que sea oída la Entidad Pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél [Respecto a esta supresión, el Consejo de Estado en su Dictamen del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia

y a la adolescencia señala que si bien es cierto que se innova el régimen de la adopción al regular la declaración de idoneidad que elabora la Entidad Pública (art. 176,1 y 2 CC), siempre con carácter previo a la propuesta, a su vez necesaria para iniciar el expediente de adopción, salvo que en el adoptando concorra alguna de las circunstancias que contiene el art. 176.2, párr. 2, se adhiere a la opinión de varios organismos que entendían que era preciso mantener esa audiencia de la Entidad Pública, al menos para los casos en que no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública para la incoación del expediente de adopción [Dictamen del Consejo de Estado del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (VII.I), versión electrónica disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-1093>, p. 24] . En el mismo sentido se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto [p. 84]: “entendemos que tal audiencia –la de la Entidad Pública- resulta necesaria cuando no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública para la incoación del expediente de adopción por concurrir alguna de las circunstancias del art. 176.2 CC. En consecuencia se propone el mantenimiento del número 4 del art. 177 CC vigente”. Sin embargo, el texto definitivo mantiene la supresión de la necesidad de que sea oída la Entidad Pública a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquel, en los términos que se recogen en el Anteproyecto].

d) Respecto a los efectos de la adopción sobre la relación del adoptado con su familia biológica, dos son las novedades.

En primer lugar, se añade un supuesto más a los casos excepcionales de mantenimiento de los vínculos familiares con la familia de origen, frente a la regla general que, como se prevé en el art. 178.1 CC, es la extinción de los vínculos jurídicos con la anterior familia. Además de los casos en que el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, se añade aquel en que fuese hijo de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal [vid. *ut infra* 9]; y en ambos casos, como ya se prevenía anteriormente respecto al cónyuge, aunque éste o la pareja hubiera fallecido (art. 178.2.a CC).

Permanece en sus mismos términos el supuesto excepcional de mantenimiento de vínculos jurídicos del adoptado con su familia de origen recogido en el art. 178.2.b CC (“Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”).

De mayor trascendencia es la incorporación a nuestro ordenamiento de la llamada adopción abierta, en que se mantiene la relación, no los vínculos jurídicos —que se extinguen—, entre el adoptado y su familia de origen. En el Preámbulo de la Ley se señala que “[L]a oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la «pérdida», y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho”. Igualmente se indica que “se trata de una figura establecida con diferente amplitud y contenido en la legislación de diversos países, tales como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. En unos casos está configurada como «un acuerdo privado entre las partes», con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y en otros debe ser confirmado por un Juez, a quien correspondería la decisión sobre su posible modificación o finalización, como es el modelo que se incluye en esta ley” [el Consejo de Estado, en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, considera pertinente la regulación de la adopción abierta, destacando, como ha señalado la Comisión general de Codificación, el carácter excepcional de la medida y la atribución de competencias sobre esta situación a la autoridad judicial (p. 24). Sin embargo el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto se muestra más cauteloso, y señala que “no existe consenso sobre la idoneidad de esta clase de adopción, que cuenta con defensores y detractores. La posibilidad de la misma se propuso por algunos de los expertos que comparecieron ante la Comisión especial del Senado del estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (...) se trata de una opción que pudiera ser considerada, en principio y para determinados casos, una solución adecuada para el menor, en particular en el caso de adolescentes” (p. 85)].

Se regula en el art. 178.4 CC, que dispone que se podrá acordar por el Juez en la resolución de constitución de la adopción, a propuesta de la Entidad Pública, previa valoración positiva en interés del menor, y en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa, y consentido por la familia adoptiva y por el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años. En estos casos el Juez acordará, si lo estima oportuno, el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor y los miembros de la familia de origen, favoreciéndose especialmente la relación entre los hermanos biológicos. En

estos casos se llevará a cabo un seguimiento postadoptivo por la Entidad Pública, que ha de remitir al Juez informes periódicos al menos durante los dos primeros años, y transcurridos éstos, a petición del Juez. En dichos informes podrá realizar propuestas de mantenimiento o modificación del régimen de visitas y comunicaciones con la familia de origen. Además, cabe la suspensión o supresión de este régimen abierto a instancia de la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen e incluso el propio menor si tuviese suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

El Código Civil de Cataluña en su art. 235-47.4 ya regula un supuesto similar cuando dispone que “[L]a autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”.

e) Si el adoptado es mayor de edad, la extinción de la adopción en los términos señalados en el art. 180.2.1 CC, requiere su consentimiento expreso (art. 180.2.2 CC).

f) Se refuerza el ejercicio del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, pues a la regulación que ya existía en el art. 180 CC, se le añaden ahora los párrafos 5 y 6 que contemplan la obligación de las Entidades Públicas de conservar la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, que se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva, plazo previsto en el art. 22.5 del Convenio Europeo de Estrasburgo de adopción de menores. Esta conservación sólo se llevará a cabo para que el adoptado pueda conocer sus orígenes biológicos. También se impone, tanto a las entidades públicas como a las privadas que dispongan de esos datos, la obligación de entregarlos a la Entidad Pública o al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos. Con esta previsión se pretende evitar la negativa a entregar esos datos por parte de instituciones y hospitales, lo que obligaba al interesado a acudir a un procedimiento judicial [ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Modificaciones de Derecho Civil”, cit., p. 8. En este sentido, SAP Navarra, Secc. 1ª, 13 septiembre 2011 (AC 2012, 362)].

En su Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, el Consejo General del Poder Judicial lamentó que no se regulase la cuestión de la colisión del derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes con el derecho de la madre biológica a permanecer en el anonimato, cuestión a la que se refiere la STEDH de 13 de febrero de 2003, asunto Odiviere contra Francia, pues “si bien el Tribunal Supremo, en la sentencia 773/1999, de 21

de septiembre de 1999, determinó que la reserva de la maternidad de la madre soltera era inconstitucional y que debía preferirse el interés del hijo a conocer su progenitura; en sentido justamente inverso, el Tribunal Constitucional, por sentencia de 17 de junio de 1999, rechazó la inconstitucionalidad planteada sobre la ley de técnicas de reproducción asistida y entendió que el anonimato del progenitor biológico, donante de semen, no era contrario a la Constitución y prevalecía sobre el derecho a la identidad y a la verdad biológica del hijo” [Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, p. 87].

g) En materia de nacionalidad, se regula en el art. 19 CC la posibilidad de que, sin perjuicio de que el extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiriera, desde la adopción la nacionalidad española de origen, mantenga la nacionalidad de nacimiento, siendo reconocida por España, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen el menor adoptado mantiene su nacionalidad.

2. Las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015 en el art. 175 CC relativas a la capacidad para ser adoptante se refieren a las siguientes cuestiones: (i) aumenta la diferencia de edad entre adoptante y adoptando que será de, al menos, dieciséis años, frente a los catorce exigidos anteriormente; (ii) se establece una diferencia de edad máxima para adoptar, de cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el art. 176.2 CC; (iii) se incorpora la prohibición de ser adoptante para quienes no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en el Código civil; (iv) y se prevé en el propio texto del art. 175 CC la adopción por parejas de hecho.

3. Se mantiene el requisito de que el adoptante sea mayor veinticinco años, como se dispuso ya con la redacción dada al art. 175 CC por la LO 1/1996, de 1 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Por su parte, el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado) hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 recomienda que, para poder adoptar se ha de haber alcanzado la edad mínima señalada al efecto por la ley, que no puede ser inferior a 18 años ni superior a 30. Además, exige una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado de 16 años. No obstante, prevé que se prescinda de la edad mínima y de la diferencia de edad por razones de atender al interés del menor cuando el adoptante sea cónyuge o pareja de hecho registrada del padre o de la madre o en razón de la concurrencia de circunstancias excepcionales (art. 9).

Como ha señalado la doctrina, al exigir veinticinco años “el legislador se mantiene fiel a dos características omnipresentes en el Derecho español

sobre capacidad para ser adoptante; una, exigencia de una capacidad objetiva reforzada, más allá de la general capacidad de obrar plena consiguiente a la mayoría de edad; y dos, paulatina disminución en la edad legalmente fijada, desde los cuarenta y cinco años cumplidos que exigía la redacción originaria del Código” [BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación adoptiva”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia*, vol. V, (dir. por YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. V, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 556]. Con el señalamiento de una edad mínima de veinticinco años se busca una madurez en el adoptante que no se adquiere generalmente con la mayoría de edad. Es cierto que tampoco garantizan esa madurez el hecho de tener veinticinco años, pero al menos exige un plus de edad que permite entender, en principio, que existe esa madurez; y si a pesar de ello falta, a través de la idoneidad se podrá valorar este dato y su trascendencia a efectos de ser declarado o no idóneo para adoptar [ALBERRUCHE DÍAZ-FLOREZ, M.: “Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción”, *La Ley. Derecho de Familia*, 2015, Especial Reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, versión electrónica].

En el caso de ser dos los adoptantes, ya sean cónyuges o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, será suficiente con que uno de los dos haya alcanzado dicha edad, tanto si se trata de una adopción conjunta simultánea como sucesiva. Y en caso de adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho (art. 176.2.2.º CC), la doctrina ha entendido que habría que mantener la misma respuesta, de forma que si el progenitor biológico tiene al menos veinticinco años, no será preciso que lo tenga el adoptante. Pero si el progenitor biológico no ha alcanzado esa edad y el adoptante tampoco, no podrá adoptar todavía y deberán esperar a que cualquiera de ellos alcance dicha edad [SERRANO GARCÍA, I.: en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 588; BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación”, cit., p. 556].

4. Desde la redacción originaria del Código, que la fijó en quince años, nuestro Código Civil ha exigido siempre una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado. Lo que ha ido variando ha sido la cuantía: la Ley de 24 de abril de 1958 la elevó a dieciocho, la Ley 7/1970, de 4 de julio la bajó a dieciséis, y con la LO 1/1996, de 15 de enero la redujo a catorce. Ahora se vuelve a los dieciséis años, siendo ésta la diferencia mínima de edad que fija el Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado) hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. Al fijar esta diferencia de edad mínima se pretende hacer semejante la adopción a la filiación biológica.

El art. 175.1 CC en su redacción anterior que procede de la LO 1/1996, disponía: “La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años mas que el adoptado”. La doctrina estimaba que de la expresión “en todo caso” se derivaba que la diferencia mínima de 14 años entre adoptante y adoptado también se debía aplicar en los supuestos de adopción por ambos cónyuges, de manera que la diferencia mínima de edad debía concurrir respecto de los dos adoptantes [BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación”, p. 557; DÍEZ GARCÍA, H.: en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, (dir. por R. BERCOVITZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1885].

El tenor literal del primer párrafo del art. 175.1 CC en su nueva redacción dada por la Ley 26/2015 es el siguiente: “La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior”. A mi juicio, igual que sucedía en la redacción anterior, de los términos “en todo caso” se deriva que la diferencia de edad mínima debe concurrir incluso, en caso de adopción conjunta, respecto de ambos cónyuges o de los miembros de la pareja de hecho. Sin embargo, ahora no es precisa esa diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado en los casos previstos en el art. 176.2 CC en que no se requiere la propuesta previa de adopción de la Entidad Pública: adopción del pariente huérfano del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, adopción del hijo del cónyuge o de la pareja de hecho, cuando el menor lleva más de un año en guarda con fines de adopción o ha estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo y cuando el adoptado es mayor de edad o menor emancipado. Con esta nueva regulación se acoge la previsión del Convenio de Estrasburgo de permitir prescindir de la edad mínima para adoptar en los casos de adopción del hijo del cónyuge o de la pareja de hecho y en otras circunstancias excepcionales, que en nuestra legislación se han concretado en las del art. 176.2 CC.

5. Rompiendo una tradición existente en nuestro Derecho que no había establecido en ningún momento un tope máximo en la diferencia de edad entre adoptante y adoptando [como recoge BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (“Comentario”, cit., pp. 298 y 299) frente a las enmiendas presentadas en este

sentido al Proyecto de 1970, la ponencia argumentó en su Informe con las siguientes palabras: “Sin dejar de valorar la trascendencia que en el orden de las relaciones paterno-filiales puede tener una excesiva diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la ponencia se inclina a rechazar la enmienda en base a la conveniencia de mantenerse fiel, en lo posible, a nuestra tradición positiva, aun alejándola de algún ejemplo excepcional en contrario extraído del Derecho comparado, como el aducido en la enmienda”], se ha introducido en nuestro art. 175.1 CC una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptando de cuarenta y cinco años. Su objetivo, dice el Preámbulo de la Ley 26/2015, es evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables.

Se recogen tres excepciones a la necesidad de que exista esta edad máxima entre adoptante y adoptando:

1. En caso de adopción conjunta, esta diferencia de edad máxima sólo es precisa respecto de uno de los adoptantes.
2. Lo mismo que sucede respecto a la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado, la diferencia de edad máxima no es necesario que concurra en los casos previstos en el art. 176.2 CC.
3. Tampoco se aplicará esa limitación de la diferencia máxima de edad si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales. En este caso, “la diferencia máxima de edad podrá ser superior”.

La razón de exigir esta diferencia de edad máxima, como sucede con la diferencia de edad mínima, está en aplicar el “criterio biológico” para equiparar en la medida de lo posible la diferencia máxima de edad habitual en la filiación biológica. Se trata de un criterio que no ha estado privado de críticas, si bien ha de tenerse en cuenta que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de junio de 2010, asunto Schwizgebel contra Suiza, desestimó la existencia de discriminación en la denegación de la solicitud de adopción de una mujer soltera de cuarenta y siete años basada en la diferencia de edad entre la adoptante y el menor a adoptar.

Pero, como hemos apuntado, la finalidad última que se persigue al introducir en el Código Civil una diferencia de edad máxima es la de unificar los criterios existentes en las diferentes Comunidades Autónomas, algunas de las cuales ya venían exigiendo en la práctica o por la vía legal o reglamentaria, una diferencia de edad máxima, en unos casos para obtener la declaración de idoneidad de los adoptantes, y en otros dotando a la diferencia de edad de un

valor de dato preferente en la selección de los solicitantes que ya hubiesen sido declarado idóneos [La Ley 6/1995, de 28 de marzo, sobre garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid, en su artículo 59.1.b) señala entre los criterios preferentes para la selección de los solicitantes ya declarados idóneos “los ofrecimientos cuya diferencia de edad entre adoptado y adoptante o adoptantes no sea superior a cuarenta años. En caso de adopción por parejas se considerará la edad media de ambos”. La Ley 1/2006, de 28 de febrero de Protección de Menores de La Rioja en su artículo 97, tras señalar la edad como criterio de valoración para la declaración de idoneidad, dispone en su apartado 3 que “La declaración de idoneidad podrá incluir especificaciones relativas a la diferencia de edad con el posible adoptando y con sus circunstancias y características”. La Ley 8/2010, de 23 de diciembre de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria señala en su artículo 78.5: “Para la adopción, la diferencia máxima de edad entre adoptado y adoptante no superará los cincuenta años, tomando en consideración en el caso de parejas al miembro de menor edad”. La Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia en su artículo 77.2.a) señala entre las circunstancias a tener en cuenta en la valoración de la idoneidad “que entre la persona adoptante y la adoptada exista una diferencia de edad adecuada, siguiendo un criterio biológico normalizado y ajustado a sus correspondientes etapas vitales”. Y en el artículo 77.1 a) del Decreto 42/2000, de 7 de enero que refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia se recogen como aspectos que deben tenerse en cuenta en el proceso de valoración de la idoneidad de los solicitantes de adopción que entre el solicitante y el menor haya una diferencia de edad adecuada que no sea superior a los cuarenta años, excepto que los solicitantes estén en disponibilidad de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades, caso en que la diferencia de edad podrá ser superior. Este criterio de valoración de la idoneidad ya se había recogido anteriormente en el art. 49 a) del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, sobre medidas de protección de menores y la adopción y en el art. 33 a. de la Ley 3/1997, de 9 de junio de protección jurídica, económica y social de la familia, infancia y adolescencia de Galicia].

Como acertadamente señaló MORENO FLÓREZ, “si lo que se pretende con la adopción es un instrumento de integración familiar de determinados menores, constituyendo una filiación, quizá hubiera sido deseable señalar alguna edad máxima para adoptar para evitar que lo que no prohíbe la ley, los prohíban “los equipos técnicos” de las entidades que realizan las propuestas de adopción que excluyen, sistemáticamente, en la selección de adoptantes a los que superan determinadas edades” [en *Comentarios al Código civil*, (coord. por RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R. M^a), T. II, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 1593].

Con esta nueva exigencia, nuestro legislador acepta la tesis de quienes defendían que la diferencia de edad máxima constituyese, como la diferencia de edad mínima, un factor automáticamente excluyente que suponga el rechazo automático de los solicitantes de la adopción que superen los límites de edad establecidos, aun a costa de impedir valorar de hecho, en cada caso concreto, a la vista de otras circunstancias, lo que es más conveniente para el menor. El criterio opuesto es el que presidió la modificación de la Ley Foral navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, que exigía en la letra c del art. 74, que en el supuesto de adopción de menores en situación jurídica de desamparo la media de edad de los adoptantes no superase en cuarenta y cinco años a la del menor adoptado, y que ninguno de los adoptantes tuviera más de sesenta años. Sin embargo esta previsión fue derogada por la Ley Foral núm. 18/2010, de 8 de noviembre por la que se modifica la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. Como se recoge en la Exposición de Motivos de esta ley, una de las cuestiones más debatidas y controvertidas en la aprobación de las normas sobre adopción, tanto estatales como autonómicas, ha sido la relevancia que ha de darse a la edad de los solicitantes de adopción, a efectos de valorar su idoneidad. La exigencia del art. 74.c) constituía un requisito de origen exclusivamente foral, que se suma a los previstos con carácter general. Esta limitación suponía el rechazo automático de los solicitantes de la adopción, tanto nacional como internacional, que superasen los límites de edad establecidos por la Ley Foral, rechazo que impedía valorar de hecho, en cada caso concreto, a la vista de otras circunstancias, lo que es más conveniente para el menor. Por eso, el legislador navarro estimó que con el fin de que en la evaluación de la idoneidad de los solicitantes de adopción, la edad no fuera un factor automáticamente excluyente, resultaba necesario suprimir esa limitación y posibilitar la evaluación en función del conjunto de criterios concurrentes.

6. A las prohibiciones para adoptar del art. 175.3 CC (los abuelos, respecto a sus nietos, hermanos y cuñados, y el tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela) ahora se añade la prohibición de ser adoptantes de los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en el Código civil, lo que supone una remisión a los arts. 243, 244 y 245 CC.

7. El párrafo primero del art. 176 CC, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 1 de enero, que se mantiene, establece que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de

la patria potestad. En su párrafo segundo, tras señalar que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad hubiese declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad, disponía que “[L]a declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta”. Sin embargo, con la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, dice que “[L]a declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta”. Como se señala en el Preámbulo de esta Ley, con esta modificación se persigue aclarar que la declaración de idoneidad de los adoptantes ha de ser necesariamente previa a la propuesta de adopción que la Entidad Pública formula al Juez, “cuestión que no estaba claramente establecida”.

La Ley 26/2015 introduce una modificación de calado que, como señala en su Informe al Anteproyecto de ley el Consejo General del Poder Judicial, es consecuencia necesaria para el adecuado cumplimiento del artículo 15 del Convenio de la Haya relativo a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 23 de mayo de 1993, ratificado por España el 30 de mayo de 1995 y el artículo 10 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España: define la idoneidad para adoptar, estableciendo los requisitos para su declaración por parte de la Entidad Pública, en la correspondiente declaración (art. 176.3 CC) [en su Informe al Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial advierte que en la definición de idoneidad del art. 176.3 no se incluía ninguna referencia a la discapacidad, que sí se prevé en el art. 10.5 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, “por lo que deberían revisarse ambos preceptos para una correcta coordinación, más cuando la reforma viene a establecer la posibilidad de que unas mismas personas sean declaradas simultáneamente para la adopción nacional y la adopción internacional, siendo compatible la tramitación de su petición u ofrecimiento para los dos ámbitos” (pp. 80 y 81). Sin embargo el texto de este precepto se mantuvo en los mismos términos en el Proyecto y en el texto definitivo aprobado por las Cortes].

La introducción de una definición de la idoneidad para adoptar, según del Preámbulo de la Ley 26/2015, tiene como fin “fortalecer la seguridad jurídica”. Se recoge en el art. 176.3 CC, que dispone: “se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”. Para emitir esa declaración de idoneidad, se prevé de forma expresa que la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como si el adoptante o adoptantes tienen capacidad para establecer vínculos estables y seguros, y valorará sus habilidades educativas y su aptitud para

atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art. 176.3.2 CC).

Además se ordena que las personas que se ofrezcan para la adopción deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por la Entidad colaboradora autorizada (art. 176.3.4 CC).

Se incluye expresamente que no podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de su patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, o hayan confiado la guarda de su hijo a una Entidad Pública (art. 176.3 párr. 3 CC). No se trata de una cuestión que afecte a la capacidad para adoptar, como sucede con aquellos que no pueden ser tutores (art. 175.1. párr. 2 CC), sino a la idoneidad.

Una vez que la Entidad Pública haya valorado positivamente todos estos aspectos, formalizará la declaración de idoneidad mediante la correspondiente resolución (art. 176.3.2 CC) [respecto al procedimiento de adopción, constituye un acto de jurisdicción voluntaria, regulado en los arts. 33 a 42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria]. Como ha destacado la doctrina, la competencia para pronunciarse sobre la idoneidad del adoptante no la tiene a priori en el Derecho español el Juez, sino las entidades públicas. El Juez podrá (y deberá) posteriormente valorarla, pero nunca la declarará ab initio. Esto ha sido criticado en cuanto es un síntoma más de la administrativización que está sufriendo el Derecho civil y dentro de él, de manera particular, la materia de protección de menores [ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, M.: “Novedades introducidas”, cit.]. Pero al Juez le corresponde con carácter exclusivo aprobar o denegar la adopción, por lo que se mantiene inalterada la valoración discrecional judicial en orden a la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad [en este sentido, MORENO FLÓREZ, que añade: “Si el juez puede denegar la adopción a pesar de contar con los consentimientos exigidos, también podrá denegarla si entiende que el adoptante o adoptantes no reúnen las condiciones de idoneidad para el ejercicio de la patria potestad, aunque el criterio de la entidad pública sea el contrario” (“Comentarios”, cit., p. 1599)].

8. La nueva redacción del art. 176.4 CC mantiene la previsión que tenía anteriormente el art. 176.3 CC en referencia a la posibilidad de que se constituya la adopción aunque el adoptante hubiese fallecido, cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. Este supuesto en la redacción anterior sólo se

refería al cónyuge y ahora se amplía a la pareja estable. 3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. Para este caso se ha sustituido la referencia al acogimiento preadoptivo de un año por la nueva figura de la guarda con fines de adopción (art. 176 bis CC).

En la redacción anterior se admitía esta adopción póstuma si el adoptante había prestado ya ante el juez su consentimiento, pero ahora se añade la posibilidad de que el consentimiento se hubiese otorgado en documento público o en testamento. Esta previsión no se recogía en el texto del Anteproyecto, y fue introducida en el Proyecto a instancia del Consejo de Estado, que en su Dictamen del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia sugirió que además de la prestación del consentimiento ante el juez, se ampliase a otros medios de prestación como son los que finalmente se introdujeron en el Proyecto y en el texto vigente [Dictamen del Consejo de Estado del Anteproyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, p. 24]. Una previsión similar ya se recogía en el art. 235-32.3 del Código Civil catalán, que permite la adopción si el adoptante fallecido ha dado previamente su consentimiento ante la autoridad judicial, o en testamento, codicilo o escritura pública.

En todos estos casos, tal como se disponía en la redacción anterior, los efectos de la resolución judicial de constitución de la adopción se retrotraerán a la fecha de prestación del consentimiento (art. 176.4 CC).

9. La Ley 26/2015 introduce en el texto del art. 175 CC la adopción por más de una persona, conjunta o sucesiva, no sólo para los cónyuges, sino también para las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 175.4 CC), lo que comprende tanto la heterosexual como homosexual. En esta línea de equiparación de las parejas de hecho con el matrimonio a efectos de ser adoptantes, se establece en el art. 175.4 CC que el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte, y que también es de aplicación esta previsión a las parejas que se constituyan con posterioridad a la adopción.

Aunque el texto del art. 175.4 CC redactado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción sólo reconoció la adopción conjunta simultánea y sucesiva para los cónyuges, la Disposición Adicional Tercera de esa misma Ley [“Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de

forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”] -que no fue modificada por la Ley 1/1996- reconoció la capacidad para adoptar “simultáneamente” a un menor, “al hombre y la mujer integrantes de una pareja de hecho unidos de forma permanente por relación análoga a la conyugal”. Al exigir que fuesen hombre y mujer los adoptantes, quedaba excluida la adopción por parejas homosexuales. Además, tal previsión sólo se refiere a la adopción conjunta simultánea, no a la sucesiva [MORENO FLÓREZ, R. M^a.: “Comentarios”, cit., p. 1597)].

Con la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se da nueva redacción al art. 175.4 para admitir la adopción conjunta o sucesiva por matrimonios homosexuales [La redacción que se da al art. 175.4 CC por la Ley 13/2005, de 1 de julio es la siguiente: “4. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”]. Un sector de la doctrina entendió que también cabía la adopción conjunta tanto simultánea como sucesiva por parejas homosexuales, a pesar de que la aludida Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/1987 sólo se refiriera a uniones heterosexuales [en contra de tal postura se manifiesta BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación”, cit., p. 541]. Con esta modificación del art. 175.4 CC por la Ley 26/2015 se recoge la equiparación total de las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal al matrimonio a efectos de adopción, previsión que ya se recoge en el texto principal del Código civil, y se disipan las dudas referidas a la capacidad para adoptar conjunta y simultáneamente o sucesivamente a las parejas heterosexuales y homosexuales.

El texto del Anteproyecto se refería a la “pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro”. Sin embargo en su Informe al Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial estimo que en atención a la naturaleza de la adopción, sería aconsejable que “se indicara que ha de tratarse de una pareja de hecho unida de forma permanente con relación análoga a la conyugal”. Esta misma opinión se mantiene en el Informe del Anteproyecto por el Consejo Fiscal, que propone la siguiente redacción: “nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o pareja de hecho unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal inscrita en el correspondiente registro” [Informe del Consejo Fiscal disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914I_NFORME%20CF%20LEY%20PROTECCION%20INFANCIA.pdf?idFile

[=ccc43a18-67fc-470d-8bb2-172759eff938](#), p. 70]. En el Proyecto se acoge esta propuesta de referirse a aquellas parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal, pero se elimina el requisito de la inscripción, cosa que no había sido sugerida en ninguno de estos informes. El texto del Proyecto es el que se aprueba ya como texto definitivo con los siguientes términos: “pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”, lo que conlleva volver a la redacción que se recogió en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/1987 (“pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”), si bien se elimina la necesidad de que sea una unión permanente.

Deja por tanto sin determinar qué se entiende por pareja a estos efectos, y cual reúne los requisitos de relación de afectividad análoga a la conyugal, así como qué tipo de pruebas deberán aportarse para acreditarlo. No se señala tampoco ahora quien debe apreciar si existe esa relación de afectividad [MORENO FLÓREZ, R. M^a: “Comentarios”, cit., p. 1594, en referencia a la redacción anterior, señaló que quedaron sin aclarar una serie de extremos relativos a estas parejas, “tales como qué tipo de pruebas han de aportarse para demostrar esa Relación de afectividad similar a la conyugal, la permanencia de la unión, etc., entendiendo que será cualquiera de las admitidas en derecho, así como tampoco se señala quien debe apreciar esa relación de afectividad y la suficiencia de la misma, entendiendo que debería ser el Juez que entienda del expediente, aunque se haya iniciado a propuesta de la entidad pública, lo que no obsta para que se preste a un claro fraude de ley (...). La dificultad estribará en determinar si una pareja en concreto –la que en un momento determinado haya de ser evaluada por los servicios de la entidad pública- reúne los requisitos de «afectividad análoga a la conyugal» o «unión permanente»”].

Por otra parte, como hemos hecho notar, no se exige ya que se trate de pareja unida de forma permanente, lo que parece querer excluir la necesidad de que la pareja acredite un tiempo de convivencia, de la misma manera que no se exige que haya transcurrido cierto tiempo desde que los adoptantes contrajeron matrimonio. Sin embargo, no faltan normas autonómicas que sí exijan un tiempo mínimo de convivencia en las parejas de hecho para poder adoptar conjuntamente, e incluso en el matrimonio. Así, la Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción y atención a la infancia y a la adolescencia, exige a las parejas estables que acrediten una convivencia de dos años (art. 74.f). Igualmente, la Ley de Protección de Menores de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero también exige una duración convivencial previa entre los miembros de la pareja de hecho en su art. 96 relativo a los criterios de exclusión de solicitudes de adopción que dispone que no se admitirán las solicitudes de adopción, excluyéndose con carácter previo a su valoración técnica para la declaración de idoneidad, en caso de adopción conjunta, los

solicitantes que no acrediten tres años de convivencia. En el mismo sentido, la Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco, en su art. 83.1 fija entre los presupuestos de idoneidad en el caso tanto de matrimonio como de pareja de hecho una duración mínima de la convivencia de dos años anteriores a la solicitud.

Además de la adopción conjunta por las parejas de hecho unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal y de los cónyuges, cabe la adopción unilateral por el cónyuge, o la persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, ya sea una unión entre personas de mismo o de distinto sexo, del hijo biológico del otro cónyuge o miembro de la pareja, previsión ésta que no se recogía de forma expresa en el art. 178.2.a) CC anterior. No obstante, la doctrina ya entendió admisible este supuesto en aplicación del art. 178.2.b) CC, que disponía –texto que se mantiene con Ley 26/2015- que frente a la regla general consistente en la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior a causa de la adopción, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia de origen “cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir” [algunos autores entendieron que aunque el art. 178.2.1º CC sólo se refería en su tenor literal al matrimonio, de la Disp. Adic. Tercera de la Ley 21/1987, se derivaba una equiparación a efectos de adopción entre uniones de hecho y matrimonio que suponía que esta excepción también debía aplicarse a la adopción del hijo del conviviente no matrimonial del adoptante (DÍEZ GARCÍA, H.: “Comentarios”, cit., p. 1925). MORENO FLÓREZ (“Comentarios”, cit., pp. 1612 y 1613) estima que, a pesar de entender que la equiparación de la pareja estable con el matrimonio en la Disp. Adic. Tercera de la Ley 11/1987 sólo se refiere a los supuestos de adopción conjunta simultánea, en virtud del art. 178.2 CC era posible la adopción de quien es hijo por naturaleza de la persona que forma pareja estable con el adoptante].

Se regulan con carácter novedoso, a propuesta de algunas Comunidades Autónomas, los efectos de la separación o divorcio y ruptura de la pareja de hecho sobre el expediente de adopción en tramitación. Se permite en el nuevo párrafo 5 del art. 175 CC la adopción conjunta por ambos cónyuges o pareja de hecho, aun cuando se hayan separado o divorciado antes de la propuesta de adopción, siempre que se den los siguientes presupuestos:

1º) Que el adoptando estuviera en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de los dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

2º) Que se produzca la separación o divorcio legal o la ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción.

3º) Y que se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

10. Se mantiene los requisitos que ya existían para ser adoptado (art. 175.3 CC), si bien respecto a las condiciones para que pueda ser adoptado un mayor de edad o un menor emancipado, se modifica el “dies a quo” del acogimiento o convivencia previos, de forma que ahora ya no es preciso que haya comenzado antes de que el adoptando haya cumplido 14 años, como exigía el anterior art. 175.2 CC, sino que basta con que haya existido al menos un año.

En efecto, en la redacción anterior se decía que cabría la adopción del mayor de edad o del menor emancipado “cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”, de manera que era preciso que la convivencia o acogimiento se hubiera iniciado al menos a los 13 años, y se hubiera prolongado de forma ininterrumpida hasta la emancipación si bien no exigía “que esa situación de convivencia subsistiera en el momento de la adopción, permitiéndose –al menos en hipótesis teórica- la adopción de un mayor de edad con quien se hubiese convivido anteriormente” [MORENO FLÓREZ, R. M^a.: “Comentarios”, cit., p. 1595]. Sin embargo, en la nueva redacción introducida por la Ley 26/2015, el art. 175.2 CC dispone que cabe esta adopción “cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año”. Como señaló el Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto -en que ya se recogía esta previsión, que se mantuvo en los mismos términos en el texto definitivo-, cabe hacer una valoración favorable de esta modificación “que posibilitará la adopción de mayores o menores emancipados que convivan con los futuros adoptantes” [Informe al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial, p. 79]. Ya no se requiere una duración tan larga de la convivencia o acogimiento, ni se exige el requisito de que sea ininterrumpida. Tampoco se exige que el acogimiento o la convivencia estable de un año subsista en el momento de la adopción, por lo que cabe la adopción de un emancipado con quien se hubiese convivido anteriormente. Lo que sí se precisa es que la situación de convivencia estable o de acogimiento del

adoptando con los futuros adoptantes existiera inmediatamente antes de la emancipación o de la mayoría de edad.

ÍNDICE

LA RIFORMA DELLA FILIAZIONE E IL RAPPORTO
 TRA GLI ASCENDENTI E I NIPOTI MINORI.
 IL D.LGS. 28 DICEMBRE 2013, N.154.

THE REFORM OF THE FILIATION AND THE RELATIONSHIP
 BETWEEN THE ANCESTORS AND MINOR GRANDCHILDREN.
 THE LEGISLATIVE DECREE 28TH DECEMBER 2013, N.154.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 229 - 245.

Fecha entrega: 25/11/2015
 Fecha aceptación: 15/01/2016

CATERINA GRAZIA SCLAFANI
Dott.ssa in giurisprudenza
LUMSA (Libera Università Maria Ss.Assunta), sede di Palermo
caterina.scla@gmail.com

RIASSUNTO: La riforma della filiazione introdotta con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 ha apportato numerose modifiche, sia di diritto sostanziale che processuale, al fine di garantire una maggiore tutela nei confronti del minore. Tra le novità di maggiore rilevanza si notano la parificazione della condizione giuridica dei figli e il riconoscimento del diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minori.

PAROLE CHIAVE: riforma della filiazione; parificazione di *status*; rapporti significativi; ascendenti; nipoti minori.

ABSTRACT: The reform of the filiation introduced with the legislative decree 28th December 2013, n.154 has generated several changes, both in the substantial law and in the processual one, to guarantee more protection towards the adolescents. Among the most relevant news we can notice the equalization of the legal conditions of the children and the recognition of the right of the ancestors to mantain significant relationships with minor grandchildren.

KEY WORDS: Reform of filiation; equalization of the *status*; significant relationship; ancestors; minor grandchildren.

SOMMARIO: 1. La l. 10 dicembre 2012, n. 219 e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.- 2. Il concetto di famiglia.- 3. Cosa cambia nel testo normativo riformato.- 4. Il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti. L'art. 317-bis c.c.- 5. L'obbligo di mantenere i nipoti.- 6. Casa familiare concessa in comodato dagli ascendenti.- 7. I diritti successori.

1. Con la l. 10 dicembre 2012, n.219 è stata operata una vera e propria rivoluzione culturale che ha comportato modifiche, addirittura, nel linguaggio giuridico; sono scomparsi, infatti, gli appellativi discriminatori di “figli legittimi” e “figli naturali” [CASABURI, G.: “La disciplina della filiazione; gli obiettivi conseguiti e le prospettive (specie inaspettate) future”, *Corr. Mer.*, 2013, pp. 8, 9, 817].

Tale traguardo è stato raggiunto grazie al preziosissimo lavoro della commissione di studio e ricerca per le questioni giuridiche attinenti alla famiglia, la quale è stata presieduta dal prof. Cesare Bianca, con l'aiuto e il supporto di magistrati ed esperti del settore, che hanno messo al servizio le loro competenze in materia di diritto di famiglia e dei minori.

L'utilissima attività svolta dalla commissione Bianca è stata incessante e svolta in maniera regolare anche grazie al contributo delle associazioni rappresentative degli avvocati, notai, magistrati, degli ordini degli psicologi e degli assistenti sociali e dei rappresentanti dell'Associazione Nazionale Ufficiali di Stato Civile e d'Anagrafe.

Al fine di ricevere un consenso espresso da una comunità più ampia, il Governo ha sottoposto il testo ad una consultazione pubblica, mediante il sito della Presidenza del Consiglio dei ministri. Il confronto con i cittadini ha dato esito positivo confermando, quindi, l'importante lavoro svolto dalla Commissione.

La nuova l. 10 dicembre 2012, n.219, è stata fondamentale nell'ambito del diritto di famiglia, in quanto ha aperto la strada ad una vera rivoluzione che si evince dal novellato art. 315 c.c., secondo il quale: “Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico” [FIGONE, A.: “La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale”, Torino, 2014, p.1].

L'iter per arrivare alla suddetta legge è stato molto complesso soprattutto perché fino ad allora era ancorato a radici storiche della tradizione napoleonica.

Fino al 2012, la normativa italiana presentava un ritardo nella materia oggetto di trattazione rispetto ai cambiamenti degli altri paesi europei che erano già stati protagonisti di notevoli evoluzioni.

Così, il legislatore italiano, seguendo l'esempio di altre legislazioni europee, ha superato la classica distinzione dello *status filiationis*, non tenendo conto della circostanza che il concepimento sia avvenuto, o meno, durante il matrimonio.

Originariamente, il codice civile del 1949 faceva una distinzione fra filiazione legittima e filiazione illegittima, considerando quest'ultima come l'emblema del disvalore sociale poiché la cultura e la morale di quegli anni ritenevano scandaloso un concepimento non avvenuto nell'unione matrimoniale. Infatti, gli artt. 559 e 560 c.p. sanzionavano come reato l'adulterio da parte della donna sposata e il concubinato da parte dell'uomo coniugato; i figli nati da queste relazioni extraconiugali non venivano riconosciuti e questo certamente rappresenta un esempio lampante di discriminazione.

Tuttavia, da sempre, la famiglia ha rappresentato il punto focale nel quale si apre il dibattito sulla società, per questo motivo è stato necessario adeguare la legislazione ad una tipologia di famiglia che con il tempo è cambiata; la legislazione, dunque, deve trovare adeguate soluzioni alle esigenze che la nuova società richiede attraverso una più pratica applicazione giurisprudenziale [DANOVI, F.: "Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) "naturali" ", Corr. giur., 2013, p.p. 4, 537].

La Commissione Bianca ha, quindi, elaborato un intervento sistematico e funzionale al fine di eliminare le discriminazioni, sia terminologiche che sostanziali, per adeguare l'ordinamento italiano e renderlo conforme agli ordinamenti internazionali [BERETTA, G.: "La storia della riforma", cit., p. XVI].

Per quanto attiene alle discriminazioni sotto il profilo terminologico, la l. 10 dicembre 2012, n.219, ha eliminato la distinzione tra "figli legittimi", "figli naturali", e figli adottati, sostituendola con la parola "figli" senza appellativi.

Di conseguenza è stata apportata una parificazione dello *status filiationis*; non esistono più figli migliori rispetto agli altri, quindi figli di serie A e di serie B.

Anche l'art. 30, terzo comma Cost., aveva totalmente ristrutturato l'impostazione del codice, poiché è stabilito che la legge debba tutelare e garantire i figli nati fuori da matrimonio attraverso ogni sostegno giuridico e

sociale, sebbene compatibile con i diritti propri della famiglia legittima [DELFINI, F.: “Riforma della filiazione e diritto successorio”, Torino, 2013, pp.4, 545]. Tuttavia la Costituzione non ha apportato una completa equiparazione dei diritti, legittimando, eccezionalmente, un *favor* nei riguardi dei membri della famiglia legittima. Per quest’ordine di ragioni, l’art. 30 Cost. va coordinato con gli artt. 2 e 3 Cost. In particolare, l’art.2, “riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, ...”. L’art. 3, invece, fa obbligo alla Repubblica di rimuovere “gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana...”.

La nuova legge 10 dicembre 2012, n.219 ha apportato modifiche non solo di diritto sostanziale ma anche di diritto processuale in particolare nella spinosa materia della tutela del minore [DE FILIPPIS, B.: “La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura”, Fam. e dir., Milano, 2013, pp. 3, 291]. Nello specifico, la Commissione è intervenuta sullo *status* dei figli c.d. naturali, al fine di rimuovere il discriminatorio *treatment* normativo dei minori nati da un’unione non sigillata dall’istituto matrimoniale [BUFFONE, G.: “La novità del “decreto filiazione” ”, in Il civilista, Milano, p. 5].

Fondamentale appare il richiamo al novellato art. 74 c.c., il quale stabilisce che “la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all’interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo”.

Appare chiaro che è stata totalmente modificata la nozione di famiglia legale, la quale non è più soltanto quella affrancata dal matrimonio.

Il risultato è che lo *status* di figlio, può avvenire per nascita da genitori coniugati, per riconoscimento o per dichiarazione giudiziale. Successivamente all’acquisizione di tale *status*, il soggetto diventa parente delle persone che discendono dallo stipite dei suoi genitori e quindi entra a far parte della famiglia, a prescindere dal fatto che sia stato concepito in costanza di matrimonio o meno.

Si parla, così, di famiglia allargata che diventa di “diritto” e non più di “fatto” [BERETTA, G.: “La storia della riforma”, cit., p. XVII].

Un altro concetto che è stato superato con la riforma è quello di “potestà genitoriale” sostituito con la nozione di responsabilità genitoriale. Ovviamente, anche questa sostanziale modifica è stata compiuta per adeguarsi all’evoluzione socio-culturale avvenuta nei rapporti tra genitori e

figli. Di conseguenza, l'attività del genitore non si qualifica più come "potestà" ma come assunzione di responsabilità nei confronti del figlio. Questa correzione terminologica si è adeguata alle diverse fonti internazionali che, anche in questa materia, si presentavano in maniera più innovativa rispetto alla legislazione italiana. Quindi, i rapporti genitori-figli non devono essere esaminati considerando il preminente punto di vista dei genitori [DOGLIOTTI, M.: "Nuova filiazione: la delega al governo", Torino, 2013, pp. 3, 279], ma evidenziando il preminente interesse dei figli minori come interesse supremo.

La riforma della filiazione è stata completata attraverso la promulgazione del d.lgs 28 dicembre 2013, n. 154.

Il 4 marzo 2013, la Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e presieduta dal prof. Bianca, ha poi consegnato e depositato la propria relazione conclusiva dei lavori che conteneva uno "Schema di decreto legislativo recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n.219". Il 12 luglio 2013, poi, il Consiglio dei Ministri ha accettato lo schema presentato dalla Commissione Bianca, introducendo soltanto alcune modifiche ai lavori dei compilatori. Successivamente, in data 13 dicembre 2013, il testo è stato risolutivamente approvato. Il processo si è concluso con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n.5 dell'8 gennaio 2014, così, la delega contenuta all'interno della legge 219/2012, ha, infine, trovato esecuzione nel d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, intitolato "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n.219".

Il suddetto decreto è composto di quattro titoli; il I, intitolato: "modifiche al codice civile in materia di filiazione" (artt. da 1 a 92), il II, intitolato "modifiche al codice penale, di procedura penale e di procedura civile in materia di filiazione" (artt. da 93 a 95), il III, "modifiche alle leggi speciali in materia di filiazione" (artt. da 96 a 103), il IV, "disposizioni transitorie e finali" (artt. da 104 a 108).

La delega oggetto di discussione è contenuta nell'art. 2 della legge 219/2012, entrata, poi, in vigore l'1 gennaio 2013.

Tuttavia, il termine per l'attuazione della decretazione delegata è stato fissato alla data dell'1 gennaio 2014, ovvero dodici mesi dalla data dell'entrata in vigore della legge 219.

Il fulcro della delega si ricava dall'art. 2 comma I, dal quale si evince che il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della suddetta legge del 2012, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni in materia di filiazione e di dichiarazione di adottabilità al fine di rimuovere ogni tipo di discriminazione tra i figli, siano essi adottivi o meno, nel rispetto dell'art. 30 della Costituzione, considerando anche gli artt. 315 e 315 *bis* del codice civile.

Mediante tale riforma sono state apportate modifiche sostanziali di notevole spessore; sono state riesaminate tutte le norme in materia di potestà genitoriale, sostituite con la più innovativa concezione di responsabilità genitoriale.

Di conseguenza, sono stati abrogati gli artt. 155 *bis* ss., introdotti con la riforma attuata mediante legge 54/2006, così come le previsioni dell'art. 6 della legge 898/1970, il cui contenuto è stato trasferito nei novellati artt. 337 *bis* ss. c.c., articoli che prevedono un trattamento di disciplina uniforme nei rapporti tra genitori e figli nei casi in cui si verifichi una crisi della coppia genitoriale [GRAZIOSI, A.: "Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinnanzi al tribunale ordinario", Torino, 2013, pp. 3, 263].

Allo stesso tempo è stato modificato l'art. 38 disp. att. c.c., che ha rivoluzionato la redistribuzione delle competenze tra tribunale ordinario e tribunale minorile, apportando, così, un notevolissimo intervento in campo processuale. La riforma, in aggiunta a quanto detto, ha poi inciso in maniera rilevante sul libro secondo del codice civile, rispetto al regime delle successioni, e, anche se in maniera più limitata, sul codice penale e sui codici di rito. Inoltre sono state colpite dalla riforma anche la disciplina sull'adozione di minori e quella sul divorzio e allo stesso modo quella di diritto internazionale privato facente riferimento alla l.218/1995.

Infine, si può concludere che la finalità ultima della delega è quella di eliminare ogni discriminazione di cui erano destinatari i minori; innanzitutto, sopprimendo, sia nella Costituzione, che nei codici di diritto ogni etichetta terminologica che potesse veicolare pregiudizio culturale ai danni dei minori stessi, e per adeguarsi alla società che è ormai evoluta, quasi, al pari delle altre legislazioni europee.

2. Con l'evoluzione socio-culturale, anche il concetto di famiglia ha subito dei mutamenti che si sono riversati sul versante giuridico, aprendo la strada a novazioni normative e processuali.

Prima della riforma, sancita dalla legge 10 dicembre 2012, n.219, per famiglia si intendeva un nucleo formato da un uomo e una donna affiancato dal vincolo matrimoniale.

La suddetta legge ha invece rivoluzionato tale definizione mediante un'interpretazione estensiva all'interno della quale l'istituto matrimoniale perde rilevanza per accentuare l'attenzione sulle coppie basate sulla sola convivenza anche se, tuttavia, quest'ultima non costituisce condizione essenziale [SESTA, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", Torino, 2013, pp. 3, 231].

Ne consegue che si è superato il legame che teneva unito l'istituto del matrimonio con lo *status filiationis*, poiché si è ritenuto che i privilegi e i diritti dei figli non dipendano dalla configurazione giuridica del legame dei loro genitori. Tale innovazione cerca di recepire all'interno dell'ordinamento giuridico nuove forme di famiglie che si instaurano in una società che certamente è mutata nel tempo e che prescinde dal vincolo matrimoniale. Infatti si può evincere da numerosi studi di settore che le famiglie non affiancate dal vincolo matrimoniale sono in costante aumento e costituiscono, dunque, una realtà consolidata che permette di non qualificarle più come famiglie di serie B, cosa che avveniva fino a qualche anno fa.

Le famiglie di fatto nel 1998 erano trecentoquarantatremila, nel 2003 poi cinquecentotrentatre mila, infine, nel 2009 erano ottocentonovantasette mila costituendo il 5,9% delle coppie. Ad oggi, le coppie sposate con figli raggiungono soltanto il 36,4% delle famiglie [BUFFONE, G.: "La novità del "decreto filiazione" ", p. 6].

Di conseguenza, secondo questi dati statistici, il numero dei figli nati fuori dal matrimonio cresce in maniera veloce e decisa così come si evolve la società in relazione alle strutture familiari. In alcune regioni dell'Italia, addirittura, il dato numerico dei figli prima detti "naturali" si avvicina ai figli nati in costanza di matrimonio.

Un altro aspetto fondamentale da analizzare rispetto alle "nuove famiglie" è quello della mobilità sentimentale che è fondato su una realtà ormai consolidata [ROSSI, R.: "Filiazione: cosa cambia", Milano, 2013, p.26] , ovvero la presenza di numerose famiglie che si disgregano per formare altri nuclei familiari, così come emerso da alcuni dati ISTAT del 2011; tutto ciò, chiaramente, si riflette sulla prole, infatti si nota sempre più la presenza promiscua di figli nati dal primo matrimonio, figli nati da una convivenza e, ancora, figli nati da successive nozze.

Ne consegue che la famiglia prescinde dall'unione fondata sull'istituto matrimoniale, cui invece si basava precedentemente, visto come un rapporto poggiato sui criteri della continuità e stabilità temporale; inoltre il nuovo concetto di famiglia si discosta anche dalla concezione di stabilità territoriale con l'avvento del c.d. "pendolarismo familiare". All'interno di una famiglia, possono considerarsi "pendolari" coloro che per i motivi più vari, per esempio il lavoro, e con cadenza regolare vivono in un posto diverso dalla residenza familiare.

Un fondamentale dato numero da osservare è quello relativo alle separazioni e ai divorzi, infatti rispetto al 1995, i primi hanno visto un incremento del 64%, mentre i secondi sono raddoppiati del 101%; questi sono dati che certamente si riflettono anche nella regolamentazione e disciplina della prole perché si viene a qualificare un diverso rapporto tra genitori e figli che non è più quello del passato [BUFFONE, G.: "La novità del "decreto filiazione" ", p. 6].

Le ripercussioni di questi dati, certamente, si riflettono sul concetto di famiglia, concetto che non viene più visto come valore in sé; proprio per questo la giurisprudenza ha dovuto approntare dei mezzi di tutela che non salvaguardassero la famiglia come concetto unitario [TOMMASEO, F.: "La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali", Torino, 2013, pp. 3, 251] ma i diritti dei singoli individui scorporati dalla famiglia stessa.

3. In passato, la realtà sociale era caratterizzata da unione suggellate dal vincolo matrimoniale in cui la figura degli ascendenti era molto presente. In dette situazioni, la caratteristica fondamentale era la comune vicinanza dei nuclei familiari di origine e quelli di nuova formazione che si fondevano in un'unica identità. Questi, spesso, vivevano la quotidianità in stretto contatto; ciò comportava la reciproca assistenza economica e assicurava frequentazioni molto assidue soprattutto tra i nonni e i nipoti [PIANEZZE, G.: "Diritti e obblighi degli ascendenti", Milano, 2015, p. 9].

Con l'evoluzione della società, sono aumentati i casi di disgregazione familiare e, di conseguenza, la successiva costituzione di nuovi nuclei di cui parte integrante sono i figli nati dalle precedenti unioni; così, si nota l'esigenza di regolamentare le situazioni che si venivano a creare con la rottura dell'unioni matrimoniali. Ecco che occorre menzionare l'importantissima l. n. 54/2006 che mirava a introdurre un trattamento di favore ai fini del mantenimento delle relazioni affettive dei minori con entrambi i genitori in caso di separazione o divorzio.

Eppure, l'art.155 c.c., nella precedente formulazione, ravvisava un diritto solo in capo ai nipoti ad instaurare e mantenere un rapporto significativo di frequentazione, senza regolamentare, altresì, un reciproco diritto in capo agli ascendenti [DE TILLA, M., OPERAMOLLA, U.: "Seminari di diritto di famiglia", Milano, 2005, p. 492]. Tuttavia tale disciplina operava soltanto in caso di parentela allora definita legittima, ovvero creatasi a seguito della nascita di figli da genitori sposati.

Invero, il precedente art. 74 c.c. non riconosceva altra famiglia se non quella fondata sul matrimonio. Per i minori nati da convivenza, la parentela riconosciuta non era costituita dalla famiglia dei genitori ma era composta soltanto da quest'ultimi.

Le novità introdotte con la l. 219/2012 hanno mantenuto le disposizioni già contenute nell'art. 155, divenuto poi art.337 *ter*, ma hanno introdotto nel codice civile una nuova norma con lo scopo di delineare, in favore degli ascendenti, un diritto pienamente tutelabile in giudizio [BARTOLINI, F.: "La riforma della filiazione", Piacenza, 2014, p. 89].

Bisogna chiedersi se il legislatore abbia voluto garantire i nonni nei rapporti con i nipoti a prescindere dalle circostanze in cui si trovino i genitori nel loro rapporto di coppia. Di conseguenza, è opportuno chiarire se la nuova normativa abbia riconosciuto agli ascendenti un diritto autonomo a mantenere un rapporto continuativo e stabile con i nipoti minori; ciò si ricollega all'art. 155 c.c., il quale prevede che i minori debbano mantenere un vincolo significativo con i propri ascendenti mediante il supporto dei genitori, al fine di evitare che, la separazione di quest'ultimi, possa comportare traumi nello sviluppo del carattere e della personalità del minore. Anche la giurisprudenza della corte di Cassazione, rifacendosi a diverse pronunce, negli anni ha deliberato che i nonni non posseggono una legittimazione propriamente autonoma che gli permetta di agire autonomamente al fine di garantire a sè stessi un sereno rapporto con i nipoti; piuttosto, questi potevano vantare soltanto una tutela indiretta per monitorare e sollecitare il controllo giurisdizionale sull'esercizio della potestà da parte di uno o di entrambi i genitori [Cass. 25 settembre 1998 n.9606].

Tuttavia, una sezione della giurisprudenza di merito [Trib. Messina 19 marzo 2001] sperava in una rielaborazione dell'art. 155 c.c. che permettesse il supporto degli zii e dei nonni in caso di rottura familiare dei genitori, così da affiancare i minori e garantire a quest'ultimi una tutela piena.

Infine, altra parte della giurisprudenza di merito auspicava che si potesse dare rilevanza alla richiesta di anche solo uno dei genitori, in caso di separazione o divorzio, di far valere l'interesse protetto e tutelato giuridicamente degli

ascendenti nel rapporto con i nipoti [Trib. Bari 27 gennaio 2009 n.239]. Perfino la dottrina non era riuscita a trovare un rimedio univoco.

Qualcuno [DE TILLA, M., OPERAMOLLA, U.: “Seminari di diritto di famiglia”, cit., p. 495], addirittura, riteneva che a causa del silenzio del legislatore non vi fosse un diritto degli ascendenti nei riguardi dei nipoti. Tuttalpiù tale diritto si considerava subordinato, eventualmente ed occasionalmente [VACCA, P.: “Gli Anziani. I diritti della persona”, in P. CENDON (a cura di), Tutela civile, penale, amministrativo, Torino, 2005, pp. 610 e ss.], alla soddisfazione del diritto dei nipoti e non dei nonni.

Altra parte della dottrina, invece, riconosceva un pieno diritto soggettivo degli ascendenti che era oggetto di tutela in via diretta e attraverso un ricorso autonomo.

La c.d. “legge sull’affidamento condiviso”, ovvero la legge 54/2006, si faceva portatrice di due interessi importantissimi. Infatti, da un lato, mirava ad enfatizzare i rapporti tra gli ascendenti e gli altri parenti della stessa famiglia; dall’altro, era diretta a che i minori non si guardassero come “oggetti” bensì come soggetti titolari di diritti primari ed essenziali nel contesto di un ipotetico conflitto tra i genitori [PREITE, F.: “Rapporto con gli ascendenti”, in AA. VV., Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione, Napoli, 2014, p. 124].

Tale legge, però non ha modificato [DOSI, G.: “Le nuove norme sull’affidamento e sul mantenimento dei figli”, in Le nuove norme sull’affidamento e sul mantenimento e il nuovo processo di separazione e divorzio, in Dir. giust., 2006, suppl. n. 23, 25] nulla nei giudizi in merito alla crisi matrimoniale delle coppie, come confermato dalla Suprema Corte [Cass. 16 ottobre 2009 n.22081] e dalla dottrina maggioritaria [BASINI, G.: F.: “L’affidamento ad un solo genitore prevale ancora sull’affidamento “condiviso” se così impone l’esclusivo interesse della prole”, in Fam. per. succ., 2006, p. 778; LENTI, L.: “La sedicente riforma della filiazione”, in Nuov. giu. civ. comm., 2013, pp. 213 e ss.].

Come già detto, la c.d. “legge sull’affidamento condiviso”, aveva modificato il previgente art. 155 c.c., ponendo l’importante interrogativo sul se ci si trovasse di fronte ad un vero e proprio diritto degli ascendenti a subentrare e intervenire nel giudizio di separazione o divorzio dei genitori.

Così, la Cassazione, in un’importante sentenza [Cass. 16 ottobre 2009 n. 22081], precisava che i nonni non potevano vantare una legittimazione ad intervenire, nonostante il loro interesse concreto e attuale, nel giudizio di separazione dei genitori, poiché il minore non viene in rilievo come parte del

giudizio ed in questo modo non si delineava un interesse degli ascendenti all'attuazione di un diritto del minore, attraverso un intervento *ad adiuvandum*. I nonni, quindi, non godevano di alcun tipo di diritto a conservare rapporti con i nipoti ma soltanto un legame meramente affettivo.

Non si riusciva, inoltre, a rintracciare un soggetto che potesse tutelare tale diritto nel caso in cui fosse stato compromesso. Tuttalpiù il pubblico ministero sarebbe stato disinformato circa gli ostacoli posti in essere dai genitori nella normale frequentazione dei nonni con i nipoti, soprattutto se, entrambi i genitori, fossero stati d'accordo nel voler escludere gli ascendenti dalla vita familiare.

La legge 54/2006, dunque, non è riuscita ad incidere sulla natura e sull'oggetto dei giudizi di separazione e di divorzio, come pure sui diritti delle parti in essi coinvolti. Di conseguenza, la qualità di parte interessava esclusivamente i coniugi [PADALINO, C.: "L'affidamento condiviso dei figli", Torino, 2006, p. 35].

Alla luce dell'attuale riforma, viene riconosciuta ai nonni l'idoneità ad esercitare l'azione giudiziaria per far valere il proprio diritto di mantenere rapporti significativi [Cass. 25 marzo 2010 n. 7282] con i propri nipoti minorenni, ottenendo il ruolo di parte [MANDRIOLI, C.: "Diritto Processuale Civile, I. Nozioni introduttive e disposizioni generali", Torino, 2012, pp. 454 e ss.] in giudizio.

4. La dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza avevano condizionato molto l'interpretazione dell'art. 155 c.c., introdotto con la l. 54/2006, il quale al primo comma disponeva che in caso di separazione o divorzio dei genitori, i figli minori hanno il diritto di mantenere rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ogni ramo genitoriale [BIANCA, M.: "Filiazione commento al decreto attuativo", in *Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013*, n. 154, Milano, 2014, p. 161].

Il legislatore, negli anni, ha cercato di garantire il diritto dei minori ad intrattenere un rapporto di frequentazione con i nonni, in particolare qualora si verificasse una crisi genitoriale. Nello specifico, ci si è interrogati spesso sulla possibilità riconosciuta ai parenti più stretti, quindi i nonni, di rivestire un ruolo attivo nei procedimenti di separazione e divorzio al fine di garantire un intervento autonomo o adesivo nel caso in cui la crisi di coppia avesse compromesso i rapporti con i nonni.

Da un lato, alcune pronunce di merito si sono conformate alla facoltà di intervento degli ascendenti; dall'altro, la Corte di Cassazione ha assunto una

posizione diversa, escludendo tale facoltà [Cass. 16 ottobre 2009, n. 22081], poiché nei procedimenti di separazione e divorzio gli ascendenti non potrebbero rivestire la qualifica di parti processuali.

Con la riforma del 2012, il d.lgs. n. 54/2013 ha integralmente novellato l'art. 317-*bis* c.c., il cui contenuto precedente è stato sostituito; il nuovo testo è stato rubricato "rapporti con gli ascendenti" e, al primo comma, dispone che: "Gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni". In questo modo il legislatore ha riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo, non potendosi più qualificare come semplice interesse dei nonni a mantenere rapporti con i propri nipoti.

La norma riconosce come titolari di questo diritto gli ascendenti sia in linea retta, quindi nonni e bisnonni, che quelli in linea collaterale, ovvero zii, e prozii; a tutti gli altri parenti invece, viene riconosciuto soltanto un interesse tutelabile solo se coincidente con quello del minore [FIGONE, A.: "La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale", cit., p. 111].

Da ciò si evince che i parenti hanno diritto o interesse, a seconda del grado di parentela, a "mantenere" un rapporto significativo con il bambino; di conseguenza, si presume che il rapporto debba essere già iniziato, infatti non potrebbe configurarsi come un diritto riconosciuto all'ascendente quello della tutela di un rapporto che non è mai stato instaurato.

L'art. 317-*bis* c.c. al secondo comma, consente espressamente all'ascendente di ricorrere al giudice del luogo della residenza del minore, qualora gli sia impedito l'esercizio al diritto stabilito al primo comma, al fine di ottenere i provvedimenti necessari nell'interesse esclusivo del minore; infatti, il rispetto del diritto dell'ascendente può essere negato quando si consideri controproducente nei confronti del minore [BARTOLINI, F.: "La riforma della filiazione", cit., p. 90].

Per garantire una corretta legittimazione del diritto degli ascendenti a mantenere significativi rapporti con i nipoti, occorre analizzare l'oggetto di tale diritto. Facendo riferimento alla vecchia disposizione contenuta nell'art. 155 c.c., per "rapporti significativi" si intendeva tutelare tutti quei rapporti che rientravano nella sfera "affettiva". Con l'introduzione della riforma del 2012, si estende la portata dell'oggetto del diritto riconosciuto agli ascendenti in un ambito ancora più ampio di quello meramente affettivo, riconoscendone l'importantissima valenza dell'aspetto educativo che può, e anzi deve essere, svolto dai nonni.

Di sicuro, i rapporti affettivi costituiscono un elemento fondamentale nello sviluppo di una crescita serena ed equilibrata del minore, tuttavia questa non

basta ad esaurire le funzioni che gli ascendenti possono svolgere nella vita dei nipoti. Alla luce di queste considerazioni, il “rapporto significativo” che deve intercorrere tra gli ascendenti e i nipoti è improntato sui quei rapporti con la propria famiglia allargata che abbia come finalità quella di contribuire ad una crescita sana dell’individuo nel periodo in cui si forma la sua personalità [BIANCA, M.: “Filiazione commento al decreto attuativo”, cit., p. 164]. Si può notare, quindi, come la mancanza della sola affettività potrebbe causare un pregiudizio allo sviluppo psicofisico del bambino, mentre la deficienza di un rapporto significativo, pur non condizionandolo in maniera patologica ne impedisce, in ogni caso, il suo pieno sviluppo *ex art. 2 Cost.*

Se si considera che la famiglia è il posto in cui si evolve la personalità del minore, sarebbe limitante circoscrivere il pieno e sano sviluppo del carattere e della personalità del minore con la sola soddisfazione di esigenze affettive. L’art. 317-*bis* c.c. fa riferimento soltanto ai nipoti minorenni, proprio perché l’oggetto del diritto non è costituito soltanto dall’indice affettivo, ma anche, e soprattutto, dal carattere educativo essendo questo aspetto, tipico dei minori di età.

5. Originariamente, la norma di riferimento in tema di mantenimento era l’art. 147 c.c. che la riforma del 2012 ha trasferito nell’art. 315-*bis* c.c.

Fino alla riforma del 2006, il legislatore ha preferito una modalità di corresponsione diretta del mantenimento da parte del genitore alla prole. Con tale somma di denaro il tenuto doveva provvedere personalmente a tutte le esigenze dei propri figli imponendo una concreta e quotidiana partecipazione nella vita del minore, favorendo così una vicinanza reale che assume connotati educativi.

Oggi, però, si assiste sempre più alla preferenza per un pagamento indiretto sotto forma di assegno e bonifico bancario; tale scelta costituisce una garanzia per il genitore che elargisce il mantenimento in quanto è facilmente rintracciabile il versamento effettuato diventando titolo immediatamente azionabile in caso di inadempienza [Cass. Civ., Sez. I 28 marzo 2002, n. 4503].

L’art. 148 c.c. pone in capo agli ascendenti un ruolo di primaria importanza nel soddisfacimento delle esigenze economiche dei nipoti; dopo la riforma del 2012, la norma di riferimento è l’art. 316-*bis* c.c. che introduce un ordine di gradazione con il quale si individua l’obbligo degli ascendenti in ordine di prossimità ad adempiere al mantenimento. Poiché si tratta di un ruolo sussidiario, i nonni devono supplire i genitori soltanto qualora questi manchino o siano impossibilitati a provvedere.

L'importo del mantenimento si commisura alla condizione economica dei genitori, anche quando sia elargito dai nonni per far sì che la prole possa mantenere lo stesso tenore di vita goduto insieme ai genitori.

Il dovere di intervento suppletivo degli ascendenti al mantenimento dei nipoti è delineato dall'art. 316-*bis* c.c., il cui provvedimento viene emesso successivamente all'audizione del genitore inadempiente e solo dopo l'assunzione di tutte le informazioni necessarie. Si tratta di un provvedimento monitorio poiché costituisce titolo esecutivo anche se, le parti, possono proporre opposizione entro venti giorni dalla notifica. Ovviamente, pare opportuno estendere il contraddittorio anche ai nonni qualora venga proposta un'azione tendente al mantenimento dei minori [Trib. Genova 28 ottobre 2009]. L'intervento degli avi deve intervenire, però, solo dopo che si sia accertata l'impossibilità di entrambi i genitori, infatti in caso contrario la pretesa al mantenimento risulterà infondata.

La legge stabilisce che al mantenimento dei figli sono tenuti i genitori, infatti ai nonni che intervengono per supplire alla mancanza di quest'ultimi non si chiede di sostituirsi in *toto*, piuttosto di dare ai genitori i mezzi necessari purché provvedano autonomamente [Cass. Civ., Sez. I 30 settembre 2010, n. 20509]. La situazione di genitori che non hanno mezzi sufficienti al mantenimento dei figli si configura in caso di bisogno assoluto, bisogno parziale e volontario inadempimento colposo di un genitore [Trib. Milano 30 giugno 2000]. Tuttavia, l'art. 316-*bis* c.c. che ha una apertura abbastanza ampia, contempla ogni ipotesi di difficoltà economica che investe entrambi i genitori o anche solo uno di essi. L'obbligo suppletivo in caso di passività dei genitori grava sia sugli ascendenti paterni che su quelli materni.

Posto che i nonni hanno un ruolo suppletivo nell'elargizione del mantenimento, è di loro interesse conoscere le fonti da cui proviene la determinazione del *quantum*, perché la cifra, di regola, viene stabilita prima della causa *ex art.* 316-*bis* c.c.

Inoltre, gli ascendenti non possono prendere accordi per la modifica o cessazione dell'obbligo di mantenere i nipoti perché hanno un dovere di contribuzione economica soltanto nei confronti dei genitori dei minori bisognosi.

L'obbligo di mantenere i nipoti cessa con il raggiungimento della loro indipendenza economica che, tuttavia, non è condizione sufficiente a legittimare la mancata corresponsione dell'assegno [Cass. Civ., Sez. I 16 giugno 2000]. Infatti, una sospensione dei pagamenti da parte dell'ascendente potrebbe comportare azioni esecutive da parte del beneficiario.

In ogni caso, l'ascendente gode di strumenti processuali volti a far cessare l'obbligo di mantenimento per insussistenza dei presupposti che avevano, in precedenza, fondato l'obbligo.

6. In una società come la nostra, colpita da una profonda crisi economica, sono numerose le coppie che usufruiscono di unità abitative di proprietà dei genitori mediante l'istituto del comodato. Gli elementi fondamentali sono la gratuità della concessione dell'immobile e la durata che deve essere specificata in fase di stipula del contratto. Nel caso in cui non venga indicato il termine finale, questo si può desumere dall'uso per cui è stato destinato il bene.

Nel 2013, la Corte di Cassazione con un'ordinanza interlocutoria si è domandata sul titolo in base al quale la casa oggetto di comodato rimane nella disponibilità del genitore dopo la crisi di coppia.

Sul punto si era espressa la Cassazione riunita a Sezioni Unite ritenendo che la decisione sulla separazione producesse soltanto l'effetto di consolidare il comodato in capo ad uno solo dei genitori.

Tuttavia, la Corte si è pronunciata diverse volte sull'argomento [Cass. Civ. 06 giugno 2006, n. 13260; Cass. Civ. 13 febbraio 2006, n. 3072; Cass. Civ. 18 luglio 2008, n. 19939; Cass. Civ. 11 agosto 2010, n. 18619; Cass. Civ. 28 febbraio 2011, n. 4917; Cass. Civ. 21 giugno 2011, n.13592; Cass. Civ. 14 febbraio 2012, n. 2103]. Rilevante appare la sentenza della Cassazione Civile 19.07.2012 n. 12466, secondo la quale la destinazione dell'immobile a casa familiare crea un vincolo, con opponibilità ai terzi dell'assegnazione.

Per quanto attiene alla nozione di casa familiare, in giurisprudenza molto spesso ricorrono le definizioni di “centro di aggregazione della famiglia durante la convivenza” [Cass. Civ., Sez. I 20 gennaio 2006, n. 1198] e di “*habitat*” domestico visto come il centro degli interessi e delle abitudini in cui si svolge la vita familiare nel quotidiano [Cass. Civ., Sez. I 04 luglio 2011, n. 14553; Cass. Civ., Sez. I 22 novembre 1995, n. 12083]. Per questo motivo, gli immobili utilizzati saltuariamente non rientrano nel concetto di casa familiare [Cass. Civ., Sez. I 04 luglio 2011, n. 14553].

Una recente sentenza della Corte di Cassazione [Cass. Civ., S. U., 29 settembre 2014, n. 20448] è tornata sullo spinoso tema che ha ad oggetto il rapporto tra il comodato di un immobile senza previsione di termine e il provvedimento di assegnazione in sede di separazione.

Nel caso in esame, si discute se nell'ipotesi di separazione tra i coniugi la casa coniugale, concessa in comodato dal genitore di uno dei due o da un terzo, debba rientrare nella disponibilità del comodante oppure se il comodatario e i figli abbiano il diritto di abitarvi anche dopo la sopravvenuta crisi familiare.

Certamente, entrano in conflitto due interessi: quello del proprietario a rientrare nella disponibilità dell'immobile, e quello del coniuge assegnatario che ha ricevuto tale attribuzione proprio in ragione della tutela dei figli alla conservazione dell'*habitat* domestico.

Nel 2013, la questione era stata rimessa alla Corte di Cassazione riunita a Sezioni Unite, la quale, con sentenza n. 20448 del 29 settembre del 2014, aveva stabilito che l'immobile concesso in comodato deve essere rilasciato soltanto qualora sussista, per il comodante, un bisogno serio e urgente ad ottenere la disponibilità della cosa ; tra i motivi seri e urgenti rientrerebbe, secondo i giudici, la necessità di vendita e di locazione a causa di una imprevista crisi economica.

Nel caso di specie, il proprietario non aveva formulato la richiesta di restituzione dell'immobile fondata su uno stato di bisogno, per questo motivo la Cassazione ha rigettato il ricorso.

7. La l. 219/2012 e il d.lgs. n.154/2013 entrati in vigore il 7 febbraio 2014, hanno modificato in maniera totalizzante la materia successoria [PIANEZZE, G.: "Diritti e obblighi degli ascendenti", cit., p. 86].

Così è stata realizzata la parificazione della parentela legittima e della parentela naturale come effetto della unificazione dello *status* di figlio.

Le modifiche più importanti sono, di certo, quelle che hanno riconosciuto il diritto di ogni figlio di ricevere per successione da tutti i parenti fino al sesto grado.

Nell'ambito della successione necessaria, i nonni e i nipoti si pongono in un rapporto diretto tale da rientrare nella categoria dei legittimari. Di conseguenza, gli ascendenti devono considerare legittimari i discendenti dei figli, quindi i nipoti, che entrano nella successione in luogo di questi per l'istituto della rappresentazione. Inoltre, gli ascendenti sono legittimari del *de cuius* che muore senza lasciare figli.

Nel caso in cui il defunto non abbia fatto testamento l'asse ereditario viene diviso tra i successibili; tale categoria comprende il coniuge, i discendenti, gli ascendenti, i collaterali, gli altri parenti fino al sesto grado e, infine, lo Stato.

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, TRAS LA
APROBACIÓN DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION, AFTER THE APPROVAL
OF THE LAW OF VOLUNTARY JURISDICTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 246 - 265.

Fecha entrega: 27/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

M^a. DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS
Becaria de investigación en el Área de Derecho Internacional Privado de la
Universidad de Zaragoza
Miembro del grupo de investigación Ius Familiae
mcheliz@unizar.es

RESUMEN: La reciente ley española 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha introducido importantes novedades en torno al procedimiento a seguir ante un supuesto de sustracción internacional de menores. Entre ellas, se encuentra la inclusión de la mediación como un mecanismo a través del cual resolver estos supuestos. Destaca también la referencia expresa a la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya como recurso del que dispone el Juez. Ambas figuras están llamadas a desempeñar un importante papel en la resolución de los casos de sustracción internacional de menores, en pos de una mejor protección de interés superior del menor.

PALABRAS CLAVE: sustracción internacional de menores; mediación internacional; Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya; Derecho Internacional Privado.

ABSTRACT: The recent Spanish Law 15/2015, 2nd July, of the Voluntary Jurisdiction, has introduced important changes regarding the procedure to be followed in a case of international child abduction. Among them, is the inclusion of mediation as a mechanism through which resolve these cases, and the explicit reference to the International Hague Network of Judges as a resource available to the judge. Both figures are expected to play an important role in resolving cases of international child abduction, towards a better protection of interests of the child.

KEY WORDS: international child abduction; international mediation; International Hague Network of Judges; Private International Law.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Procedimiento ante una sustracción internacional de menores.- 3. La mediación en la sustracción internacional de menores.- 4. El papel de las Autoridades Centrales y las Redes de Cooperación Judicial Internacional: la Red de Jueces de la Haya.- 5. Supuestos ilustrativos basados en procedimientos reales.- 6. Consideraciones finales.

1. La sustracción internacional de menores es, lamentablemente, una práctica cada vez más frecuente en la realidad social actual. A modo de ejemplo, según datos del Ministerio de Justicia, entre el año 2008 y el 2013 se han denunciado en España 1.166 casos de sustracción internacional de menores, cifra cercana a los 1.205 supuestos producidos durante toda la década anterior. Esta conducta, es habitual que venga unida a las situaciones de crisis o ruptura de los progenitores cuando, otorgada la custodia a uno de ellos, el otro aprovecha el derecho de visita que le hubiera sido reconocido, o cualquier circunstancia favorable, para apoderarse de su propio hijo, apartándole de aquel con quien legalmente debiera estar. Actualmente también se ha observado un nuevo fenómeno, consistente en que es el progenitor que tiene la patria potestad, el que traslada al menor.

El aumento progresivo del número de sustracciones internacionales de menores es debido, entre otras causas (ver el análisis llevado a cabo por DIAGO DIAGO, P.: “Secuestro internacional de menores: marco jurídico”, en *Aequalitas*, núm. 7, 2001, p. 21; DE PEÑAFORT LORENTE, R. / ARBULO RUFRANCOS, B.: “El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: aspectos jurídicos y psicológicos”, en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 2, núm. 3, 2002, p. 110), a que:

- Nos encontramos ante una sociedad globalizada en la cual, potenciado en parte por los avances técnicos en el mundo de las comunicaciones, los movimientos migratorios han adquirido una gran importancia cuantitativa.

- Esto ha llevado a que cada vez sean más el número de matrimonios mixtos, entre un nacional y un extranjero. Según los últimos datos de Eurostat, en la UE se contraen cada año unos dos millones de matrimonios, de los que 300.000 están constituidos por parejas binacionales. Además, se producen aproximadamente un millón de divorcios, de los que 140.000 afectan a parejas binacionales. En estos matrimonios hay más riesgo de que, en caso de separación o divorcio, el extranjero retorne a su país de origen y se lleve consigo a su hijo (véase el análisis realizado por DIAGO DIAGO, P.: “Cooperación jurídica como instrumento para el diálogo de culturas ante el conflicto de diferentes concepciones familiares”, en *El discurso civilizador en*

Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2011, pp. 157 y ss.). De hecho, esta es la situación que genera más supuestos de sustracción en la práctica.

- La facilidad para trasladar internacionalmente al menor. Simplemente con mostrar el pasaporte familiar en el que figura el menor, o el documento de identificación personal, es posible trasladar al niño a otro país muy alejado de su residencia habitual. Estas facilidades son aún mayores dentro de la Unión Europea, ya que la existencia del “espacio sin fronteras interiores” hace que para trasladarse de un país a otro no se exija ni la exhibición de documentos.

- Además, algo que también afecta a estos matrimonios mixtos en crisis, es que en este ámbito hay un gran “nacionalismo judicial”, es decir, los Tribunales de un Estado tienden a atribuir la custodia al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor a su país de origen.

Los perjuicios que se causan al menor al producirse una sustracción son enormes, puesto que se le traslada a un Estado que no es el de su residencia habitual, al que no está habituado, y se le priva de la figura de uno de sus progenitores, recayendo sobre el menor las consecuencias de las desavenencias existentes entre los mismos. Por ello, una de las características fundamentales que deben primar en un proceso relativo a la sustracción internacional de un menor, es la celeridad. Sin embargo, al entrar en conflicto dos ordenamientos jurídicos distintos, el retorno inmediato no siempre es posible, perjudicando de esta manera el interés superior del menor y su Derecho a relacionarse con ambos progenitores.

Hasta este año, el procedimiento a seguir en estos supuestos, venía definido en España por los arts. 1901-1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LEC de 1881), en la redacción dada por la Ley 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor. La aplicación hasta el momento de esta antigua regulación, se explica porque la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 mantuvo la vigencia de la Jurisdicción voluntaria de 1881, instando al Gobierno a que remitiera a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria en el plazo de un año desde la fecha de su entrada en vigor. Tras 15 años de larga espera, el pasado 22 de junio entró en vigor, con carácter general, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), cumpliendo con lo dispuesto en la LEC 1/2000 y derogando, casi de forma definitiva, la regulación de 1881. Así, la LJV se ocupa del procedimiento ante un supuesto de sustracción internacional de menores, e introduce novedades en las medidas a seguir relativas a la

restitución o retorno de menores en estos casos, que van a ser analizadas a continuación.

2. La esperada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modifica mediante su disposición final Tercera, determinados artículos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Concretamente, en su apartado diez, añade al Título I del Libro IV de la LEC, el Capítulo IV bis, titulado: “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, integrado por los nuevos arts. 778 bis a 778 quater (a los que da contenido en los apartados Once, Doce y Trece LJV).

En primer lugar, para que se ponga en marcha el procedimiento comprendido en el nuevo Capítulo IV bis, es necesario que sea aplicable un Convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, y que el menor del que se pretende su retorno o restitución se encuentre en España. Este requisito no supone una gran novedad, ya que el art. 1901 de la antigua LEC de 1881 ya hacía depender el ámbito de aplicación de la normativa, de que fuera aplicable un Convenio internacional. Sin embargo, manteniendo este requisito se ha perdido la oportunidad de englobar también los procedimientos de sustracción internacional de menores en los que no resulta de aplicación un Convenio internacional, ni Reglamento de la Unión Europea (así lo ha puesto de manifiesto parte de la doctrina, entre otros, CALAZA LÓPEZ, S.: “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *Diario La Ley*, núm. 8564, Sección Doctrina, 18 de Junio de 2015, Ref. D-246, Editorial LA LEY, pp. 6-7). Obsérvese además, que estos serán los supuestos de más complicada solución a nivel jurídico.

Uno de los principales instrumentos jurídicos que regulan esta materia, y el más numeroso en cuanto a Estados contratantes, es el Convenio de La Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. A día de hoy son 93 los países contratantes del mismo, entre los que se encuentra España. No obstante, destaca la ausencia de países, algunos tan cercanos territorialmente a nosotros, como Egipto, Argelia, Túnez, Libia, Jordania, Siria, Arabia Saudí o Líbano. Al tratarse de un Convenio con carácter inter partes, no se podrá aplicar el mismo en aquellos supuestos de sustracción internacional que afecten a alguno de estos Estados, o a cualquier otro Estado no parte. Por el mismo motivo, queda también descartada la aplicación de instrumentos como el Convenio de 20 de mayo de 1980 (Convenio de Luxemburgo), el Reglamento 2201/2003 (Reglamento Bruselas II bis), o el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; puesto que los Estados a los que anteriormente se ha hecho referencia, tampoco son Estados contratantes de los mismos. Ello hace igualmente inaplicable en

estos supuestos el procedimiento que nos ocupa de la LEC, incluso cuando el menor se encuentre en España.

Por ello, resulta quizás criticable que el legislador español haya optado por continuar sin extender este proceso a los casos de sustracción de menores en los que no resulta de aplicación ningún Convenio internacional, ni instrumento de la Unión Europea. Esta decisión contribuye a seguir manteniendo la incertidumbre jurídica ante la ausencia de regulación que impera en los supuestos en que se produce una sustracción, en que alguno de los Estados intervinientes no forma parte de ningún Convenio internacional en esta materia, y tampoco resultan aplicables normas de la UE.

Por lo demás, una vez que se cumple el ámbito de aplicación, el procedimiento a seguir va a ser el detallado en los nuevos arts. 778 bis a 778 quater.

La primera variación que se observa con respecto a la anterior regulación es que se produce un transvase del procedimiento de la Jurisdicción Voluntaria, a la Jurisdicción contenciosa, aspecto que ha sido muy criticado por parte de la doctrina (véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la sustracción internacional de menores”, *Revista del Consejo General de la Abogacía*, núm. 85, abril 2014, p. 28; CALAZA LÓPEZ, S.: “El nuevo” cit., p. 3). Asimismo, el Tribunal competente para conocer de estos procesos es el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, con competencias en materia de Derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor, en detrimento del Juez de Primera Instancia, en cuya demarcación se halle el menor.

No obstante, hay que tener en cuenta la previsión del art. 778 ter 2 respecto a dos concretas situaciones que pueden darse en la práctica: que no sea posible localizar al menor, o que sea encontrado en otra provincia distinta a la del Tribunal ante el que se ha iniciado el procedimiento. En el primer caso, se debe archivar provisionalmente el procedimiento; mientras que en el segundo supuesto, el Juez ha de resolver lo que estime oportuno, remitiendo el caso, si así lo considera, al Tribunal territorialmente competente, emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo en un plazo de 3 días.

El procedimiento tiene el carácter de urgente y preferente (art. 778 bis 5), y ha de realizarse en el inexcusable plazo de seis semanas desde que se presenta la solicitud de restitución al Juez, lo que ya se preveía en la LEC 1881. Sin embargo, la nueva regulación incluye la posibilidad de que se extienda más allá de las 6 semanas, cuando circunstancias excepcionales hagan imposible finalizar en plazo. Ahora bien, no se especifica cuáles pueden ser esas circunstancias excepcionales, ni cuánto tiempo más puede demorarse. Como

se analizará más adelante, una de estas circunstancias podría ser el hecho de que las partes acudieran a mediación, una vez iniciado el procedimiento, lo que permitiría suspender este durante el plazo máximo de 6 semanas. Sin embargo, el tenor literal del art. 778 bis 5 no impide que haya otras circunstancias, más allá de que se inicie un proceso de mediación, que justifiquen una duración superior a 6 semanas, sin concretar para estos supuestos cuál sería en todo caso el límite temporal que se puede alcanzar.

El inicio del proceso tiene lugar con la presentación de la demanda en la que se insta la restitución o el retorno del menor (art. 778 ter 1). Con las nuevas medidas previstas en la LJV, el elenco de personas que pueden impulsar el procedimiento también se ve ampliado, de tal forma que actualmente, pueden promover el procedimiento (art. 778 bis 3): la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente Convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha Autoridad. Conviene destacar que en cualquier momento del procedimiento, el Juez puede acordar, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento, o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares que estime oportunas; así como que mientras se desarrolle el proceso se garanticen los derechos de estancia o visita del menor con el demandante (art. 778 bis 8) (Para un análisis en profundidad del papel del Fiscal y las pautas a seguir en el procedimiento ante los casos de sustracción internacional de menores, véase la Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, texto completo disponible en el siguiente link: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_6-2015.pdf?idFile=7df9cead-b7b2-410d-acb2-1bd871521d14).

Una vez presentada la demanda, el Secretario judicial (ahora Letrado de la Administración de Justicia) dispone de un plazo de 24 horas para que resuelva sobre su admisión (art. 778 ter 2). Si entiende que no es admisible, dará cuenta al Juez para que se pronuncie dentro del mismo plazo. Si por el contrario, admite la demanda, en la misma resolución también requerirá a la persona a quien se impute la sustracción para que, en una fecha concreta dentro de los 3 días siguientes, comparezca con el menor y acceda a la restitución de éste, o se oponga a ella. Por lo tanto, caben 3 posibles comportamientos por parte del presunto sustractor, que ya preveía la antigua normativa y regulaba de forma similar, esto es:

- Que no comparezca o no lo haga en forma. En este caso la persona que es presuntamente la sustractora, es declarada en rebeldía y el procedimiento continúa sin él. Así, se citan al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista

ante el Juez, que ha de celebrarse en un plazo máximo de 5 días. La resolución que se adopte en esta vista será notificada al demandado, y tras ésta únicamente cabe la resolución que ponga fin al procedimiento (art. 778 ter 5). Es necesario mencionar también que cuando el demandado se declare en rebeldía, se reitera expresamente la posibilidad de que el Juez dicte las medidas cautelares oportunas en relación con el menor.

- Que comparezca y acceda a la restitución o retorno del menor. En este supuesto, aunque poco frecuente, el Secretario Judicial levanta el acta y el Juez dicta el auto que pone fin al procedimiento, se acuerda la restitución o retorno del menor y se pronuncia acerca de los gastos (art. 778 ter 4). Es importante señalar que la posibilidad de que el demandado acceda a la restitución se mantiene abierta durante todo el procedimiento, en cuyo caso se atenderá a las medidas que se acaban de mencionar.

- Que comparezca y se oponga a la restitución o retorno del menor. Se trata del caso más frecuente en la práctica, que consiste en que el demandado comparece, pero alega que concurre alguna de las causas de oposición previstas por el Convenio internacional en cuestión, o por el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (en adelante Reglamento Bruselas II bis). Esta oposición ha de realizarse por escrito, y tras ella se citará a los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista que tendrá lugar dentro de un máximo de 5 días (art. 778 ter 6). Esta vista se celebrará incluso aunque el demandante no compareciera, y en la misma se realizarán dos acciones principales: se oír a las partes que comparezcan (concretamente al demandado, el demandante y al Ministerio Fiscal) y se practicarán las pruebas pertinentes solicitadas por las partes, el Ministerio Fiscal o el propio Juez, dentro del plazo máximo de 6 días.

En cualquier momento del procedimiento, pero siempre con anterioridad a la adopción de toda decisión, el Juez, en presencia del Ministerio Fiscal, tiene el deber de oír separadamente al menor, lo que puede hacer a través de videoconferencia u otro sistema similar. Esta obligación ha de cumplirse siempre y cuando la edad o madurez del menor permitan que se entienda conveniente. En caso contrario, el Juez deberá hacerlo constar en una resolución motivada. Esta es precisamente la mayor novedad que presenta esta etapa del proceso, ya que con la regulación anterior, el Juez sí que tenía que oír separadamente al menor tras la primera comparecencia del demandado, pero era una obligación mucho más laxa. El art. 1907. b) de la antigua LEC de 1881 únicamente establecía que el Juez “oír, en su caso, separadamente al menor sobre su restitución”. Por lo tanto, como se puede observar, no limitaba las causas por las que el Juez podía no escuchar al menor, ni se le obligaba a exponerlas en resolución motivada.

Tras esto, y dentro del plazo de 3 días después de la finalización de la vista y la práctica de las pruebas pertinentes, el Juez dictará sentencia. En la misma no se puede pronunciar sobre el fondo del asunto (los derechos de custodia o visita), sino únicamente sobre si el traslado o retención son ilícitos y si procede o no la restitución o retorno del menor. Si el Juez acordara la restitución o retorno del menor, se ha de establecer expresamente la forma y el plazo de ejecución. Se dispondrá asimismo que el sustractor debe abonar las costas procesales, los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor. Por el contrario, si se entendiera que no procede la restitución o retorno, se declararán de oficio las costas del proceso.

Contra la resolución sólo cabe recurso de apelación con efectos suspensivos, que deberá resolverse en el plazo máximo de 20 días. Si bien esto ya lo preveía la anterior regulación, la LJV desarrolla de forma detallada las especialidades que ha de seguir la tramitación del recurso de apelación.

En lo que concierne a la ejecución de una sentencia que acuerda la restitución o retorno del menor, la Autoridad Central debe prestar la asistencia necesaria al Juzgado, para garantizar que se pueda ejecutar sin peligro. Asimismo, si el progenitor sustractor impide u obstaculiza su cumplimiento, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución inmediata, pudiendo acudir a la ayuda de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Por último, la LJV dispone que cuando un menor con residencia habitual en España, sea objeto de una sustracción internacional, cualquier persona interesada podrá dirigirse a la autoridad judicial española competente para conocer del fondo del asunto, con la finalidad de obtener una resolución que determine que el traslado o retención han sido ilícitos (así, el art. 778 quater se está refiriendo a la certificación del art. 15 del Convenio de la Haya de 1980, por la que se acredite que el traslado o retención es ilícito en el sentido del art. 3 del mismo Convenio). A estos efectos, serán competentes los Tribunales que hayan conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental que afecte al menor o, en su defecto, el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España.

Siendo estos los aspectos principales de un procedimiento ante un caso de sustracción internacional de menores, la LJV contiene dos disposiciones claves, totalmente novedosas, que se van a analizar a continuación: la mención expresa a la posibilidad de que las partes se sometan a mediación, y la alusión a las Redes de Cooperación Judicial Internacional.

3. La mediación se ha posicionado en los últimos tiempos como un mecanismo adecuado para resolver los supuestos de sustracción internacional

de menores, potenciado por los esfuerzos de los Convenios internacionales e instrumentos europeos en favorecer una solución amistosa a estos casos. En este sentido, el primer instrumento que ha recogido expresamente la mediación en materia de responsabilidad parental, fue el Reglamento Bruselas II bis. Así, en su art. 55.e. se refiere expresamente a la mediación como “vía para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental y la cooperación transfronteriza”.

Con el mismo espíritu que este precepto del Reglamento europeo, la LJV establece que en cualquier momento del procedimiento, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo para someterse a mediación. También es posible que sea el Juez el que, bien de oficio o bien a petición de cualquiera de las partes, proponga que se intente la mediación, cuando de las circunstancias del caso se desprenda que es posible que lleguen a un acuerdo (art. 778 ter 12 LEC). En todo caso, el Secretario Judicial, ahora Letrado de la Administración de Justicia, acordará la suspensión del proceso, pero la mediación nunca ha de emplearse como mecanismo dilatorio, ni suponer un retraso injustificado del proceso. Por ello, se establece que la duración del procedimiento ha de ser lo más breve posible, sin que pueda exceder del plazo inexcusable de 6 semanas.

Entre las ventajas que presenta el recurso a la mediación en estos supuestos, se encuentra la de permitir que sean los propios padres los que decidan, de una manera más rápida y menos costosa, la restitución o no del menor, así como otras cuestiones concernientes al ejercicio de la responsabilidad parental en un futuro (véase FREEMAN, M./HUTCHINSON, A.M./SETRIGHT, H.: “Child Abduction - A Role for Mediation?”, *International Family Law*, 2002, p. 107; REQUEJO ISIDRO, M.: “Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género”, en CASTILLEJO MANZANARES, R, (dir.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 2011, pp. 679-681). Así, es bastante frecuente que los progenitores, además de pactar la restitución del menor, negocien el régimen de custodia y visitas que van a mantener de ese momento en adelante. Ello favorece a su vez una mejor protección del interés del menor, ya que se está evitando que se produzcan eventuales traslados de éste, en un breve periodo de tiempo, de un Estado a otro. Sin embargo, esto que en principio es una ventaja, puede plantear un grave problema desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado (sobre los problemas que plantea la mediación desde el prisma del DIPr. véase, entre otros, DIAGO DIAGO, P.: “Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)”, en CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Estudios sobre la contratación internacional*, Colex, 2006 pp. 151 a 178; y DIAGO DIAGO, P.: “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado”, en CALVO CARAVACA, A. L./CASTELLANOS RUIZ, E.: *La Unión*

Europea ante el Derecho de la globalización, Colex, 2008, pp. 265 a 298; SANTA-CROCE, M.: “L’efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen”, *Gazette du Palais*, juin 2001; y PALAO MORENO, G.: “La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa”, en CANO BAZAGA, E. (dir.): *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 231 a 241).

El problema viene ocasionado, en primer lugar, porque tanto el Convenio Haya como RBII bis mantienen la competencia para conocer sobre el fondo del asunto de los Tribunales de la residencia habitual del menor (esta medida, si bien necesaria para evitar que el progenitor “legalice” una situación de sustracción ilícita, obteniendo la custodia del menor en los Tribunales del Estado donde lo tiene retenido, juega un papel negativo, como se verá a continuación, cuando los progenitores han llegado a un acuerdo de mediación). Como consecuencia de ello, los Tribunales españoles en estos casos únicamente se podrán pronunciar acerca de la restitución o no del menor, no pueden emitir una sentencia que “homologue” lo acordado por las partes en materia de responsabilidad parental. Por lo tanto, podría ocurrir que el progenitor sustractor accediera al retorno del menor, pactando un régimen de custodia y visitas que, a su vez, evitaría una segunda sustracción por parte del progenitor que ahora se había visto privado de la compañía de su hijo. El Juez que está conociendo del procedimiento de sustracción aceptaría el retorno del menor, sin embargo, los Tribunales competentes para pronunciarse respecto a los derechos de custodia y visita son los Tribunales del Estado en el que tenía la residencia habitual el menor. Esto es, podría ser que, tras haberse producido el retorno, y que las partes hubieran llegado a un acuerdo en materia de responsabilidad parental, los Tribunales competentes se pronunciaran en sentido contrario. Esta posibilidad no es nada descartable teniendo en cuenta dos situaciones:

- En primer lugar, hay que considerar que únicamente se puede mediar respecto a derechos y obligaciones que sean libremente disponibles por las partes, y en materia de familia, y más en aún de menores, son bastante frecuentes los derechos no disponibles. Así, es probable que surjan situaciones en las que el ordenamiento jurídico aplicable, no reconozca la disponibilidad de las materias objeto del contenido del acuerdo. Cuando esto ocurra, el Tribunal no va a homologar el acuerdo de los progenitores, al tratarse de una materia sobre la que no podían pactar.

- Otro factor relevante es que hoy en día sigue produciéndose la conducta, anteriormente referida, como “nacionalismo judicial”, que refleja el comportamiento habitual de los órganos jurisdiccionales de posicionarse a favor del progenitor nacional de su país, siendo todavía más evidente en los

casos en que hay manifiestas diferencias culturales. Estas situaciones son habituales para generar los denominados conflictos ocultos (véase sobre ello DIAGO DIAGO, M^a. P.: “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, en *REEI*, núm. 30, 2015, <http://www.reei.org/lareei/>; BORRÁS, A.: “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, vol. 249, 1994-V, pp. 145 a 368; BORRÁS, A.: “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en AA.VV.: *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, pp. 163 a 198; BORRÁS, A.: “Europa entre la integración y la multiculturalidad”, en AA.VV.: *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Madrid 2011 pp. 23 a 43).

Esta inseguridad jurídica puede desembocar en un incumplimiento del acuerdo y en una segunda sustracción del menor o, directamente, en el rechazo de las partes de acudir a mediación. En cualquier caso, es un aspecto clave del que va a depender el éxito de la mediación y que hay que resolver para promover su uso en estos supuestos.

En el seno de la Conferencia de la Haya se ha detectado este problema como uno de los fundamentales a resolver. La Guía de buenas prácticas sobre mediación, propone cuatro recomendaciones para poner fin o mitigar este conflicto. Dentro de éstas, la puesta en marcha de dos de ellas depende de la voluntad de las partes, mientras que la de las otras dos, queda a la voluntad de los Estados intervinientes y sus autoridades administrativas y judiciales (Texto completo de la Guía disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=5568).

Por un lado, las recomendaciones cuyo cumplimiento está en manos de las partes, consisten en que reciban asesoramiento jurídico especializado una vez que han llegado a un acuerdo, acerca de las consecuencias jurídicas del mismo y de su ejecución; y que hagan depender la validez del acuerdo de su aprobación por el Tribunal, y ésta aprobación se produzca con anterioridad a la implementación práctica del acuerdo. Ambas sugerencias resultan fáciles de llevar a cabo en cualquier supuesto de sustracción internacional de menores resuelto mediante un acuerdo de mediación, y pueden resolver en gran medida las consecuencias mencionadas de la imposibilidad de ejecutar un acuerdo de mediación en el caso concreto. Sin embargo, aunque pueden evitar una ulterior sustracción, no contribuyen a facilitar el procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación, ni a crear ese marco jurídico seguro y deseable, que garantice la ejecución de los mismos en cualquier caso.

Por ello, son necesarias otras medidas que, esta vez, han de poner en marcha los distintos Estados y sus autoridades administrativas y judiciales:

- La primera de ellas consiste en que los Estados faciliten procedimientos simples a través de los que los acuerdos puedan ser aprobados o declarados ejecutorios por la autoridad competente y, de no existir dichos procedimientos, examinar la conveniencia de introducir disposiciones regulatorias o legislativas al respecto.

En España, como ocurre en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea, la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece la posibilidad de que el acuerdo adquiera el carácter de título ejecutivo mediante su elevación a escritura pública o su homologación judicial. Al encontrarnos ante acuerdos en materia familiar, que afectan a los intereses de los menores, se requiere un control judicial específico. No van a ser ejecutables por su mera elevación a escritura pública, sino que para ello necesitarán la aprobación judicial correspondiente. Sin embargo, este procedimiento no impide la problemática a la que se ha hecho alusión, consistente en que al tratarse de materias no disponibles por las partes, el Tribunal no homologue el acuerdo. Para ello sería necesario crear un marco jurídico en el que se garantizara que todo acuerdo de mediación en materia de responsabilidad parental, vaya a ser aprobado por los Tribunales siempre y cuando no se vea perjudicado el interés superior del menor.

- En segundo lugar, se recomienda que las autoridades administrativas y judiciales de los distintos Estados cooperen entre ellas. Esta cooperación consiste en que los Tribunales apoyen la sustentabilidad del acuerdo, favoreciendo que se le dote de efecto jurídicamente vinculante y sea ejecutorio en los distintos sistemas jurídicos involucrados. A tal efecto, la Conferencia de la Haya hace alusión al empleo de herramientas como “órdenes espejo” u “órdenes de puerto seguro”, que permiten que las mencionadas órdenes de restitución estén sujetas al cumplimiento de determinados requisitos o compromisos específicos, como por ejemplo podría ser que el acuerdo de mediación fuera declarado ejecutable por el Tribunal competente.

Estos instrumentos pueden resultar de gran utilidad en los casos en los que se ha llegado a un acuerdo de mediación por el que se pacta la restitución del menor, y otras cuestiones concernientes a la responsabilidad parental o al derecho de alimentos. En estos supuestos el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento de sustracción de menores, podría declarar jurídicamente vinculante el acuerdo. Sería necesario que posteriormente, el acuerdo se declaré también jurídicamente vinculante en el Estado de residencia habitual del menor a través de alguna de las dos acciones mencionadas (véase al respecto el documento elaborado por la Comisión Europea, disponible en el siguiente enlace: <https://www.era->

comm.eu/EU_Civil_Justice_Training_Modules/kiosk/courses/Family_Law_Module_2_ES/Thematic%20Unit%203/agreement_2.html).

- Una “orden espejo”: mediante este instrumento el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor reproduce el contenido de un compromiso establecido en el Estado en que el menor se encontraba retenido, y le otorga carácter ejecutivo en el Estado de residencia habitual; o bien son órdenes idénticas de los órganos jurisdiccionales de los dos Estados implicados en el asunto.

- Una “orden de puerto seguro”: a través de esta orden el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor impone obligaciones al progenitor que se ve privado del menor, con la finalidad de garantizar la restitución del mismo y su posterior residencia en su Estado de residencia habitual. Esta orden tiene carácter ejecutivo en el Estado de residencia habitual.

La puesta en práctica de estas técnicas por parte de los órganos jurisdiccionales intervinientes facilitaría en gran medida la ejecución del acuerdo de mediación en todos los Estados implicados, logrando un aumento de la seguridad de la mediación como mecanismo para la resolución de estos conflictos, lo que desemboca en una promoción de su empleo.

Asimismo, si fuese factible, los Tribunales deberían utilizar las redes judiciales existentes y solicitar la asistencia de las Autoridades Centrales.

4. En esta línea, el art. 778 bis 7 de la nueva LEC establece que “en este tipo de procesos y con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y el Juez lo considerase necesario, podrá recurrirse al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace”. Esta disposición es novedosa en el procedimiento previsto hasta el momento por la anterior LEC 1881, y supone una adaptación de lo que ya disponían los tanto el Convenio de la Haya de 1980 como el Reglamento Bruselas II bis.

En lo que respecta a las Autoridades Centrales de los Estados intervinientes, éstas tienen como función, entre otras, garantizar la restitución inmediata del menor, así como contribuir a su localización y prevenir que este sufra mayores daños. Además, pueden ejercer un importante papel en la promoción de la mediación entre las partes. Tal y como establecen los distintos instrumentos jurídicos internacionales, las Autoridades Centrales de

los distintos Estados, deben facilitar la solución amistosa de los conflictos entre los progenitores (A modo de ejemplo, el considerando 25 RBII bis establece que en el ámbito de la responsabilidad parental las Autoridades Centrales deben facilitar la solución amistosa de los conflictos; así como los arts. 7.2.c) y 10 del Convenio de la Haya de 1980 y el art. 4.2.c) del Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, donde se establece la labor de las Autoridades Centrales de tratar de obtener una solución amistosa y la restitución voluntaria del menor).

Por su parte, las Redes de Cooperación Judicial Internacional, están llamadas a desempeñar un importante papel en la resolución de los supuestos de sustracción internacional de menores. Una Red Judicial especialmente relevante es la Red Internacional de Jueces de La Haya, compuesta por Jueces de más de 75 países, especializados en materia de familia (lista actualizada de miembros disponible en el siguiente link: <http://www.hcch.net/upload/haguenetwork.pdf>). Esta Red fue creada para facilitar las comunicaciones directas y la cooperación entre Jueces a nivel internacional y para ayudar a garantizar el funcionamiento efectivo de los instrumentos internacionales en el ámbito de la protección del niño, incluido el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores.

Son numerosas ventajas que derivan de la existencia de esta Red Internacional de Jueces, que actúan como una vía de enlace con las Autoridades Centrales y con otros Jueces, tanto dentro de sus propias jurisdicciones, como fuera. Así por ejemplo, las comunicaciones judiciales directas contribuyen a paliar la falta de información que el Juez competente pudiera tener acerca de la situación y las implicancias legales en el Estado de residencia habitual del niño y a arbitrar los medios necesarios a efectos de la restitución rápida y segura del mismo. En concreto, cabe destacar el importante papel de las comunicaciones judiciales directas en el desarrollo de un proceso de mediación ante un caso de sustracción internacional de menores, y en la ejecución del acuerdo al que, en su caso, lleguen las partes. Ello se manifiesta en que mediante el uso de esta herramienta, es posible que un Juez que conozca un proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya, coordine el apoyo para un acuerdo parental, que incluya cuestiones de responsabilidad parental, con el Juez competente del Estado de restitución en dicha materia. Así, entre los asuntos sujetos a comunicaciones judiciales directas se encuentra, por ejemplo, establecer si el Tribunal extranjero puede aceptar y hacer ejecutar los compromisos ofrecidos por las partes en la jurisdicción de origen; o determinar si el Tribunal extranjero puede emitir una orden espejo.

Estas comunicaciones judiciales se rigen por las disposiciones dadas por la Conferencia de la Haya, en el documento titulado “Direct Judicial

Communications - Emerging Guidance regarding the development of the International Hague Network of Judges and General Principles for Judicial Communications, including commonly accepted safeguards for Direct Judicial Communications in specific cases, within the context of the International Hague Network of Judges” (disponible en el siguiente link: http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_es.pdf).

En este documento se establece como salvaguardia principal que todo Juez que intervenga en una comunicación judicial directa, debe respetar las leyes de su jurisdicción. A modo de ejemplo, se menciona que la obtención de pruebas debe seguir los cauces previstos por la ley. Asimismo, estas comunicaciones no pueden comprometer la independencia del Juez que conoce del caso para llegar a su propia decisión en el asunto en cuestión.

Siendo estos los principios generales, los Estados contratantes en los que se practican comunicaciones directas han aceptado comúnmente otras salvaguardias procesales, si bien ninguna de ellas ha de impedir al Juez que conozca del caso, seguir sus reglas de Derecho interno o prácticas que le den mayor libertad. Estas salvaguardias comúnmente aceptadas son las que siguen:

- Las partes deben ser notificadas de la naturaleza de la comunicación propuesta excepto en circunstancias especiales.
- Debe llevarse un registro de las comunicaciones y ponerse a disposición de las partes.
- Todas las conclusiones a que se llegue deben plasmarse por escrito.
- Las partes o sus representantes deben tener la oportunidad de estar presentes en determinados casos, por ejemplo, a través de conferencias telefónicas.

Para que se inicien las comunicaciones, el Juez ha de considerar que éstas son apropiadas, teniendo en cuenta la velocidad, eficiencia y la relación costo-rendimiento. También ha de estimar las opciones tecnológicas a utilizar, que han de ser las más apropiadas para facilitar una comunicación eficiente y rápida. Por lo general, las comunicaciones deben realizarse por escrito, excepto cuando los Jueces involucrados sean de jurisdicciones cuyos procedimientos tramiten en el mismo idioma, en cuyo caso es posible que las comunicaciones se realicen de forma oral.

Finalmente, respecto al idioma empleado, debe respetar las preferencias indicadas por el Juez receptor en la lista de miembros de la Red de La Haya.

En el supuesto de que los Jueces no hablaran un idioma en común, las Autoridades Centrales o los Tribunales del país donde se ha iniciado la comunicación, deberán proporcionar los servicios de traducción o interpretación necesarios.

Teniendo en cuenta estas premisas, las comunicaciones judiciales directas pueden ser un instrumento adecuado para garantizar la ejecución del acuerdo resultante de una mediación, en los supuestos de sustracción internacional de menores. Además, aunque en la actualidad no hay ningún Juez designado de Estados no firmantes del Convenio de la Haya de 1980, sí que cabe esta posibilidad. De hecho, la propia Conferencia de la Haya alienta la designación de Jueces para la Red en Estados que no son parte de los Convenios de La Haya relativos a los niños. Ello permitiría ampliar esta solución a aquellos casos en los que no resulta aplicable un Convenio internacional o instrumento de la Unión Europea.

5. Es abundante la jurisprudencia de distintos Tribunales, en la que se puede observar el recurso a las comunicaciones judiciales directas para resolver los casos de sustracción internacional de menores. Así, se van a analizar dos supuestos ilustrativos, que ponen de manifiesto la importancia de estos instrumentos, especialmente cuando las partes han adquirido compromisos recíprocos que hay que ejecutar.

- El caso *Panazatou v. Pantazatos*, No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997). Este supuesto gira en torno a la sustracción de una menor de 2 años y medio, por parte de su madre. La madre, de nacionalidad estadounidense, y el padre, de nacionalidad griega, contrajeron matrimonio en EEUU, tras lo cual se trasladaron a Mykonos. Pasado un tiempo, la mujer se quedó embarazada y decidió trasladarse a EEUU, con la aprobación de su marido, ya que pensaban que allí iba a recibir una mejor asistencia médica durante el tiempo de gestación. Tras el nacimiento de la niña, la madre volvió con ella a Mykonos, y fue bautizada allí. Posteriormente, la niña residió tanto en Grecia como en Cromwell (EEUU), aunque con prevalencia del primer país, que finalmente se demostró que era el lugar de su residencia habitual. El hecho de que en determinados periodos la niña residiera en Cromwell contaba con la aprobación del padre. Sin embargo, en septiembre de 1996, la madre decidió trasladar a la menor a EEUU, sin consentimiento del padre, estando todavía casados y, por lo tanto, teniendo el derecho de custodia conjunto. Una vez en EEUU, la mujer interpuso una demanda de divorcio ante los Tribunales de Connecticut (EEUU), junto con la solicitud de custodia de su hija, solicitud que le fue concedida. Ante esta situación, el padre interpuso ante los Tribunales de Connecticut, una orden de “hábeas corpus” para evitar el traslado del menor del Estado de Connecticut,

mientras estuviera pendiente la audiencia de su solicitud de restitución de la menor a Grecia. Cabe mencionar que tanto EEUU como Grecia son Estados firmantes del Convenio de La Haya de 1980, y que concurrían todos los requisitos para su aplicación.

El Tribunal recibió compromisos propuestos por ambas partes para poner fin al conflicto y manifestó su intención de trasladar las órdenes de compromiso que finalmente adoptara, al Tribunal griego, en aras de garantizar su ejecución. A tal efecto, intentó organizar una conferencia telefónica con un Juez de Grecia, con la finalidad de asegurarse de que los compromisos serán cumplidos en Grecia. En su pronunciamiento, el propio Tribunal afirmaba que “aunque este tipo de procedimiento no es común, es coherente con el propósito del Convenio de La Haya para establecer un foro apropiado y continuar protegiendo al niño” (texto completo de la decisión, disponible en: <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0097.htm>).

- El caso Human Rights Case No 23150-G of 2010. Este supuesto gira en torno a la sustracción de 3 niños de 11 años, 9 años y medio y 2 años y medio, por parte de su padre, de nacionalidad pakistaní. La madre poseía la nacionalidad inglesa, y los niños eran doble nacionales ingleses-pakistaníes. Tras la negativa del padre de devolver a los menores junto con su madre, ésta decidió iniciar un procedimiento sobre los derechos de custodia en Pakistán. Según la ley pakistaní, la madre puede mantener a un niño varón hasta los 7 años, y a una niña hasta la edad de 14 años. Esto conllevaría la separación de sus hijos, ya que los dos mayores superan los 7 años y el menor no, lo que lleva a la madre a aceptar que esto podría suponer una tensión emocional para los niños. Por ello, ambas partes acuerdan, mediante el recurso a la mediación, que el padre mantendrá la custodia de los hijos, y la madre los cuidará durante las vacaciones de verano, y pactan también un conjunto de condiciones sobre el contacto de la madre con sus hijos, que tendrá lugar tanto en Reino Unido como en Pakistán.

El Tribunal pakistaní emitió una orden que recogía estos acuerdos alcanzados por las partes, y la envió al presidente de la división de familia del Tribunal Superior del Reino Unido. Con esta cooperación, lo que se pretendía era facilitar la ejecución de los compromisos alcanzados por las partes, en los dos países intervinientes (sumario disponible en el siguiente enlace: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1065&lng=1&sl=2>).

Cabe destacar que, aunque el Reino Unido es parte del Convenio de la Haya de 1980 y miembro de la Conferencia de la Haya, Pakistán no lo es. Sin embargo, como se ha podido observar, ello no obsta para que hayan tenido lugar comunicaciones judiciales directas entre Jueces de los dos Estados,

tendientes a garantizar la ejecución de los acuerdos a los que han llegado las partes.

6. Como consideraciones finales, conviene recalcar la conveniencia de la reforma producida sobre el procedimiento a seguir ante los supuestos de sustracción internacional de menores. La vigencia hasta el momento de los arts. 1901-1909 LEC de 1881, en la redacción dada por la Ley 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, hacía necesaria una renovación del proceso, que se ajustara a la realidad actual. Ello hace que las modificaciones introducidas en la LEC, por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, relativas a los procesos de sustracción internacional de menores, sean valoradas en su conjunto como positivas. Entre las novedades, merecen ser señaladas las dos que han sido objeto de este estudio: la mención expresa a la posibilidad de que las partes se sometan a mediación, y la alusión a las Autoridades Centrales implicadas, y las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes.

En primer lugar, la mediación se ha postulado como una solución rápida y duradera en el tiempo, que además puede desempeñar un importante papel preventivo en la producción de ulteriores sustracciones. Sin embargo, presenta un grave problema, y es que al entrar en juego ordenamientos jurídicos de distintos Estados, no siempre es posible garantizar la ejecución del acuerdo al que han llegado las partes, si en este han pactado, además de la restitución o no del menor, cuestiones de responsabilidad parental o de alimentos. Algunas de las soluciones que pueden poner fin a este problema pasan por que las partes reciban un buen asesoramiento jurídico, especialmente en lo que se refiere a los aspectos internacionales; o hacer depender la validez del acuerdo de que lo apruebe el Tribunal competente. También sería necesario que los Estados faciliten procedimientos simples a través de los que los acuerdos puedan ser ejecutados, y promover una cooperación de las autoridades administrativas de los distintos Estados.

En segundo lugar, pero relacionado con lo anterior, el recurso de los Jueces a las Redes de Cooperación Judicial Internacional y, concretamente, a las comunicaciones judiciales directas, puede ser un instrumento adecuado para garantizar la ejecución del acuerdo resultante de una mediación, en los supuestos de sustracción internacional de menores. Además, fuera ya de los casos de mediación, contribuyen a paliar la falta de información que el Juez competente pudiera tener acerca de la situación y las implicaciones legales en el Estado de residencia habitual del niño, y a arbitrar los medios necesarios a efectos de la restitución rápida y segura del mismo.

Estas disposiciones están en la línea de lo que ya establecían tanto el Convenio de la Haya de 1980, como el Reglamento Bruselas II bis. De esta manera se ha adaptado la normativa española a estos instrumentos jurídicos. Sin embargo, como aspecto criticable se puede mencionar que el legislador ha optado por seguir sin extender este proceso a los casos de sustracción de menores en los que no resulta de aplicación ningún Convenio internacional, ni instrumento de la Unión Europea, cuando nada lo impedía y se trata de los supuestos de más difícil resolución, como ya se ha puesto de relieve en el presente estudio. Esta decisión legislativa contribuye a mantener la inseguridad jurídica y la ausencia de regulación que impera en los supuestos en que se produce una sustracción, pero alguno de los Estados intervinientes no forma parte de ningún Convenio internacional ni Reglamento de la UE en esta materia.

Por lo demás, en términos generales, el nuevo procedimiento previsto en la LJV contribuye a garantizar la celeridad del proceso, fundamental en los casos estudiados; dotando a los jueces españoles de las herramientas necesarias para resolver estos supuestos de una forma más eficaz. Todo ello redundará en una mejor protección del interés superior del menor, que siempre son los más perjudicados en estas dramáticas situaciones.

ÍNDICE