



ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA



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

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

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

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

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

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

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

SUMARIO

20
bis

AUTONOMÍA PRIVADA, FAMILIAS Y HERENCIA

PRESENTACIÓN

DOCTRINA

- 01/ Divorcio, transacción y arbitraje: ¿desjudicialización o privatización del matrimonio? Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (España)..... 14
- 02/ La filiación intencional en los casos de doble maternidad. Esther Alba Ferré (España)..... 42
- 03/ Dalle tecniche di preservazione della fertilità all'utilizzo con finalità riproduttiva *post mortem* di embrioni e gameti crioconservati. L'esperienza giuridica italiana, francese e spagnola a confronto. Carlo Alviggi, Marika Ylenia Rovetto, Barbara Salvatore, Oriana Clarizia, Letizia Coppo, José Ramón de Verda y Beamonte (Italia y España)..... 72
- 04/ La transformación unilateral del régimen de visitas: delegación o asunción del cuidado de los menores por los abuelos. Federico Arnau Moya (España)..... 116
- 05/ La coordinación de parentalidad en situaciones de alta conflictividad familiar ¿algo más que una medida judicial? David Aviñó Belenguer (España)..... 162
- 06/ Cónyuge supérstite, el sobreviviente relegado. La legítima viudal desde una perspectiva familiar sociológica con matiz de género. José Ramón Cabello Hernández (España)..... 190
- 07/ Autonomía privada de los menores en el derecho de familia. Esther Camarasa Gimeno (España)..... 228
- 08/ La aplicación de las ADR en la sustracción internacional de menores. Especial referencia a la mediación. María Dolores Cano Hurtado (España)..... 258
- 09/ Notas sobre la utilidad de la donación-partición y de la partición bilateral en el derecho civil común. José María Cardós Elena (España)..... 288
- 10/ Pactos de convivencia en parejas de hecho, en reciprocidad con las uniones matrimoniales: otra “vuelta de tuerca”. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (España)..... 320

11/ Funzione compensativo-perequativa dell'assegno divorzile, rilievo della convivenza precedente al vincolo e sacrificio di opportunità professionali del coniuge debole. Francesca Cerea (Italia)	350
12/ El cuidado y asistencia de personas mayores como obligación familiar y como responsabilidad pública. Purificación Cremades García (España).....	386
13/ Los pactos sucesorios de transmisión de presente de bienes y el ámbito de aplicación del Reglamento europeo en materia de sucesiones mortis causa con repercusión transfronteriza. Pau Cuquerella Miralles (España)	418
14/ La protección de la persona con discapacidad a través del fideicomiso de residuo. Jéscica Delgado Sáez (España).....	430
15/ La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come "reato universale". Analisi e prospettive. Francesca Di Lella (Italia)	450
16/ Corresponsabilidad parental y crisis matrimonial: reflexiones en torno a la educación religiosa de los hijos comunes y los planes de coparentalidad. M ^a Rosa García Vilardell (España).....	466
17/ Luces y sombras acerca de la política de anonimato de los donantes en los tratamientos reproductivos. Reflexiones tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Gauvin-Fournis et al. c. Francia Giulia Giovannini (España).....	498
18/ El principio de autodeterminación de género. Apuntes prácticos sobre el procedimiento de rectificación de la mención registral relativa al sexo. María del Mar Heras Hernández (España)	524
19/ El valor de la "conyugalidad": la conveniencia de una revisión de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite y su posible discapacidad ante la nueva realidad socio-familiar. Pilar María Estellés Peralta (España).....	554
20/ Un derecho sucesorio valenciano en silueta. M ^a Dolores Mas Badía (España)	602
21/ La transmisión por causa de muerte del patrimonio digital. Carlos Palanco Cárdenas (España)	642
22/ La normativa en el estado de Tabasco, México, como política pública de defensa a grupos vulnerables en la gestación por sustitución. Gisela María Pérez Fuentes y Karla Cantoral Domínguez (México).....	662
23/ Apuntes sobre la autonomía de los cónyuges en la determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes. Alejandro Platero Alcón (España).....	690
24/ Examen comparativo entre las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica establecidas por el legislador estatal y las previstas en el "Avantprojecte de llei de modificació del	

Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones". Analogías y diferencias. Celia Prados García (España) 728

25/ Adopción de mayor de edad y fraude de ley. Juan Carlos Velasco Perdigonés (España)..... 798

26/ La responsabilidad civil de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021. Beatriz Extremera Fernández (España) 826

RECENSIONES.

27/ Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: Realidad (social) y norma (jurídica). La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho Privado, Aranzadi, 2024, 158 pp. Por Carlos Martínez de Aguirre..... 862

28/ Montes Rodríguez, M.P.: Obras de conservación y mejora en el arrendamiento de vivienda. Análisis normativo y jurisprudencial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 304 pp. Por José Ramón de Verda y Beamonte..... 868

29/ Múrtula Lafuente, V.: Mujeres mayores víctimas de violencia de género y tutela civil de sus derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 150 pp. Por José Ramón de Verda y Beamonte. 871

30/ Ramón Fernández, F: La variedad vegetal ante el avance biotecnológico y los objetivos de desarrollo sostenible, Reus, Madrid, 2020. Por José Ramón de Verda y Beamonte..... 875

31/ Ramón Fernández, F: Régimen jurídico de los drones: inteligencia artificial, responsabilidad, usos y conflictos, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 237 pp. Por José Ramón de Verda y Beamonte 878

32/ Sancho Martínez, L.: La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 596 pp. Por Manuel Jesús Marín López..... 880

33/ Velasco Perdigonés, J.C.: Autonomía progresiva y responsabilidad civil del menor, Dykinson, Madrid, 2024, 198 pp. Por José Ramón de Verda y Beamonte..... 889

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros

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

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia

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

Dra. Esther Algarra Prats

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Enrico Al Mureden

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Bologna, Italia

Dr. Marco Angelone

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

Dr. Vincenzo Barba

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

Dr. Javier Barceló Doménech

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca (†)

Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca

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

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos

Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia

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

Dra. Margarita Castilla Barea

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dra. Giovanna Chiappetta

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira

Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza

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

Dra. Stefania Giova

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

Dr. Pablo Girgado Perandones

Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dr. Gorka Galicia Aizpurua

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

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci

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

Dr. Cristián Lepin Molina

Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore

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

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa

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

Dr. Fabrizio Marinelli

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

Dra. Graciela Medina

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

Dr. Lorenzo Mezzasoma

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan

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

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes

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

Dr. Giovanni Perlingieri

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

Dra. Carolina Perlingieri

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

Dra. María José Reyes López

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro

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

Dr. Nelson Rosenvald

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

Dr. Dario Scarpa

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

Dra. Adela Serra Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios

Corte Suprema de Justicia, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Filippo Viglione

Professore Ordinario di Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Pietro Virdagamo

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

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Giovanni Berti de Marinis

Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Asunción Colás Turégano

Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Luis de las Heras Vives

Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Emanuele Indracollo

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona

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

Dra. Pilar Montés Rodríguez

Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Pilar Estellés Peralta

Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir", España

Dr. Riccardo Mazzariol

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Sonia Rodríguez Llamas

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo

Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia

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

Dr. Francesco Angeli

Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco

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

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

D. Álvaro Bueno Biot

Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez

Profesor Sustituto de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García

Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Cristina Cervale

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio

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

Dr. Giovanni Cina

Ricercatore Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Francesco Disalvo

Dottore in Diritto Privato, Universidad LUMSA, Italia

Dra. Elena de Luis García

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

Dr. Jorge Enriquez Sordo

Doctorando em Derecho, Universidad de Valencia, España

Dra. Beatriz Extremera Fernández

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

Doña Ana Elisabete Ferreira

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

Dr. Massimo Foglia

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Bérghamo, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giuseppe Marino

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo

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

Dr. Carlos Gómez Asensio

Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela

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

Dr. Fernando Hernández Guijarro

Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata

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

Dr. Marco Li Pomi

Assegnista di Ricerca, LUM, Italia

Dña. Covadonga López Suárez

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

Dr. Miguel Herrero Medina

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

Dr. Andrés Marín Salmerón

Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

D. Mario Neupavert Alzola

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

Dr. Javier Martínez Calvo

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández

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

D. Jesús Palomares Bravo

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

Dra. Carla Pernice

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

Dr. Rosario Petruso

Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez

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

Dr. Marco Rizzuti

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle

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

Dr. Valerio Rotondo

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz

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

Dr. Eduardo Taléns Visconti

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

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins

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

Dr. Calogero Valenza

Assegnista di Ricerca, Università de La Sapienza, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla

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

PRESENTACIÓN

El presente número extraordinario de Actualidad Jurídica Iberoamericana recoge las comunicaciones presentadas en el Congreso Internacional “Autonomía privada, familias y herencia. Asignaturas pendientes y aprobadas. Diez años después”, celebrado, con gran éxito, en Sevilla los días 23 y 24 de noviembre de 2023, bajo la dirección del Profesor Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, D. Juan José Pretel Serrano, D. Francisco José Aranguren Urriza y yo mismo.

Estas comunicaciones son un dignísimo complemento de las ponencias que en dicho Congreso tuvieron lugar, versando sobre un amplio elenco de materias de gran actualidad, en las cuales el principio de autonomía de la persona se proyecta sobre dos instituciones básicas del Derecho civil, esto es, la familia y la herencia.

Esperamos que el lector disfrute con su lectura tanto como los que tuvimos ocasión de escucharlas en Sevilla.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

DOCTRINA

DIVORCIO, TRANSACCIÓN Y ARBITRAJE: ¿DESJUDICIALIZACIÓN O PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO?*

DIVORCE, TRANSACTION AND ARBITRATION: DEJUDICIALIZATION OR PRIVATIZATION OF MARRIAGE?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 14-41

* El presente trabajo ha sido ya en parte publicado, con similar, aunque no idéntico título, en el libro colectivo *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas*, editorial Olejnik, Argentina, 2020, pp. 305-317), que codirigí con mi querido colega el Prof. C. PÉREZ; así como en el libro colectivo también *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo, «Liber amicorum» en homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez*, Tomo I, editorial Dykinson, Madrid, 2023, pp. 404-418; y que aquí presentamos en versión extendida y actualizada con la más reciente doctrina vertida sobre el asunto en lid, que ya es de tanta actualidad.

Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Frente a la reciente corriente doctrinal hispanoamericana que defiende la posibilidad de una separación o de un divorcio matrimonial arbitrado, o incluso transigido, en el presente trabajo su autor rechaza completamente tal propuesta, incluso "de lege ferenda", pronunciándose en favor de la desjudicialización del derecho de familia, pero en contra de su privatización o contractualización.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; divorcio; transacción; arbitraje.

ABSTRACT: *Faced with the recent Spanish-American doctrinal current that defends the possibility of an arbitrated, or even compromised, separation or marital divorce, in the present work its author completely rejects such a proposal, even "de lege ferenda", ruling in favor of the dejudicialization of the right of family, but against its privatization or contractualization.*

KEY WORDS: *Marriage; divorce; transaction; arbitration.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ¿ES POSIBLE UN DIVORCIO ARBITRADO, O INCLUSO TRANSIGIDO?- II. CONTRA UN DIVORCIO ARBITRADO, O TRANSIGIDO.- I. La incompatibilidad de presupuestos entre el divorcio -cuando es-consensuado y el arbitraje o la transacción -siempre contenciosos-. 2. Ley, estado civil y orden público: la imposibilidad de un divorcio transigido o arbitrado.- 3. La inconveniencia -práctica-de un sistema de transacción o arbitraje limitado a las consecuencias patrimoniales de la crisis -estrictamente- matrimonial.- III. NUESTRA CONCLUSIÓN, CONTRARIA -INCLUSO “DE LEGE FERENDA”- AL DIVORCIO ARBITRADO O TRANSIGIDO COMO PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ¿ES POSIBLE UN DIVORCIO ARBITRADO, O INCLUSO TRANSIGIDO?

La idea de admitir una separación o un divorcio desjudicializado, esto es, sin la presencia de un juez, va ganando terreno hoy en el Derecho comparado, habiendo, de momento, al menos dos alternativas: por un lado, la del divorcio notarial, que ya fue implantado por primera vez en 1994 en Cuba, de donde se expandió a otros países latinoamericanos (como Colombia, Ecuador, Brasil¹, o Perú -donde también cabe divorciarse ante el Alcalde-, y, recientemente, Bolivia y Nicaragua), y hoy ya en España (desde 2015) y en Francia (desde 2016). Por otro lado, junto al notarial existía desde antes el llamado divorcio administrativo, que se realizaba ante el juez o funcionario encargado del Registro Civil. Su origen radica en el Código soviético de 1926, y está hoy vigente en Méjico, Portugal e Italia, y en algunos países escandinavos o de la extinta URSS (como Estonia), o de su anterior zona de influencia (como Rumania)².

- 1 Donde su propia Constitución, en su art. 226, lo exige, concretándolo por su mandato el art. 1580 de su Código civil, donde la separación previa (de 1 año si es judicial, o de 2 años si es de hecho), se requiere para todo posterior divorcio, sea causal o consensual, judicial o notarial.
- 2 Sin necesidad de referirse a algunos sistemas escandinavos, de origen difuso y de difícil encaje en otros sistemas por su singularidad, sin duda ninguna, la alternativa al divorcio judicial que más seguimiento ha tenido en Derecho comparado es el divorcio notarial en Cuba, un país donde, especialmente en las últimas décadas, ha proliferado el divorcio por múltiples razones, a veces endémicas, otras coyunturales, que lo convierten -parafraseando a CARBONNIER- en una especie de divorcio de miseria (o por pobreza). Aunque admitido ya el divorcio en Cuba desde principios del siglo XX, es después de la Revolución socialista, en 1959, cuando se incrementa el número de divorcios, sobre todo en la década de los 70 y 80. Al tratarse, por entonces, de un divorcio judicial, lento y costoso, a agilizarlo y abaratarlo, descongestionando, además, con ello el aparato judicial, vino el Decreto-Ley n° 154/1994, de 6 septiembre, “Del divorcio notarial”, que será desarrollado por el Reglamento n° 182/1994, de 10 noviembre, del Ministerio de Justicia, teniendo toda esta reforma su oportuno reflejo en el Código de Familia (cfr., arts. 43.4], 50,...). Con tal innovación la competencia quedaba atribuida en exclusiva a los notarios cuando se tratase de un divorcio por mutuo acuerdo, permaneciendo atribuida a los jueces cuando se tratara de un divorcio contencioso. El resultado de la reforma fue exitoso. Tan bien acogido ha sido el actual divorcio notarial cubano, entre expertos y en la práctica, que no se ha dejado esperar su influencia en otros países sudamericanos, como son, por orden cronológico: Colombia, con la Ley n° 962/2005, de 8 julio, desarrollada por el Decreto n° 4436, de 28/11/2005; Ecuador, en la Ley n° 2006-62, de reforma de la Ley Notarial; Brasil, con la Ley n° 11411/2007, de 7 enero, desarrollada por la Resolución n° 35, de 24/4/2007; Perú, en la Ley 29227/2008, de 15 mayo, reglamentada en el Decreto 009-2008-JUS, de 12 julio, que, como novedad frente a los demás países, junto

• Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

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

Yo mismo defendí la conveniencia de tales vías alternativas a la judicial, en un trabajo publicado en el último número de 2011 en la *Revista de Derecho Privado*³, donde, frente a quienes criticaban aquellas alternativas por entender que en ellas había una privatización de la justicia en general, y del matrimonio en particular, como si de un contrato más se tratara⁴, siempre entendí que tan solo se trataba de desjudicializar las separaciones y divorcios -solo- cuando había mutuo acuerdo,

al notario también confiere autoridad para el divorcio consensual a los Alcaldes; y, por último, Bolivia, con la Ley del Código de Familia y de procesos familiares (060 de 2014), y la Ley Plurinacional del Notariado 483/2014, de 25 enero, desarrollada por el Reglamento n° 2189.

Como fuente inspiradora más remota de esta modalidad de divorcio notarial suele citarse -también en esta materia- el Código de Familia soviético de 1926. Mas, en este caso al menos, no es del todo cierta tal paternidad del divorcio notarial: dicho Código ruso sí desjudicializó, en efecto, el divorcio consensual (limitando la intervención judicial al contencioso, art. 24), pero no para atribuir su competencia al notario, sino al encargado del -denominado- Registro de actos de ciudadanía, donde se inscribían -voluntariamente- tanto matrimonios como divorcios (cfr., arts. 19, 20, 131 ss); una autoridad que, ante el acuerdo habido entre los cónyuges en divorciarse, se limitaba a levantar acta y a dejar constancia del mismo en aquel Registro (arts. 21 y 22); permitiéndose, eso sí, que tal acuerdo fuese ejecutivo mediante acta notarial (art. 23). En dicho Código soviético se admitía, incluso, un auténtico repudio, al estilo romano (que se hacía por carta): la posibilidad de cesación a instancia de un solo cónyuge, que era comunicada al otro cónyuge mediante copia del acta de inscripción (art. 140). En cambio, en aquellos otros sistemas divorcistas notariales (cubano, colombiano, ...), ya sea por mutuo acuerdo o instado unilateralmente por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, todo divorcio ha de sustanciarse ante el notario en presencia de ambos cónyuges. Sí tuvo más directa influencia este sistema ruso en Méjico, lo cual no es de extrañar, habida cuenta de que aquella modalidad de divorcio -que la doctrina mejicana llama- "administrativo" fue prontamente introducido en su Código civil federal de 2/10/1932 (art. 272). Y curiosamente, sus pasos han sido seguidos fuera de Latinoamérica, en Portugal, donde, superado tras mucho tiempo el retroceso habido en los 60 y 70 en materia de divorcio por la fuerte presión católica, se introdujo la posibilidad de divorcio por mutuo acuerdo en los Registros Civiles, en tanto no hubiese hijos menores (o la cuestión relativa a su guarda y visitas se ventilase previamente ante los tribunales), con el Decreto-Ley n° 131/1995, de 6 junio, que aprueba el nuevo Código del Registro Civil, con modificación también del propio Código civil, y que se verá también modificado posteriormente: primero, con el Decreto-Ley n° 272/2001, de 13 octubre, donde se atribuye a los Conservadores del Registro Civil la sustanciación de los divorcios consensuales como competencia exclusiva; y luego, con la Ley n° 61/2008, de 31 octubre, que introduce la intervención del Ministerio Público en aquel divorcio consensual administrativo para cuando el matrimonio que se divorcia tenga hijos (evitando así aquella duplicidad procedimental que imponía el Decreto de 1995). Toda esta legislación puede encontrarse compendiada en QUIÑONES ESCÁMEZ, J.: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones, I: África del norte y América latina*, Atelier Libros, Madrid, 2006, y en AA.VV.: *El divorcio en el Derecho Iberoamericanon* (coord. por Á. ACEDO PENCO y L.B. PÉREZ GALLARDO), Madrid, Reus, 2009. Aunque también puede ser fácilmente encontrada por internet.

- 3 Con el título "Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España", pp. 3 a 56; en una versión extendida, para Argentina, *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, núm. 7 (agosto), 2012, pp. 20 a 80; en parte resumido, para Italia, en "El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)", *Quaderni di Conciliazione*, 2011, núm. 2, pp. 211 a 244; y sintetizado más recientemente en "¿Matrimonios y divorcios ante notario?", en *El Notario del siglo XXI*, 2013 núm. 48 (marzo-abril), pp. 44 a 47; y, para Francia, en "Le projet de divorce notarial en Espagne", en *Droit de la Famille*, núm. 2, 2015, pp. 26 a 29. En el transcurso del propio debate parlamentario publiqué otro trabajo, proponiendo algunas mejoras en el texto que entonces se debatía, aunque solo con relativa fortuna (es el trabajo "Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica", *Revista de Derecho Privado*, 2014, núm. 2, marzo-abril, pp. 97 a 115). Ya una vez aprobada y en vigor la reforma legal, volví a su estudio, más general y detallado, dirigiendo un libro colectivo, escrito por profesores y notarios, con el título *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, Madrid, 2016.
- 4 En particular, por lo que respecta a las separaciones y divorcios ante notario, CARRIÓN VIDAL, A.: "Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 399 y 400, entiende que el divorcio ante notario es un paso más en la "privatización" del matrimonio. Por su parte, PÉREZ HEREZA, J. y VARA GONZÁLEZ, J.M.: "Separación y divorcio ante notario", *Jurisdicción voluntaria notarial*, Madrid, 2015, aun sin ánimo crítico, hablan de la "desinstitucionalización" del matrimonio. Y, dando un paso más con tal fundamento, NÚÑEZ IGLESIAS, A.: "Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza", en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, 2015, considera que el divorcio ante notario tiene una naturaleza contractual compleja, al que cabría aplicar por analogía el régimen de los contratos en tanto resulte compatible con aquél.

habiendo muy diversas razones -incluso constitucionales (fundadas en principios y valores fundamentales)- que así lo justificaban. Que el legislador se inclinara por el modelo notarial (el cubano o cualquier otro), o por el administrativo (portugués u otro), solo era una cuestión de política legislativa⁵. Pero siempre creí que en ambas alternativas latían razones de peso, entre las cuales destacaba yo mismo la conveniencia de agilizar o acelerar -incluso con un ahorro en tiempo y en costes (no sólo económicos, sino también psicológicos, de los justiciables)- el divorcio amistoso, con la consiguiente -y conveniente- descongestión de trabajo a los tribunales de justicia, cuya labor debería quedar circunscrita a los divorcios contenciosos⁶, donde hay verdadera “litis” y donde, por tanto, se exige una labor de enjuiciamiento (de juzgar y resolver el caso litigioso), que solo puede corresponder al Poder judicial.

Agilizar y abaratar el divorcio, cuando es voluntario, era incluso, en mi opinión, una exigencia constitucional, basada en la necesidad de que los Poderes Públicos (en nuestro caso, el legislativo haciendo la pertinente reforma) remuevan los obstáculos en pro de la libertad (art. 9.2 CE, en nuestro caso, de la libertad a divorciarse, o descasarse), y de que los procesos públicos se ventilen sin dilaciones innecesarias (ex art. 24.2 CE, que, no obstante referirse a la efectividad en la tutela judicial, puede extenderse en su “ratio” a cualquier mecanismo heterocompositivo).

Por supuesto, tanto en la ley del divorcio de 1981, como en la de 2005, nuestro legislador respondió a tales exigencias al regular el divorcio consensual: en la primera creando Juzgados de Familia y regulando un procedimiento especial en su Disposición Adicional 6ª; que sería trasladado, con ciertos cambios, al art. 777 de la LEC vigente, de 2001, al que alguna reforma, no obstante intrascendente a estos efectos, haría la Ley-2005. Luego, en 2009, vendría dicha norma a ser reformada en la misma dirección al introducirse, en su ap. 3, la ayuda del secretario judicial (que vino a llamarse letrado de la administración de justicia, tras su reforma en 2015), en suplencia del juez, en la sustanciación de dicho procedimiento.

Parecía, sin embargo, que tal singularidad del procedimiento no había satisfecho el objetivo de lograr la economía procesal, que no llegaría a alcanzar la Ley de 2005, a pesar de ser bautizada como la ley del divorcio “expres”. Baste, como dato significativo, que cuando se gesta aquella Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, un senador que participó en su tramitación parlamentaria, el Sr. Ruiz Risueño,

5 Salvo los modelos francés e italiano, donde el notario y el Encargado del Registro Civil, respectivamente, solo ejercen una “homologación” o control formal, no de fondo, lo que, sin duda, resulta objetable, como puede verse, por ejemplo, en el trabajo de FAVIER, J.: “El nuevo divorcio contractual en Derecho francés, hijo ilegítimo de la reforma de modernización de la justicia”, trad. y notas de M. GARCÍA MAYO, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.

6 Así, a.e., comienza advirtiéndolo el Preámbulo del Decreto-Ley n° 154/1994 cubano, y de semejante modo lo justifican en sus respectivos Preámbulos la Resolución n° 35, de 2007, de Brasil, y el Decreto-Ley n° 272/2001 portugués.

consideraba, en su defensa, que tales pleitos se sustanciarían en 3 ó 4 meses. Por entonces, tal aspiración era loable, plausible. El lograrlo era un reto. Pero, transcurridos más de 30 años desde que se introdujo tal procedimiento, trasladada y reformada aquella norma en el actual art. 777 LEC, no se había ganado en mayor rapidez. Según notas de prensa del INE (Instituto Nacional de Estadística), hechas en 2010, 2012 y 2013, del total de divorcios y de separaciones habidos en aquellos años, algo más de un 65 % fueron de mutuo acuerdo (frente a poco menos del 35 % contencioso), siendo la duración media de un procedimiento de divorcio, siempre judicial, de unos 5 meses. La cuestión era, pues, obvia: ¿por qué aún, por entonces, se había de seguir esperando tanto tiempo en la sustanciación de un divorcio, cuando había acuerdo entre los cónyuges, y ya no se tenía que alegar causa ni tiempo de separación previa? Del mismo modo en que no hay excesivo obstáculo procedimental para casarse (apenas el de la comprobación de capacidad y consentimiento, cfr., arts 56 y 58 CC), ¿por qué habría de haberlo en su “contrarius actus”, como era el divorcio voluntario?

Ni siquiera era una excusa, a fin de alcanzar la descongestión, la existencia de jueces especializados, como eran en España los Juzgados de Familia. Ya fueron creados hacía más de 30 años, mediante el RD 317/1981, de forma coetánea a la Ley-1981, y en todo este tiempo no habían logrado abreviar, por ser materialmente imposible, los divorcios por mutuo acuerdo. Como, por lo demás, también había sucedido en aquellos países, como Méjico, Colombia, o Portugal, donde la existencia de tribunales especializados en Derecho de familia no había impedido la desjudicialización del divorcio amistoso⁷.

Perfectamente podía ser competente para ello el actual encargado del Registro Civil, máxime cuando ya sobre él también recae la autoridad para contraer matrimonio. Pero podía ser también el notario el encargado de asegurar tales exigencias de economía y descongestión⁸. Célebre entre los notarios es aquella frase de don JOAQUÍN COSTA: “A notaría abierta, juzgado cerrado”⁹. No en vano, su labor práctica en materia de crisis matrimoniales venía siendo ya una realidad: por ejemplo, en la liquidación de regímenes económicos de matrimonios ya disueltos

7 En Méjico ya existían tales tribunales desde 1932, cuando se introduce el divorcio ante el Encargado del Registro Civil. En Colombia, por su parte, existen los llamados “tribunales de familia o promiscuos de familia”; y aun así, la ley del divorcio notarial se dictó “en aras de descongestionar los despachos judiciales”. Por último, en Portugal, también son numerosos desde hace un tiempo los Tribunales de familia (habiendo, en total, 16, situados en las principales ciudades).

8 Entre los propios notarios, lo advertía con insistencia CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P.: “Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”, *RJN*, 2000, pp. 32, 33 y 71, ante el número creciente de separaciones y divorcios consensuales y el colapso de los juzgados con largas listas de espera y largos y costosos procesos. Ya aprobada la LJV, VARA GONZÁLEZ, J.M.: “Jurisdicción de familia y divorcio notarial”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 64, 2015, p. 28, calculaba que como media “un divorcio notarial debe quedar formalizado, inscrito y entregada la copia a los otorgantes en menos de una semana”.

9 Más “in extenso”, decía: “El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, Juzgado cerrado” (COSTA MARTÍNEZ, J.: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración del Justicia*, en *Obras completas*, XIII, Imprenta de la Revista de Legislación Madrid, 1917, p. 205).

(y hecha tal liquidación con posterioridad al divorcio); tampoco era extraña su intervención en las propias capitulaciones matrimoniales donde de antemano, antes de casarse, incluso a veces se pacta ya un convenio regulador para el caso de posible crisis matrimonial (según admite expresamente el Código Civil catalán); tampoco eran extraños los supuestos en que se escrituraban separaciones, que al no ser estrictamente judiciales, la ley estimaba como separaciones fácticas o de hecho, y la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria como “separación legal” (junto a la judicial), o como “separación de hecho que conste fehacientemente” (cfr., el ap. 2 de la Disposición Adicional 1ª de la LJV)...

Por estas -y otras- razones, fue esa misma Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio, la que finalmente vino a permitir en España el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, desjudicializando¹⁰ de este modo el divorcio.

Ahora bien, por aquella misma razón, tendente a la celeridad, el ahorro y la descongestión judicial, me preguntaba yo en aquel mismo trabajo: ¿por qué no admitir también el divorcio arbitral, como algunos en España proponen abiertamente, o, más allá aún, un divorcio transigido, aunque sea judicialmente, como alguno -también en España- ha llegado a insinuar?

Entre nosotros, MARFIL GÓMEZ¹¹, cuando menos, insinúa la idea de un divorcio transigido, aunque sea mediante el nombramiento judicial del árbitro (al amparo del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje), y algo parecido afirma mi querida colega, la Profª LÓPEZ BARBA¹², al entender que como puede haber previo conflicto, este puede resolverse mediante transacción, aunque luego esta requiera de homologación judicial.

Con claridad y osadía, como ella reconoce, defiende el divorcio arbitral IBOLEÓN SALMERÓN¹³, haciéndolo por muy diversas razones: de agilidad y celeridad; al ser el actual un divorcio abstracto, en que no hay ya causa que acreditar; por su similitud con la mediación familiar; por su admisión en otros ordenamientos, como el japonés; por la existencia en la práctica de cláusulas de arbitraje post-divorcio, lo que permitiría que las hubiera pre-divorcio; porque el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada y tiene fuerza ejecutiva, como las sentencias judiciales; y porque históricamente materias que han sido de competencia exclusiva de

10 “Notarializándolo”, decía, desde antes, ROCA TRÍAS, E.: “Crisis matrimonial y arbitraje”, *Anuario de Justicia alternativa*, núm. 6, 2005, p. 173, siguiendo en tal expresión a Garrido Melero en su comentario al CC catalán.

11 En “El arbitraje en el Derecho de familia en España: un reto de futuro”, *Revista de Derecho de Familia*, 2010, pp. 25-34.

12 “El contrato de transacción”, en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. por M. IZQUIERDO TOLSADA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 81, 82, 86 y 87.

13 En “Arbitraje y divorcio”, en *La Ley*, 2007, pp. 1602-1615.

los tribunales han pasado a serlo también de los árbitros (como, por ejemplo, sucedió con las medidas cautelares tras la Ley arbitral-2003). Por todas estas razones, propone “de lege ferenda” IBOLEÓN un divorcio arbitral, exigiendo que deba tratarse de un arbitraje de Derecho (donde el árbitro sea un abogado), en que haya previo acuerdo entre los cónyuges y no haya hijos. En nuestra opinión, sin entrar, de momento, en las razones mayores por las que considero rechazable esta propuesta (por las razones que expondré), hay un dato, no en su argumentación, sino en su conclusión, que parece sorprendente: si, como ella propone, es necesario un acuerdo entre los cónyuges, ¿para qué ya un árbitro cuya genuina función, como la del juez, es la de dirimir conflictos mediante laudos?

También defiende fervientemente el arbitraje en las crisis familiares, LUIS ZARRALUQUI NAVARRO¹⁴, ante la congestión, la carestía y el colapso de nuestros tribunales y ante la deficiente actuación de nuestros fiscales, proponiendo, “de lege lata”, el arbitraje para cuestiones netamente patrimoniales¹⁵, y, “de lege ferenda”, que el legislador, tan falto de voluntad y actuación en la jurisdicción familiar, permita el divorcio arbitrado, del mismo modo en que ha venido a admitir el divorcio notarial o el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Aun obviando la cita a ese minoritario -de momento- sector de la doctrina española, la ilustre jurista argentina AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI¹⁶, con apoyo en abundante doctrina y normas de otros muy diversos países (especialmente provenientes del “Common Law”, o la “Shari’a arbitration” del Derecho islámico¹⁷, aunque también de Italia, Francia, Chile, ...), igualmente parece defender tal opción, siempre que el arbitraje no sea impuesto, ni legal ni judicialmente, sino voluntariamente acordado por las partes.

En particular, en una parte de su trabajo, nos llega a decir KEMELMAJER: “... la noción de orden público familiar ha cambiado. Así, hasta no hace muchas décadas, parecía una verdad incontrovertible que el divorcio en sí mismo no era arbitrable, pues la disolución del vínculo exigía la intervención de un órgano estatal. (...) Esta

14 En “40 años de la Ley del divorcio y su necesidad de adaptación al siglo XXI (IV): arbitraje en Derecho de familia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, números 984 y 986, 2022.

15 Entre las cuales enumera las siguientes: liquidaciones de gananciales; procedimientos de determinación del régimen económico matrimonial; divorcios o ceses de uniones de hecho sin menores en los que se discuta la pensión compensatoria y/o indemnización; el uso de la vivienda familiar sin menores; los procedimientos de extinción de pensión compensatoria; y los procedimientos testamentarios.

16 En su trabajo “Una solución eficiente para las familias: “¿Jurisdicción o arbitraje?”, en AA.VV.: *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas* (dir. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y C. PILIA), Editorial Olejnik, Argentina, 2020.

17 Para una visión panorámica del mismo, BRIONES MARTÍNEZ, I.M^º: “El arbitraje islámico en materia de matrimonio y familia en el Reino Unido”, *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 1, 2014, pp. 61-99; y para una visión del Derecho anglosajón, LAUROBA LACASA, M^º.E.: “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje, ¿y...?”, *Indret*, núm. 4, 2018, pp. 44 ss, aunque advirtiendo que para arbitrar conflictos familiares sobre aspectos puramente personales (como la guarda de los hijos), hay Estados (como el de Nueva York), que prohíben el arbitraje.

sigue siendo la situación en la Argentina, donde el divorcio es judicial (art. 435 inc. c) pero, verificada la existencia del matrimonio, basta el pedido de uno solo de los cónyuges, sin expresión de causa alguna, para que el juez deba pronunciarlo, sin que obste la falta de acuerdo sobre otros temas relevantes como los alimentos, la atribución de la vivienda, la comunicación y cuidado de los hijos. (...) Otros países aceptan vías no judiciales. Si es posible que el divorcio lo pronuncie un notario (como en España), o el director del Registro civil (como en Brasil), la pregunta es: ¿por qué no un árbitro, elegido por ambas partes?”.

Y en otro pasaje, anterior al transcrito, también nos dice AIDA KEMELMAJER: “Si desde hace años, el derecho de familia busca valorizar los acuerdos entre las partes y la resolución convencional de los litigios (tal como lo evidencia el divorcio por consentimiento mutuo, la desjudicialización del procedimiento de cambio del régimen patrimonial del matrimonio, la aceptación de la conciliación y la mediación, etc.) si, en definitiva, existe un cambio significativo en la propia noción de «orden público», ¿por qué el arbitraje no puede encontrar un lugar en este ámbito?”.

En ambos párrafos transcritos, la pregunta final planteada por KEMELMAJER tiene, evidentemente, un tono retórico, pues en ella va de suyo implícita la respuesta afirmativa. Y es innegable que, como señala la propia KEMELMAJER, un divorcio arbitrado, tramitado ante un árbitro profesional elegido por las partes, tiene sus ventajas frente a la vía judicial (como la mayor flexibilidad, agilidad y menor coste del arbitraje, o la mayor predisposición de que las partes acaten el laudo emitido por un árbitro consensuado, ...), e incluso frente a la mediación que le pueda servir de auxilio (dado que el árbitro, a diferencia del mediador, puede asesorar e incluso intentar la conciliación entre las partes). Pero tales ventajas, ¿son suficientes para admitir un divorcio arbitrado, o incluso transigido?

II. CONTRA UN DIVORCIO ARBITRADO, O TRANSIGIDO.

Sin dilación creo que hay que responder negativamente (a la pregunta planteada al final del epígrafe anterior), acerca de un posible divorcio resuelto mediante transacción o declarado mediante laudo arbitral. A saber:

I. La incompatibilidad de presupuestos entre el divorcio -cuando es- consensuado y el arbitraje o la transacción -siempre contenciosos-.

Ni la transacción, ni el arbitraje encajan en la hipótesis particular a que nos venimos refiriendo, la de un divorcio por mutuo acuerdo, por una razón evidente: sobre todo el arbitraje, pero también la transacción, presuponen una contradicción de intereses, un litigio, que se contradice con la idea de acuerdo que de antemano subyace en aquel divorcio para resolver -eso sí- una crisis matrimonial:

En el divorcio consensuado extrajudicial admitido en el Derecho comparado, el notario o el encargado del Registro Civil, como antes hacía el juez en tal caso, no resuelve un divorcio (pues no es contencioso, ni hay en él partes demandante y demandada, ...); lo homologa, lo concede o deniega según previo control de legalidad y de protección de los diversos intereses en juego acordado por los esposos en el convenio regulador. A lo más, como hasta hace poco sucedía con el juez, podría el notario asesorar neutral o imparcialmente (como, por lo demás, es función propia suya conforme al clásico aforismo “respondere et cavere” -aconsejar y prevenir, según se desprende de los arts. 1 y 147 del Reglamento notarial-), sin que, por tanto, en el consenso obtenido haya vencedores ni vencidos. En el divorcio consensual no hay verdadera “litis” que resolver, cuando, en realidad, no hay estricta colisión de intereses, sino una contraposición en los mismos que los cónyuges interesados han sabido converger, o compatibilizar, en el convenio regulador acordado.

“Mutatis mutandis”, lo mismo podía decirse antes de la vía judicial, sin que pudiera negarse que siempre, tanto antes, con la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, como ahora, con el art. 777 LEC, el divorcio amistoso estaba configurado, en el fondo, como un acto de jurisdicción voluntaria y como mero control de homologación (aunque control, al fin y al cabo)¹⁸: en lo formal, expresiones como “petición”, “escrito” o “solicitud”, en lugar de demanda, o como “procedimiento”, en lugar de proceso, el hecho mismo de que en ningún hito del mismo se pretenda -con acierto- la reconciliación¹⁹, o la posibilidad de que intervengan un solo abogado y procurador en defensa y representación de ambos cónyuges, revelaban que, en el fondo, aunque cada cónyuge tenía sus propios intereses (en conflicto, ciertamente), no había contradicción en sentido estricto, en cuanto contienda, u oposición, ni, en una palabra, “litis” (cfr., art. 1817 LEC-1881), que justificara la intervención del juez en su genuina -que no única- función jurisdiccional de juzgar, de aplicar la norma para resolver un pleito en que las partes, demandante y demandado, defienden su posición una frente a la otra y que el juez solventa a

18 Ha sido y es, además, la opinión común: GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al CC*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 3, 10 y 11/21; BONET NAVARRO, J.: “Matrimonio y divorcio”, en AA.VV.: *Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J.L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, pp. 942, 945, 1476, 1478 ss.), aunque la estima genuinamente jurisdiccional; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P.: *Regulación procesal de la ley del divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 93; VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 453 y 454; MONTÉS PENADES, V.L.: *Comentarios al CC*, Ministerio Justicia, Madrid, p. 379; y ya refiriéndose al art. 777 LEC, CORDÓN MORENO, F.: *Comentarios a la LEC*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2001, p. 816; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, Iustel, Madrid, 2007, p. 282. Sin embargo, entre los procesalistas DE LA OLIVA (que aquí tomo de GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequatur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico”, *Aranzadi Civil*, II, 1999, pp. 5-7/9), consideraba que, si bien similar a la jurisdicción voluntaria, era diverso el procedimiento de divorcio consensual por el interés público que en él subyace (lo que, en su opinión, impediría su desjudicialización), porque el juez no se limita a homologar, y, por último, porque los actos de jurisdicción voluntaria carecen de efecto de cosa juzgada (como así es), mientras que la sentencia la tiene (como se ve en el art. 89 CC al exigir su “firmeza”).

19 Curiosamente, en cambio el Derecho portugués exige en el Encargado del Registro civil que realice algún intento de reconciliación.

favor de una de ellas²⁰. Aquí no hay partes, sino solicitantes que, en la divergencia de sus intereses, han llegado previamente a un acuerdo, a un convenio regulador. Acorde con ello, la labor del juez ha sido siempre de simple control, de mera homologación en su caso. A la vista de lo que establecía antes la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, y establece aún hoy el art. 777 LEC, solo hay un control de la legalidad del acuerdo, especialmente, que éste no sea perjudicial para los hijos habidos del matrimonio (decía solamente el ap. 6 de aquella Disposición Adicional 6ª), ni que lo sea gravemente para alguno de los cónyuges (ex art. 90.2 CC). Conforme a tales parámetros, el juez se limitaba a aprobar o a rechazar la petición de divorcio y, en su caso, a aprobar o a rechazar, en todo o en parte, el convenio regulador, sin que su potestad alcanzara a corregirlo ni a suplir en él sus carencias (cfr., aps. 4 y 6 del art. 777 LEC vigente); a lo más podía el juez sugerir, que no imponer, a los cónyuges las enmiendas y adiciones que, conforme a los intereses de las partes (cónyuges e hijos), considerase oportunas para que los propios cónyuges las subsanasen en una nueva propuesta de acuerdo (cfr., aps. 7 y 8 del art. 777 LEC). Sólo cuando se tratara de un divorcio contencioso, el juez podía decidir por sí mismo, en defecto de acuerdo o en lugar de lo acordado cuando éste fuese atentatorio contra los intereses en lid (como así se prevé en muchas de las normas del CC; cfr., sus arts. 91 y ss²¹).

Más aún, desde la ley-1981 hasta la actual ley-2005, el divorcio ha cambiado tanto que la función homologatoria se ha visto reajustada, aún más circunscrita o limitada: antes, con la ley-1981, al estar el divorcio fuertemente causalizado, aunque hubiera acuerdo previo entre los cónyuges había que acreditar ante el juez el tiempo de matrimonio transcurrido, desde su celebración (que por entonces había de ser, como mínimo, de un año), y el del cese efectivo de la convivencia (de separación previa), a fin de poder alcanzar, finalmente, la sentencia de divorcio. Hoy, en cambio, para el divorcio consensual, basta con acreditar que han transcurrido

20 Por eso, según nos cuenta VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio*, cit., p. 452, en la tramitación de la Ley-1981, que tal procedimiento fuese judicial fue criticado por el diputado Sr. MOSCOSO DEL PRADO. Advertido es, entre sus estudiosos, que si tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa hay conflicto de intereses, en la voluntaria hay evitación de pleito (de ahí su carácter preventivo), mientras que en la contenciosa hay resolución de una litis ya producida. La jurisdicción contenciosa se ejercita "inter invitos" (o "inter nolentes"), es decir, entre personas que no han llegado a un acuerdo, mientras que la voluntaria se ejercita "inter volentes", o sea, entre sujetos que sí han llegado a un acuerdo y buscan voluntariamente que la autoridad confiera autenticidad, legalidad a dicho acuerdo.

21 Sin embargo, BONET NAVARRO, J.: *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 1479, consideraba también aplicables tales normas al caso de divorcio consensual (refiriéndose al de la anterior Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981), para concluir que también en este procedimiento el juez decide en lugar de los cónyuges o cambiando directamente sus acuerdos. A mí no me convence tal opinión: de un lado, la propia letra de los arts. 90 y ss CC denota que cuando el juez no se limita a controlar el acuerdo, sino a tomar decisiones, lo hace porque por una u otra razón no se ha llegado antes a un acuerdo entre los propios cónyuges. Y, por otra parte, teniendo en cuenta que el CC es norma sustantiva, y que en esta materia se refiere en general a la separación, al divorcio e incluso a la nulidad matrimonial, su aplicación ha de ceder, como norma común, frente a la norma procesal (fuese antes aquella Disposición 6ª, u hoy el art. 777 LEC), que específicamente, por ser norma especial, se refiere al aspecto procedimental: como es sabido, la ley especial deroga a la general. Y en este sentido es claro (antes con aquella Disposición Adicional 6ª y hoy con el art. 777 LEC), que la intervención del aparato judicial en estos procedimientos de separación o de divorcio consensuales es de mero control, de homologación, a la vista de los apartados 4 y 6 del art. 777 LEC (en texto indicados).

tres meses desde las nupcias (cfr., los arts. 82 y 86 CC y el nuevo ap. 4 del art. 777 LEC); nada más.

Todo ello ha venido a ser confirmado con la vigente LJV, que con tal justificación, no solo ha atribuido desde un principio dicha competencia a los notarios, sino que, además, tras su debate parlamentario y por iniciativa de IU, ha terminado derivando la decisión de control judicial de las separaciones y divorcios consensuados a favor del secretario judicial (ahora llamado letrado de la Administración de Justicia), a través de decreto (como así se observa en la nueva redacción de los aps. 4 y 10 del art. 777 LEC, y en tantas normas del CC; cfr., arts. 82 ss.)²².

En el arbitraje, en cambio, el árbitro cumple una función paralela a la estricta y genuinamente judicial: la de resolver un pleito, un conflicto, en que hay auténticas partes, cada una con sus pretensiones y razones, al que aquél pone fin imponiendo su solución, a favor sólo de una de las partes, mediante un laudo (equivalente a la sentencia), que se dicta ajustado a Derecho o a su sentido de equidad (según el tipo de arbitraje de que se trate).

En la transacción, por su parte, aunque sea esta alcanzada por las propias partes (como remedio autocompositivo), subyace también una controversia, que en su concepción legal (según puede verse, por ejemplo, en el art. 1809 CC español²³) y en su incertidumbre inicial, no admite semejanza con la controversia que -también lo es- se resuelve en el convenio regulador, que, además, ni se limita a evitar un pleito, ni a solucionar cuestiones sólo de presente, sino también de futuro²⁴.

En el fondo, asimilar la transacción al convenio regulador sería también equiparar este a un contrato, lo que, por extensión, podría arrastrar, en esa asimilación contractual, a las capitulaciones matrimoniales y al propio matrimonio; resultando todo ello, como poco, inconveniente.

2. Ley, estado civil y orden público: la imposibilidad de un divorcio transigido o arbitrado.

Más allá de las diferencias indicadas (en el epígrafe anterior), hay una mayor, fundamental, que, en nuestra opinión, también impide admitir el arbitraje y la

22 Conviene, en efecto, advertir que la iniciativa de introducir tal novedad ha venido de manos del partido político de IU (en las enmiendas n° 125, 151 y 161, ante el Congreso). Terminará aceptando tal propuesta el PP (en numerosas enmiendas por él también propuestas ante el Congreso), apoyándola (varias veces, como puede verse en las enmiendas n° 404 y 414), "en que ambos profesionales -Secretarios judiciales y notarios- son titulares de la fe pública judicial o extrajudicial, que es la potestad del Estado que tiene por finalidad dotar de seguridad jurídica a los actos procesales e instrumentos que autorizan".

23 Cuando dice: "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado".

24 Estas y otras son diferencias que en la doctrina destacan, entre otros, VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción en el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 273; y RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad*, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 1998, pp. 96-99.

transacción para resolver cualquier crisis matrimonial, aunque se tratara de un divorcio contencioso: que el convenio regulador, en su contenido, no se limita a las cuestiones patrimoniales que se deriven de la crisis matrimonial (como son la disolución y, en su caso, la liquidación del régimen económico, la pensión compensatoria, o la de alimentos, la atribución de la vivienda familiar, ...). El divorcio, como su contrario (el matrimonio), afecta al estado civil de las personas (que de casadas pasan a estar divorciadas, o de solteras a casadas en caso contrario); implica, por tanto, una cuestión de interés social, de orden público, que en orden familiar afecta, "ad extra", también a terceros (por razones de seguridad jurídica, ex art. 9.3 CE), y que, "ad intra", está muy en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), con la libertad (a casarse o no, o a divorciarse una vez casado), y con la protección de la familia, y en especial, por razones de justicia, con la de los hijos y del cónyuge más necesitado de protección (arts. 32 y 39 CE); todo lo cual hace que la cuestión del matrimonio, así como la del divorcio, sea indisponible privadamente, ya sea mediante la transacción o a través de arbitraje (cfr., en el Derecho español, los arts. 1814 CC²⁵ y 2 de la Ley Arbitral-2003)²⁶. De ahí el necesario control externo y público a que siempre ha de quedar sujeto el convenio regulador, sea consensual o sea propuesto por uno sólo de los cónyuges. Porque en él están en juego el estado civil de los esposos, y, en caso de haberlos, el interés superior de los hijos²⁷, sobre todo, cuando son menores de edad no emancipados²⁸, supuestos estos últimos, incluso, en que algunos ordenamientos, como el español, ni siquiera permiten un divorcio notarial o administrativo, exigiendo siempre, en presencia de hijos menores no emancipados, la intervención del poder judicial así como del ministerio fiscal (cfr., en el caso español, los arts. 81, 82 y 90.2 CC o el art. 777 LEC, en sus aps. 5 y 10).

25 Que dice: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros".

26 Decía GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al CC*, de Edersa, *ult.loc.cit.*, que el convenio regulador debe ser respetuoso también con los límites del art. 1814 CC; pero como le replicaba RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 98 y 99, en el convenio no se transige, por ejemplo, sobre alimentos futuros, sino sobre su cuantía, y tampoco se transige en sí sobre la filiación, sino sobre la guarda y el régimen de visitas de los hijos, bajo el control del Ministerio Fiscal.

27 Precisamente, a pesar de que la transacción sea ventajosa como mecanismo alternativo al judicial por ser más rápido y económico que este, sin embargo, presenta también riesgos, como advierte TAMAYO HAYA, S.: *El contrato de transacción*, Madrid, 2003, p. 49: "peligros como la desigualdad y desequilibrio entre el fuerte y el débil". En la misma línea, ROCA TRÍAS, E.: "Crisis matrimonial y arbitraje", cit., pp. 177, 178 y 181. Por su parte, LAUROBA LACASA, M^a.E.: "Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares", cit., p. 41 ss., tras exponer la posición favorable de la mayoría de los países pertenecientes al sistema del *Common law*, cree que, entre nosotros, en absoluto cabe el arbitraje habiendo hijos menores ante la imperiosa necesidad de su protección desde el Ministerio Fiscal. En la misma línea, aunque proponiendo por ello su reforma legislativa para permitirlo, ZARRALUQUI NAVARRO, L.: "40 años de la Ley del divorcio", *ult. loc.cit.*

28 Nos referimos "sobre todo" a menores no emancipados, pues en caso de divorcio notarial, también el notario, como el letrado de administración de justicia han de atender siempre al interés -aunque no sea superior- de los demás hijos, sean menores emancipados o mayores dependientes aún económicamente de los padres, quienes, no en vano, han de ser oídos y deben incluso prestar su consentimiento al acuerdo de separación o de divorcio (cfr., los arts. 82.I.II y 90.2 CC, entre otros, o el art. 777.5 LEC).

Sin duda, el “punctum dolens” del divorcio por mutuo acuerdo extrajudicial concierne al caso en que el matrimonio a divorciar tiene hijos menores, incapacitados o dependientes:

Una opción, adoptada en Perú, Ecuador, Brasil, Méjico, Italia, y en otros países, es no admitir el divorcio extrajudicial en tal caso²⁹. Otra opción, vigente al principio en Portugal, es exigir un juicio previo relativo a los hijos (sobre pensión alimenticia, guarda y custodia, visitas, ...) ³⁰. Y una tercera solución, adoptada desde un principio en Cuba, Colombia, y finalmente en Portugal³¹, consiste en permitir la sustanciación del divorcio amistoso ante notario (o ante el encargado del Registro civil, en el caso portugués), con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (del “Defensor de Familia”, así llamado en Colombia, o del Ministerio Público en expresión legal portuguesa), cuyo dictamen es vinculante para los esposos, que deberán adecuar su acuerdo a dicho dictamen; de lo contrario, sólo quedaría la vía judicial.

De entre todas estas opciones, defendidas y debatidas todas entre nuestros propios notarios³², la Ley de Jurisdicción Voluntaria española se inclinó por la primera, aunque matizadamente, al no permitir el divorcio notarial cuando hubiera hijos menores o incapacitados, pero sí cuando se tratase de hijos mayores o menores emancipados, aunque dependientes económicamente. A aquella negativa se refiere ya en su Preámbulo, cuando advierte que “La modificación del Código Civil tiene por objeto –entre otras muchas cosas- la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al Secretario judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez”.

No fue casual, ni baladí tal decisión, intencionadamente tomada por el legislador español. Sobre tal cuestión, en un principio, nada se decía en el Preámbulo de la

29 Es, en efecto, la solución que adopta la mayoría de los países latinos que regulan el divorcio notarial (art. 4.a] de la ley en Perú, y el art. 5 de su Reglamento; art. 18, ap. 22] de la ley ecuatoriana; art. 3 de la de Brasil, reformadora del art. 1124.A] de su Código de Proceso Civil), y también es la solución adoptada en el divorcio “administrativo” mejicano (arts. 272 y 273 de su Código civil federal).

30 Así, originariamente, en sus arts. 1773 de su Código civil, 272. l.b] de su Código de Registro Civil, y 1419. l.c] de su Código de Procedimiento civil.

31 En efecto, en su última reforma, habida por la ley nº 61/2008, de 31 octubre, Portugal ha venido a adoptar la solución colombiana, que para algunos, como es mi caso, mejora en este punto a la cubana (según habrá de ver a continuación).

32 En efecto, los había que estimaban sólo acertado permitir el divorcio notarial cuando el matrimonio no tiene hijos (menores, incapacitados, ...); así, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, I, pp. 104, 217 y 218); DE LA PRADA GONZÁLEZ, J.M^º: “Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria”, en *Actualidad Civil*, 2009-2, p. 1632; MARFIL GÓMEZ, J.A.: “El arbitraje en el Derecho de familia”, cit., p. 9/10, mas en su opinión, “pues por algo hay que empezar”. Y los hay que lo admiten, aunque bajo la supervisión del Ministerio Fiscal: así, CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P.: “Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”, cit., pp. 34 ss, 70 ss; CAMPO GUERRI, M.A.: “Notariado y jurisdicción voluntaria”, en *AAMN*, T. XLV-XLVI, pp. 464-466; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, en *RJN*, 1992-II, pp. 93 y 94, quien incluso proponía que en lugar del Ministerio Fiscal intervinieran peritos (como médicos, psicólogos, ...).

ley, siendo aquel párrafo, antes transcrito, introducido por iniciativa del Partido Popular (en su enmienda n° 372, ante el Congreso). Precisamente, lo fue en contra de la propuesta que durante su tramitación parlamentaria, el PSOE planteó, en varias enmiendas ante el Congreso (en las n° 327 y ss.) y ante el Senado (en las n° 703, 706, ...), proponiendo una solución similar a la originaria portuguesa (aunque no la citaba), entendiendo que tal propuesta “responde... a un criterio de economía procesal, pero en ningún caso a la identificación de la cuestión de alimentos como uno de los efectos propiamente atribuibles a la crisis matrimonial”. Además, se añadía, “hay derechos, como el de alimentos, que no cabe entender perdidos por la firma de los –hijos- mayores afectados”. Nada de ello fue, sin embargo, admitido.

Obsérvese, además, cómo siempre habiendo hijos en la cuestión familiar, siempre el Derecho impone, para su protección, alguna intervención de la autoridad, con la omnipresente del Ministerio Fiscal (no solo tratándose de separaciones o divorcios, sino también para la adopción, para la emancipación, o la sujeción del menor a un sistema de apoyo o de tutela, o para los casos de conflictos de intereses con sus padres, guardadores o representantes, ...)

Así mismo, y en cualquier caso, aunque limitado fuese así el divorcio notarial en su posible ámbito aplicativo subjetivo, para todo divorcio consensuado, sea judicial o notarial, con o sin hijos menores, nuestro Derecho exige su control público -judicial o notarial- de legalidad así como de equidad sobre el acuerdo propuesto por los cónyuges. Es una idea esta que ya mantuve hace tiempo mientras se tramitaba en el Parlamento español la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuando el borrador inicial de la reforma no preveía ese alcance pleno de un control de legalidad y justicia en manos del notario³³ (aunque sí en las del juez, haciendo con ello que la propuesta de reforma fuera, además, desigual, discriminatoria)³⁴. Por

33 Como idea suya, el profesor y notario PÉREZ GALLARDO, L.B: “El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: mitos y tabúes”, *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, 2006, pp. 119-143; y en España, en *RDP*, 2007, pp. 65-103, siempre ha insistido en que el control del notario en el divorcio cubano debe de ser doble: de legalidad, y de justicia y equidad. Así también entre nuestros notarios, lo proponía hace un tiempo CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P.: “Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”, cit., pp. 85 ss.

34 Y así lo critiqué en mi trabajo “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica”, en *Revista de Derecho Privado*, 2014, n° 2, marzo-abril, pp. 97-115. En él, y de acuerdo con la objeción contenida en el Informe del CGPJ (en sus puntos n° 368, 369 y 400), desde un principio me pareció criticable el límite que al control notarial imponía el Proyecto de LJV español, cuando en el art. 90.2 CC propuesto, añadía un nuevo párrafo 2° que decía: “Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado”. Me parecía entonces que el control del notario debía de alcanzar también tales extremos, sin limitarse a una legalidad mal entendida, desligada de la equidad o de la moral (cfr., arts. 3.2 y 1255 CC), que no se comprende si no alcanza la protección de los cónyuges (como, por lo demás, ya venía haciendo el notario en las capitulaciones matrimoniales, conforme al art. 1328 CC en la exigencia de controlar que haya en tales pactos un equilibrio y se respete la igualdad entre los cónyuges); así como la de los hijos (aunque emancipados, pero dependientes económicamente): en general, es deber del notario proteger, velar por los intereses de la parte más débil del negocio del que da fe pública (cfr., arts. 1 y 147 RN), como, en nuestro

fortuna, el legislador accedió durante su tramitación al cambio, equiparando el pleno control del acuerdo en manos de jueces y notarios³⁵. No obstante la reforma, un sector importante dentro del notariado³⁶ propuso entonces que el control del notario al respecto debía estar presidido por el principio de mínima intervención, proponiendo que se refiriera más a lo que afectase a los hijos que a lo que atañera a los cónyuges, entre quienes había de prevalecer el principio de libertad, aun en el caso de que se pactasen derechos desiguales entre ellos. Olvidaba con ello que hace ya tiempo se exige la observancia de la igualdad entre cónyuges en materia de capitulaciones matrimoniales, cuyo contenido el notario también debe controlar (arts. 1327 y 1328 CC); y que, ahora, idéntica observancia habrá de darse en los convenios notariales de separación y divorcio sobre cualquier acuerdo que afecte a cónyuges e hijos (también incluso ya a los animales). Porque, más allá del art. 1255 CC, que limita cualquier pacto a la Ley, a la Moral y al Orden público, y de su posible analogía con el art. 1328 CC, el propio art. 90.2 CC así lo impone expresa y específicamente en su redacción actual, además, intencionadamente frente a la inicial proyectada (y en el mismo sentido el art. 777.10 LEC si se trata de un divorcio consensual tramitado ante el letrado de la administración de justicia). Cualquier otra interpretación reduccionista o relajada que quiera hacerse del nuevo art. 90.2 CC no será otra cosa que hacer apología de la rebeldía al mandato legal, y a la clara voluntad del legislador, plenamente coincidente con la de la ley. Es esta, precisamente, la utilidad interpretativa práctica que tienen los debates

caso, era el convenio regulador, en que los hijos, si bien no son parte en sentido estricto, en cuanto parte negociadora, son terceros directamente por aquél afectados (arts. 6.2 CC y 19.1 LEC).

Hacia yo tales afirmaciones, por supuesto, sin desconocer la nulidad declarada de buena parte de los arts. 145 y 147 del Reglamento Notarial hecha por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 mayo 2008 (aunque, en el fondo, más que por cuestionar en sí que el control de legalidad sea función del notario, porque tal control se consagrara en una norma de rango reglamentario, y no legal); además, la reacción contra tal STS ha sido unánime con argumentos de toda índole argumentando lo que, sin duda, parecería obvio: que el control de legalidad forma parte esencial de la función notarial: desde arriba de la pirámide de nuestro sistema de fuentes, porque el propio art. 9.1 CE impone la sujeción de todos al ordenamiento jurídico (la libertad, pues, no consiste en optar entre lo legal y lo ilegal, entre lo moral y lo inmoral, sino libertad de opción dentro de la legalidad, y de la moralidad; cfr., art. 1255 CC); y en la base de la pirámide, por exigencia de los propios principios (notariales); son tantos los casos puntuales en que las leyes imponen al notario el deber de controlar la legalidad de sus documentos (en materia de consumidores, de hipotecas, de cláusulas abusivas, multipropiedad, y un larguísimo etcétera), que antes que pensar en un elenco de excepciones confirmadoras de una –pretendida– regla (que sería la falta de tal deber de control de legalidad), más bien son la expresión en tan numerosos casos de un principio general del Derecho (no solo del notarial), que confiere el control de legalidad a toda autoridad pública, y que los inspira, en el papel que a los principios confiere el art. 1.4 CC (*vid.*, sin embargo, en contra de ello, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Control notarial de legalidad*, Madrid, 2010, más favorable a un control meramente formal). Asimismo, de mantenerse aquella propuesta inicial contenida en el Proyecto, se generaría una desigualdad, y con ello una indefensión (haciendo tal propuesta, en mi opinión, inconstitucional), si dicho control del notario, de segundo grado podría decirse, era comparado con el judicial que la propia norma proyectada contemplaba, donde –por entonces– el juez, a diferencia del notario, sí podía rechazar la propuesta de convenio en el mismo caso en que el notario solo podía advertir a las partes, sin negarse a escriturar el divorcio.

35 Y así lo elogí en mi siguiente trabajo “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional” (páginas 47 a 81), como el primer capítulo dentro del libro colectivo, que yo mismo dirigí, titulado *Separaciones y divorcios ante notario*, con Prólogo de I. LORA TAMAYO Y C. PÉREZ RAMOS, Madrid, 2016.

36 Encabezado por PÉREZ HEREZA, J. y VARA GONZÁLEZ, J.M.: “Separación y divorcio ante notario”, en *Jurisdicción voluntaria notarial*, Madrid, 2015, p. 24.

parlamentarios -incluidos entre los llamados materiales prelegislativos- (según refiere el art. 3.I CC al mencionar los “antecedentes históricos y legislativos” de la norma a interpretar), a fin de evitar cualquier interpretación tergiversadora –“cerebrina y bizarra”, según decía LACRUZ BERDEJO- que se quiera hacer de la Ley³⁷.

* * *

Todo lo dicho, en definitiva, explica que no quepa admitir, ni siquiera “de lege ferenda”, un divorcio privado, en el que baste el consenso (la “desaffectio maritalis”), como tampoco es bastante el consentimiento (la “affectio maritalis”) para que haya matrimonio.

Tan clara es esta exigencia, al menos hoy, que, sin necesidad de encontrar su correspondencia en el actual Código civil español, lo advertía el art. 77 del Proyecto de CC de 1851: “El mútuo consentimiento de los cónyuges -decía- no es causa de divorcio ni autoriza su voluntaria separación”. Y, entre otras razones (que el propio GOYENA consideraba “de poco o ningún peso hoy”, al ser razones más bien canónicas³⁸),³⁹ decía GARCÍA GOYENA para justificar dicha norma⁴⁰: “El matrimonio es de orden y derecho público: es la fuente y base, el primero y más sagrado interés de la sociedad; no puede, pues, quedar al arbitrio de los particulares destruir por su simple consentimiento tan altos fines é intereses: Seyendo departidos por derecho, non se entiende que los departe el ome: Ley I, título 10, Partida 4”.

Tal razonamiento se mantiene hoy plenamente vigente, aunque no haya norma que en correspondencia con aquella proyectada expresamente prohíba un divorcio privado (tal vez, indirectamente, lo hace el art. 89 CC al exigir que lo sea judicial o, en su caso, notarial). Tal vez lo hiciera el Proyecto de CC de 1851

37 Para mayores detalles al respecto, con cita de doctrina (incluido LACRUZ BERDEJO) y de jurisprudencia, permítasenos, de nuevo, remitirnos a nuestro trabajo “El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos”, *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747-792.

38 Por eso, por ejemplo, también fue necesario en tal proyecto de CC de 1851 la existencia de un art. 75 que dijera: “El conocimiento de las causas de divorcio pertenece exclusivamente –sic- á los tribunales civiles”, cuando tradicionalmente toda cuestión matrimonial (sobre nulidad o separación) era competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos, como advierte el propio GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias y motivos*, cit., pp. 89 y 90), al comentar dicha norma.

39 Lo decía la Ley 8, título 10, de la Partida 4, que prohibía el divorcio declarado por árbitros, del siguiente modo: “Arbitri son llamados en latin, omes en que se avienen algunos, para meter en su mano algund pleyto, que lo libre segund su alvedrio, poniendo pena a las partes. E defiende la Santa Iglesia, que en mano de tales omes non sea metido pleyto de departimiento de matrimonio; quier sean Clerigos, o legos, nin aunque fuesen Obispos. E esto es por dos razones. La una, porque todo pleyto que es metido en mano de árbitros, non se puede acabar si non por miedo de pena, e non debe ser puesta en pleyto de matrimonio. Ca el matrimonio debe ser libre, e quito de toda manera de premia; e porende los árbitros non pueden tal pleyto librar. La otra razón es, porque el matrimonio es spiritual, e fue establecido primeramente por nuestro Señor Dios, segund dize en el Título de los Casamientos. E porende tal pleyto como este no lo puede otro librar, si non aquellos que tienen lugar en la Iglesia de nuestro Señor Jesu Christo, e que han jurisdicción para lo fazer”.

40 En sus *Concordancias y motivos*, cit., p. 93.

por arrastre de otras normas que en aquella época hacían igual aclaración. No en vano, GARCÍA GOYENA indica que aquel art. 77 es tomado de otros Códigos (que suele citar, muchas veces como justificación añadida de los suyos, como son el sardo, el napolitano, el de Luisiana, ...); pero el primero que cita es el art. 307 del CC francés, que, refiriéndose a la separación de la cohabitación (que así se llamaba) decía: “Esta demanda se instará, instruirá y fallará del mismo modo que cualquiera otra acción civil, y no podrá admitirse por mutuo consentimiento de los cónyuges”. Esta norma, pionera, por su fecha, en hacer tal afirmación (sobre todo la de su último inciso, introducido durante su tramitación parlamentaria), tal vez se deba a los continuos intentos que, durante la propia gestación del “Code”, hizo NAPOLEÓN de que se legislara un divorcio lo más rápido y privado posible, al modo en que hizo la revolucionaria Ley de 20 septiembre 1792 (en que una asamblea suplía al tribunal), proponiéndolo, según nos cuenta cierta doctrina francesa, para satisfacer su interés personal de poder así romper su matrimonio con Josefina, que no le proporcionaba descendencia en su Imperio⁴¹.

No habiendo, sin embargo, una norma general correlativa en nuestro actual Derecho sucede lo contrario cuando, en particular, se trata del régimen jurídico habido sobre transacción y arbitraje; a saber:

* * *

Mejor fortuna, en efecto, por su actual vigencia (en el actual art. 1814 CC, al que luego me referiré), tuvo otra norma del Proyecto de CC de 1851, a la que, no en vano, se remitía GARCÍA GOYENA al finalizar su comentario de aquella otra norma (el art. 77); en efecto, lo terminaba diciendo: “vé el art. 1720”, que decía: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ó cualquiera otra en que deba ser oído el ministerio público, á menos que la ley permita la transacción, con intervención del mismo”. Y en su comentario, insistirá GUYENA⁴² en la misma ratio de aquella otra norma: “Sobre el estado civil, etc.: porque estas y todas las del artículo son de *orden* y derecho públicos: vé los artículos 11, 77 -de nuevo- y 80”. Y antes también de referir lo del orden público, comenzaba GUYENA⁴³ recordando: “Contienda o pleito que naciesse sobre casamiento de algunos, non se podría meter en manos de avenidores, Ley 24, título 4, Partida 3”.

41 Entre otros, así nos lo narran PLANIOL, L. y RIPERT, G.: *Tratado elemental de Derecho Civil, IV: Divorcio, filiación, incapacidades*, Biblioteca jurídico-Sociológica, Méjico, p. 14, y más detenidamente en pp. 23 y 24, aunque advirtiendo que aquella ley de 1792 apenas tuvo tiempo de ser aplicada, y que, finalmente, el sistema de divorcio, formal y causal, acogido en el Code en 1804 sería prontamente abolido, en 1816, por influencia católica, para no ser ya restaurado, de forma moderada sin retornar al divorcio de 1792, a instancia de NAQUET en 1884.

42 En sus *Concordancias y motivos*, cit., p. 132.

43 En sus *Concordancias y motivos*, cit., pp. 131 y 132.

Ahora sí, aun con algún cambio de contenido (y de refundición para incluir como materia no transigible los alimentos futuros, que el Proyecto recogía en norma separada: en su art. 1721), aquella norma, la del art. 1720, será mantenida en el actual art. 1814 CC (cuando este ahora dice: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”), cuya razón de ser, alegada por la común opinión, es aquella que ya nos daba GARCÍA GOYENA: el ser una cuestión de orden público y, por tanto, indisponible para las propias partes interesadas⁴⁴. “A contrario sensu”, todo aquello que, estando dentro del comercio de los hombres y sea por tanto objeto de contrato por su interés privado, podrá ser objeto de transacción. Originariamente, el art. 1718 del proyecto de CC de 1851 contenía tal precisión, pero al reproducir el más general en materia de contratos (correspondiente al actual art. 1271 CC vigente), ya el propio GARCÍA GOYENA propondría la supresión de aquél por reiterativo. Así lo entiende hoy la común opinión⁴⁵ y la propia jurisprudencia (vid., por todas, la STS 19 octubre 1960).

Ni siquiera puede suscitar dudas la amplia expresión empleada por el art. 1814 CC cuando niega que se pueda transigir “sobre las cuestiones matrimoniales”, si la ponemos en conexión con otra materia, que, según la propia norma, no es transigible: “el estado civil de las personas”⁴⁶. Tras su completa lectura queda claro, pues, que no cabe un divorcio (ni la celebración de un matrimonio, como tampoco su anulación) mediante la transacción, en tanto que afecta (como el matrimonio, o su nulidad) al estado civil de los cónyuges que pasan a ser divorciados (o casados, tras las nupcias, o solteros en caso de anularse el matrimonio). Más aún si habiendo hijos, la resolución de la crisis pudiera afectar a la filiación⁴⁷.

Coincidente, en fin, por su resultado cualquier interpretación (gramatical, sistemática, histórica, ...), que se quiera hacer de tales normas, reveladoras indubitablemente de su “ratio” y de la “voluntas legislatoris”, de nuevo, cualquier otra interpretación que, al menos “de lege lata”, se quiera hacer de ellas no sería

44 Así, MANRESA Y NAVARRO, J.M^º: *Comentarios al CC*, t. XII, pp. 115, 117 y 118; reproduciéndole, OGÁYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al CC*, Edersa, p. 2/7, citando cuestiones de orden público como la filiación, la nacionalidad, la patria potestad, ...; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Comentarios del CC*, Ministerio de Justicia, p. 1792; VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 270 ss., considerando que el estado civil es un derecho de la personalidad y, como tal, indisponible; o RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 104, 105 y 107.

45 Desde que ya lo advirtiera MANRESA Y NAVARRO, J.M^º: *Comentarios al CC*, t. XII, cit., pp. 114 y 115, siguiéndole muchos otros, como GULLÓN BALLESTEROS, A. (en su monografía sobre *La transacción*, Madrid, 1964, p. 110); OGÁYAR AYLLÓN, T. (*Comentarios al CC*, de Edersa, cit., p. 2/6); ...

46 Destacan tal conexión, OGÁYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al CC*, Edersa, cit., p. 4/7; y VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción*, cit., p. 272.

47 Es la común opinión la que estima que la expresión “cuestiones matrimoniales” afecta a la existencia o subsistencia del matrimonio, del vínculo matrimonial, como pueden ser su nulidad o el divorcio: GULLÓN BALLESTEROS, A. (en su monografía citada, *La transacción*, p. 117, y, sobre todo, en sus *Comentarios del CC*, M^º de Justicia, p. 1772); OGÁYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al CC*, Edersa, cit., p. 4/7; GASPAS LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 97; RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 115-117.

sino pura tergiversación de su finalidad y espíritu. Ciertamente es que, de suyo y sin más, los comentarios de GARCÍA GOYENA al proyecto de CC de 1851 no pueden estimarse como interpretación auténtica y, por tanto, vinculante, sino tan solo -lo que no es poco- como precedente histórico -e incluso- legislativo próximo al CC de 1889 (cfr., la misma Base I^a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888), con un valor doctrinal, pero tan autorizado⁴⁸ que, siendo como sucede en este caso, tan coincidente su sentir con lo recogido finalmente por el CC de 1889, nadie puede dudar de tan reforzado valor interpretativo en este caso, lo que, de nuevo, impide cualquier otra interpretación diferente que se pretenda hacer.

* * *

Por idéntica razón tampoco sería admisible un divorcio arbitral, declarado por un árbitro, ni siquiera cuando éste sea nombrado judicialmente (cfr., arts.1816 CC y 8.1 de la Ley de Arbitraje española⁴⁹)⁵⁰.

A pesar del cambio de redacción experimentado por el art. 2 de la vigente Ley española de Arbitraje, de 2003, que, frente al tono excluyente de sus precedentes, adopta un tono positivo, o de inclusión, al decir que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”⁵¹, no parece que las materias tradicionalmente excluidas de arbitraje hayan escapado de tal excepción. Frente a los múltiples intentos que hubo durante su tramitación por parte de numerosos partidos políticos⁵² con el fin de reinstaurar un listado de materias excluidas del arbitraje, en la propia Exposición de Motivos de la actual Ley arbitral -con el consabido valor interpretativo auténtico, aunque no vinculante, que tiene todo Preámbulo⁵³- se dice: “El art. 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún

48 Al respecto, para mayores detalles me remito a mi trabajo sobre el valor de los materiales prelegislativos publicado en el ADC, con cita inevitable, aunque no necesariamente para compartirlo, del trabajo de LACRUZ BERDEJO, J.L. (con su conocido trabajo: “Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del CC”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 501, 1974, pp. 289-302).

49 Que dice: “Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección”.

50 MAREIL GÓMEZ, J.A.: “El arbitraje en el Derecho de familia”, *ult.loc.cit.*, sólo insinúa el nombramiento judicial del árbitro (al amparo del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje).

51 Decía, en cambio, el art. 2 de su antecesora Ley de Arbitraje de 1988: “1. No podrán ser objeto de arbitraje: ... b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. (...) c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos”.

52 Como el PNV, IU, CiU y PSOE, según cuenta, con detalle, YAÑEZ VELASCO, R. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 155 ss.

53 Según puede verse con detalle explicado en mi libro *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo de C. ROGEL VIDE, Reus, Méjico-Madrid, 2015, al que me remito.

elencos, si quiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la indisponibilidad de su objeto por las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales'. O sea, que, sin romper con la tradición en materia de arbitraje, no se quiso cerrar las puertas a futuras materias que, convencional o legalmente, pudieran quedar igualmente excluidas (o incluidas, según el caso) del arbitraje.

Por consiguiente, la tradicional doctrina y jurisprudencia formada en torno a las anteriores leyes arbitrales, determinante en cada caso de la materia excluida de arbitraje puede, "grosso modo", mantenerse, al menos como criterio orientativo. En ella siempre se ha entendido excluida de arbitraje las materias también excluidas de transacción, entre otras, las que enumera el art. 1814 CC (antes referido), como son el estado civil, las cuestiones matrimoniales, ...⁵⁴; y no porque tal norma, que, apurando "in extremis" su "ratio", puede estimarse como singular o como restrictiva, sea aplicable por analogía (cfr., art. 4.2 CC) -como, en cambio, parece creer AIDA KEMELMAJER en el trabajo anterior citado-; sino porque su "ratio", sin necesidad de expandirse, es idéntica a la del art. 2 de la Ley arbitral. Se trata en ambas normas de materias de interés general, de orden público. Y así será, y sería, aunque tales normas mutaran de redacción, o incluso no existieran. Ahí están, para fijar con alcance general el límite del orden público, los arts. 6.2 y 1255 CC (que, no en vano, el art. 19.1 LEC recuerda cuando se refiere al ámbito judicial), con sus tradicionales límites a la autonomía de la voluntad, como son la Ley, la Moral y -precisamente- el Orden Público.

En contra, MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA⁵⁵ consideran que en la actual Ley de Arbitraje se ha pretendido un "ensanchamiento" de las materias que son

54 Es la opinión mayoritaria entre los expertos en arbitraje, desde GASPÁR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, cit., pp. 90 ss., que por entonces se refería al art. 2 de la Ley Arbitraje-1988, pasando ya por la vigente ley, autores como FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje", en AA.VV.: *La nueva Ley de Arbitraje*, Cuadernos del CGPJ, Madrid, 2006, pp. 77 y 78; YAÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios sistemáticos*, cit., pp. 160, 189, ...; ROCA TRÍAS, E.: "Crisis matrimonial y arbitraje", cit., pp. 179 ss., 191 ss., para quien, de forma contundente (según dice, p. 181), "no se puede crear un tipo de divorcio distinto de aquél que está previsto legalmente; aquí es donde se manifiesta la limitación consistente en el interés del Estado en controlar las formas matrimoniales"; de ahí que, excluida también como posible tema arbitrado la guardia y custodia de los hijos (según defiende ROCA TRÍAS, E.: "Crisis matrimonial y arbitraje", cit., pp. 177, 178 y 181), solo quede espacio (concluye, en p. 182), para las cuestiones puramente económicas. Y así lo reconoce, a su pesar, MARFIL GÓMEZ, J.A. (a lo largo de todo su artículo "El arbitraje en el Derecho de familia", cit.), proponiendo -por aquel entonces- por ello como reforma legal el admitir el divorcio notarial, al no ser posible tramitarlo por el sistema arbitral. Así también lo acepta, aunque proponiendo su reforma legislativa que permita un divorcio arbitral aun habiendo hijos, ZARRALUQUI NAVARRO, L.: "40 años de la Ley del divorcio", *ult.loc.cit.*

55 MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M^ª: *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, Navarra, 2014, pp. 325 ss.

arbitrables, no siendo, pues, de suyo necesariamente aplicable el art. 1814 CC; en su lugar proponen que el orden público a respetar, ex art. 1255 CC, sea el constitucional, de modo que se entiendan excluidos del arbitraje todo lo relativo al estatuto de las personas (estado y capacidad), y los derechos y libertades públicas fundamentales, que constituyen el núcleo duro y se encuentran comprendidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución española. Quedaría fuera, por tanto, el art. 32 de la Constitución, que se refiere al matrimonio y, entre otras cosas, a su disolución.

Se olvida con tal interpretación (en parte sesgada), que el estado civil entronca con la propia personalidad jurídica del ser humano, con su capacidad misma (tanto jurídica como de obrar), esto es, con su dignidad misma, con el libre desarrollo de su personalidad, y con su libertad en fin, lo que, como sucede también con los derechos fundamentales a que se refieren ambos autores, contenidos en los arts. 14 y 29 CE, entronca con el art. 10 CE, que, en absoluto, puede ser objeto de transacción, ni de arbitraje, ni de libre disposición privada sin que haya un mínimo control público (como incluso lo hay para disponer de la vida o de la integridad física).

3. La inconveniencia -práctica- de un sistema de transacción o arbitraje limitado a las consecuencias patrimoniales de la crisis -estrictamente- matrimonial.

Que de aquellas “cuestiones matrimoniales” a que se refiere el art. 1814 CC puedan quedar fuera, y sean por ello transigibles, las “cuestiones patrimoniales” derivadas del divorcio, de la nulidad, ..., como cree buena parte de la doctrina y la propia jurisprudencia españolas⁵⁶, o que incluso quepa, por estar fuera de aquella prohibición, una separación de hecho transigida⁵⁷ o la ruptura de una pareja no

56 Por tratarse de una cuestión colateral que, por ser estrictamente económica o patrimonial (como puede ser la liquidación del régimen económico matrimonial, la pensión compensatoria, o la de alimentos, la atribución de la vivienda familiar, ...), no trasciende al orden público, ni al interés social. Así, el primero en decirlo fue MANRESA Y NAVARRO, J.M^º: *Comentarios al CC*, t. XII, cit., pp. 118 y 119, a quien siguieron otros, como VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 271 y 272; OGAYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al CC*, *ult.loc.cit.*, quien distingue entre la acción moral de estado y la acción patrimonial de estado, derivada de aquél, sobre la que cabe transacción en tanto no se discuta la existencia y determinación del estado; y así también MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M^º: *Tratado de Derecho arbitral*, cit., p. 276, aunque refiriéndose al arbitraje. Como también lo hace, siguiendo en buena parte a OGAYAR, ROCA TRIAS, E.: “Crisis matrimonial y arbitraje”, cit., pp. 178, 179, 181 ss. y 193 ss. En la jurisprudencia mantienen tal doctrina las SSTs 17 junio 1944, 9 marzo 1948, 13 octubre 1966, 4 diciembre 1985, 12 febrero 1991, o las SSTs 5 febrero 1996 y 8 julio 2002, entre otras. Posición particular sostiene GULLÓN BALLESTEROS, quien al principio (en su citada monografía, *La transacción*, pp. 111 y 112), sigue la opinión de MANRESA, aunque, con BUTERA, la matiza al considerar que la línea divisoria entre la cuestión sobre la que no cabe transacción y sus consecuencias patrimoniales es muy delgada, muy sutil; y así opinaba hasta terminar negando en *Comentarios del CC*, Ministerio de Justicia, p. 1772, aquella posibilidad, de transigir sobre las cuestiones patrimoniales, por entender aplicable por analogía el art. 2.b) de la Ley arbitral, la de por entonces (1988), cuando disponía: “I. No podrán ser objeto de arbitraje:... b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición”. Parece seguirle en esta segunda posición contraria, ROGEL VIDE, C.: “Mediación y transacción en el Derecho civil”, *RGLJ*, núm. 3, 2009, p. 554).

57 Admitida en España, por primera vez, por la STS 31 enero 1985: se trataba en ella de una capitulación matrimonial de conversión de régimen de gananciales en régimen de separación, y de un documento privado acordando la separación (de hecho), la guarda y visita de los hijos y el destino de la vivienda

casada arbitrada, ni los conocidos como pactos prematrimoniales en los que, antes incluso del matrimonio, o ya una vez casados, se planifica en sus efectos una posible ruptura⁵⁸, al no quedar afectado el estado civil en ninguno de tales casos⁵⁹, no nos concierne a nuestro propósito.

Además, al ser la celeridad y la economía, entre otros fines, lo que se persigue con los sistemas (notarial y administrativo) de divorcio amistoso sin juez, en nada ayudan a ello la duplicidad procedimental que aquellas hipótesis provocan: la de un divorcio declarado judicialmente y la de sus consecuencias patrimoniales acordadas, transigidas, o resueltas por un árbitro, por separado. Ni, peor aún, la falta de seguridad y publicidad de que puedan adolecer, como sería el caso de la separación transigida, que legalmente no sería más que una separación fáctica o de hecho, al no ser declarada judicial ni notarialmente, con todos los problemas de prueba y oponibilidad que le son propios al tratarse de mera transacción, de un simple contrato con eficacia relativa o “inter partes” (cfr., arts. 1809 y 1091 CC)⁶⁰. Súmese a ello que, en lo relativo al convenio regulador, el art. 90 CC obliga a tratar todas las materias que en él se mencionan (siendo sólo excluible, remisible a otra ocasión, lo relativo a la liquidación del régimen económico, a la vista del “cuando proceda”, de la letra e] de tal norma; cuya disponibilidad también rige tratándose del divorcio notarial⁶¹).

Por aquella misma razón de economía y celeridad tampoco cabría como oportuno un divorcio transigido judicialmente al amparo del art 1816 CC (cuando

familiar. En su Considerando 6º, frente al recurrente que considera tales pactos nulos por no limitarse a las consecuencias estrictamente económicas de la separación, dice el TS que tales pactos son válidos –no ilegales, ni inmorales, ni perjudiciales (mucho menos para la mujer en el caso, quien, siendo adúltero el marido, se queda con los hijos y con la vivienda)-, y que “no afectan a la esencia -dice- del matrimonio”, al tratarse de una separación de hecho. En su Considerando 8º, frente a la afirmación del recurrente de que se trataba de una transacción contraria al art. 1814 CC, dice el TS que tales acuerdos no vulneran tal norma “cuando ello -el pacto- se refirió a la situación económica del matrimonio y no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación que son indisponibles”.

- 58 Sobre tal figura, véase, recientemente y por todos, el magnífico estudio, aunque no se compartan todos sus extremos, de GARCÍA MAYO, M.: *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, Dykinson, Madrid, 2023.
- 59 En particular, que la situación de las parejas de hecho, aunque registradas, no sea estrictamente un estado civil, nos remitimos a RAMOS CHAPARRO, E.: *Ciudadanía y Familia: los estados civiles de la persona*, CEDECS, Barcelona, 1999.
- 60 Por supuesto, no vamos a tratar aquí de la naturaleza jurídica de la transacción, pero, con la común opinión, convenimos en su naturaleza especialmente contractual, a la vista de su ubicación, su definición legal (contenida en el art. 1809 CC), su esencia, ...; de modo que resulta innegable su eficacia relativa o *inter partes*, aunque pudiera a tales efectos gozar de la cosa juzgada (art. 1816 CC, al cual nos referimos seguidamente, en texto).
- 61 Hacemos tal aclaración en texto a la vista del variopinto panorama habido en los diversos sistemas divorcistas extrajudiciales acerca de si la liquidación del patrimonio común en tales divorcios debe ser voluntaria o necesaria. En Cuba es voluntario hacerlo, así como en Portugal (aunque aquí, recuérdese, quien declara el divorcio es el Encargado del Registro Civil, en absoluto acostumbrado a tales menesteres, como, en cambio, lo está el notario). En los demás sistemas sí es obligatoria tal liquidación, exigiéndose que se realice con anterioridad al divorcio (como sucede en Perú y en Méjico), o que, al menos, se haga simultáneamente a la declaración de divorcio, como uno más de sus efectos (como sucede en Brasil), o incluso con posterioridad de forma obligada (como sucede en Ecuador, donde, téngase en cuenta, el divorcio se declara simplemente mediante acta notarial).

dice: "La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial"⁶²). Pues, aunque gozase del efecto de cosa juzgada entre las partes, una vez celebrado el convenio transaccional este debería ser homologado por el juez, de modo que, como sucede en las separaciones y divorcios consensuales, el poder del juez es simplemente homologatorio, limitado a aprobar o a rechazar la transacción alcanzada según se ajuste a la legalidad y al orden público (cfr., art. 19 LEC⁶³), mas sin poder modificarla, ni imponer un contenido alternativo⁶⁴. Se trataría, en fin, de nuevo de un procedimiento judicial, en realidad idéntico al que hoy prevé el art. 777 LEC, o antes la Disposición Adicional 6ª Ley-1981, con el inconveniente procedimental, de su mayor pérdida en tiempo y dinero.

Lo mismo cabría decir del arbitraje, que solo cabría admitir para solventar las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial (como las cargas familiares, las pensiones compensatorias y de alimentos futuros, ...), pero no para declarar el divorcio, ni para determinar sus consecuencias personales (estado civil, filiación, ...). Además, también con el inconveniente procedimental (en tiempo y costes) de que el laudo arbitral, referido a lo estrictamente económico, muy probablemente requeriría de homologación judicial -como parece reconocer, en parte, la propia AIDA KEMELMAJER-⁶⁵.

III. NUESTRA CONCLUSIÓN, CONTRARIA -INCLUSO "DE LEGE FERENDA"- AL DIVORCIO ARBITRADO O TRANSIGIDO COMO PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO.

No creemos que la negativa hasta aquí expuesta de admitir un divorcio transigido o arbitrado pueda ser tildada de reaccionaria, cuando, precisamente,

62 MAREIL GÓMEZ, J.A.: "El arbitraje en el Derecho de familia", cit., pp. 25-34, insinúa la idea de un divorcio transigido, aunque sea mediante el nombramiento judicial del árbitro (al amparo del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje), y algo parecido afirma, en mi contra, LÓPEZ BARBA, E.: "El contrato de transacción", en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, ...*, (dir. por M. IZQUIERDO TOLSADA), Aranzadi, Navarra, pp. 81, 82, 86 y 87), al entender que como puede haber previo conflicto, este puede resolverse mediante transacción, aunque luego esta requiera de homologación judicial.

63 Que, íntegramente, dice: "1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. (...) 2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. (...) 3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia. (...) 4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días."

64 Así explica el art. 1816 CC, VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción*, cit., pp. 238 ss.

65 Lo dicho íntegramente en el párrafo constituye la común opinión entre los estudiosos del arbitraje; así, GASPÀR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, cit., pp. 99-102, y 106, refiriéndose al art. 2 de la Ley arbitral-1988; y sobre la actual, PÉREZ-LLORCA, J.P.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 33-35; LORCA NAVARRETE, A.Mª.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Marcial Pons, San Sebastián, 2004, p. 40; YAÑEZ VELASCO, R. *Comentarios sistemáticos*, cit., pp. 167, 196-198.

yo mismo he sido vehemente defensor del divorcio amistoso desjudicializado. Nadie cuestiona, al menos hoy (salvo en casos extraños como el escocés, o extraoficiales, como el matrimonio según rito gitano o el “nikah” del Derecho islámico), que tanto el matrimonio, como el divorcio, por su interés público han de estar sometidos a una solemnidad, a una publicidad. Por eso mismo, los sistemas actuales de divorcio extrajudicial (ya sea el notarial o el administrativo) no son absolutamente equiparables al divorcio romano clásico, como tampoco el actual matrimonio es equiparable al matrimonio romano clásico, que se renovaba día a día. Como es bien sabido, en el Derecho romano, hasta la era cristiana, se permitía el divorcio sin formalidad ninguna, porque también sin formalidad ninguna se podía constituir el matrimonio; bastaba con el consentimiento matrimonial (la intención de vida plena y estable en común, la “affectio maritalis”), que había de ser renovado de forma continua y duradera, día a día. Mientras persistía tal intención, así lo hacía el matrimonio, y cuando esa “affectio” cesaba, también cesaba automáticamente el matrimonio, siendo únicamente necesario dar aviso al otro cónyuge de palabra, por carta (“per litteras”) o por mensajero (“per nuntium”).

Pero los tiempos cambian. Ahora el divorcio guarda ciertas solemnidades, especialmente la intervención de una autoridad, por razones de control público de legalidad y de seguridad jurídica (de publicidad para terceros)⁶⁶. Por idénticas razones también el acto opuesto, el de las nupcias, está hoy sujeto a solemnidades⁶⁷. Y que tales controles y formalidades queden delegados en notarios o funcionarios encargados del Registro Civil tan solo implica la desjudicialización del matrimonio y del divorcio, mas no su privatización.

No cabe, por tanto, ni que los propios cónyuges se declaren por ellos mismos casados ni tampoco que declaren su divorcio, ni tampoco basta con que lo haga un árbitro, legitimado en su actuación -y en su autoridad- por las partes, pero que no lo está por el Estado. Porque, de nuevo es necesario recordarlo, con el divorcio no se trata de resolver simplemente un contrato, aunque sea por mutuo disenso, sino de disolver un matrimonio, algo que, a diferencia de cualquier contrato, por afectar al estado civil de las personas resulta de interés social o general. De nuevo, pues, es el orden público el que impide en esta sede cualquier mecanismo privado, sea auto o heterocompositivo.

66 No es así del todo, sin embargo, en Francia y en Italia, donde el notario y el Encargado del Registro Civil, respectivamente, solo ejercen una “homologación” o control formal, no de fondo, lo que, sin duda, resulta objetable, como puede verse, por ejemplo, en el trabajo de FAVIER, J.: “El nuevo divorcio contractual en Derecho francés, hijo ilegítimo de la reforma de modernización de la justicia”, trad. y notas de M. GARCÍA MAYO, *Actualidad Civil*, Núm. 10, 2017.

67 Así lo entienden, entre otros, VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio*, cit., pp. 324 y 325; BONET NAVARRO, J.: *Matrimonio y divorcio*, cit., pp. 945 y 946, negando este, en particular, el divorcio mediante transacción judicial; GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al CC*, de Edersa, *ult.loc.cit.*, negando especialmente el divorcio ante notario; y, más recientemente, MONTÉS PENADES, V.L. *Comentarios al CC*, Ministerio Justicia, pp. 379 y 380.

Así las cosas, solo una fórmula que respete tal exigencia podría ser, en su caso, admisible. Piénsese, por ejemplo, en los -mal- llamados “jueces privados”, provenientes de algunos países del “Common law”, un sistema híbrido (o judicial por prórroga o por delegación), donde, según nos explica LAUROBA LACASA (pp. 46 y 47), “corresponde pronunciarse sobre el conflicto a jueces retirados –“private decision makers”- investidos de la potestad pública para resolver ese caso, de modo que sus decisiones son vinculantes y pueden ser objeto de apelación ante el tribunal superior. Actúan con el consentimiento de las partes y tras una orden emanada del presidente del tribunal que estaba examinando con anterioridad el caso. Los legitima su reputación previa, que parece una garantía de solvencia. En sus pronunciamientos se ajustan a los parámetros legales, de modo que no hay riesgo de que obvien el principio del interés superior del menor. Pero, como aspectos propios del arbitraje, esos jueces privados actúan de un modo mucho más flexible, rápido y –lo más valorado-, sujetos a la confidencialidad. California los viene utilizando con éxito, aunque con críticas ligadas a esa garantía de confidencialidad y al hecho de considerarlo un instrumento reservado a pudientes. Otros Estados han seguido su ejemplo. Podemos mencionar el de Nueva York, en que los jueces privados constituyen un argumento para rechazar el arbitraje de familia”.

Proponer otra cosa (como un divorcio puramente arbitrado, privadamente transigido, o, como su reverso, pudiera ser la celebración del matrimonio ante un árbitro, ...), aunque se haga “de lege ferenda”, no supondría -solo- la desjudicialización del matrimonio, o de su contrario, el divorcio (como pretende, entre otros, AIDA KEMELMAJER, según anuncia al final del sugerente título de su trabajo: “¿Jurisdicción o arbitraje?”-), sino su privatización o mera contractualización (como yo mismo anuncio en el subtítulo de mi trabajo, que aquí, por fin, finaliza).

BIBLIOGRAFÍA

BRIONES MARTÍNEZ, I.M^a.: “El arbitraje islámico en materia de matrimonio y familia en el Reino Unido”, *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 1, 2014, pp. 61-99.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 95, 2011, pp. 3-56; en una versión extendida, para Argentina, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, núm. 7 (agosto), 2012, pp. 20-80; en parte resumido, para Italia, en “El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)”, *Quaderni di Conciliazione*, núm. 2, 2011, pp. 211-244

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Divorcio y arbitraje: ¿desjudicialización o privatización”, en AA.VV.: *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas* (dir. por G. CERDEIRA Y C. PILIA), Editorial Olejnik, Argentina, 2020.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, *La nueva Ley de Arbitraje*, Cuadernos del CGPJ, Madrid, 2006.

GASPAR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequatur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico”, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 1999, pp. 1815-1832.

IBOLEÓN SALMERÓN, B.: “Arbitraje y divorcio”, *La Ley*, 2007, pp. 1602-1615.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “Una solución eficiente para las familias: “¿Jurisdicción o arbitraje?”, en AA.VV.: *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas* (dir. por G. CERDEIRA Y C. PILIA), Editorial Olejnik, Argentina, 2020.

LAUROBA LACASA, M^a.E.: “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje, ¿y...?”, *Indret*, núm. 4, 2018, pp. 1-68.

LORCA NAVARRETE, A.M^a.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Marcial Pons, San Sebastián, 2004.

MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M^a.: *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, Madrid, 2014.

MARFIL GÓMEZ, J.A.: "El arbitraje en el Derecho de familia en España: un reto de futuro", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 48, 2010, pp. 25-34.

PÉREZ-LLORCA, J.P.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2005.

RIVERA RIVERA, L.R.: *El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad*, San Juan de Puerto Rico, Jurídica Editores, 1998.

ROCA TRÍAS, E.: "Crisis matrimonial y arbitraje", *Anuario de Justicia alternativa*, núm. 6, 2005, pp. 171-200.

ROGEL VIDE, C.: "Mediación y transacción en el Derecho civil", *RGLJ*, núm. 3, 2009, pp. 545-564.

TAMAYO HAYA, S.: *El contrato de transacción*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

VIOLA DEMESTRE, I.: *El contrato de transacción en el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

YÁÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZARRALUQUI NAVARRO, L.: "40 años de la Ley del divorcio y su necesidad de adaptación al siglo XXI (IV): arbitraje en Derecho de familia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 984, 2022.

LA FILIACIÓN INTENCIONAL EN LOS CASOS DE DOBLE
MATERNIDAD

*THE INTENTIONAL FILIATION IN CASES OF DOUBLE
MOTHERHOOD*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 42-71

Esther ALBA
FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La doble maternidad viene reconocida en el art. 7.3 LTRHA, dando valor al consentimiento de la mujer casada con otra, siempre que no esté separada, para manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI ha reformado el art. 44 LRC y en concreto, el nuevo apdo. 4 hace referencia a la inscripción del nacimiento de los hijos de parejas de dos mujeres, reconociendo tanto la filiación matrimonial, pudiendo estar separadas, como no matrimonial, sin reformar el art. 7.3 LTRHA. Así, se puede estar ante un nuevo tipo de filiación legal, conocida como "filiación intencional", al ser el consentimiento un nuevo título de determinación de la filiación, sin olvidarnos de la importancia del interés superior del menor.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento; doble maternidad; filiación intencional; interés superior del menor; técnicas de reproducción humana asistida; Registro Civil.

ABSTRACT: Double motherhood is recognized in art. 7.3 LTRHA, giving value to the consent of the woman married to another, if she is not separated, to express in accordance with the provisions of the Civil Registry Law that the filiation with respect to the child born to her spouse is determined in her favor. Law 4/2023, of February 28, for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of the rights of LGTBI people has reformed art. 44 LRC and specifically, the new section 4 refers to the registration of the birth of children born to couples of two women, recognizing both marital affiliation, which may be separated, and non-marital affiliation, without reforming art. 7.3 LTRHA. Thus, we may be faced with a new type of legal filiation, known as intentional filiation, as consent is a new title for determining filiation, without forgetting the importance of the best interests of the minor.

KEY WORDS: Consent; double motherhood; intentional filiation; best interests of the minor; assisted human reproduction techniques; Civil Registry.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REGULACIÓN INICIAL DE LA DOBLE MATERNIDAD: LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.- 1. La redacción originaria del art. 7.3 LTRHA.- 2. La visión jurisprudencial flexible.- III. LA DOBLE MATERNIDAD EN LA ACTUALIDAD.- 1. El nuevo art. 7.3 LTRHA.- 2. La rigidez de la jurisprudencia reciente.- 3. El art. 44.4 LRC: la filiación matrimonial y no matrimonial.- IV. LA FILIACIÓN INTENCIONAL COMO NUEVO TIPO DE FILIACIÓN LEGAL: UNA PROPUESTA DE REFORMA.- V. CONCLUSIONES.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN.

Por todos es conocido que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante, Ley 13/2015), incorporó un segundo apdo. al art. 44 CC, estableciendo que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y mismos efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”. Esta Ley en el Preámbulo apdo. II justificaba la reforma por la necesidad del “establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad”, exigencia que esta Ley trataba de dar respuesta².

1 La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea (publicada en el DOCE 61/40 de 28 de febrero de 1994) pedía a la Comisión Europea, en su apartado 12 sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales, poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, para garantizarles así los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia.

Es interesante destacar que en el Dictamen, de 16 de diciembre de 2004, emitido por el Consejo de Estado al Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio [n.º Exp. 2628/2004 (Justicia)], se abogaba por una regulación específica y diferente de los matrimonios de personas del mismo sexo, al margen de la regulación tradicional del matrimonio en el Código Civil.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio se publicó en el BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005. El artículo único de esta Ley también reformó otros artículos como el art. 66, 67, 154.1, 160.1, 164.2, entre otros, sustituyendo toda referencia al marido y a la mujer por la de cónyuges o consortes o progenitores. Esta fue impugnada por inconstitucional y la STC 198/2012, 6 noviembre, publicada en BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012, resuelve el recurso planteado declarando su plena constitucionalidad al considerar que la misma, en el ámbito del amplio margen permitido por el art. 32 CE, desarrolla la institución matrimonial de conformidad con nuestra cultura jurídica, en donde se constata una amplia aceptación de esta posibilidad matrimonial, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española.

2 Esta Ley 13/2005 permitió así que aquellos matrimonios integrados por personas de igual sexo pudieran ser parte en los procesos de adopción. La usuaria de las técnicas podía inscribir su filiación por naturaleza y la esposa solo tenía la posibilidad de adoptar al nacido para determinar su maternidad. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 5 de junio de 2006 (JUR 2007/130356) resolvió que la única vía de la que disponía la esposa o conviviente con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida para determinar su maternidad era la adopción.

• **Esther Alba Ferré**

Profesora acreditada contratada doctor, Profesora ayudante doctor, UNED. Correo electrónico: estalba@der.uned.es

Esto llevo a que la STS 12 mayo 2011 nos recordara que “El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se hayan utilizado para formarlas y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”³.

Este art. 44 CC ha sido recientemente modificado por la Disposición final primera de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante, Ley 4/2023)⁴. La nueva redacción del artículo sólo sustituye la tradicional referencia al hombre y a la mujer por la de “toda persona”, implementando el lenguaje inclusivo pero sin que esta reforma consista en una modificación meramente formal⁵.

Entre los matrimonios entre personas del mismo sexo, los matrimonios entre mujeres son una realidad en nuestra sociedad. Si tenemos presente el número de matrimonios que se han celebrado entre mujeres según el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), se observa que se ha producido un gran aumento de los mismos a lo largo de los años, pasando como es lógico de solamente 355 matrimonios en el año 2005 tras su reconocimiento a un total de 2.867 matrimonios en el año 2021, último año registrado⁶.

Estas mujeres, gracias a las técnicas de reproducción humana asistida, pueden tener hijos en común, requiriendo de un donante masculino para ello ante la imposibilidad natural de que dos mujeres puedan tener descendencia biológica sin dicho material reproductivo⁷. Sin ánimo de hacer un estudio médico de estas técnicas, sí que es interesante resaltar la existencia del llamado método ROPA, esto es, la fecundación in vitro con recepción de los óvulos de la pareja. Este tratamiento es exclusivo para parejas de mujeres, al permitir que ambas participen activamente en el proceso de gestación⁸. Ello es así porque una de ellas aportará los óvulos, a la que actualmente se la conoce como progenitora no gestante pero

3 STS 12 mayo 2011 (Roj: STS 2676/2011).

4 La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI se publicó en el BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023. Este texto entró en vigor el 2 de marzo de 2023.

5 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 179 era consciente “... de que, para que esta definición (del matrimonio civil) comprenda la legalidad vigente en España, habría que suprimir la mención a un hombre y una mujer y quizás a la vocación de permanencia”.

6 Esta información está disponible en www.ine.es (fecha de consulta: 17 de octubre de 2023).

7 Se debe tener en cuenta el art. 5 LTRHA en relación a los donantes y al contrato de donación, concertado entre el donante y el centro autorizado, que es gratuito, formal y confidencial.

8 Véase en relación con el método ROPA más información en www.reproduccionasistida.org (fecha de consulta: 17 de octubre de 2023).

si biológica, y la otra mujer llevará a cabo el embarazo, por ello se la conoce como la progenitora gestante. Es obvio que en este caso el donante de los óvulos no es anónimo al ser una de las mujeres del matrimonio⁹. Sin perjuicio de reconocer que las dos mujeres pueden también recurrir a una donante de óvulos, sin aportar ninguna de ellas la carga genética, siendo solo una de ellas la progenitora gestante.

La Ciencia sigue evolucionando y no deja de sorprendernos. Así, existe una nueva técnica u opción de tratamiento de fertilidad, conocida como INVO o INVOCell, que permite que la fecundación y el inicio del desarrollo embrionario se produzca en una de las mujeres, siendo la otra la que termina la gestación. Por lo tanto, las dos mujeres son progenitoras gestantes ya que gracias a este dispositivo una de ellas porta el embrión las primeras semanas de gestación, siendo la otra mujer gestante la que termina el embarazo del hijo en común¹⁰. En este caso las dos mujeres son progenitoras gestantes, lo que hace que esta terminología puede que no sea apropiada a este caso al no diferenciar quién da a luz al hijo. Lo que queda claro es que el principio tradicional de *mater semper certa est* ya no se cumple desde un punto de vista biológico ni legal como veremos a continuación.

El objetivo de este estudio será dar a conocer y valorar la evolución legislativa que ha sufrido la regulación de la doble maternidad en nuestro ordenamiento¹¹, sin olvidarnos de analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente desde 2013 hasta 2022, que pone de manifiesto las problemáticas derivadas de la regulación de la comaternidad legal. Este reconocimiento de la doble maternidad conlleva valorar si existe un nuevo tipo de filiación legal que podría ser denominada “filiación intencional”, donde el consentimiento es el elemento esencial, y proponer en su caso una reforma legislativa en este sentido.

9 En la reunión de 4 de diciembre de 2008 la Comisión Nacional de Reproducción Asistida informó favorablemente a la admisión de la donación entre mujeres casadas, del óvulo de una de ellas para ser fecundado en la otra con esperma de donante, siendo por tanto una, la madre genética y la otra la madre gestante. La Comisión sugirió la necesidad de reformar la LTRA para permitir directamente esta posibilidad, teniendo en cuenta que, conforme a la misma, tanto la donación de óvulos como la de esperma ha de ser anónima y en este caso no sucede así. Actualmente esta misma Comisión ha realizado un estudio básico de donantes de gametos (femeninos y masculinos) disponible en https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/comision/pdf/Estudio_Donantes_de_Gametos.pdf (fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023).

10 Si se quiere conocer más profundamente la técnica de reproducción asistida conocida como INVO, véase más información en <https://www.reproduccionasistida.org/invo-metodo-de-reproduccion-asistida-mas-economico/> (fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023).

11 Véase el estudio comparado sobre los problemas que presenta la determinación de la comaternidad en las parejas de mujeres en las sociedades actuales, GIOVANNINI, G.: *Modelos de determinación de la co-maternidad resultante del uso de técnicas de reproducción asistida: Un análisis de derecho comparado*, Aranzadi, Navarra, 2023.

II. LA REGULACIÓN INICIAL DE LA DOBLE MATERNIDAD: LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

I. El redacción originaria del art. 7.3 LTRHA.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) y en concreto, el art. 7 LTRHA es el dedicado a la filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida y será el apdo. 1 el que nos recuerda que la misma “se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres apartados siguientes”, sin que la inscripción en el Registro Civil pueda reflejar los datos de los que se infiera el carácter de dicha generación según el apdo. 2 de este artículo¹².

La Disposición adicional I de la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas introdujo el apdo. 3 al art. 7 LTRHA, reconociendo por primera vez la doble maternidad y estableciendo que “cuando una mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido”¹³. De esta forma, se dio un verdadero valor al mero consentimiento de la esposa de la gestante (mujer no gestante que debía estar casada y no separada) al atribuir la filiación legal, exigiendo el nacimiento del hijo y limitando su prestación ante la autoridad del Encargado del Registro Civil¹⁴.

12 La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida fue publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006. No hay que olvidar que la pareja de dos mujeres no podrá recurrir a la gestación subrogada o por sustitución en que intervenga una tercera persona en la gestación, ya que nuestro ordenamiento en el art. 10.1 LTRHA se establece que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

13 Esta Ley 14/2006 fue modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas publicada en el BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007. Actualmente esta última disposición está derogada.

Es interesante conocer la regulación existente en el Código civil de Cataluña en esta materia porque nos servirá de apoyo a las reformas que propondremos. Con la entrada en vigor de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (publicada en el DOGC núm. 5686, de 5 de agosto), el art. 235 se dedica a la fecundación asistida de la mujer casada y en concreto, el art. 235-8.1 establece “Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento” y el art. 235-13.1 reitera la importancia del consentimiento, haciendo referencia expresa a que el cónyuge no gestante puede ser hombre o mujer al decir “Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”.

14 Sin ánimo de hacer referencia a todos los autores que critican que el art. 7.3 LTRHA en cuanto que no hace referencia a las parejas no casadas, véase por ejemplo, ALES URÍA ACEVEDO, M. M.: *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 228; y TAMAYO HAYA, S.: “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6, 2013, en p. 280. Incluso algún autor extiende esta regulación por analogía a dichas parejas de mujeres no casadas, en este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 21, 2007, pp. 106 y ss.

Al analizar esta primera redacción del art. 7.3 LTRHA vamos a diferenciar tres requisitos, esto son, los subjetivos, los formales y los temporales, necesarios para entender mejor la problemática real de este artículo, siguiendo las aportaciones realizadas por Farnos Amorós¹⁵.

En relación con los requisitos subjetivos, la redacción de este artículo fue criticada tanto a nivel sustantivo y como de técnica legislativa y también por el hecho de limitarse a las mujeres casadas, no separadas legalmente o de hecho y no valorar la posibilidad de que si lo estén o que incluso no estén casadas o sean parejas de hecho¹⁶.

Desde el punto de vista formal, la declaración solamente se podía hacer ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, sin valorarse la formalización en documentos públicos notariales o en el mismo documento que otorga eficacia al consentimiento más habitual en la práctica, que es el expresado ante el centro de reproducción asistida por la pareja de la receptora de dichas técnicas. Estas mismas posibilidades de llevar a cabo la formalización del consentimiento en otros documentos están presentes en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil que posteriormente analizaremos¹⁷.

Además y según el art. 108.2 RRC, tal declaración habrá de consignarse en el Libro Diario del Registro Civil y su constancia registral servirá solo a los efectos de acreditar el consentimiento exigido en el art. 7.3 LTRHA y la fecha en que se ha otorgado, pero no la inscripción de la maternidad que no se producirá hasta el nacimiento. Una vez nacido el hijo, la constancia registral del consentimiento determinará la doble maternidad automáticamente, sin ulterior consentimiento ni de la madre ni de la manifestante. Cadenas Osuna resalta que la redacción originaria del art. 7.3 LTRHA “impone a la esposa de la receptora la prestación de un consentimiento formal que, de no otorgarse o no hacerse debidamente, obligaría al encargado del Registro Civil a denegar posteriormente la inscripción de la segunda maternidad por naturaleza a favor de la esposa de la usuaria, de suerte que el nacido tendría un solo vínculo de filiación legal, que debería calificarse de no matrimonial”¹⁸.

15 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC*, Tomo LXVII, 2015, fasc. I, p. 12 al valorar el consentimiento como nuevo título de determinación legal de la maternidad, insiste que éste “No se trata propiamente de un reconocimiento, puesto que no requiere consentimientos complementarios al de la mujer «reconocedora», no es posterior al nacimiento y, lo más importante, no cabe su impugnación ante la falta de correspondencia con la verdad biológica”.

16 Véase en relación con las mujeres no casadas, GOÑI HUARTE, E.: “La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado”, *ADC*, núm. 5, 2016, pp. 74-80.

17 ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

18 CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea”, *ADC*, Tomo LXXV, 2022, Fasc. I (enero-marzo), p. 76. Este mismo planteamiento lo defiende DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *cit.*, p. 80.

Por último, en el ámbito temporal se discute el momento en que se debe dar el consentimiento ya que la expresión “consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge” hace referencia al concebido, cuestionándose la restricción temporal de la posibilidad de aceptar la maternidad no biológica a un momento anterior al nacimiento y no a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida¹⁹. Parece que esta expresión hacía una clara referencia a que el consentimiento se debía prestar en un momento anterior al nacimiento²⁰. Además se observa que existían prácticas registrales no uniformes que ponían de manifiesto una mayor inseguridad jurídica, ya que algunos Registros exigían la comparecencia formal antes del parto y otros se remitían a la adopción o admitían que esta declaración se realizase una vez nacido el hijo, en el momento en que se le inscribe en el Registro Civil.

De todos estos requisitos, el considerado esencial para la determinación de la filiación materna es el consentimiento de la mujer no gestante. La Ley quiso conceder a las parejas de mujeres casadas análogos derechos que a las parejas heterosexuales en relación con el esposo o varón no casado que ha dado el consentimiento a la fecundación con contribución de donante o donantes según el art. 8.1 y 2 LTRHA²¹.

Hay que destacar que este artículo no hacía referencia al consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, el art. 6 TRHA nos recuerda la importancia de que la usuaria de estas técnicas preste el consentimiento escrito a la utilización de estas técnicas, de manera libre, consciente y expresa, y en su párrafo 3 nos plantea el caso de que esté casada, precisándose el consentimiento del marido, a menos que estén separados legalmente o de hecho²². Se discute si este consentimiento del marido cumple la

19 La RDGRN de 22 de mayo de 2008 (JUR 2009/389849) flexibiliza las exigencias de este artículo permitiendo la inscripción de la segunda maternidad habiéndose instado el expediente de reconocimiento de la filiación tras el nacimiento del hijo. Y la RDGRN de 14 de octubre de 2008 (JUR 2009/443280) también ha considerado aplicable el criterio del citado art. 7.3 LTRHA en aquellos casos en los que, producido el nacimiento del hijo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, no se pudo inscribir por tal motivo a favor de ambas cónyuges la doble maternidad, admitiendo por tanto el consentimiento de la cónyuge de la madre biológica con posterioridad al nacimiento del menor.

20 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, cit., p. 15 considera que es más coherente con la noción de proyecto parental inherente a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida que la exigencia legal del consentimiento se prestará en un momento anterior a la fecundación y no una vez que haya sido concebido.

21 El art. 8 LTRHA es el dedicado a la determinación legal de la filiación y dispone “1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. 2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”. Si en vez de varón no casado, se sustituyese la expresión por persona no casada, se permitiría incluir también los supuestos de doble maternidad no matrimonial. En su momento se presentaron muchas enmiendas al Proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida instando dicha sustitución.

22 El art. 6.3 LTRHA establece “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente.

función de evitar la aplicación de las presunciones de paternidad, impidiendo que pueda impugnarse a posteriori dicha paternidad²³. Castillo Martínez detecta un trato diferencial en el caso del matrimonio heterosexual en donde “únicamente se exige el consentimiento para la utilización de dichas técnicas, y ningún otro requisito formal. Por lo que parece que existe una mayor exigencia formal para las parejas formadas por dos mujeres que para las parejas heterosexuales”²⁴.

Por lo tanto, como indica Tomás Martínez, este consentimiento de la mujer no gestante prestado ante el Encargado del Registro Civil plantea diversas cuestiones no resueltas como la competencia del Juez, el domicilio del Registro, el valor del consentimiento ante el centro médico o el consentimiento prestado con posterioridad al nacimiento²⁵. Realmente el silencio de la norma más sorprendente es el relativo a cuándo se debe consentir, si en el momento de la inseminación artificial o antes de nacer el niño.

Como indica Castillo Martínez, ciertamente “la adopción judicial del hijo del cónyuge -o pareja “more uxorio”- ya entonces se encontraba muy simplificada por la disposición del art. 176.2 del Código Civil, que para iniciar el expediente exime de la propuesta previa de la Comunidad Autónoma a favor del adoptante y de la declaración administrativa de que el mismo sea idóneo para el ejercicio de la patria potestad. Por la entrada en vigor del art. 7.3 antes mencionado el automatismo resulta más acentuado, toda vez que el consentimiento de la esposa de la gestante determina una especie de adopción por la consorte que, empero, no requiere de resolución judicial (cfr. art. 176.1 CC)”²⁶.

Realmente más que una especie de adopción, lo que se pone de manifiesto es la capacidad de autodeterminar la filiación del hijo por la mujer no gestante a través del consentimiento. Esto llevo a considerar que se puede hablar de un nuevo tipo de filiación legal que podría denominarse “filiación intencional” al estar basada en el consentimiento, como propondremos al término de este estudio.

Hay autores, como por ejemplo Castillo Martínez, que consideran que con este artículo estamos ante una verdadera solución a los problemas que planteaba

El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”.

23 En este sentido, entre otros, CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *Diario de la Ley*, núm. 8240, 2014, p. 3.

24 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica y el requisito de la justificación del uso de técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, p. 3345.

25 Véase en este sentido, TOMÁS MARTÍNEZ, G.: “El consentimiento en relación la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, 2010, pp. 748 y ss.

26 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica y el requisito de la justificación del uso de técnicas de reproducción asistida”, cit., p. 3345.

la filiación derivada de las aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el ámbito de las parejas de mujeres casadas²⁷. Sin embargo, la doctrina no es unánime en este sentido. Otros autores como De La Iglesia, Nanclares Valle o Gonzales Pérez de Castro consideran que resulta vulnerado el principio de verdad biológica, tachando este artículo de inconstitucional por afectar también a la dignidad del que va a nacer y discriminar al hijo al atribuirle una filiación imposible en términos biológicos²⁸.

No sólo es importante el consentimiento de la mujer no gestante. Y por ello valoramos que este artículo pareció olvidar el interés superior del menor o la idoneidad de la esposa. Incluso no exige la necesidad del asentimiento de la gestante a que su esposa asuma la condición de madre legal. Castillo Martínez llega a considerar que existe respecto a ellos una verdadera presunción *iuris et de iure*²⁹.

Analizada la regulación inicial de la doble maternidad y detectada sus deficiencias, es necesario conocer la interpretación que del art. 7.3 LTRHA realizó el Tribunal Supremo.

2. La visión jurisprudencial flexible.

El Tribunal Supremo, Sala 1ª, interpretó inicialmente de manera expansiva y flexible el literal de este art. 7.3 LTRHA, tanto en la STS 5 diciembre 2013 como en la STS 15 enero 2014, centrándose en el momento en que se presta el consentimiento y en el hecho de que la pareja esté o no casada³⁰.

La STS 5 diciembre 2013 pone el énfasis en la importancia de la voluntad para la determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, que hace posible la ficción legal de permitir la coexistencia de dos

27 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2007, 21, pp. 75-129.

28 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas", en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 471 y ss. NANCLARES VALLE, J.: "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Actualidad Civil*, 2008, 7-8, pp. 15 y ss. GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, 2013, Madrid, p. 295.

29 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: "La inscripción de la filiación", cit., p. 3345.

30 La STS 5 diciembre 2013 (Roj: STS 5765/2013) hace referencia a un supuesto de reclamación de filiación por posesión de estado de las hijas gemelas que nacieron con el uso de técnicas de reproducción humana asistida al que dieron consentimiento ambas mujeres, unos meses antes de contraer matrimonio. Véase el comentario que realiza ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Doble maternidad. Reclamación de la filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal. Concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013 de 5 de diciembre (RJ 2013/7566)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 378-399.

La STS 15 enero 2014 (Roj: STS 608/2014) tiene origen en una acción de reclamación de la filiación no matrimonial interpuesta por la ex pareja de la madre respecto de un menor nacido en 2003, durante la relación de convivencia estable que mantuvieron ambas mujeres entre 1996 y 2006 sin matrimonio. La pareja no estaba casada y el menor había sido concebido mediante inseminación artificial con esperma de donante anónimo, en el marco de lo que el Juzgado califica de un proyecto común y probado el propósito común de ambas de recurrir a la técnica de reproducción asistida.

filiaciones a favor de personas del mismo sexo, con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza. La sentencia reconoce que la filiación “no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en que se prestó, una vez acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo”³¹. Así mismo, esta sentencia resalta que la posesión de “estado de filiación” legitima para el ejercicio de la acción del art. 131 CC, pero no es título que atribuya la filiación y que existe un interés real que es el de la niñas y el de unidad y estabilidad familiar. Jiménez Bautista considera que en este supuesto “la posesión de estado y el interés superior del menor reforzaron el consentimiento prestado por la no gestante, en ningún caso lo sustituyen”³².

La STS 15 de enero 2014 consideró acreditados los consentimientos prestados con ocasión de las técnicas de reproducción asistida que llevo a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el apellido de su pareja, lo que “integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada” y concluyó que el consentimiento prestado por la conviviente que no es madre biológica, la posesión de estado y el superior interés del menor determinan la filiación no matrimonial reclamada en la forma de doble maternidad. En su FJ Tercero el Tribunal Supremo recurre al interés superior del menor, puesto que “representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica”.

El voto particular de esta última sentencia sobre determinación de la filiación no matrimonial de mujer homosexual por posesión de estado discrepó por considerar que no estaba acreditada la existencia del consentimiento de la no biológica al empleo de las técnicas, llegando a afirmar que no existe, y por dudar que la determinación de la filiación sea lo más beneficioso para el menor cuando la ruptura entre ambas partes fue traumática, incluso con episodios de malos tratos. Además recuerda la RGDRN de 14 de octubre de 2009 en relación al requisito exigido del matrimonio de la pareja por la Ley, en el que no es difícil advertir un elemento de estabilidad, o cuando menos de propósito de estabilidad. Parece exigir que la madre gestante también ha de asentir a que su esposa asuma la comaternidad legal, ya que la misma no puede ser impuesta. Por lo tanto,

31 Véase DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.ª S.: “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, enero 2015, p. 7 y ss. cuando analiza la función del consentimiento en el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida, diferenciando entre el consentimiento contractual, el consentimiento informado y el consentimiento como criterio de atribución de la maternidad.

32 JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: “La doble maternidad: breve análisis de las SSTS núm. 45/2022, de 27 de enero y Núm.558/2022, de 11 de julio”, *Cuaderno de Familia, Boletín jurídico de infancia, familia y capacidad de la asociación judicial Francisco de Vitoria*, diciembre 2022, p. 5.

considera que la gestante no puede imponer la maternidad a su esposa ni ésta a la primera.

En estas sentencias prosperaron las acciones judiciales de reclamación de maternidad, “valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre”³³. Estos tres criterios son los considerados claves en estas reclamaciones ya que valoran la filiación desde los tres sujetos e intereses en juego. Así la maternidad de la gestante, el consentimiento de la no gestante y el interés del menor que tiene a la no gestante como madre han de coexistir para determinar la filiación de los hijos nacidos en casos de doble maternidad.

Realizada la aproximación a la regulación originaria y jurisprudencia existente sobre la doble maternidad, es necesario ahora conocer el nuevo art. 7.3 LTRHA, las últimas sentencias del Tribunal Supremo y la reforma que ha sufrido el art. 44 LRC tras la Ley 4/2023, para comprobar si se ven solventados todos los problemas detectados ante la comaternidad legal.

III. LA DOBLE MATERNIDAD EN LA ACTUALIDAD.

I. El nuevo art. 7.3 LTRHA.

En materia de doble maternidad la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil en su Disposición final 5.I ha reformado el art. 7.3 LTRHA, cuyo tenor actual prescribe que “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”³⁴. La nueva redacción sigue exigiendo que la

33 La STS 11 julio 2022 (Roj: STS 3002/2022), que luego comentaremos, hace esta aclaración de las dos sentencias ante la deficiente regulación vigente en la materia.

34 La Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil se publicó en el BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015. El Preámbulo en su apdo. IV de este Ley explica que “La segunda parte de la Ley tiene por objeto la modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Con esta modificación legal se pretende que, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley, la inscripción de los recién nacidos se realice directamente desde los centros sanitarios, a modo de «ventanilla única» donde los padres, asistidos por los facultativos que hubieran asistido al parto, firmarán el formulario oficial de declaración al que se incorporará el parte facultativo acreditativo del nacimiento, que se remitirá telemáticamente desde el centro sanitario al Registro Civil, amparado con el certificado reconocido de firma electrónica del facultativo. No será necesario, por tanto, acudir personalmente a la Oficina de Registro Civil para realizar la inscripción del nacido. Ello conlleva la modificación del Código Civil, así como de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. Hay que tener presente la Instrucción de 9 de octubre de 2015 de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre la comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios que no incluye este supuesto.

pareja esté casada y no separadas legalmente o de hecho, sin resolver las filiaciones de parejas de mujeres no casadas o parejas de hecho. Esto lleva a considerar que de la literalidad del artículo se concluye que “1.º) Que la maternidad vendrá determinada por el parto, correspondiendo por tanto a la mujer gestante. 2.º) Que la mujer que comparte la vida con la madre gestante no es considerada madre por naturaleza (no matrimonial) del nacido, puesto que la posibilidad de consentir la atribución en su favor de la filiación del hijo de su pareja sólo está prevista (art. 7.3 LTRA) en los casos de matrimonio con la mujer gestante”³⁵.

La gran diferencia con la anterior redacción de este art. 7.3 se encuentra en que ya no se exige que el consentimiento sea prestado antes del nacimiento, pudiéndose prestar el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante, que es necesario para poder determinar a su favor la filiación, después de haberse producido el nacimiento del hijo. Castillo Martínez al comentar esta reforma que, califica de ficción legal, resalta que la misma “modifica el tiempo, que se prolonga más allá de la gestación, con la inseguridad consiguiente al no establecimiento de al menos un plazo a contar desde el nacimiento en que la esposa puede asumir la maternidad legal. En todo caso, la Ley 19/2015 deja abierto indefinidamente el plazo para el ejercicio del derecho a consentir la asunción de la maternidad legal por parte de la esposa de la gestante. Por otra parte, la Ley 19/2015 incorpora una modificación formal al no exigir expresamente que la manifestación del consentimiento se realice ante el Encargado del Registro Civil pues parece que es posible realizarlo en la clínica”³⁶. Nos remite ahora a la Ley del Registro Civil, en concreto al antiguo art. 44.1 y art. 44.5 de idéntico contenido que el del art. 7.3 LRTHA³⁷.

La RDGRN de 8 de febrero de 2017 autorizó la inscripción de la filiación como hijo matrimonial a favor de la cónyuge de la madre biológica, cuando ambas madres reclamaban la doble maternidad legal al considerar aplicable por analogía el art. 116 CC, sin necesidad de justificar el uso de técnicas de reproducción

35 BENAVENTE MOREDA, P.: “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidad de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ADC*, Tomo LXIV, fasc. I, 2011, p. 116.

36 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3346.

37 La remisión que realiza el art. 7.3. LTRHA a la Ley del Registro Civil entrañaba tener en cuenta en primer lugar el art. 44.1 LRC que establecía “La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción el nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. En concreto, había que tener presente el antiguo art. 44.5 LRC, también modificado por Ley 19/2015, cuya redacción coincidía en lo sustancial con la del art. 7.3 LTRHA al decir “También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y ésta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017”, *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 7-9 realiza una doble interpretación del art. 44.5 LRC consistente en aplicar los plazos y mecanismos establecidos en la Ley del Registro Civil y de su Reglamento para la inscripción de nacimiento o dar libertad a la cónyuge de la usuaria de las técnicas para que consienta la determinación a su favor de la filiación cuando desee, sin intervención de la gestante ni del hijo, opción que no parece muy conforme con el interés superior del menor ni resuelve la duda sobre el modo en que el consentimiento del art. 7.3 LTRHA debe otorgarse.

asistida, limitación que no se establece por Ley y que supondría una discriminación, recordando que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres defiende la ausencia de toda discriminación, también en las cuestiones derivadas de la maternidad, las obligaciones familiares y el estado civil³⁸.

Sin embargo, la no exigencia de justificar las técnicas de reproducción asistida también es objeto de discusión doctrinal. Castillo Martínez considera que “sí es imprescindible probar que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y que no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil porque el supuesto de hecho en este caso es diverso”³⁹. Esta misma autora insiste en que este antiguo art. 44.5 LRC no regulaba la determinación de la filiación, sino “el reflejo registral de la filiación, su inscripción, que resulta determinada de conformidad con lo previsto en el art. 7.3 de la Ley 14/2006”⁴⁰.

Cadenas Osuna se plantea algunas dudas en relación al consentimiento de la mujer no gestante que entiende que no han sido resueltas en el nuevo art. 7.3 LTRHA y así se pregunta por el valor del consentimiento ante el centro sanitario donde se realiza las técnicas, y si puede sustituir al exigido en este artículo o si puede vincular en relación a la existencia de un proyecto parental común o incluso si en base a él la madre biológica puede reclamar la filiación a su cónyuge. Esta autora concluye ya que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida prevé un título específico para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza basado en la prestación de un consentimiento de carácter formal. Concluyendo que “no parece del todo lógico admitir la reclamación de dicha filiación con fundamento en otro consentimiento distinto que, además, está pensado por el legislador para las parejas heterosexuales”⁴¹.

El consentimiento para el establecimiento de cuya filiación es irrevocable en relación al hijo, pero como indica Cadenas Osuna “frustrado el embarazo, puede revocarse para posteriores ciclos reproductivos. Ahora bien, no existe consenso

38 La resolución, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/issue/view/997/106> (fecha de consulta: 27 de diciembre de 2023), estimó el recurso planteado contra el Auto 22 agosto 2016 en el que el Encargado del Registro Civil de Denia denegó la inscripción de la filiación de un hijo de una pareja de mujeres por considerar que es necesario acreditar que la gestación se ha producido como consecuencia del uso de técnicas de reproducción asistida. Entendía que el art. 44.5 LRC “no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles –que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad -y a la Ley 14/2006, que incorpora una ficción legal no basada en la realidad biológica pero únicamente cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida, no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código Civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto”. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se publicó en el BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

39 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3356.

40 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3362.

41 CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad”, cit., p. 80.

en la doctrina con respecto a si esta revocación tiene carácter automático una vez concluya el ciclo para el que se otorgó el consentimiento o si, por el contrario, la esposa de la usuaria debe manifestar expresamente su voluntad en tal sentido antes de que vuelva a hacerse uso de las técnicas de reproducción asistida⁴².

La esposa de la gestante y la propia gestante no pueden impugnar el consentimiento porque dicha actuación como señala Castillo Martínez iría contra sus propios actos, "ni siquiera en el supuesto de enfrentamiento derivado contra su pareja (por causa de una separación o de un divorcio posterior), del mismo modo que en la adopción ya constituida la madre biológica no puede revocar el consentimiento prestado, a no ser que no hubiera asentido en la maternidad legal de su consorte en cuyo caso debería entenderse que la gestante tiene expedida la impugnación a no ser que la misma implique abuso de derecho o mala fe (art. 7 CC)"⁴³. Sin olvidar que "La posesión de estado y el interés superior del menor no constituyen título de determinación de la filiación per se, correspondiendo al legislador la función de determinar tales títulos"⁴⁴.

Conocidas las principales reformas del nuevo art. 7.3 LTRHA y las dudas aún existentes sobre la doble maternidad, es importante analizar las últimas sentencias del Tribunal Supremo en este sentido.

2. La rigidez de la jurisprudencia reciente.

La STS 27 enero 2022 y la STS 11 julio 2022, sobre la reclamación de una filiación extramatrimonial por posesión de estado de la ex pareja de la madre biológica o gestante desestiman la solicitud de determinación de filiación, instada por la madre no biológica, al no darse los requisitos exigidos legalmente ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado, esto es, que la madre no biológica estuviera casada con la biológica y prestare su consentimiento de acuerdo con la Ley del Registro Civil, para que se determinara la filiación respecto de ella, al hijo cuando naciera⁴⁵. Se

42 CADENAS OSUNA, D.: "La determinación de la segunda maternidad", cit., p. 80-81. Es interesante la visión comparativa que hace a continuación entre el consentimiento de la esposa y del esposo, demostrando el mayor rigor de las formalidades que ha de cumplir la esposa para la determinación de su maternidad y visualizando la posible discriminación a la que está sometida. El consentimiento otorgado por el esposo no es título de determinación de la filiación que se establece por el juego de la presunción de paternidad matrimonial. Presunción que es aplicable solo a matrimonios heterosexuales y que no puede ser de aplicación al matrimonio de dos mujeres por lo que se justifica que lo sea el consentimiento de la esposa.

43 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: "La inscripción de la filiación", cit., p. 3357, nota al pie núm. 18.

44 JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: "La doble maternidad: breve análisis de las SSTS núm. 45/2022, 27 de enero y núm. 558/2022, de 11 de julio", cit., p. 18.

45 La STS 27 enero 2022 (Roj: STS 243/2022) tiene su origen en una reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado, siendo la demandante pareja y no estando casada con la demandante, la madre biológica y gestante, en el momento del nacimiento del hijo. Son hechos probados que el menor nació a través del empleo de técnicas de inseminación artificial con semen de donante, siendo la madre biológica la pareja de la demandante e inscribiéndose aquel como hijo de la madre biológica y gestante con sus apellidos. Tras el nacimiento del hijo, la pareja contrajo matrimonio y se separaron

insiste en que ni la posesión de estado ni el interés superior del menor son causa o título para determinar o atribuir la filiación, y no permiten al juez atribuir una filiación.

Ambas sentencias recuerdan lo dicho en la STS 9 mayo 2018 al resaltar que “la posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Este dato justifica que pueda impugnarse la afirmación por el tribunal de instancia de la posesión de estado de filiación por vía de los dos recursos: en el recurso por infracción procesal puede impugnarse error en la valoración de la prueba de los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus, fama*) y en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado”⁴⁶.

La STS 27 enero 2022 considera que los actos posteriores al nacimiento, sin importancia para la sentencia recurrida, son en realidad decisivos para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado ya que tras la separación, la relación se limitó a contactos esporádicos y no propios de quien quiere recuperar la relación de maternidad con el niño, abandonando incluso toda solicitud de medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio.

Así mismo, la STS 11 julio 2022 insiste en que el comportamiento de la actora es difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras ya que no solo no consintió la inseminación ni realizó intento alguno de que quedara determinada posteriormente la filiación por vías legales. Tampoco ella ha asumido los gastos del menor porque dice que no se lo pidieron y cuando ejercita la demanda y acumula la petición de custodia compartida o subsidiaria de visitas no se ofrece a pagar alimentos y se opone a la petición subsidiaria de que la madre los preste. Todo ello dice la sentencia “no comporta

meses después, dictándose sentencia de divorcio que no acordó ninguna medida en relación al menor. En la demanda se solicitó que se declarase madre extramatrimonial del menor por posesión de estado a la demandante. Frente a la sentencia que declaró la filiación no matrimonial de la demandante, no gestante, con los efectos derivados de la misma, la madre biológica interpuso recurso de casación que fue estimado en esta STS 27 enero 2022, dejando sin efecto la filiación no matrimonial.

La STS 11 julio 2022 (Roj: STS 3002/2022) trata de determinar la filiación materna no biológica y no matrimonial de un menor nacido a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida con donante de semen anónimo, sin que la madre no biológica aportara material genético ni prestara consentimiento a la fecundación. La no gestante estaba casada con un tercero y no divorciada. La demandante y la demandada fueron parejas de hecho durante doce años y la madre biológica durante la relación de la pareja se sometió a las técnicas de reproducción asistida, naciendo el menor. Poco después la pareja se rompe. En este caso se desestimó la demanda pero la Audiencia estimó el recurso de apelación, revocando la resolución apelada y determinando la filiación no matrimonial reclamada. Sin embargo, la sentencia resuelve que no concurren los requisitos exigidos por la LTRHA.

46 STS 9 mayo 2018 (Roj: STS 1617/2018) citada en el FJ Segundo. 2 de STS 27 enero 2022 y en el FJ Quinto. 6 de STS 11 julio 2022.

una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan”.

Junto a la posesión de estado, se debe valorar el interés superior del menor en los casos de doble maternidad⁴⁷. La STS 11 julio 2022 en el FJ Sexto. 4 recalca que “no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. No es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad”. Insiste en que no se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial. Y sin olvidar el desarrollo legislativo del principio básico del interés superior del menor que se realiza en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM)⁴⁸, resalta que sería además esa solución contraria a la voluntad, deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien se le debe reconocer su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en lo que el Tribunal califica de una etapa tan fundamental para su vida.

Conocida la visión actual y rígida del Tribunal Supremo sobre la doble maternidad frente a la flexibilización de los requisitos formales y temporales que inicialmente realizado, debemos tener presente que la redacción actual del art. 7.3 LTRHA nos remite a la Ley del Registro Civil, regulada por Ley 20/2011, de 21 de julio (en adelante, LRC) y en concreto, ello lleva a analizar el art. 44 LRC, reformado actualmente por la Ley 4/2023⁴⁹.

3. El art. 44.4. LRC: la filiación matrimonial y no matrimonial.

El art. 44 LRC ha sido objeto de nueva redacción por Disposición final undécima titulada “Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro

47 Véase VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Navarra, 2019 cuando aborda de forma global y pormenorizada el interés del menor, concepto base, pilar y fundamento del Derecho de familia.

48 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 fue publicada en el BOE núm. 15, de 17 de enero. El art.2 LOPJM es el dedicado al interés superior del menor donde se fijan una serie de criterios y elementos generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso de este interés. Este artículo fue modificado por el art. 1.2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el BOE núm.175, de 23 de julio de 2015. El primer párrafo y la letra c) apartado 5 del art. 2 LOPJM se ha modificado por la disposición final 8.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicada en el BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

49 La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil fue publicada en el BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011, entrando en vigor a partir del 30 abril de 2021.

Civil” de la Ley 4/2023⁵⁰, estableciendo en el apdo. 4 en su primer subapartado una clara remisión a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida al decir “La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”.

Este complejo artículo en su subapartado 3 reconoce dos casos en que se hará constar la filiación de padres o madres no gestantes en el momento de la inscripción del hijo, diferenciando que estén o no casadas, al decir “La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.

b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia”.

Si nos centramos en la doble maternidad, vemos que la letra a) hace referencia a la doble maternidad legal matrimonial, exigiendo el consentimiento de ambas madres casadas, incluso si están separadas legalmente o de hecho. Esta disposición no coincide con lo dicho en el art. 7.3 LTRHA que sigue exigiendo que no estén separadas y que no ha sido reformado.

Sin embargo, el segundo caso contenido en la letra b) hace referencia la filiación no matrimonial derivada de la pareja de mujeres que no estén casadas y solamente requiere conformidad, que no sea contraria a las presunciones de paternidad ni exista controversia. Realmente en este caso como es obvio no se aplican las presunciones de paternidad al estar ante casos de doble maternidad. El Preámbulo apdo. II de esta Ley destaca cuál es el fin de esta reforma al decir que “En coherencia con los cambios operados por la disposición final primera⁵¹, las principales novedades se introducen sobre el artículo 44, con el fin de permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial”. Es cierto que como hemos visto, siempre se hacía

50 Si se quiere conocer más en profundidad la Ley 4/2023, véase BLANCO PERMUY, F.: “Las principales claves de la nueva «Ley Trans»”, *Revista jurídica Colex*, núm. 030, marzo-abril 2023, pp. 11-15.

51 La Disposición final primera es la dedicada a la modificación del Real Decreto de 24 de junio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

referencia a la pareja de mujeres casadas y no separadas, y es este artículo el que reconoce también la filiación no matrimonial en el caso de mujeres.

Se observa que se modifica la Ley del Registro Civil y no el art. 7.3 LTRHA que exclusivamente se aplica a mujeres casadas, lo que hace necesario demandar una reforma legislativa en este ámbito para que exista concordancia entre la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Ley de Registro Civil. Realmente, la redacción de este nuevo artículo genera confusión al regular de manera conjunta la filiación paterna y la de la mujer no gestante y no dejar claro de manera expresa, y solo en el Preámbulo, que se está refiriendo a mujeres no casadas.

La Ley 4/2023 reforma el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del nacimiento que se podrá hacer en cualquier tiempo y con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable según el nuevo art. 44.6 LRC. Este artículo exige que si se realiza mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor y si fueran personas con discapacidad respecto de las cuales se haya establecido medidas de apoyo, se estará a lo que disponga la resolución judicial o documento notarial donde se hayan previsto o acordado.

Esta Ley también ha dado nueva redacción al art. 120.1. CC al determinarse la filiación no matrimonial en el momento de la inscripción del nacimiento por la declaración del "padre o progenitor no gestante", sustituyendo con esta expresión el termino tradicional que sólo hacía referencia al "padre", como dice Quicios Molina para "permitir a las parejas de mujeres, y parejas de hombre cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad para gestar, «a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales»"⁵², en coherencia con la reforma del art. 44 LRC. También se ha visto reformado el art. 120.5 CC en relación con la filiación no matrimonial que quedará determinada legalmente, respecto de "la madre o progenitor gestante", cuando se haga constar su filiación en la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. Quicios Molina, tras considerar que el principio *mater semper certa est* no sufre cambios con estas reformas, justifica la inclusión de la expresión "progenitor gestante" para "resolver el nudo gordiano de cómo denominar al hombre trans que da a luz: no se le llamará ni madre ni padre. Y así se normaliza, por la ley, la

52 QUICIOS MOLINA, M.ª S.: "Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 5, 2023, p. 1.

realidad de la posible maternidad de hombres trans que mantienen sus órganos reproductivos femeninos”⁵³.

Tiene razón Reyes López al decir que, “la equiparación entre madre o padre con progenitor gestante o no supone dar un paso más en la dirección de prescindir de la cualidad de identificación basada en el sexo para hacer hincapié en la mera función reproductora. El sexo, en efecto, como estado civil ha ido perdiendo la función que tenía atribuida en cuanto determinante de limitación de derechos”⁵⁴.

Si la Ley quiere dar valor al mero consentimiento de la pareja para reconocer al hijo de la mujer gestante, es el momento de analizar si la doctrina está de acuerdo con la existencia de la llamada “filiación intencional” como nuevo tipo de filiación. Lo cierto es que “la filiación ya no es sólo un concepto biológico, sino social y cultural que debe ser adaptado a los avances de la ciencia y en concreto, a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y donde debe primar el interés superior del menor. Se ha demostrado que la verdad biológica no es el único criterio utilizado para determinar y atribuir una relación jurídica si se utilizan las técnicas de reproducción asistida”⁵⁵.

IV. LA FILIACION INTENCIONAL COMO NUEVO TIPO DE FILIACIÓN LEGAL: UNA PROPUESTA DE REFORMA.

Nuestro Código Civil en su art. 108, de nueva redacción por la Disposición final 1.2. de la Ley 4/2023, sigue reconociendo dos tipos de filiación al decir “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando los progenitores están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”⁵⁶.

Debemos resolver si defendemos la inclusión de la filiación derivada del recurso de las técnicas de reproducción asistida dentro de la filiación por naturaleza o si existe un nuevo tipo de filiación legal que deriva del uso de las técnicas de

53 QUICIOS MOLINA, M.ª S.: “Las relaciones de filiación de personas LGTBI”, cit., p. 2.

54 REYES LÓPEZ, M.ª J.: “Las cuestiones civiles en la Ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de personas trans y para la garantía de las personas LGTBI”, *IDIBE*, mayo 2023, disponible en <https://idibe.org/tribuna/cuestiones-civiles-la-ley-4-2023-28-febrero-la-igualdad-real-efectiva-las-personas-trans-la-garantia-los-derechos-las-personas-lgtbi/> (fecha de consulta: 27 de diciembre de 2023).

55 ALBA FERRÉ, E.: “El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2019, p. 7.

56 La reforma del art. 108 CC ha consistido en eliminar la expresión “padre o madre” por “progenitores”. La antigua redacción disponía “Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”.

reproducción asistida, autónoma de la filiación por naturaleza y de la filiación adoptiva.

Esta misma duda parece reflejarla De Verda Y Beamonte al decir “la Ley 14/2006, al menos, en su redacción originaria, parte de la idea de que la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es una especie *sui generis* de filiación por naturaleza, pero lo cierto es que esta premisa (ya rota por el art. 7.3 de la misma) nos lleva a tener que forzar continuamente las categorías construidas en torno a ella para dar solución a problemas que sólo se plantean cuando la generación tienen lugar de modo artificial. Me pregunto si no sería más práctico reconocer un nuevo tipo de filiación, distinta de la natural, cuyo título constitutivo fuese la mera voluntad de procrear, expresada en la forma legalmente prevista”⁵⁷.

En este mismo sentido, Zurita Martín llega a pensar “en la necesidad de atender a un nuevo modelo de filiación, en el que, junto a la filiación por naturaleza y adopción, se consagre y reconozca un tercer tipo de vínculo filiativo determinado por el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida. Se trataría de una filiación híbrida: distinta de la filiación por naturaleza, pues aquella se fundamenta en el elemento volitivo —aunque exista vínculo biológico con la madre gestante o aportante del material genético, y con el padre en caso de fecundación homóloga—, y también diferenciada en distintos aspectos de la adopción, pero teniendo en común con ella la determinación de la filiación por la manifestada voluntad de ser padre o madre”⁵⁸.

La propuesta de Código Civil presentado por la Asociación de profesores de Derecho Civil resuelve el dilema en el art. 221-I, dedicado a las clases de filiación, manteniendo la diferencia entre la filiación por naturaleza y la adoptiva, pero reconociendo que existe otra clase de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida al decir “I. La filiación puede tener lugar por naturaleza o adopción. La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida se determina con arreglo a las disposiciones especiales previstas en el Capítulo III de este Título. 2. Los efectos de la filiación son iguales con independencia de la clase de filiación”⁵⁹. En la Exposición de Motivos de esta Propuesta y al comentar este artículo donde se presentan las clases de filiación reguladas todas ellas con iguales efectos, “incide

57 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, p. 22.

58 ZURITA MARTÍN, I.: “La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 2018, p. 3095.

59 Así el capítulo III del Libro segundo de la Propuesta de Código Civil está dedicado a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y en concreto, en el art. 223. 1-6 donde se diferencian unas disposiciones generales, una determinación de la maternidad por el parto, una determinación de la esposa de la madre por el consentimiento, la determinación de marido de la madre y dicha determinación a falta de presunción legal, acabando con la determinación judicial de esta filiación.

en la especificidad de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, respecto de la filiación por naturaleza”, lo que pone de manifiesto su diferenciación.

Esta solución tendente a reconocer un tercer tipo de filiación es defendida por Cadenas Osuna al decir “Por ello, entendemos que lo más adecuado sería, siguiendo lo previsto en el artículo 235-3 CCCat., la configuración legislativa de la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo a añadir a la filiación por naturaleza y por adopción (art. 108 I CC), con un régimen legal específico y común para todos los supuestos; un régimen en el que la filiación no se determinara por la aplicación de las normas reguladoras de la filiación por naturaleza, inspiradas en el principio de verdad biológica, sino por la voluntad de los progenitores, ya que el elemento volitivo es el decisivo para establecer la filiación cuando se deriva del uso de técnicas de reproducción”⁶⁰.

Farnós Amorós también duda si encajar esta nueva filiación en la filiación por naturaleza y recuerda que “Las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA. Si bien es cierto que esta clase de filiación puede tener una base biológica, extremo que en principio justificaría el recurso al esquema de la filiación por naturaleza, esta base no siempre tiene que existir respecto de ambos progenitores: piénsese, por ejemplo, en el recurso por pareja heterosexual a una técnica con material genético de donante masculino; o en el recurso a las TRA por una pareja de dos mujeres”⁶¹ y reconoce que “La posibilidad que ofrecen las TRA de disociar la maternidad en tres elementos (genético, gestacional y volitivo), que pueden no coincidir en la misma mujer, ha aportado complejidad a una cuestión en principio pacífica y ha planteado nuevos retos al legislador y al intérprete del derecho”⁶². Por ello, considera que se ha dado entrada a una filiación materna que no es en puridad filiación por naturaleza ni adoptiva y que “la filiación derivada del recurso a TRA es, por sus peculiaridades, una clase autónoma de filiación que, como tal, funciona con sus propios criterios y se rige por sus propias reglas”⁶³.

Jiménez Bautista nos recuerda que abordar el problema de la filiación plantea la necesidad de coherencia diversos principios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, en la norma constitucional y en la norma sustantiva básica en la materia que en el ámbito del Derecho común, lo es el Código Civil, “que tradicionalmente distinguía entre la filiación por naturaleza y la legal -adopción- y

60 CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad”, cit., p. 86.

61 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, cit., p. 8 y 9.

62 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, cit., p. 8 y 9.

63 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, cit., p. 52.

que en la actualidad ya no se agota en dicho texto legal y con dicha clasificación, sino que se completa con la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida⁶⁴.

Benavente Moreda se cuestiona si es adecuado seguir hablando de filiación por naturaleza en relación con la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y destaca que ya se ha venido apuntando por la doctrina la conveniencia de establecer “una nueva categoría en la determinación de la filiación que complementase la distinción tradicional (filiación por naturaleza y por adopción), para hablar de supuestos de filiación puramente civil o jurídica, para diferenciar los supuestos de filiación biológica y formal, apoyada fundamentalmente en el valor del consentimiento por encima del elemento puramente biológico⁶⁵.”

Esta nueva filiación legal es la existente en nuestro ordenamiento en el caso de doble maternidad en donde dos mujeres casadas entre sí, a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida y del consentimiento prestado por la esposa, e incluso separada o no casada, conforme a la Ley de Registro Civil que permite que se preste el consentimiento para el reconocimiento del hijo en común.

Vista que un sector de la doctrina acepta la inclusión de una nueva filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo se debe destacar que el art. 108 CC claramente sigue diferenciando entre la filiación por naturaleza o por adopción, sin hacer referencia expresa a la filiación derivada por las técnicas de reproducción asistida. Se puede discutir si la filiación intencional o filiación por técnicas de reproducción asistida es una tercera categoría al ser una filiación autónoma basada en el consentimiento, como defienden Farnós Amorós, Jiménez Bautista o Benavente Moreda, con los que estamos de acuerdo y lo que nos lleva a proponer una reforma del art. 108 CC, o es un caso de filiación por naturaleza al no estar expresamente reconocido en este artículo como hace Castillo Martínez quien claramente lo considera como una filiación por naturaleza, “sin implantar una nueva categoría de filiación fuera de las ya existentes al margen de las cuales no es posible suponer diversa tipología⁶⁶.”

64 JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: “La doble maternidad: breve análisis de las SSTs núm. 45/2022, de 27 de enero y Núm.558/2022, de 11 de julio”, cit., p. 5.

65 BENAVENTE MOREDA, P.: “La filiación de los hijos de parejas”, cit., pp. 93 y 94. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 300 reconoce en relación con las filiaciones civiles que en ellas “se va separando la idea de la filiación jurídica de la procreación biológica”.

66 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3361 quien considera que este art. 7.3 ha incorporado en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diverso de la presunción del art. 116 CC porque el supuesto de hecho en este caso es diverso y recalca que el legislador ha optado porque la prueba genética por sí misma no determine derecho alguno a favor de la mujer que aportó el óvulo y esposa de la gestante, sino el de gestación, debiendo acudir la pretendiente a ser madre al consentimiento del art. 7.3. LTRHA o del art. 44.5 LRC (nuevo art. 44. 4 LRC).

Demostrada la necesidad de reformar el art. 108 CC, incluyendo esta nueva filiación intencional, se propone también dar nueva redacción al art. 7.3 LTRHA, abriendo la posibilidad a otras formas de consentimiento de la mujer no gestante, como los dados en las clínicas de en las clínicas de reproducción asistidas o en documento público y limitando el plazo de prestar el consentimiento de la no gestante para generar seguridad jurídica⁶⁷. No sólo hay que valorar el consentimiento de la mujer no gestante, como único título de legitimación de la filiación, ya que hay otros intereses en juego que nos llevan a demandar la necesidad de exigir el asentimiento de la mujer no gestante y tener presente siempre el interés superior del menor.

Además hemos detectado que la Ley 4/2023 actúa de manera aislada y reconoce la filiación matrimonial y no matrimonial en casos de doble maternidad, sin modificar el art. 7.3 LTRHA que sigue exigiendo que estén casadas y no separadas legalmente o de hecho. Por ello, este nuevo art. 7.3 LTRHA debe reconocer la doble maternidad de mujeres casadas aunque estén separadas y ampliar la norma a los casos de filiación no matrimonial.

Con estas propuestas de reforma evitaremos la desconexión existente e inaceptable en materia de doble maternidad entre el contenido previsto en el Código Civil, la Ley de Registro Civil (en concreto, el art. 44.4 LRC) y la Ley de Reproducción Humana Asistida, evitando cualquier tipo de discriminación y generando mayor seguridad jurídica.

V. CONCLUSIONES.

Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio, como nos lo recuerda la redacción del art. 44 CC dada por la Ley 4/2023. Gracias al uso de técnicas de reproducción humana asistida muchas mujeres puedan constituir una familia, pudiendo tener hijos en común, con la intervención de un donante masculino y gracias al método ROPA, esto es, con el propio material de la pareja, siendo una de las progenitoras la que aporta los óvulos y otra la que gesta al niño o incluso utilizando material reproductivo de una donante. Existe una novedosa técnica, conocida como INVOCELL, que permite que ambas mujeres sean progenitores gestantes, aunque solo una de ellas sea la que da a luz al hijo.

67 El art. 223-3 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece que "1. Mediando en la generación técnicas de reproducción asistida, la esposa de la madre no separada legalmente o de hecho puede consentir que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. 2. El consentimiento debe prestarse antes del nacimiento del hijo. Puede formalizarse en el documento de consentimiento del tratamiento de fecundación asistida, ante el encargado del Registro Civil o en documento público". La propuesta del Código Civil está disponible en https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf (fecha de consulta: 26 de octubre de 2023).

La doble maternidad vino reconocida inicialmente por la Ley 3/2007, de 15 de enero que modificó el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida incluyendo un apdo. 3, dando un verdadero valor al mero consentimiento de la esposa, casada y no separada, de la gestante al atribuir la filiación legal ante el encargado del Registro Civil. La doctrina al analizar este artículo consideró que no determinaba cuándo se debía prestar este consentimiento ni permitía otras formas de manifestarlo, valorando si podría valer el dado en la clínica de reproducción o ante en documento público, como sí que lo establece el art. 235.8 del Código Civil Catalán. Además este art. 7.3 LTRHA pareció olvidar el interés superior del menor o la idoneidad de la madre e incluso el asentimiento de la gestante.

El Tribunal Supremo, Sala 1ª, interpretó expansivamente y de manera flexible el literal de este artículo, tanto en la STS 5 diciembre 2013 como en la STS 15 enero 2014. Estas sentencias hicieron primar el interés para el menor que ambas madres, aunque separadas y enfrentadas, devinieran comadres, existiendo posesión de estado de madre por parte de la aspirante a serlo aunque no lo gestó. Admitieron que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante, y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre, que quedaba mejor protegido por la determinación legal de la doble maternidad. Existió un voto particular de esta última STS 15 enero 2014 que pareció exigir que la madre gestante también ha de asentir a que su esposa asuma la comaternidad legal, ya que la misma no puede ser impuesta, recordando que la Ley opta por el requisito del matrimonio en esa inicial redacción, en el que se advierte un requisito de estabilidad, resaltando que la posesión de estado no es un título de determinación de la filiación.

La Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil en su Disposición final 5.1 reforma el art. 7.3 LTRHA, siendo de su contenido idéntico al antiguo art. 44.5 LRC. Siguiendo la RDGRN de 8 de febrero de 2017, lo que se ha modificado es la forma de prestar el consentimiento y ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento. Realmente el consentimiento de la esposa, casada y no separada no gestante es un verdadero título de determinación de la filiación, discutiéndose si se exige o no la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

Hay que destacar las STSS 27 enero 2022 y 11 julio 2022, sobre la reclamación de una filiación extramatrimonial por posesión de estado de la ex pareja de la madre biológica o gestante que desestiman la solución de determinación de filiación, instada por la no gestante, al no darse los supuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de

estado. Estas sentencias resaltan que el interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación y que debe valorar en abstracto junto a los demás intereses (la libertad de proclamación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo).

Por último, la Ley 4/2023 además de incorporar el lenguaje inclusivo con expresiones como “progenitor gestante o no gestante” en nuestro ordenamiento, ha modificado el Código Civil en su Disposición final y la Ley de Registro Civil, olvidándose de modificar la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que pone de manifiesto un gran olvido por parte del legislador.

En materia registral el complicado nuevo art. 44.4 LRC reconoce dos casos de filiación de padres o madres no gestantes, ampliando la doble maternidad al caso de la pareja que esté casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges (ya no sólo se exige de la no gestante) aunque existiera separación legal o de hecho, y al supuesto de que no estén casadas, donde solo requiere que la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de la filiación y que no existiere controversia. Siendo el nuevo art. 44.6 LRC el que reconoce la filiación no matrimonial. El nuevo art. 120.I CC establece que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente en el momento de la inscripción del nacimiento por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

Todo lo dicho nos lleva a demandar una reforma de nuestro Código Civil, en concreto, el art. 108 CC para que tienda a reconocer que existe otro tipo de filiación denominada “intencional”, derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, junto a la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. El reconocimiento de este nuevo tipo de filiación, como autónomo, lo realiza parte de la doctrina y la propuesta de CC de la Asociación de profesores de Derecho Civil en su art. 222.I.

Además es necesario reformar el art. 7.3 LTRHA para que se ajuste al nuevo art. 44.4 LRC y reconozca que esta doble maternidad también existirá si la pareja casada está separada legalmente o de hecho, o si no está casada, evitando así cualquier tipo de discriminación.

No podemos olvidar que no solo el consentimiento es clave en los casos de doble maternidad ya que el interés superior del menor, junto con otros intereses en juego destinados a preservar la unidad y la estabilidad familiar, son criterios esenciales en los casos de doble maternidad. Estos elementos refuerzan el consentimiento de la pareja de mujeres, pero no lo sustituye, ya que sigue siendo el único título de determinación de la doble maternidad, tanto matrimonial como no matrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA FERRÉ, E.: “El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2019, pp.1-17.

ALES URÍA ACEVEDO, M. M.: *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Doble maternidad. Reclamación de la filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal. Concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013 de 5 de diciembre (RJ 2013/7566)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 378-399.

ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017”, *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 1-35.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL.: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018. Disponible en https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf (fecha de consulta: 26 de octubre de 2023).

BENAVENTE MOREDA, P.: “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ADC*, Tomo LXIV, 2011, Fasc. I, pp. 75-124.

BLANCO PERMUY, F.: “Las principales claves de la nueva «Ley Trans»”, *Revista Jurídica Colex*, núm. 030, marzo-abril 2023, pp. 11-15.

CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea”, *ADC*, Tomo LXXV, 2022, Fasc. I (enero-marzo), pp. 69-114.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada doble maternidad por naturaleza: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *Diario la Ley*, núm. 8240, 2014.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica y el requisito de la justificación del uso de técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3343-3369.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas”,

en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 471 y ss.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.^a S.: "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTS de 12.2013 y 15.1.2014", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, enero 2015, pp. 1-35.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11-31.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2007, 21, pp. 75-129.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología", *ACD*, Tomo LXVII, 2015, fasc. 1, p. 1-61.

GIOVANNINI, G.: *Modelos de determinación de la co-maternidad resultante del uso de técnicas de reproducción asistida: Un análisis de derecho comparado*, Aranzadi, Navarra, 2023.

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013.

GOÑI HUARTE, E.: "La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado", *ADC*, núm. 5, 2016, pp. 74-80.

JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: "La doble maternidad: breve análisis de las SSTS núm. 45/2022, de 27 de enero y Núm.558/2022, de 11 de julio", *Cuaderno de Familia, Boletín jurídico de infancia, familia y capacidad de la asociación judicial Francisco de Vitoria*, diciembre 2022, pp. 3-18.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV*, Dykinson, Madrid, 2008.

QUICIOS MOLINA, M.^a S.: "Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 5, 2023, pp. 2- 7.

REYES LÓPEZ, M.^a J.: "Las cuestiones civiles en la Ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de personas trans y para la garantía de las personas LGTBI", *IDIBE*, mayo 2023, disponible en <https://idibe.org/tribuna/cuestiones-civiles-la-ley-4-2023-28-febrero-la-igualdad-real-efectiva-las-personas-trans-la-garantia-los-derechos-las-personas-lgtbi/> (fecha de consulta: 27 de diciembre de 2023).

TAMAYO HAYA, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6, 2013, pp. 261-316.

TOMÁS MARTÍNEZ, G.: "El consentimiento en relación la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", *Actualidad Civil*, 2010, pp. 748 y ss.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Navarra, 2019.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L.: *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

ZURITA MARTÍN, I.: "La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 2018, p. 3071-3116.



DALLE TECNICHE DI PRESERVAZIONE DELLA FERTILITÀ
ALL'UTILIZZO CON FINALITÀ RIPRODUTTIVA POST
MORTEM DI EMBRIONI E GAMETI CRIOCONSERVATI.
L'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA, FRANCESE E
SPAGNOLA A CONFRONTO*

*FROM FERTILITY PRESERVATION TECHNIQUES TO THE USE FOR
POST-MORTEM REPRODUCTIVE PURPOSES OF CRYOPRESERVED
EMBRYOS AND GAMETES. A COMPARISON OF ITALIAN, FRENCH
AND SPANISH LEGAL EXPERIENCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 72-115

* Il lavoro, con l'aggiunta di note, riproduce e integra i contenuti delle relazioni svolte al Convegno *online* dal titolo "Primo Incontro di Studio. Unità di Ricerca dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. La procreazione medicalmente assistita post mortem", 7 marzo 2024. I paragrafi I, II, III, IV e V sono riferibili a Carlo Alviggi e a Marika Ylenia Rovetto; i paragrafi VI e VII a Barbara Salvatore; i paragrafi VIII e IX a Oriana Clarizia; i paragrafi X, XI, XII, XIII a Letizia Coppo; i paragrafi XIV, XV e XVI e XVII a José Ramón de Verda y Beamonte.

Carlo ALVIGGI
et alii

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Il lavoro approfondisce il tema della fecondazione post mortem secondo una prospettiva metodologica interdisciplinare e comparatistica.

L'approccio interdisciplinare pone in risalto l'importanza della dimensione medica sottesa al tema. Nel prospettare le diverse tecniche di preservazione della fertilità, tra le quali peculiare rilievo assume la crioconservazione di embrioni e di gameti maschili, l'indagine evidenzia, in un'ottica di necessario confronto e costante dialogo, le problematiche più significative e i principali dubbi interpretativi ai quali si trova a far fronte, sul piano applicativo, il personale medico che effettua pratiche di procreazione assistita.

La prospettiva comparatistica, invece, è di ausilio nel rintracciare significative differenze tra l'esperienza giuridica italiana e quella francese: benché in entrambi i Paesi la fecondazione post mortem sia vietata, si riscontrano incongruenze e problematiche interpretative di tenore diverso in ragione della ratio non del tutto coincidente sottesa all'accesso alla procreazione assistita nei due sistemi giuridici. Ancor più distante è l'esperienza giuridica spagnola, la quale ammette la fecondazione postuma, effettuata con l'utilizzo dei gameti del marito o del convivente deceduto della donna che fa ricorso alla tecnica ma prevedendo condizioni e limiti precisi, il rispetto dei quali incide sulla condizione giuridica del nato permettendo di considerarlo, ad ogni effetto, figlio dell'uomo deceduto.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita; consenso; fecondazione post mortem; crioconservazione; embrioni; gameti; bigenitorialità; condizione giuridica del nato; tutela dell'interesse del nato.

ABSTRACT: *The paper examines the issue of post-mortem reproduction technology from an interdisciplinary and comparative methodological perspective.*

The interdisciplinary approach highlights the importance of the medical dimension underlying the issue. In considering the various techniques for preserving fertility, and in particular the cryopreservation of embryos and gametes, the study highlights, in a perspective of comparison and constant dialogue, the main problems and interpretative doubts faced by medical professionals involved in assisted reproduction practices.

The comparative perspective, on the other hand, makes it possible to identify significant differences between the Italian and French legal approaches: although post-mortem fertilisation is prohibited in both countries, there are contradictions and problems of interpretation due to the different ratio underlying access to assisted reproduction in these two legal systems. The Spanish legal experience is even more distant, since it permits posthumous fertilisation carried out with the gametes of the deceased husband or partner of the woman using the technique, but imposes precise conditions and limits, the observance of which affects the legal status of the child and allows him to be considered, for all intents and purposes, as the child of the deceased man.

KEY WORDS: *Medically assisted procreation, consent, post-mortem fertilization, cryopreservation, embryos, gametes, bigenitorial status, legal status of the child, protection of the child's interest.*

SUMARIO.- I. PRESERVAZIONE DELLA FERTILITÀ.- II. CONGELAMENTO DEGLI OVOCITI.- III.- CONGELAMENTO DI TESSUTO OVARICO.- IV. PRELIEVO OVOCITI IMMaturi E CONGELAMENTO PREVIA Maturazione Ovocitaria *in vitro*.- V. Crioconservazione del seme o del tessuto testicolare.- VI. LA FECONDAZIONE *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA.- VII. PRIMA IPOTESI: L'IMPIANTO *POST MORTEM* DI EMBRIONE.- VIII. SECONDA IPOTESI: UTILIZZO CON FINALITÀ PROCREATIVA *POST MORTEM* DI GAMETI MASCHILI PRELEVATI PRIMA DEL DECESSO DELL'UOMO.- IX. STATUS GIURIDICO DEL NATO E RISVOLTI SUCCESSORI.- X. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA FRANCESE.- XI. IL FONDAMENTO DEL DIVIETO DI P.M.A. *POST MORTEM* E I POTENZIALI PROFILI D'INCOMPATIBILITÀ CON LA COSTITUZIONE FRANCESE E CON LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.- XII. LA QUESTIONE DELL'AMMISSIBILITÀ DELL'ESPORTAZIONE ALL'ESTERO DEI GAMETI O DEGLI EMBRIONI PER L'ESECUZIONE DI UNA P.M.A. *POST MORTEM*.- XIII. LA QUESTIONE DELLO STATUS GIURIDICO DEL BAMBINO NATO DALLA P.M.A. *POST MORTEM*.- XIV. LA FECONDAZIONE *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SPAGNOLA.- XV. REQUISITI LEGALI.- XVI. GLI EFFETTI SUCCESSORI: CONDIZIONE DI EREDE NECESSARIO DEL FIGLIO CONCEPITO *POST MORTEM* COME CONSEGUENZA DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI EGUAGLIANZA.- XVII. L'IMPIANTO POSTUMO DI EMBRIONI.

I. PRESERVAZIONE DELLA FERTILITÀ.

Le strategie di preservazione della fertilità includono sia procedure farmacologiche e/o chirurgiche finalizzate alla protezione delle gonadi in corso di terapie gonadotossiche, sia tecniche di laboratorio basate sulla preservazione di gameti o tessuti.

In tutti i pazienti in età riproduttiva con diagnosi di neoplasia maligna si rende necessaria un'adeguata informazione sul rischio di riduzione e/o perdita della fertilità in seguito alle terapie oncologiche e, ove applicabili, la messa in atto di interventi mirati alla preservazione della fertilità¹.

¹ Cfr. line guida per la preservazione della fertilità dell'Associazione Italiana di Oncologia Medica e dell'European Society of Human Reproduction and Embryology reperibili ai siti <https://www.aiom.it/wp->

- **Carlo Alviggi**

Professore associato, Università Federico II di Napoli. E-mail: carlo.alviggi@unina.it

- **Marika Ylenia Rovetto**

Medico-Chirurgo, Ginecologia e Ostetricia, Università Federico II di Napoli- E-mail: marika.rovetto@gmail.com

- **Oriana Clarizia**

Professoressa ordinaria, Università Federico II di Napoli. E-mail: oriana.clarizia@unina.it

- **Barbara Salvatore**

Professoressa associata, Università Federico II di Napoli. E-mail: barbara.salvatore@unina.it

- **Letizia Coppo**

Professoressa associata, Université Catholique de Lyon. E-mail : lcoppo@univ-catholyon.fr

- **José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia. E-mail: j.ramon.de-verda@ue.es

Nelle donne dopo i trattamenti chemio e/o radioterapici, esiste il rischio di confrontarsi con una condizione di sterilità, con una probabilità che va dal 20 al 60% e che varia in relazione al tipo di chemioterapia, alla dose, ai tempi di somministrazione degli approcci radio-chemioterapici, all'età e alla riserva follicolare della paziente. I criteri di eleggibilità per la preservazione della fertilità nelle pazienti oncologiche sono i seguenti: età inferiore a 35 anni, che può estendersi fino ai 37 anni in base alla riserva follicolare della paziente; nessuna precedente chemio-radioterapia; possibilità di sopravvivenza maggiore di 5 anni; nessuna malattia disseminata; alto rischio di insufficienza ovarica precoce (>50%); nessuna precedente gravidanza; nessuna controindicazione chirurgica².

In Italia, anche in caso condizioni e/o patologie benigne in grado di minare direttamente e/o indirettamente (eventuali terapie gonadotossiche) il potenziale riproduttivo è possibile attuare procedure di preservazione della fertilità. In tale contesto vanno menzionate le patologie ginecologiche non oncologiche (neoplasie ovariche benigne, endometriosi etc.), le condizioni associate ad un rischio di insufficienza ovarica prematura (POI) e le malattie cronic-degenerative, ivi incluse le patologie a carattere autoimmune (sclerosi multipla, lupus eritematoso sistemico etc.).

Attualmente la preservazione della fertilità non è riservata solo alle donne a rischio di una perdita prematura (spontanea o iatrogena) della fertilità ma è disponibile anche per quelle donne che vogliono proteggere il loro potenziale riproduttivo dall'azione del tempo. Il *Social Freezing* rappresenta una misura preventiva per chi vuole posporre il concepimento, ma non possono essere offerte garanzie di successo³. Gli specialisti della fertilità hanno il compito di informare le donne che la loro maggiore *chance* di avere un figlio risiede nella riproduzione naturale cercata in età riproduttiva adeguata. Tale procedura può essere offerta a donne di età compresa tra i 32 e i 37 anni. Donne di età superiore a 37 anni devono essere preliminarmente valutate sulla base della loro riserva ovarica per giustificare l'accesso a questa procedura. Generalmente sono previsti non più di 4 cicli di stimolazione ovarica al fine di ottenere un minimo 8-10 ovociti per avere buone possibilità di ottenere una gravidanza⁴.

content/uploads/2020/10/2020_LG_AIOM_Preserv_fertil.pdf e <https://www.eshre.eu/Guidelines-and-Legal/Guidelines/Female-fertility-preservation>.

- 2 WALLACE, W. H., SMITH, A. G., KELSEY, T. W., EDGAR, A. E., & ANDERSON, R. A.: "Fertility preservation for girls and young women with cancer: population-based validation of criteria for ovarian tissue cryopreservation", *The Lancet. Oncology*, 2014, pp. 1129-1136.
- 3 Cfr. line guida per la preservazione della fertilità dell'European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE Task Force on Ethics and Law, 2012).
- 4 VARLAS, V. N., BORS, R. G., ALBU, D., PENES, O. N., NASUI, B. A., MEHEDINTU, C., & POP, A. L.: "Social Freezing: Pressing Pause on Fertility", *International journal of environmental research and public health*, 2021, p. 8088.

In Italia la preservazione della fertilità è a carico del S.S.N. (Sistema Sanitario Nazionale) in pazienti oncologici e, in alcune regioni, anche in pazienti con malattie croniche degenerative che possono compromettere la fertilità. Il *Social Freezing* resta una procedura a carico della paziente.

Delle procedure mirate alla preservazione della fertilità, quella maggiormente consolidata resta il congelamento embrionario⁵. Tale procedura si associa a tassi di gravidanza per trasferimento in utero che oscillano tra il 20 ed il 30% circa⁶. Essa, tuttavia, non è praticabile in Italia, ai fini di preservazione di fertilità ma solo all'interno di un ciclo fecondazione assistita ed entro i limiti previsti dalla legge n. 40 del 2004.

Tra le procedure consentite in Italia, ai fini della presente trattazione, ci soffermeremo soprattutto sulle procedure di laboratorio e, in particolare, sul congelamento di gameti e tessuti.

II. CONGELAMENTO DEGLI OVOCITI.

La procedura consiste in un prelievo transvaginale, in sedazione profonda e sotto guida ecografica, di ovociti che vengono congelati per poter essere successivamente utilizzati per procedure di fecondazione *in vitro* (FIV). Tale strategia è quella maggiormente in vigore ed è l'unica tra le tecnologie di laboratorio a non essere considerata sperimentale. Per effettuare la tecnica di congelamento degli ovociti è necessario effettuare una stimolazione ovarica controllata (COS) con assunzione di farmaci per via sottocutanea, quali gonadotropine ed antagonisti del GnRH, al fine di ottenere una crescita follicolare multipla. La paziente verrà sottoposta a monitoraggi ecografici e/o ormonali seriati, al fine di controllare la crescita follicolare.

La COS si associa ad un incremento transitorio dei livelli ematici di estrogeni. Tale incremento potrebbe peggiorare la prognosi di tumori ormono-dipendenti, quali il carcinoma della mammella e dell'endometrio. Esistono dei farmaci chiamati inibitori di aromatasi (letrozolo), che qualora somministrati in associazione alle gonadotropine, sono in grado di ridurre sensibilmente il suddetto rischio senza compromettere la qualità degli ovociti⁷. Gli studi clinici sino ad ora disponibili hanno

5 Practice Committees of American Society for Reproductive Medicine & Society for Assisted Reproductive Technology: "Mature oocyte cryopreservation: a guideline", *Fertility and sterility*, 2013, pp. 37-43.

6 TOMASI-CONT, N., LAMBERTINI, M., HULSBOSCH, S., PECCATORI, AF., AMANTET, F.: "Strategies for fertility preservation in young early breast cancer patients", *The Breast*, 2014, pp. 503-510.

7 OKTAY, K., BUYUK, E., LIBERTELLA, N., AKAR, M., ROSENWAKS, Z.: "Fertility preservation in breast cancer patients: a prospective controlled comparison of ovarian stimulation with tamoxifen and letrozole for embryo cryopreservation". *J Clin Oncol.*, 2005, pp. 4347-4353; REDDY, J., OKTAY, K.: "Ovarian stimulation and fertility preservation with the use of aromatase inhibitors in women with breast cancer", *Fertility and Sterility*, 2012, pp. 1363-1369.

evidenziato come la stimolazione ovarica associata a letrozolo, in donne affette da carcinoma mammario a differenti stadi, non modifichi il rischio di recidive nell'arco dei cinque anni successivi al trattamento, rispetto a pazienti affette dalla stessa patologia non trattate con ormoni⁸. La letteratura internazionale riporta per la procedura di congelamento ovocitario tassi di gravidanza per *transfer* dal 15% al 30% circa⁹. L'inizio della stimolazione può avvenire in qualsiasi fase del ciclo senza sostanziali differenze rispetto ai programmi di stimolazione standard¹⁰.

Va sottolineato come la prescrizione del letrozolo per la stimolazione ovarica sia da considerarsi *off label* (ossia non in allineamento con le indicazioni terapeutiche per le quali il farmaco risulta registrato). Tuttavia, diversi studi hanno escluso la possibilità per il letrozolo di essere dannoso per gli ovociti¹¹.

In Italia la crioconservazione ovocitaria può avvenire esclusivamente per spontanea volontà della paziente e al solo scopo del futuro uso personale con il proprio *partner* consenziente. È indispensabile un *counselling* approfondito, finalizzato a chiarire le normative vigenti in materia di crioconservazione dei gameti. In particolare, viene esplicitato che il materiale crioconservato è di esclusiva proprietà della paziente e che, di conseguenza, solo la stessa potrà esprimere in futuro richiesta di utilizzo o di consegna. Viene, inoltre, specificato che la legge non prevede la possibilità di fecondazione *post mortem*. Al completamento del *counselling* la paziente viene invitata alla sottoscrizione del consenso informato. In tale contesto la stessa è tenuta a dichiarare di aver chiaramente compreso che in caso di decesso o di futura rinuncia al mantenimento in banca del materiale conservato, il centro dovrà provvedere allo smaltimento dello stesso. Presso alcuni centri viene offerta, come alternativa allo smaltimento, la possibilità di una donazione degli ovociti e del tessuto ovarico a scopo di ricerca. In questo caso, la paziente dovrà indicare l'opzione preferita. Infine, viene specificata la finestra

- 8 KIM, J., TURAN, V., OKTAY, K.: "Long-Term Safety of Letrozole and Gonadotropin Stimulation for Fertility Preservation in Women With Breast Cancer", *J Clin Endocrinol Metab.*, 2016, pp. 1364-1371; GOLDRAT, O., VAN DEN STEEN, G., GONZALEZ-MERINO, E., DECHÈNE, J., GERVY, C., DELBAERE, A., DEVREKER, F., DE MAERTELAER, V., DEMEESTERE, I.: "Letrozole-associated controlled ovarian hyperstimulation in breast cancer patients versus conventional controlled ovarian hyperstimulation in infertile patients: assessment of oocyte quality related biomarkers", *Reprod Biol Endocrinol.*, 2019, p. 17; BALKENENDE, EME., DAHHAN, T., BEERENDONK, CCM., FLEISCHER, K., STOOP, D., BOS, AME., LAMBALK, CB., SCHAT, R., SMEENK, JMJ., LOUWÉ, LA., CANTINEAU, AEP., DE BRUIN, JP., LINN, SC., VAN DER VEEN, F., VAN WELY, M., GODDIJN, M.: "Fertility preservation for women with breast cancer: a multicentre randomized controlled trial on various ovarian stimulation protocols", *Human Reproduction*, 2022, pp. 1786-1794. Si vedano, inoltre, i riferimenti contenuti nella nota precedente.
- 9 BORINI, A., CATTOLI, M., BULLETTI, C., COTICCHIO, G.: "Clinical efficiency of oocyte and embryo cryopreservation", *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2008, pp. 49-58.
- 10 Oktay, KH., Turan, V.: "Ovarian stimulation and oocyte cryopreservation in females with cancer", *Curr Opin Oncol.*, 2023, pp. 412-419.
- 11 SONMEZER, M., OKTAY, K.: "Fertility preservation in young women undergoing breast cancer therapy", *Oncologist.*, 2006, pp. 422-434; OKTAY, K., HARVEY, BE., PARTRIDGE, AH.: "Fertility Preservation in Patients With Cancer: ASCO Clinical Practice Guideline Update", *J Clin Oncol.*, 2018, pp. 1994-2001; OKTAY, K., BUYUK, E., LIBERTELLA, N., AKAR, M., ROSENWAKS, Z.: "Fertility preservation in breast cancer patients: a prospective controlled comparison of ovarian stimulation with tamoxifen and letrozole for embryo cryopreservation", cit.

temporale (in genere 1-2 anni) in cui il centro garantirà la conservazione del materiale. Entro tale termine la paziente si impegna al rinnovo della conservazione con scadenza annuale.

III. CONGELAMENTO DI TESSUTO OVARICO.

La tecnica prevede l'esecuzione di un intervento chirurgico in laparoscopia prima delle terapie adiuvanti (chemio e/o radio-terapie), atto a rimuovere un intero ovaio o parte di esso. È l'unica opzione disponibile per preservare la fertilità in età pre-pubere, in quanto a essere crioconservati sono principalmente i follicoli primordiali della corticale ovarica. Può essere effettuata in qualsiasi momento del ciclo mestruale, e permette quindi di evitare di ritardare l'inizio dei trattamenti chemioterapici. In seguito alla guarigione è possibile procedere ad un secondo intervento di auto-trapianto dei frammenti scongelati in sedi anatomiche prestabilite (ovaio controlaterale, peritoneo ecc.). Una volta osservata la ripresa funzionale del tessuto stesso è possibile intraprendere un percorso di concepimento spontaneo o con tecniche di riproduzione assistita. Sebbene i dati in letteratura siano incoraggianti, la procedura è da considerarsi ancora sperimentale e non è garantito l'attecchimento del tessuto reimpiantato, né l'ottenimento della gravidanza. Con tale metodica sono state riportate, al mondo, più di 100 gravidanze¹². Va precisato che la tecnica non esclude completamente il rischio di reintrodurre all'interno dell'organismo cellule tumorali presenti nel tessuto di origine¹³.

IV. PRELIEVO OVOCITI IMMaturi E CONGELAMENTO PREVIA MATURAZIONE OVOCITARIA "IN VITRO".

La crioconservazione di ovociti immaturi è una metodica ad oggi ancora sperimentale, che consiste nel prelievo di follicoli immaturi e della successiva maturazione *in vitro* degli ovociti (IVM)¹⁴. Tale metodica, al pari del congelamento del tessuto ovarico, consentirebbe di evitare la COS in presenza di tumori ormono-sensibili¹⁵. Inoltre, recenti studi, considerano possibile l'esecuzione del

12 WALLACE, W.H., KELSEY, T.W., ANDERSON, R.A.: "Fertility preservation in pre-pubertal girls with cancer: the role of ovarian tissue cryopreservation", *Fertility and Sterility*, 2016, pp. 6-12; JENSEN, A.K., KRISTENSEN, S.G., MACKLON, K.T., JEPPESEN, J.V., FEDDER, J., ERNST, E., ANDERSEN, C.Y.: "Outcomes of transplantations of cryopreserved ovarian tissue to 41 women in Denmark", *Hum Reprod.*, 2015, pp. 2838-2845.

13 POIROT, C., BRUGIERES, L., YAKOUBEN, K.: "Ovarian tissue cryopreservation for fertility preservation in 418 girls and adolescents up to 15 years of age facing highly gonadotoxic treatment. Twenty years of experience at a single center", *Acta Obstet Gynecol Scand.*, 2019, pp. 630-637.

14 OKTAY, K., BUYUK, E., RODRIGUEZ-WALLBERG, K.A., SAHIN, G.: "In vitro maturation improves oocyte or embryo cryopreservation outcome in breast cancer patients undergoing ovarian stimulation for fertility preservation", *Reprod Biomed Online*, 2010, pp. 634-638; ELLENBOGEN, A., SHAVIT, T., SHALOM-PAZ, E.: "IVM results are comparable and may have advantages over standard IVF", *Facts Views Vis Obgyn.*, 2014, pp. 77-80.

15 GRYNBERG, M., HESTERS, L., BÉNARD, J., TRÈVES, R., FANCHIN, R., FRYDMAN, R., FRYDMAN, N.: "In vitro maturation of oocytes: an option for fertility preservation in women", *J Gynecol Obstet Biol Reprod.*, 2011, pp. 103-108; SHALOM-PAZ, E., ALMOG, B., SHEHATA, F., HUANG, J., HOLZER, H., CHIAN, R.C., SON, W.Y., TAN, S.L.: "Fertility

prelievo dei follicoli immaturi non solo nella classica fase follicolare precoce ma anche in fase luteale. Ciò risulta vantaggioso per quelle pazienti che debbano iniziare in tempi brevi la chemio-radio terapia antitumorale¹⁶. I tassi di gravidanza sono sovrapponibili alle procedure effettuate con ovociti congelati, anche se la maggior parte dei dati riguarda piccoli gruppi di pazienti non oncologiche¹⁷.

V. CRIOCONSERVAZIONE DEL SEME O DEL TESSUTO TESTICOLARE.

Negli uomini la crioconservazione del seme o del tessuto testicolare è una metodologia che permette di conservare i gameti maschili per un tempo indefinito e rappresenta un formidabile strumento per i pazienti che si sottopongono a trattamenti medici o chirurgici potenzialmente in grado di indurre sterilità o che per motivi di lavoro sono esposti a sostanze genotossiche. La Banca del Seme rappresenta, inoltre, un valido supporto per tutte quelle patologie urogenitali che necessitano di interventi chirurgici che alterano la funzione eiaculatoria, nonché per i pazienti affetti da azoospermia secretoria o escretoria per i quali è possibile crioconservare il tessuto testicolare.

La crioconservazione del seme consiste nel conservare gli spermatozoi ad una temperatura molto bassa. Ciò avviene attraverso l'utilizzo di terreni di crioconservazione (*Yolk Buffer*) costituiti da specifiche sostanze che hanno lo scopo di preservare lo spermatozoo dai possibili danni indotti dalle basse temperature di conservazione¹⁸.

In pazienti con diagnosi di azoospermia, gli spermatozoi possono essere ottenuti attraverso estrazione di spermatozoi dal testicolo mediante biopsia (TESE) o aspirazione di spermatozoi dall'epididimo mediante microchirurgia (MESA)¹⁹. Con questa procedura, gli spermatozoi recuperati possono essere conservati e successivamente utilizzati per tecniche di fecondazione *in vitro* o iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi (ICSI)²⁰.

preservation for breast-cancer patients using IVM followed by oocyte or embryo vitrification”, *Reprod Biomed Online*, 2010, pp. 566-571.

- 16 MAMAN, E., MEIROW, D., BRENGAUZ, M., RAANANI, H., DOR, J., HOURVITZ, A.: “Luteal phase oocyte retrieval and in vitro maturation is an optional procedure for urgent fertility preservation”, *Fertility and Sterility*, 2011, pp. 64-67.
- 17 LI, H., ZHAO, Y.: “The Improvement and Clinical Application of Human Oocyte In Vitro Maturation (IVM)”, *Reprod Sci.*, 2021, pp. 613-3; DE VOS, M., SMITZ, J., THOMPSON, J.G., GILCHRIST, R.B.: “The definition of IVM is clear-variations need defining”, *Hum Reprod.*, 2016, pp. 2411-2415.
- 18 MORTIMER, D.: “Current and future concepts and practices in human sperm cryobanking”, *Reproductive biomedicine online*, 2004, pp. 134-151.
- 19 HEZAVEHEI, M., SHARAFI, M., KOUCHESFAHANI, H. M., HENKEL, R., AGARWAL, A., ESMAEILI, V., SHAHVERDI, A.: “Sperm cryopreservation: A review on current molecular cryobiology and advanced approaches”, *Reproductive biomedicine online*, 2018, pp. 327-339.
- 20 GORDON, U.D.: “Assisted conception in the azoospermic male”, *Human Fertility*, 2002, pp. 9-14.

Le principali indicazioni alla crioconservazione omologa del seme e del tessuto testicolare sono le seguenti: pazienti affetti da patologie neoplastiche o autoimmuni che si sottopongono a terapie in grado di causare sterilità transitoria o permanente; pazienti affetti da patologie urologiche che si devono sottoporre ad interventi chirurgici in grado di alterare i meccanismi dell'eiaculazione; pazienti che si sottopongono a vasectomia; pazienti con lesioni del midollo spinale; pazienti inseriti in programmi di fecondazione assistita.

La crioconservazione del liquido seminale può avvenire esclusivamente per spontanea volontà del soggetto che effettua il deposito ed al solo scopo del futuro uso personale sulla propria *partner* consenziente. È indispensabile far sottoscrivere al paziente un consenso informato in cui sia precisato il periodo di scadenza al termine del quale il paziente, se lo desidera, deve rinnovare il deposito. Il seme crioconservato è di proprietà esclusiva di colui che deposita e può essere richiesto e ritirato solo dal legittimo proprietario. Anche per il liquido seminale si adottano le stesse disposizioni valide per la crioconservazione ovcitaria in merito alla proroga o all'interruzione della conservazione e alle opzioni perseguibili dal centro in caso di decesso.

VI. LA FECONDAZIONE *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA.

Il tema, denominato “procreazione *post mortem*”, fa riferimento all'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) dopo il decesso del genitore²¹.

La locuzione “fecondazione *post mortem*” riguarda, tuttavia, più fattispecie, tra loro eterogenee, che si distinguono a seconda del momento in cui, all'interno del complesso *iter* procreativo, avvenga il decesso; fattispecie di cui andranno analizzate le singole caratteristiche in ragione degli interessi concretamente coinvolti.

La legislazione che in Italia ha inteso disciplinare l'ammissibilità delle tecniche di p.m.a. (l. 40/2004) non prevede espressamente tale ipotesi ma – almeno

21 In tema di procreazione medicalmente assistita *post mortem* si veda FACCIOLI, M.: “La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004”, *Riv. Biod.*, 2021, p. 27; GIUNCHEDI, D.: “La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*”, *Fam e dir.*, 2020, p. 39; BARONE, I.: “Procreazione *post mortem* e *status filiationis*”, *Fam. e dir.*, 2020, p. 950; MENDOLA, A.: “Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita *post mortem*”, *Riv. it. medicina legale*, 2019, p. 1614; DE ROSA, R. E.: “La procreazione medicalmente assistita *post mortem*. Un confronto italo-spagnolo”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 576; D'ALESSANDRO, V.: “Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status del nato*”, *Dir. success. e fam.*, 2020, p. 654; LOCATELLO, D. M.: “L'attribuzione dello *status filiationis* al nato da fecondazione omologa eseguita *post mortem*”, *Corr. giur.*, 2020, p. 758; VALONGO, A.: “Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*”, *Dir. success. e fam.*, 2019, p. 525; MORACE PINELLI, A.: “La filiazione da pma e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione *post mortem*”, *Foro it.*, 2019, I, p. 3352; SCALERA, A.: “Sulla legittimità dell'impianto *post mortem* di embrioni crioconservati”, *Fam. e dir.*, 2015, p. 489.

con riferimento alla seconda modalità riproduttiva che vedremo – essa deve considerarsi vietata alla luce delle considerazioni che si svolgeranno.

Come ribadito più volte dalla Corte Costituzionale, la procreazione medicalmente assistita, in quanto tecnica terapeutica, è tesa a risolvere problemi di sterilità o infertilità della coppia; essa è governata dal principio di gradualità delle tecniche e costituisce una “*extrema ratio*”, ossia viene impiegata quando altre opzioni terapeutiche non possono essere praticate²².

In questa prospettiva è opportuno chiarire come la finalità della legge non corrisponda alla realizzazione *tout court* del desiderio di genitorialità individuale ma alla risoluzione di un problema riproduttivo della coppia²³. Il percorso procreativo attuato attraverso tecniche mediche e di laboratorio, quindi, deve corrispondere, secondo l'intenzione del legislatore e per quanto possibile, a ciò che avviene attraverso un concepimento naturale²⁴.

La normativa italiana in tema di procreazione medicalmente assistita prevede, infatti, precisi requisiti soggettivi necessari per l'accesso alla tecnica da parte di una coppia. L'art. 5 della legge n. 40 del 2004 stabilisce che l'uomo e la donna siano “maggiorescenti, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi”.

La previsione è anche rafforzata, all' art. 12, comma 2, dalla irrogazione di una sanzione amministrativa per “chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi”.

Occorre, tuttavia, sottolineare come la legge non precisi il momento in cui, all'interno del complesso *iter* di procreazione, debbano ricorrere i requisiti soggettivi previsti, lasciando questo compito all'interprete, al quale spetta ricostruire se essi debbano sussistere al momento del consenso alla tecnica, al momento della fecondazione dell'ovulo o durante tutto l'*iter* procedurale e, quindi, anche al momento del trasferimento in utero dell'embrione²⁵.

22 In questo senso depone la normativa ed in particolare l'art. 1, comma 2, il quale prevede: “il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”.

23 Sulla non configurabilità di un diritto alla genitorialità si vedano le riflessioni di RECINTO, G.: “La Consulta e la legittimità del divieto per le coppie dello stesso sesso di ricorrere alla p.m.a.: non sussiste un diritto assoluto alla genitorialità”, *giustiziacivile.com*, editoriale del 6 novembre 2019; Id.: “Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo “stop” al “diritto ad essere genitori”, *Dir. rel.*, 2019, pp. 560 ss.; Id.: “Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite”, cit., pp. 430 ss.

24 Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, *Corr. giur.*, 2019, pp. 1460 ss., con nota di RECINTO, G.: “La legittimità del divieto per le coppie *same sex* di accedere alla PMA: la consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”.

25 Cfr. Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, *Fam. dir.*, 2020, p. 27, con nota di GIUNCHEDI, D.: “La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*”.

Nella fecondazione in vitro, a differenza di quanto avviene nella fecondazione naturale o in vivo, la prestazione del consenso segna l'avvio della tecnica che consisterà nel prelievo dei gameti (maschile e femminile), cui seguirà il loro utilizzo per la fecondazione e la creazione dell'embrione e, successivamente, con il *trasfer* uterino potrà eventualmente realizzarsi l'instaurazione della gravidanza.

La procedura così sommariamente descritta, nell'intenzione del legislatore del 2004, doveva avvenire secondo una sequenza temporale molto limitata. Oggi, invece, sia all'esito degli interventi della Corte Costituzionale²⁶ che in ragione dello sviluppo di tecniche di crioconservazione di ovuli, sperma ed embrioni, essa si arricchisce di ulteriori e più complesse fasi che possono determinare il trascorrere, anche lungo, di tempo.

La possibilità che, pertanto, durante questo *iter* possano verificarsi eventi sopraggiunti e tragici, come la morte, interroga l'interprete circa la ammissibilità e liceità dell'eventuale prosecuzione del trattamento.

Come anticipato, nella locuzione *procreazione post mortem* possiamo individuare due diverse fattispecie²⁷ che devono essere separatamente analizzate in ossequio alle singole peculiarità. Occorre, infatti, differenziare il caso in cui il decesso intervenga dopo la fecondazione dell'ovulo, avvenuta in laboratorio, dalle ipotesi in cui al momento del decesso la fecondazione non sia ancora avvenuta.

La prima ipotesi, quindi, riguarderà la richiesta di prosecuzione di un trattamento di p.m.a. da parte di un membro della coppia dopo il decesso dell'altro. In particolare, la richiesta, generalmente fatta dalla donna, avrà ad oggetto il trasferimento di

26 Nella sua impostazione originaria, la legge prevedeva, nell'impossibilità di produrre un numero di embrioni superiore a tre, la necessità di un unico e contemporaneo impianto nonché il divieto di crioconservazione per gli embrioni prodotti. Con la sentenza della Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, pp. 475 ss. con nota di VILLANI, R.: "Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della legge n. 40/04", il giudice delle leggi ha eliminato il limite previsto originariamente di tre embrioni e la necessità di un unico e contemporaneo trasferimento in utero degli embrioni prodotti, con ciò sostanzialmente ammettendo la crioconservazione degli embrioni soprannumerari; con la sentenza Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96, *Foro it.*, 2015, I, p. 2250 con nota di CASABURI, G.: "La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita", la Corte ha consentito l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, con la conseguente legittimazione della diagnosi genetica preimpianto e la crioconservazione; con la sentenza Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 229, *Giur. cost.*, 2015, p. 2106 ss. con nota di CHIEFFI L.: "L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto", la Corte ha abrogato il divieto di crioconservazione consentendo la condotta di selezione degli embrioni nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche.

27 Differente è l'ipotesi del prelievo *post mortem* dei gameti da cadavere. Per una pronuncia recente si veda Corte Suprema australiana del 21 dicembre 2023, in <https://ecourts.justice.wa.gov.au/eCourtsPortal>, la quale ha autorizzato il prelievo del liquido seminale da cadavere ai sensi dell'art. 22 dello Human Tissue and Transplant Act del 1982 (VWA) ancorché fosse chiaro l'intento della vedova di recarsi all'estero per effettuare una pratica di surrogazione di maternità. Nella giurisprudenza italiana si veda il caso del prelievo da soggetto in stato vegetativo permanente: Trib. di Vigevano 3 giugno 2009, *Dir. fam. pers.*, 2009, pp. 1847 ss. Sul tema, cfr. GIAMO, G.: "Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche", *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 855.

un embrione già precedentemente formato e crioconservato. Mentre la seconda ipotesi riguarderà la richiesta di utilizzazione del gamete maschile o femminile in precedenza crioconservato per la fecondazione.

VII. PRIMA IPOTESI: L'IMPIANTO POST MORTEM DI EMBRIONE.

Nell'ipotesi in cui, nell'ambito di un ciclo di fecondazione, la coppia, per ragioni differenti, decida di crioconservare uno o più embrioni per un ulteriore o comunque futuro impianto, una prima impostazione, sulla base dell'interpretazione degli artt. 5 e 12 della l. n. 40, considera, in ragione dell'unità della procedura, il divieto operante per tutte le ipotesi di procreazione *post mortem*.

In questo senso deporrebbe la necessità che il consenso dell'uomo e della donna sia espresso, attuale e consapevole in ogni fase di applicazione delle tecniche di p.m.a., come previsto dall'art. 6 comma 1 della l. n. 40 del 2004²⁸ e dalla l. n. 219 del 2017 in tema di consenso al trattamento medico²⁹.

Tuttavia, secondo un diverso e maggioritario orientamento³⁰, nel caso di decesso dell'uomo, il divieto di fecondazione *post mortem* (desumibile dall'art. 5,

28 Trib. Bologna 21 maggio 2014, *de jure*, in cui il giudice "non rinviene una chiara, espressa, formale ed attuale volontà della coppia (..) di ricorrere alla p.m.a. come invece richiesto dalla l. n. 40/2004, dovendovi valutare l'attualità con riferimento al momento in cui entrambi i soggetti, coniugi o conviventi, esprimono per iscritto e congiuntamente la volontà consapevole (anche delle implicazioni giuridiche) di accedere alle tecniche di p.m.a. (art. 6, 5°co., da leggere anche in collegamento con quanto previsto dal 1° co.): la signora WW., infatti, ha chiesto l'applicazione della tecnica (più precisamente: l'impianto in utero degli embrioni prodotti sedici anni prima) solo dopo la morte del marito". Secondo l'impostazione del giudice il passaggio di un così lungo lasso temporale deve indurre a ritenere concluso ed esaurito l'iter terapeutico che la coppia aveva affrontato senza successo e che aveva portato alla creazione degli embrioni poi crioconservati. "La richiesta di trasferimento degli embrioni fatta dalla signora WW. dopo la morte del marito non è mero svolgimento della decisione maturata dalla coppia nel 1996 né può considerarsi completamente o fase conclusiva del procedimento finalizzato alla realizzazione della gravidanza promosso in quel lontano anno".

29 L'art. 1, comma 5, della l. n. 219, specifica che ogni persona ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Cfr. DE MARZIO, G.: "Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento", *Foro it.*, 2018, V, c. 137; BIANCA, M.: "La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento", *Famiglia*, 2018, p. 109; RODOLFI, M., CASONATO, C., PENASA, S.: "Consenso informato e Dat: tutte le novità", *Civilista*, 2018; BLANDINI, G.: "Prime riflessioni a margine della legge 219/2017", *BioLaw J.*, 2018, p. 56; CARUSI, D.: "La legge sul "biotestamento" una luce e molte ombre", *Corr. giur.*, 2018, p. 293; CANESTRARI, S.: "Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona", *Corr. giur.*, 2018, p. 301; ZATTI, P.: "Spunti per la lettura della legge sul consenso informato e DAT", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 247; AZZALINI, M.: "Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia?", *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8; CLARIZIA, R.: "Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 947; CORDIANO, A.: "Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 411; DELLE MONACHE, S.: "La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici", *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 997; FOGLIA, M.: (a cura di) *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019; CARUSI, D.: *La legge sul biotestamento: una pagina di storia italiana*, Torino, 2020; A. URCIUOLI, A.: *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, 2021.

30 Cfr. Trib. Palermo 8 gennaio 1999, *Foro it.*, 1999, p. 1653, con nota di NIVARRA, L.: "Fecondazione artificiale: un caso recente ed un'opinione dissenziente"; Trib. Bologna 16 gennaio 2015, *Fam. e dir.*, 2015, p. 488, con nota di SCALERA, A.: "Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati", pronunciatosi

requisiti di accesso e dall'art 12, sanzioni) va coordinato con la disposizione sancita dall'art. 6, comma 3, che prevede l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione. Tale norma prevede un termine per la possibilità di revocare il consenso prestato che coincide con la fecondazione dell'ovulo e con la conseguente formazione dell'embrione. Questo segnerebbe il momento in cui è necessaria la persistenza dei requisiti soggettivi ex art. 5 e, quindi, l'esistenza in vita dei soggetti³¹.

Il consenso prestato dalla coppia determina, difatti, anche lo *status* genitoriale e deve, in questa prospettiva, qualificarsi quale atto di volontà e di assunzione di responsabilità nei confronti del legame genitoriale che della fecondazione è conseguenza³². L'art. 8 della l. n. 40 recita, infatti: «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo *status* di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6»³³.

Questa impostazione è, peraltro, avvalorata dalla previsione contenuta nelle linee guida attuative della l. n. 40, le quali, riproducendo sul punto le precedenti, stabiliscono il diritto della donna di ottenere *sempre* il trasferimento in utero degli embrioni prodotti³⁴.

La creazione dell'embrione segna, quindi, nell'ottica legislativa un punto di svolta nel percorso procreativo, poiché è da questo momento che la fusione dei gameti determina l'inizio di una nuova, possibile vita che necessita di riconoscimento e tutela. La presenza dell'embrione, proprio in quanto espressione di vita, determina la sua necessaria destinazione alla nascita³⁵.

in sede di merito nella vicenda analizzata dal Trib. di Bologna 21 maggio 2014, cit., ha ritenuto, sulla base della previsione contenuta nelle linee guida d.m. 21 luglio 2004 e d.m. 11 aprile 2008, che la procedura di fecondazione assistita iniziata nel 1996 non fosse ancora conclusa e ha legittimato la donna ad ottenere il trasferimento in utero degli embrioni criocongelati. Cfr. D'ALOJA, A. E TORRETTA, P.: "La procreazione come diritto della persona", in AA.VV., *Trattato di Biodiritto*, (diretto da P. ZATTI e S. RODOTÀ), Milano, 2011, p. 1353; FACCIOLI, M.: "Procreazione medicalmente assistita", in *Dig. Civ., Agg.*, III, 2, Torino, 2007, pp. 1051 ss.

- 31 Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, la quale ha escluso la illegittimità costituzionale dell'art 6, comma 3, in tema di irrevocabilità del consenso. Sul punto sia consentito il rinvio a SALVATORE, B.: "(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", *Dir. succ. fam.*, 2023, n. 3, p. 999.
- 32 Cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., ove la Corte ribadisce che «la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è legata al consenso prestato e alla responsabilità conseguentemente assunta da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa» ex artt. 8 e 9 l. n. 40/2004; Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, *Fam dir.*, 2020, p. 325, con nota di SESTA, M.: "L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri"; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, *Onelegale online*.
- 33 Si veda FERRANDO, G.: *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999, pp. 121 e 373 ss.
- 34 Il Decreto del Ministero della salute 1 luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, prevede che "la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati. Tutti gli embrioni non immediatamente trasferiti verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono a carico dei medesimi centri".
- 35 La l. n. 40/2004, come noto, in apertura (art. 1) stabilisce che la disciplina in tema di tecniche di procreazione medicalmente assistita è tesa ad "assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". La formulazione della legge, pur nella sua linearità, non ha, tuttavia, mancato di sollevare questioni interpretative legate alla soggettività del concepito. In argomento LIPARI, N.: "Legge sulla procreazione

Secondo questa prospettiva interpretativa, la fecondazione, anche se avvenuta in vitro, è da assimilarsi al concepimento e, pertanto, in caso di decesso del padre, la situazione non dovrebbe trovare differenze rispetto a chi, purtroppo, rimanga orfano durante la gravidanza³⁶.

L'interesse alla doppia figura genitoriale espresso negli art. 29 e 30 della Costituzione, di cui il bambino sarebbe privato con la nascita postuma, non esclude, infatti, che il contesto monogenitoriale possa essere anch'esso idoneo alla tutela del *best interest of the child*³⁷.

In questa prospettiva l'interesse alla bigenitorialità dovrebbe essere recessivo rispetto all'interesse alla vita che l'embrione esprime, nonché al diritto della madre alla tutela della propria salute e integrità psicofisica³⁸.

assistita e tecnica legislativa", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, pp. 517 ss.; BUSNELLI, F.D.: "Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività", *Dir. umani*, 2007, pp. 245 ss.; Id.: "Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita", *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 185 ss.; SCALISI, V.: "Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita", *Fam. dir.*, 2005, pp. 203 ss.; BALLARANI, G.: "Nascituro (soggettività del)", in *Enc. bio. sc. giur.*, IX, Napoli, 2015, pp. 136 ss.; GAZZONI, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sul concepito e sulla fecondazione artificiale", *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 168 ss.; ZATTI, P.: "La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 149; MAZZONI, C.M.: "La tutela reale dell'embrione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pp. 457 ss.; CASINI, C.: "La capacità giuridica del concepito", *Dir. fam. pers.*, 2019, pp. 282 ss.; TOSCANO, G.: "L'embrione tra ontologia e diritto", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 653; CABITZA, M.G.: "Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico", *Dir. fam. pers.*, p. 620; SCHLESINGER, P.: "Il concepito e l'inizio della persona", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 247 ss.; SENIGAGLIA, R.: "Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1554.

Riconosce la soggettività giuridica in favore del concepito Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1258, con nota di CRICENTI, G.: "Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione", *Dir. fam. pers.*, pp. 1159 ss., con nota di BALLARANI, G.: "La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata»"; sia consentito il rinvio a SALVATORE, B.: "Violazione del consenso informato e diritto al risarcimento per danni anteriori alla nascita", *Dir. giur.*, 2009, pp. 449 ss.; cfr. BARONE, I.: "Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari", cit., p. 1445, ove l'A. sottolinea che: "La qualificazione del concepito come soggetto giuridico non può infatti ritenersi di per sé dirimente al fine di risolvere il quesito se il concepito sia o non sia persona, non potendosi in alcun modo ritenere quest'ultimo preliminare e decisivo poiché non condiziona la verifica della rilevanza e neanche di una tutela riferita allo stesso concepito".

36 OPPO, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 104 ss.

37 Cfr. art. 25, comma 4, della legge 184 del 1983 a norma del quale se uno dei coniugi muore durante l'affidamento preadottivo, l'adozione può essere ugualmente disposta ad istanza dell'altro coniuge nei confronti di entrambi, con effetto, per il coniuge deceduto, dalla data della morte.

38 Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, cit. Cfr. PERLINGIERI, P.: "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative" in AA.VV., *La procreazione artificiale tra etica e diritto* (a cura di G. FERRANDO), p. 141; ZATTI, P.: "Interesse del minore e "doppia figura genitoriale", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, pp. 84 ss. Cfr. Tribunale di Palermo, 8 gennaio 1999, cit., il quale sottolineò che l'interesse del nascituro ex art. 30 Cost ad essere educato, istruito assistito da entrambi i genitori nella prospettiva di un armonioso e completo sviluppo della propria personalità non potrebbe prevalere rispetto all'interesse alla vita dell'embrione e al diritto del genitore superstite a non vedere interrompere il processo, legato alla tecnica di p.m.a., che potrebbe portarlo a divenire genitore. La Corte ebbe a precisare allora che "impedendo alla donna di portare a maturazione mediante gestazione all'interno del proprio corpo quell'embrione che, seppur concepito "in provetta" con l'assistenza medica, costituisce comunque "frutto naturale" e perciò parte integrante della madre (mutuando la disciplina dell'art. 820 c.c.), si violerebbe infatti il diritto all'integrità personale". Sul punto più di recente Corte cost., 24 luglio 2023, n. 16, cit.

Differente soluzione ermeneutica riguarda l'ipotesi in cui, dopo il decesso dell'uomo, la donna richieda l'utilizzo dei gameti maschili crioconservati per la fecondazione.

Di fatti, la possibilità che il procedimento riproduttivo si articoli in fasi che si svolgono dopo la morte di uno dei componenti della coppia riguarda, come detto in apertura del presente scritto, l'ipotesi di crioconservazione non soltanto di embrioni ma anche di gameti maschili e femminili, quale tecnica consentita dall'art. 14, comma 8, l. 40/2004.

Il tema assume particolare importanza specie in ragione del fatto che l'eventuale ricorso a tecniche di fecondazione *in vitro* e di crioconservazione³⁹ allungano notevolmente i tempi del percorso procreativo e l'eventualità che, nell'avvicinarsi delle diverse fasi, si verifichi il decesso di uno dei genitori non è, purtroppo, così remota. Ciò, peraltro, in considerazione dell'accesso alle tecniche di crioconservazione dei gameti soprattutto da parte di persone costrette a sottoporsi a cure (specie chemioterapiche) che possono compromettere la futura fertilità, come evidenziato in apertura.

VIII. SECONDA IPOTESI: UTILIZZO CON FINALITÀ PROCREATIVA POST MORTEM DI GAMETI MASCHILI PRELEVATI PRIMA DEL DECESSO DELL'UOMO.

La seconda ipotesi di fecondazione *post mortem* si basa sull'impiego, a fini procreativi, di gameti maschili prelevati e crioconservati prima del decesso dell'uomo ma utilizzati per la fecondazione dopo la sua morte⁴⁰. Come innanzi precisato, il quadro legislativo, all'art. 5 della l. 40/2004, consente l'accesso alla procreazione assistita soltanto a coppie di soggetti «entrambi viventi». Al contempo, l'art. 12, comma 2, della medesima legge, sancisce una sanzione amministrativa pecuniaria per chiunque applichi tecniche di fecondazione assistita, in violazione dell'art. 5, a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi.

La reticenza del menzionato art. 5, che non chiarisce fino a quale momento o fase del procedimento riproduttivo sia richiesto il requisito soggettivo dell'esistenza

39 Sui requisiti e sulle condizioni LASSO, A., *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024.

40 Non è in questa sede affrontata la diversa ipotesi concernente l'utilizzo di ovociti femminili dopo la morte della donna, integrando, questa fattispecie, un'ipotesi di maternità surrogata, punita ex art. 12, comma 6, l. 40/2004. Sul tema, NADDEO, F.: "Accesso alle tecniche", *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40* (a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE), Milano, 2004, p. 82; SALANITRO, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", *Famiglia*, 2004, I, pp. 489 ss.; ID.: "Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita", *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 85 ss.; ID.: voce "Procreazione medicalmente assistita (dir. civ.)", *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, IV, Milano, 2022, pp. 1015 ss.; FACCIOLI, M.: "La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. 40/2004", cit., p. I ss.

in vita, induce l'interprete a interrogarsi sulla liceità della procreazione *post mortem* articolata nella modalità dell'utilizzo di gameti maschili dopo il decesso dell'uomo. Dottrina⁴¹ e giurisprudenza prevalenti, a differenza di quanto visto per la prima fattispecie (*id est* impianto *post mortem* di embrioni crioconservati), considerano vietata la predetta tecnica riproduttiva. Le motivazioni a sostegno della sua illiceità, pur articolate secondo contenuti e argomenti diversi, sono accomunate dalla necessità di garantire preminenza alla tutela dell'interesse del nato. In particolare, non registrandosi bisogni legati alla tutela dell'aspettativa alla vita dell'embrione, non essendo quest'ultimo ancora formato, valore decisivo si riconosce al diritto del minore a poter crescere, essere mantenuto, educato ed istruito in una famiglia costituita dalla doppia figura genitoriale, leso nella ipotesi qui descritta poiché, sin dal momento della fecondazione dei gameti, è certa – stante l'avvenuto decesso del genitore – l'assenza della figura paterna. “L'interesse alla bigenitorialità” – pertanto – è “dal legislatore ritenuto superiore rispetto all'interesse dell'uomo a lasciare una 'traccia biologica' di sé dopo il decesso e a quello della donna a generare un figlio nonostante la scomparsa del proprio compagno”⁴².

Siffatto esito interpretativo – contrario all'ammissibilità della procreazione *post mortem* – non pone problemi di coordinamento con l'art. 6, comma 3, l. 40/2004, generalmente interpretato nel senso di considerare ostativi al prosieguo della vicenda riproduttiva soltanto gli avvenimenti che incidono sul consenso inizialmente prestato, causandone il venir meno – noto, in questa prospettiva, è il dibattito sulla crisi familiare, la separazione e il divorzio quali avvenimenti preclusivi della prosecuzione dell'applicazione delle tecniche di PMA⁴³ – e che, come il decesso dell'uomo per la nostra ipotesi, si collocano in una dimensione temporale antecedente alla fecondazione dell'ovulo.

In linea con tale quadro ricostruttivo si pone prevalentemente la giurisprudenza di merito⁴⁴, la quale si è occupata di tali aspetti allorché è stata chiamata a pronunciarsi sulla richiesta, ex art. 700 c.p.c., solitamente della moglie-vedova, tesa ad ottenere la restituzione del liquido seminale crioconservato del marito premorto da parte della struttura medica presso la quale era depositato, allo scopo – implicito o espresso – di poter proseguire il percorso riproduttivo dopo la morte dell'uomo, evidentemente recandosi in uno dei Paesi nei quali

41 Cfr., tuttavia, la posizione di VALONGO, A.: “Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*”, cit., pp. 525 ss.

42 FACCIOLI, M.: “La condizione giuridica del soggetto nato da procreazioni assistite *post mortem*”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 6, pp. 1282-ss.

43 Sulla infondatezza della questione di legittimità costituzionale e sulla operatività dell'art. 6, comma 3, l. 40/2004, Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 1269, con commento di QUADRI, E.: “Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, pp. 1353 ss., e di SALVATORE, B.: “(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, cit.

44 Cfr., a titolo esemplificativo, Trib. Roma, 19 novembre 2018, consultabile sulla banca dati *dejure online*. In diversa direzione Trib. Roma, 8 maggio 2019, su *dejure online*.

tale tecnica di riproduzione è consentita. In ragione del divieto di procreazione *post mortem* desumibile dall'art. 5, l. 40/2004, i giudici rigettano simili domande, precisando altresí che le richieste di restituzione del liquido seminale basate su una «condotta 'neutra'», ossia non supportata da una espressa finalità, non sono ammissibili in quanto «in un quadro normativo caratterizzato da un elevato grado di procedimentalizzazione e di controllo, la finalità per cui la consegna dei gameti viene richiesta deve essere esplicitata al fine di valutare il rispetto dei limiti e dei vincoli posti dalle norme imperative e la conformità alla destinazione indicata dall'interessato nell'atto di consenso informato»⁴⁵.

Il tema è di evidente attualità e uno sguardo oltreoceano prospetta scenari preoccupanti: si pensi alla vicenda sottesa ad una recente pronuncia della Corte Suprema Australiana⁴⁶, nella quale a chiedere il prelievo del liquido seminale dal corpo del marito ormai deceduto è una vedova ormai molto avanti con gli anni (61 anni), evidentemente mossa dal desiderio di poter effettuare all'estero una maternità surrogata. La Corte, sulla base della legge sui tessuti e i trapianti umani (22 of the Human Tissue and Transplant Act 1982), vigente in quel sistema giuridico, autorizza il prelievo degli spermatozoi e dei tessuti vietandone però ogni tipo di utilizzo in assenza di una specifica ordinanza dello stesso giudice.

Ritornando al quadro legislativo nazionale, la l. 40/2004, nell'attribuire centralità alla tutela del concepito e all'interesse del nato, segna una significativa differenza tra l'impianto postumo di embrione e l'utilizzo di gameti successivi al decesso dell'uomo dal quale sono prelevati, confermando nell'area della legalità soltanto la prima ipotesi e imponendo che la scelta di diventare genitore – quale espressione di un diritto personalissimo – sia effettuata nel pieno rispetto dei requisiti e delle modalità di esercizio sancite dagli artt. 5 e 6, l. 40/2004.

Se questo è l'attuale contesto normativo, non appare incongruo chiedersi se il divieto di fecondazione *post mortem* possa essere superato alla luce di un'interpretazione evolutiva della legge n. 40/2004. In tale direzione si muove la linea argomentativa seguita da una donna al fine di corroborare la sua richiesta di restituzione del liquido seminale crioconservato del marito deceduto: l'esigenza, secondo tale prospettiva ricostruttiva, è fornire una chiave di lettura della legge in materia di procreazione medicalmente assistita che “tenga conto del superamento, attraverso le sentenze di annullamento della Consulta, di alcuni dei limiti alla p.m.a. originariamente dettati dalla l. n. 40/2004, dell'affermazione normativa e giurisprudenziale del diritto della donna all'impianto dell'embrione anche dopo la morte del *partner*, dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di trasferimento del diritto sui gameti per successione ereditaria e di riconoscimento del diritto del

45 Trib. Modena, 8 maggio 2020, consultabile sulla banca dati *dejure online*.

46 Corte Suprema australiana del 21 dicembre 2023, cit.

nascituro, all'esito di una pma *post mortem* praticata all'estero, all'attribuzione del nome del padre defunto oltre che, più in generale, della legittimazione della pma *post mortem* in un Paese prossimo”.

La Corte di appello di Roma⁴⁷, chiamata a pronunciarsi sulla vicenda – dopo aver richiamato gli argomenti della parte appellata sulla inesistenza di un diritto costituzionale a procreare e sui limiti alla configurabilità di un diritto alla genitorialità – rigetta la domanda, sottolineando che “il superamento di tale divieto potrebbe avvenire solo attraverso una sentenza di annullamento della Corte Costituzionale”, precisando, tuttavia, che la manifesta infondatezza di un'esplicita eccezione di incostituzionalità del divieto “sarebbe comunque desumibile dai precedenti pronunciamenti della Consulta e della Cedu in materia”.

IX. STATUS GIURIDICO DEL NATO E RISVOLTI SUCCESSORI.

Là dove la fecondazione *post mortem* sia effettuata all'estero, nel rispetto della legislazione vigente in quel Paese, nonché – ragionando sulla base di ipotesi più teoriche che di pratica realizzazione – allorché la struttura sanitaria proceda nel percorso realizzativo della procreazione *post mortem*, in quanto non a conoscenza del decesso dell'uomo, all'attenzione del giurista si pongono significativi problemi sul piano applicativo, stante l'esigenza di chiarire se – nonostante la nascita a séguito del ricorso ad una tecnica vietata nel nostro ordinamento – possa considerarsi correttamente instaurato il rapporto di filiazione tra il nato e l'uomo defunto e quali siano i risvolti sul piano successorio⁴⁸.

A tale scopo, le categorie codicistiche⁴⁹ si mostrano poco adeguate: il paradigma normativo dettato dall'art. 232 c.c. sancisce che si presume concepito entro il matrimonio il figlio nato quando non siano ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Tale fattispecie, applicata alla nostra ipotesi, può considerarsi integrata soltanto se la fecondazione dell'ovulo (e, dunque, la creazione dell'embrione) sia avvenuta durante il matrimonio.

⁴⁷ Corte d'Appello di Roma, IV Sez. civ., 2 dicembre 2022, consultabile su bdp.giustizia.it/login.

⁴⁸ Sul tema, CORDIANO, A.: “Post-mortem homologous fertilization: parental patterns in the dialectical comparison between the constraints of biology and rules on consent”, *Italian law journal*, 2020, pp. 349 ss.; FAVILLI, C.: “Fecondazione *post mortem* e attribuzione dello stato di figlio”, *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* (a cura di C. GRANELLI), Milano, 2020, pp. 72 ss.

⁴⁹ Prima della entrata in vigore della l. 40/2004, sulla possibilità di riconoscere lo status di figlio legittimo, sulla base degli artt. 234 e 462 c.c., al nato a séguito di fecondazione *post mortem*, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, cit., con note di DOGLIOTTI, M.: “Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito”, *Fam. dir.*, 1999, . 52 ss., e di CASSANO, G.: “Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem”, *ivi*, pp. 384 ss.

In ragione delle differenze rispetto alla nozione di concepimento tradizionalmente intesa, coincidente con il momento nel quale l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, l'utilizzo del citato modello codicistico non consente di contemplare l'ipotesi nella quale, in ragione della conservazione del liquido seminale, la fecondazione dell'ovulo avvenga a distanza di molti anni dall'apertura della successione.

A fronte di ciò, una diversa posizione attribuisce al nato da procreazione *post mortem* lo stato di figlio nato nel matrimonio, se la coppia era coniugata, sulla base della centralità che il consenso – quale indice della volontà sia di sottoporsi ad un trattamento terapeutico sia di assumere la responsabilità genitoriale – ha nell'impianto normativo della l. 40/2004⁵⁰.

Si muove in questa direzione una importante sentenza della Corte di Cassazione⁵¹, chiamata a pronunciarsi non già sulla liceità o illiceità della predetta modalità riproduttiva ma sullo *status filiationis* da attribuire al nato in Italia a séguito del ricorso alla fecondazione *post mortem* effettuata dalla madre all'estero, dopo la morte del marito. Secondo la citata pronuncia, "laddove la procreazione comunque avvenga, lo *status filiationis* va determinato verificando solamente se effettivamente il coniuge o il convivente abbia prestato il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita anche solo mediante atti concludenti, e se tale consenso, integrato da quello riguardante anche la possibilità di utilizzo del proprio seme *post mortem*, sia effettivamente persistito fino al momento ultimo (nella specie, quello della morte del marito della odierna ricorrente) entro il quale lo stesso poteva essere revocato, non ravvisandosi valide ragioni per ritenere, al contrario, che il consenso peculiarmente espresso per un atto da compiersi dopo la morte perda efficacia al verificarsi di detto evento"⁵².

In entrambe le ipotesi di fecondazione *post mortem* descritte – basata su un impianto postumo di embrione oppure sull'utilizzo *post mortem* di gameti – le implicazioni sul piano successorio⁵³ appaiono di notevole interesse, stante il dato che – a séguito della crioconservazione – la nascita potrebbe avvenire a distanza di molto tempo dalla morte dell'uomo che ha prestato il consenso all'accesso alle tecniche procreative.

50 Sul punto QUADRI, R.: *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, *Dir. giur.*, 2004, p. 224 ss.

51 Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1282 ss., con nota di FACCIOLI, M., "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*"; *Dir. succ. fam.*, 2020, p. 654, con nota di D'ALESSANDRO, V.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e status del nato"; in *www.centrostudiliviatino.it*, con nota di BILOTTI, E.: "La fecondazione artificiale *post mortem* nella sentenza della 1ª Sezione civile della Cassazione n.13000/2019"; in *www.juscivile.it*, con nota di PAGLIARO, A.: "L'accertamento dello status del figlio procreato *post mortem*".

52 Cass., 15 maggio 2019, n. 1300, punto 7.9 della motivazione in diritto, cit. *Contra* BILOTTI, E.: "La fecondazione artificiale *post mortem*", cit.

53 Sul tema RIZZUTI, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, n. 3, pp. 29 ss.

Problemi di non poco conto scaturiscono dall'interpretazione dell'art. 462 c.c., il quale considera capaci di succedere soltanto coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione, precisando, altresì, al comma 2, che si presume concepito al verificarsi di questo evento chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della successione di cui si tratta. In ragione del tenore letterale della norma e sulla base della logica tradizionalmente posta a suo fondamento, i diritti successori andrebbero riconosciuti soltanto a chi nasca da un embrione già impiantato nell'utero materno al momento della morte del padre, a meno che, sulla base di un'interpretazione più attenta alla specifica situazione contraddistinta dal ricorso a tecniche procreative artificiali, si interpreti in maniera più elastica la nozione di concepimento, consentendo l'applicazione di tale norma anche là dove, al momento della morte, ci sia stata la mera fecondazione dell'ovulo ma l'embrione non sia stato ancora impiantato. Diversamente, per le ipotesi di fecondazione *post mortem* di gameti potrebbe trovare applicazione soltanto l'art. 462, comma 3, c.c., il quale consente ai non concepiti di succedere soltanto in via testamentaria e purché figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, con conseguente disparità di trattamento, sul piano successorio, a seconda se la procreazione artificiale *post mortem* si articoli nell'ipotesi di impianto postumo di embrione oppure di impiego di gameti successivo alla morte.

In ragione di tale esito, si fa strada in dottrina⁵⁴ la posizione secondo la quale – come per l'attribuzione dello *status* di figlio – anche per la capacità a succedere occorre superare i limiti delle categorie codicistiche e, alla luce della centralità dell'elemento volontaristico espresso dal consenso all'accesso alle tecniche procreative, attribuire al nato i diritti successori rispetto al padre deceduto in tutte le ipotesi di fecondazione *post mortem*. Accogliendo tale linea ricostruttiva non si creerebbe alcuna frattura tra i criteri di attribuzione dello *status* di figlio e i diritti successori riconosciuti al nato, né si correrebbe il rischio – nell'ipotesi di nascita a seguito di utilizzo postumo di gameti e in assenza di disposizione testamentaria ex art. 462, comma 3, c.c. – che il nato, benché considerato figlio dell'uomo in ragione di quanto precisato dalla pronuncia della Cassazione 13000/2019 innanzi vista, non possa succedere rispetto al padre⁵⁵.

X. LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA FRANCESE.

Nell'ordinamento francese, la disciplina della procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) è contenuta nella parte legislativa e nella parte regolamentare

54 In tale direzione D'ALESSANDRO, V.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., pp. 668-673; FACCIOLI, M.: "La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi", cit., spec. p. 13; PETTA, C.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem*, *status filiationis* e diritti successori", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17, pp. 1035-1036.

55 Così D'ALESSANDRO, V.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e *status* del nato", cit., p. 672.

del codice della salute pubblica (*code de la santé publique*), che è stato oggetto di numerose riforme, l'ultima delle quali intervenuta ad opera della legge sulla bioetica del 2021⁵⁶. La riforma in questione ha significativamente ampliato l'accesso alla p.m.a., tanto dal punto di vista oggettivo (il ricorso alla p.m.a. non è più subordinato ad esigenze mediche, ma alla semplice finalità di realizzare un progetto genitoriale) quanto dal punto di vista soggettivo (il ricorso alla p.m.a. è stato esteso anche alle donne non coniugate e alle coppie omosessuali di donne)⁵⁷. Ciò che, invece, la riforma ha lasciato impregiudicato (L. 2141-2 c.s.p.) è il divieto assoluto della p.m.a. *post mortem*, in vigore sin dal 1994.

Nel caso di morte di uno dei coniugi o conviventi, l'alternativa che si prospetta al coniuge o convivente superstite è quella tra la donazione dei gameti o degli embrioni agli altri soggetti che intendano fare ricorso alla p.m.a., la destinazione dei medesimi alla ricerca, oppure la distruzione. Il *code de la santé publique* prevede espressamente che la coppia sia informata della sorte degli embrioni nell'eventualità della morte di uno dei membri (art. L. 2141-10 c.p.s.) e che, in occasione della consultazione periodica della coppia da parte della struttura circa l'attualità del progetto genitoriale, questa possa esprimere la propria volontà scegliendo una delle soluzioni ammesse dalla legge (art. L. 2141-4 e L. 2141-5 c.p.s.).

Analogamente, il *code de la santé publique* prevede che chi ha provveduto all'autoconservazione dei propri gameti in vista di un trattamento sanitario rischioso per la fertilità possa scegliere, in forma scritta, per il caso del proprio decesso, se donare i gameti, destinarli alla ricerca o mettere fine alla loro conservazione (art. L. 2141-11 c.s.p.). In assenza di tale manifestazione di volontà, qualora il titolare dei gameti sia maggiorenne, la struttura provvede automaticamente all'interruzione della conservazione dei medesimi, qualora il titolare dei gameti sia minorenne, la struttura rimette agli esercenti la responsabilità genitoriale la scelta di destinare i gameti alla ricerca o interromperne la conservazione.

XI. IL FONDAMENTO DEL DIVIETO DI P.M.A. “POST MORTEM” E I POTENZIALI PROFILI D'INCOMPATIBILITÀ CON LA COSTITUZIONE FRANCESE E CON LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Sulla questione della compatibilità del divieto di p.m.a. *post mortem* con il diritto al rispetto della vita privata e familiare è stata recentemente chiamata a pronunciarsi la Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁸. La Corte – che, pur

56 Loi, 2 agosto 2021, no. 2021-1017 *relative à la bioéthique*, su cui v. 'Dossier thématique, Loi de bioéthique du 2 août 2021', *Journal de la Santé et de l'Assurance Maladie*, num. 32, maggio 2022.

57 V. GOUTTENOIRE, A.: "L'accès à la parenté pour toutes. La révolution de la loi de bioéthique du 2 août 2021", *La semaine juridique*, 27 settembre 2021, num. 39, p. 975.

58 Corte EDU, 14 settembre 2023, no. 22296/20 e no. 37138/20, *Baret e Caballero c. Francia*, *Recueil Dalloz*, 2024, p. 146, con osservazioni di CAIRE, A.-B.: "La reviviscence européenne de la casuistique: la Cour de

avendo reso la decisione nel 2023, ha dovuto valutare il divieto nel quadro della legislazione previgente, in quanto i fatti di causa si riferivano ad un'epoca anteriore al 2021 – ha statuito nel senso della non violazione dell'art. 8 della Convenzione. Di fatto, la Corte si è limitata a rilevare, a supporto della decisione, che sulla p.m.a. *post mortem* manca un *consensus* a livello europeo, che dunque l'imposizione o meno del divieto rientra nel margine di discrezionalità degli Stati aderenti e che nel dettare la disciplina previgente il legislatore francese non ha oltrepassato tale margine, realizzando un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco.

Senonché, la Corte medesima si è premurata di dichiarare, in un *obiter dictum* dal valore verosimilmente prospettivo, che "l'apertura, a partire dal 2021, da parte del legislatore della p.m.a. alle coppie di donne e alle donne sole pone in nuova luce il problema della pertinenza della giustificazione del mantenimento del divieto contestato dalle ricorrenti» e che «a dispetto dell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in materia di bioetica, la cornice giuridica elaborata dagli Stati deve essere coerente"⁵⁹.

Per capire la portata dell'*obiter* occorre analizzare gli argomenti addotti a giustificazione del divieto, le possibili obiezioni a tali argomenti e i potenziali problemi di costituzionalità sollevati, come emergono, in particolare, dalle osservazioni del Governo nella citata causa sottoposta alla Corte europea dei diritti dell'uomo, dalle due opinioni concorrenti alla decisione della Corte, nonché da un rapporto del Consiglio di Stato francese⁶⁰ e da due rapporti del Comitato nazionale francese di etica⁶¹.

Il fondamento del divieto di p.m.a. *post mortem* è stato ravvisato primariamente nell'esigenza di tutelare l'interesse dei bambini. Si è osservato che sarebbe contrario a tale interesse ammettere che un bambino venga concepito e fatto nascere per vivere senza un padre. La medesima *ratio* aveva indotto il legislatore francese a vietare il ricorso alla p.m.a. con terzo donatore da parte di donne non coniugate e da parte di coppie omosessuali. Posto che, però, con la legge del 2021, quest'ultima possibilità è stata espressamente ammessa, si profila un problema di compatibilità con il canone di ragionevolezza.

Strasbourg face au cas limite de la procréation *post mortem patris*"; *Actualité juridique droit administrative*, 2023, p. 1631, con osservazioni di PASTOR, J.-M.: "Insémination *post mortem* à l'étranger: la CEDH respecte l'interdit français mais s'interroge"; *Actualité juridique famille*, 2023, p. 573, con osservazioni di SAULIER, M.: "L'interdiction vacillante de l'AMP *post mortem*"; *ivi*, p. 477, con osservazioni di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Actualité Dalloz*, 29 settembre 2023, con rilievi di MESNIL, M.: "La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem*"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2023, p. 841, con nota di MARGUÉNAUD, J.-P.: "L'interdiction de la procréation *post mortem* entre sursaut et sursis".

59 Tutte le traduzioni dei passaggi della sentenza sono ad opera dell'Autrice di questo contributo.

60 CE, étude, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 28 giugno 2018, www.conseil-etat.fr.

61 CCNE, *La demande d'AMP après le décès de l'homme faisant partie du couple*, parere no. 113, 10 febbraio 2011, www.ccne-ethique.fr; e CCNE, *Le transfert d'embryons après décès du conjoint*, parere no. 40, 17 dicembre 1993, *ivi*.

Ora, pare lecito dubitare della ragionevolezza di una legge che ammette che un bambino possa essere concepito e nascere con un padre anonimo – e quindi, per definizione, del tutto assente – ma non ammette che un bambino possa nascere con un padre già morto – e quindi comunque identificato e suscettibile di vivere attraverso il ricordo che ne tramandano la famiglia, gli amici e le fotografie. Se la *ratio* del divieto, com'è generalmente sostenuto, risiedesse nell'esigenza di tutelare l'interesse del bambino a nascere con due genitori, allora – e *a fortiori* – l'ordinamento non dovrebbe consentire neppure la p.m.a. eterologa da parte di una donna non coniugata e non convivente.

Ad ulteriore fondamento del divieto si è addotta l'esigenza di tutelare la libertà di autodeterminazione della donna, che potrebbe essere indotta alla scelta di sottoporsi alla p.m.a. con i gameti del marito o con gli embrioni precedentemente conservati dalle pressioni della famiglia. A tale argomento si può replicare che impedire alla donna la scelta non equivale a tutelarne la libertà, ma, all'opposto, a privarla della medesima imponendole comunque di mettere fine al progetto procreativo che aveva concepito con il marito defunto.

Tale imposizione pone un problema di compatibilità del divieto con la dignità della donna che la subisce. Innanzitutto, la legge le chiede, in un momento di grande fragilità dovuta al lutto, di scegliere se donare i gameti del marito defunto o gli embrioni ad altre coppie, e quindi vivere con la consapevolezza che altre potranno partorire dei figli con il seme del marito, oppure donarli alla ricerca, oppure distruggerli, con la consapevolezza che a seguito di quest'ultima decisione perderà l'ultima cosa che le resta del marito.

Inoltre, la legge costringe la donna, sempre in un momento di fragilità, a scegliere se rinunciare a qualsiasi progetto genitoriale o cedere al suo desiderio di colmare il vuoto lasciato da quest'ultimo con una nuova maternità mediante il ricorso ad un donatore anonimo.

Infine, a fondamento del divieto di p.m.a. *post mortem* si è addotta l'esigenza di evitare che la moglie o convivente superstite possa disporre dei gameti del marito o convivente defunto in maniera contraria alla volontà che quest'ultimo avrebbe espresso se fosse stato chiamato a pronunciarsi sulla sorte dei gameti o degli embrioni nell'eventualità del suo decesso. Anche qui si può replicare che il divieto assoluto di p.m.a. *post mortem* risulta una misura sproporzionata rispetto all'esigenza in questione. Sarebbe sufficiente che la legge prevedesse uno strumento per far sì che la coppia che si accinge a sottoporsi a p.m.a. compia espressamente la scelta della sorte dei gameti o degli embrioni in quella sede.

A fronte dei profili appena illustrati – cui non pare poter rimediare la giurisprudenza, pena un'interpretazione abrogatrice del divieto che rischia di violare

la separazione dei poteri – è auspicabile un intervento del legislatore francese che, per un verso abolisca il divieto in esame e, per altro verso identifichi una misura più proporzionata, un rimedio giusto ed effettivo, per tutelare gli interessi presidiati dal divieto medesimo, come sopra illustrati.

XII. LA QUESTIONE DELL'AMMISSIBILITÀ DELL'ESPORTAZIONE ALL'ESTERO DEI GAMETI O DEGLI EMBRIONI PER L'ESECUZIONE DI UNA P.M.A. POST MORTEM.

Il divieto di p.m.a. *post mortem* è sempre stato interpretato non solo nel senso d'impedire al coniuge o convivente superstite di realizzare tale pratica in territorio francese, ma anche di realizzarla all'estero mediante l'esportazione dei gameti del marito defunto o degli embrioni concepiti con quest'ultimo.

La giurisprudenza amministrativa francese, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di tale interpretazione con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si è mostrata costante nell'affermare che, stante l'inequivocabilità del divieto e la mancanza di un *consensus* europeo in materia, il rifiuto dell'Agenzia della biomedicina di autorizzare il coniuge o convivente superstite a trasferire i gameti del coniuge o convivente defunto in un paese estero per eseguire una p.m.a. è legittimo, in quanto volto ad impedire la realizzazione di una frode alla legge francese, salva la ricorrenza nel caso concreto di circostanze particolari che rendano tale rifiuto un'ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto della vita privata e familiare della coniuge o convivente superstite⁶².

In un caso, il Consiglio di Stato francese ha ritenuto che fosse una circostanza particolare il fatto che la donna richiedente l'autorizzazione all'esportazione dei gameti del coniuge defunto fosse residente in Francia ma cittadina spagnola⁶³.

62 CE, 13 giugno 2018, no. 421333, *Actualité juridique de droit administratif*, 2018, p. 2278; *Recueil Dalloz*, 2019, p. 725, con commento di GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels"; CE, 24 gennaio 2020, no. 437328, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 657, con osservazioni di HILT, P.: "Droit de la filiation"; *Actualité juridique famille*, 2020, p. 88, con commento di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2020, p. 355, con osservazioni di LEROYER, A.-M.: "Le juge et le transfert d'embryon *post mortem*: illustration de l'arbitraire"; CE, 4 dicembre 2018, no. 425446, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 725, con osservazioni di GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels"; *Actualité juridique famille*, 2019, p. 64, con commento di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; e CE, 28 dicembre 2021, no. 456966, www.legifrance.gouv.fr.

63 CE, 31 maggio 2016, no. 396848, *Actualité juridique de droit administratif*, 2016, p. 1092; *ivi*, p. 1398, con commento di DUTHELLET DE LAMOTTE, L. e ODINET, G.: "Contrôle de conventionnalité: *in concreto veritas?*"; *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1470, con osservazioni di MONTECLER, M.-C.: "Insémination *post-mortem*: autorisation d'exportation de gamètes"; *ivi*, p. 1472, con nota di FULCHIRON, H.: "Contrôle de proportionnalité ou décision en équité?"; *ivi*, p. 1477, con nota di HAFTTEL, B.: "Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé"; *ivi*, 2017, p. 729, con osservazioni di GRANET-LAMBRECHTS, F.: "Droit de la filiation"; *ivi*, p. 781, con osservazioni di GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels"; *ivi*, p. 935, con commento di RÉGINE: "Droit et genre"; *ivi*, p. 1011, con osservazioni di GAUDEMET-TALLON, H. e JAULT-SESEKE, F.: "Droit international privé"; *Actualité juridique famille*, 2016, p. 439, con nota di SIFFREIN-BLANC, C.: "Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèche pour une insémination *post-mortem*"; *ivi*, p. 360, con commento di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 740, con conclusioni di BRETONNEAU,

Questo faceva sì che la sua richiesta fosse motivata non dall'intento di frodare la legge francese, bensì dal desiderio di tornare nel suo paese e riunirsi alla sua famiglia d'origine.

In un altro caso, una corte di merito ha ritenuto che fosse una circostanza particolare la drammaticità della situazione in cui versava la donna richiedente l'autorizzazione all'esportazione dei gameti del marito defunto⁶⁴: i coniugi avevano espresso chiaramente la loro volontà di proseguire il progetto procreativo anche in caso di morte di uno dei due e la coniuge superstite aveva subito, nell'arco di poco tempo, un duplice lutto, quello del marito, gravemente malato sin dal momento della conservazione dei gameti, e quello del bambino che aveva inconsapevolmente concepito con il marito prima di procedere alla conservazione medesima, questo poco prima del parto.

XIII. LA QUESTIONE DELLO STATUS GIURIDICO DEL BAMBINO NATO DALLA P.M.A. POST MORTEM.

In assenza di disposizioni di legge che disciplinino le conseguenze della realizzazione di una p.m.a. *post mortem* in violazione del divieto stabilito dall'ordinamento francese, occorre domandarsi quale sia lo *status* giuridico del bambino nato all'estero in virtù di tale pratica. La giurisprudenza francese non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi sulla questione, ma si possono trarre elementi utili alla sua soluzione dall'analisi delle decisioni rese dalle corti francesi con riguardo alla sorte dei bambini nati all'estero da altre pratiche procreative vietate in Francia, in particolare la p.m.a. eterologa effettuata all'estero da una coppia omosessuale di donne (prima che la legge del 2021 consentisse tale possibilità) e la p.m.a. mediante maternità surrogata.

Tali pratiche hanno in comune con la p.m.a. *post mortem* il fatto di non essere ammesse dal diritto francese, ma presentano una significativa differenza: prevedono il coinvolgimento di un soggetto che ha voluto il bambino e vuole esserne il genitore, ma che non lo ha partorito e non ha neppure contribuito al suo concepimento con il proprio materiale genetico (c.d. *mère d'intention*). Nella p.m.a. *post mortem* la coniuge o convivente superstite è madre genetica del bambino e lo partorisce anche; nella p.m.a. eterologa richiesta da una coppia di donne

A.: "Droits subjectifs contre interdit législatif"; *ivi*, p. 754, con nota di DELVOLVÉ, P.: "Droits subjectifs contre interdit législatif"; *Revue trimestrielle des droits civil*, 2016, p. 578, con osservazioni di DEUMIER, P.: "Contrôle concret de conventionnalité: l'esprit et la méthode"; *ivi*, p. 600, con commento di HAUSER, J.: "Procréation médicalement assistée *post mortem*: le début du délitement?"; *ivi*, p. 802, con osservazioni di MARGUÉNAUD, J.-P.: "L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État"; *ivi*, p. 834, con osservazioni di HAUSER, J.: "Procréation médicalement assistée: le Conseil d'État a du cœur!"; *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 319, con osservazioni di RITLENG, D.: "Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - De l'office du juge des référés saisi de moyens d'inconventionnalité".

64 TA Rennes, 11 octobre 2016, no. 1604451, *Revue générale du droit on line*, 2016, num. 59109.

le due donne si vogliono entrambe madri del bambino, ma solo una di loro l'ha concepito e partorito; nella maternità surrogata il bambino è concepito con il materiale genetico di chi vuole esserne padre e con quello della madre surrogata, non con quello della donna che vuole esserne madre, ed è la madre surrogata che partorisce il bambino.

In considerazione delle differenze appena illustrate, per la p.m.a. eterologa e per p.m.a. mediante maternità surrogata si è posto un duplice problema: quello di stabilire se l'ordinamento francese dovesse riconoscere il rapporto di filiazione tra il bambino e il genitore biologico o negare qualsivoglia effetto a quella procreazione realizzata in frode alla legge; e quello di stabilire se l'ordinamento francese dovesse riconoscere il rapporto di filiazione tra il bambino e la donna che l'ha voluto o quantomeno la possibilità per quest'ultima di adottarlo. Posto che è solo il primo dei due problemi a porsi anche con riguardo alla p.m.a. *post mortem*, ci si limiterà a trattare di quello.

In una prima fase, la giurisprudenza francese ha negato il riconoscimento del rapporto di filiazione non solo rispetto al genitore privo di legami biologici con il bambino, ma anche al genitore biologico, impedendo il confenzionamento dell'atto di nascita, nonché l'annotazione nei registri dello stato civile dell'eventuale atto di nascita confezionato nel paese estero in cui è avvenuta la procreazione⁶⁵. La motivazione era sostanzialmente questa: posto che la maternità surrogata si pone in contrasto con i principi fondamentali del diritto francese, l'ordinamento non può attribuirle alcun effetto.

L'orientamento è stato ritenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo incompatibile con l'art. 8 della Convenzione, e segnatamente con il diritto al rispetto della vita privata del bambino⁶⁶. In particolare, la Corte ha osservato

65 Cass., 6 aprile 2011, no. 10-19.053, *Bulletin civil*, I, num. 72; *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1064, con osservazioni di LABBÉE, X.: "La gestation pour autrui devant la Cour de cassation"; *ivi*, p. 1522, con nota di BERTHIAU, D. e BRUNET, L.: "L'ordre public au préjudice de l'enfant"; *ivi*, p. 1585, con osservazioni di GRANET-LAMBRECHTS, F.: "Droit de la filiation"; *ivi*, p. 1995, con osservazioni di BONFILS, P. e GOUTTENOIRE, A.: "Droit des mineurs"; *Actualité juridique famille*, 2011, p. 262, con nota di CHÉNÉDÉ, F.: "Conventions de mère-porteuse: la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 340, con osservazioni di HAUSER, J.: "L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants: arrêt sur image de la maternité pour autrui".

66 Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, no. 65192/11, *Actualité juridique droit administratif*, 2014, p. 1763, con nota di BURGORGUE-LARSEN, L.: "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme"; *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1797, con nota di CHÉNÉDÉ, F.: "Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme"; *ivi*, p. 1773, con nota di FULCHIRON, H. e BIDAUD-GARON, C.: "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères"; *ivi*, p. 1787, con osservazioni di BONFILS, P. e GOUTTENOIRE, A.: "Droit des mineurs"; *ivi*, p. 1806, con nota di d'AVOUT, L.: "La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée"; *ivi*, p. 1007, con osservazioni di REGINE, "Droit et genre"; *Actualité juridique famille*, 2014, p. 396, con nota di DIONISIPYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 616, con osservazioni di HAUSER, J.: "État civil: après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli"; *ivi*, p. 835, con commento di MARGUÉNAUD, J.-P.: "La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui". Si veda, inoltre, Corte EDU, 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, no. 9063/14, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2152, con nota di CAIRE, A.-B.: "Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH?"; *Actualité juridique famille*,

che detto orientamento comportava un'ingerenza sproporzionata nel diritto in questione, giacché aveva l'effetto di privare il bambino della nazionalità francese, della qualità di successibile legittimo e legittimario della "madre d'intenzione" e del diritto a far assumere veste legale al suo legame biologico con il padre. A seguito dell'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza francese ha operato un *revirement*, sulla scorta dei medesimi argomenti⁶⁷.

Alla luce del quadro appena illustrato, si può ragionevolmente ritenere che la qualifica della p.m.a. *post mortem* realizzata all'estero come pratica in frode alla legge francese non osta al riconoscimento da parte dell'ordinamento francese del rapporto di filiazione tra la madre e il bambino concepito e nato in virtù di tale pratica. La soluzione opposta sarebbe in primo luogo irragionevolmente contraria al principio di ordine pubblico, dettato dal codice civile, per cui la madre s'identifica nella persona che ha partorito il bambino, principio cui solo una legge potrebbe derogare e a fronte di giustificati motivi di tutela del minore, come quelli che sono posti a fondamento del divieto di riconoscimento dei figli incestuosi. In secondo luogo sarebbe contraria all'interesse del minore, nonché ai principi fondamentali dell'unicità dello stato di figlio e della non discriminazione dei figli in base alle circostanze del loro concepimento.

XIV. LA FECONDAZIONE *POST MORTEM* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SPAGNOLA.

L'art. 9, comma 2, l. n. 4 del 2006 consente la fecondazione postuma, detta anche *post mortem*, con l'utilizzo dei gameti del marito o convivente di colei che fa ricorso alla tecnica, ma con alcuni limiti, nel rispetto dei quali il nato sarà considerato figlio del deceduto ad ogni effetto, ed in particolare per quanto riguarda l'ambito successorio, con l'acquisto della qualità di erede del padre premorto⁶⁸.

L'ammissibilità della fecondazione *post mortem* appare coerente con la posizione assunta dalla legislazione spagnola la quale ammette che donne single possano accedere a tecniche di riproduzione assistita.

Nella legislazione spagnola viene prevista un'ampia possibilità di accesso per la donna alle tecniche di riproduzione assistita, ciò deriva dalla considerazione

2016, p. 407, con osservazioni di DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 819, con commento di HAUSER, J.: "GPA: inscription des enfants à l'état civil (suite)".

67 Cass., ass. plén., 5 ottobre 2018, n. 12-30.138, pubblicata nel Bollettino, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 228, con nota di DEUMIER, P. e FULCHIRON, H.: "Première demande d'avis à la CEDH: vers une jurisprudence «augmentée»?"; *Actualité juridique famille*, 2018, p. 569 e p. 613, con osservazioni di DIONISI-PEYRUSSE, A. e SAULIER, M.: "Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen): la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges".

68 Nelle ipotesi in cui si accedesse ad una fecondazione *post mortem* senza rispettare i requisiti stabiliti dall'art. 9 della legge menzionata, ovviamente, il bambino non sarà considerato figlio del marito premorto.

che le stesse non sono considerate, in via esclusiva, una soluzione al problema della infertilità di coppia, ma anche un modo di procreazione alternativo a quello naturale, messo a disposizione della donna, ragion per cui non appare necessario che la beneficiaria sia sposata, né convivente di fatto con un uomo.

Ai sensi dell'art. 6 l. n. 14 del 2006, "Potranno accedere alle tecniche regolate dalla presente legge tutte le donne maggiorenni e capaci di agire che abbiano prestato il loro consenso per iscritto, in maniera libera, consapevole ed espressa all'utilizzo di tali terapie". Nonostante ciò, in applicazione del disposto dell'art. 2, comma 1, della stessa legge, si potrà negare l'accesso a tali tecniche in alcune circostanze fra le quali, ad es., l'età avanzata della richiedente o il suo stato precario di salute; nel caso in cui "non vi sia una sufficiente probabilità di successo" o esista "un rischio grave per la salute fisica o mentale della donna o dei figli"⁶⁹.

"La donna potrà accedere alle tecniche regolate dalla presente legge indipendentemente dal suo stato civile o dal suo orientamento sessuale (art. 6, comma 1, II). In ogni caso, "Se la donna è sposata si richiede, in aggiunta, il consenso del marito, a meno che gli stessi non siano separati giudizialmente o di fatto ove ciò risulti in maniera certa" (art. 6, comma 3). La ragione su cui si fonda tale precetto è evidente: vi è l'esigenza di coordinare tale normativa con la presunzione di paternità relativa ai figli nati durante il matrimonio e prima dei trecento giorni successivi al divorzio o alla separazione di coniugi (art. 118 cod. civ.). Proprio per tali ragioni, sembra logico che nel caso in cui la donna sia sposata con altra donna, non si avrà la necessità del consenso di quest'ultima per accedere alle tecniche di riproduzione assistita.

Fatto salvo il caso di fecondazione omologa, realizzata con i gameti provenienti dal marito o dal convivente *more uxorio*, "la scelta del donatore del seme dovrà essere effettuata esclusivamente dall'*equipe* medica che realizza l'intervento e rispettando l'anonimato del donante". Stando così le cose, "In nessun caso sarà permesso alla paziente di selezionare personalmente il donante". "In ogni caso, però, l'*equipe* medica dovrà cercare di garantire la maggior corrispondenza possibile del fenotipo e le caratteristiche immunologiche fra donante e paziente" (art. 6, comma 5, l. n. 14 del 2006).

XV. REQUISITI LEGALI.

La norma richiede il consenso del marito "a che il suo materiale riproduttivo possa essere utilizzato nei dodici mesi successivi al decesso per la fecondazione

69 SALES PALLARÉS, L.: "La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, febbraio, 2018, p. 121, in un brillante scritto si interroga sulla possibilità che il minore, nato da donna in età avanzata, tramite la fecondazione in vitro, chieda un indennizzo alla clinica "per aver consentito e portato a termine questa gravidanza essendo al corrente delle difficoltà potenziali di cura del minore da parte di genitori anziani".

della moglie”, periodo di tempo entro il quale, pertanto, dovrà necessariamente essere realizzata la fecondazione⁷⁰. Se tali prescrizioni sono rispettate, si stabilirà un vincolo giuridico di filiazione tra il nato ed il padre premorto, con tutte le relative conseguenze di carattere successorio⁷¹.

A differenza di quanto accadeva sotto il vigore della l. n. 35 del 1988, tale consenso potrà essere prestato non solo “per atto pubblico, testamento o disposizioni anticipate di trattamento”, ma anche nella scrittura privata, predisposta dal centro di procreazione assistita, con cui si autorizza la fecondazione della donna⁷². “Il consenso all'applicazione delle tecniche in tali circostanze potrà essere revocato in qualsiasi momento, purché precedente all'applicazione delle stesse”.

In caso di fecondazione con gameti del convivente, secondo l'art. 9, comma 3, l. n. 14 del 2006, il consenso da costui prestato sarà considerato come uno scritto di provenienza certa ai fini dell'avvio del procedimento amministrativo per il riconoscimento della filiazione naturale di cui all'art. 44, comma 7, II del nuovo ordinamento dello stato civile, senza pregiudizio - precisa la norma - di un'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità, che, qualora nell'ambito di tale procedimento venga proposta opposizione da parte del Pubblico Ministero o di una parte privata interessata, potrà essere esercitata dal figlio, il quale dovrà

70 LLEDÓ YAGÜE, F.: “Ad art. 9”, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 127, sostiene che non sia necessario il consenso del marito affinché la vedova possa utilizzare il suo materiale genetico ma che, invece, la volontà del coniuge premorto sarà rilevante solo al fine di determinare la filiazione rispetto allo stesso. Il medesimo Autore ritiene comunque improbabile che un giudice possa autorizzare la fecondazione postuma senza il consenso del marito.

Tale impostazione non sembra però condivisibile. L'art. 9, comma 2, l. n. 14 del 2006 non separa i due piani ma esige il consenso del marito “affinché il suo materiale genetico possa essere utilizzato nei 12 mesi successivi alla sua morte al fine di fecondare sua moglie” e, ove ricorrano tali requisiti (il consenso ed il termine indicato) stabilisce, quale conseguenza necessaria, la determinazione della filiazione a favore del marito.

Questa è la posizione espressa da Aud. Prov. La Coruña 3 novembre 2001, in AC, 2001, 183, che revocando l'ordinanza impugnata, afferma che dal tenore letterale dell'art. 9 si deduce che la norma richiede “la manifestazione del consenso in primo luogo al fine di utilizzare il materiale genetico e quindi, in secondo luogo, quale strumento per determinare la filiazione quale conseguenza del medesimo consenso”. Osserva, poi, che una contraria impostazione condurrebbe “a situazioni paradossali quale il fatto che, nonostante si dia alla luce un figlio avente il materiale genetico del coniuge premorto”, “non lo si potrebbe però considerare legalmente quale figlio dello stesso, i figli che il padre avesse avuto da altra relazione non sarebbero qualificabili come suoi fratelli e potrebbe quindi contrarre matrimonio con gli stessi, non avrebbe diritti di natura ereditaria, sarebbe a conoscenza delle generalità del padre biologico ma, tuttavia, non potrebbe utilizzare il suo cognome”. Conclude affermando che “la legge non può permettere che, contro il principio dell'anonimato che domina il regime giuridico della legge, sia possibile l'utilizzazione di materiale genetico proveniente da soggetto facilmente identificabile senza riconoscere la filiazione in capo allo stesso”.

71 Il difetto del consenso alla fecondazione postuma da parte dell'uomo non può essere supplito per il tramite di un'autorizzazione giudiziale al solo fine di soddisfare l'aspirazione della vedova ad avere un figlio dal marito premorto: cfr. Aud. Prov. La Coruña 3 novembre 2001, in AC, 2001, 183; Aud. Prov. Santa Cruz de Tenerife 2 giugno 2010, *ivi*, 2010, 1755; e Aud. Prov. Barcelona 17 maggio 2011, *ivi*, 2011, 1256.

72 Secondo FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA. Premorienza del marido”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (diretti da J.A. COBACHO GÓMEZ e coordinati da J.J. INIESTA DELGADO), Cizur Menor, 2007, pp. 340-341, ciò non significa che la legge “abbia sancito il principio di libertà delle forme nella prestazione del consenso alla riproduzione postuma, e nemmeno che essa ammetta qualunque forma tale da garantirne l'autenticità o da far constare inconfutabilmente la volontà dell'interessato”.

dimostrare che il padre aveva manifestato nella forma legalmente prevista il consenso a che il proprio materiale riproduttivo venisse utilizzato per fecondare la compagna, e che tale fecondazione ha avuto luogo o quanto meno è stata avviata entro i dodici mesi successivi al decesso.

XVI. GLI EFFETTI SUCCESSORI: CONDIZIONE DI EREDE NECESSARIO DEL FIGLIO CONCEPITO “POST MORTEM” COME CONSEGUENZA DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI EGUALIANZA.

Una volta determinatosi il rapporto di filiazione, riteniamo che il nato vada considerato erede del padre, sia nel caso in cui esista una vocazione testamentaria in suo favore⁷³ (oggi non vi sono dubbi sull'ammissibilità dell'istituzione ereditaria di un concepturo sotto la condizione sospensiva della nascita), sia, in mancanza di testamento, per effetto della vocazione legale *ab intestato*⁷⁴. È chiaro che in quest'ultimo caso sussiste un ostacolo normativo a tale successione, in quanto l'art. 758 cod. civ. prevede che l'erede deve esistere al momento della morte del *de cuius*, o per lo meno essere già stato concepito (ai sensi dell'art. 29 cod. civ.), il che non accade nel caso che ci occupa.

Tuttavia, tale ostacolo deve cadere a fronte del principio costituzionale di eguaglianza: una volta costituitosi legittimamente il rapporto di filiazione, non si può negare ai figli nati da una fecondazione postuma i diritti successori che la legge riconosce ad ogni figlio, poichè ciò comporterebbe una discriminazione incompatibile con l'art. 14 cost⁷⁵. In tale prospettiva appare degno della massima approvazione il disposto dell'art. 325, comma 3, del *código de derecho foral* dell'Aragona, in base al quale “Se l'ereditando ha espresso nelle debite forme il consenso alla fecondazione post mortem con ricorso al proprio materiale riproduttivo, i figli che ne nascono saranno considerati concepiti al tempo dell'apertura della successione, purchè ricorrano tutti i requisiti che la legge sulla

73 Cfr. FEMENIA LÓPEZ, P.J.: *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido “in vitro”*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 283; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA”, cit., p. 351; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Reproducción artificial “post mortem”*: Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 112-113; nonché VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español”, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (a cura di J. VIDAL MARTÍNEZ), Granada, 1998, pp. 115-116.

74 Tale posizione, su cui non vi è unanimità nella dottrina spagnola, è sostenuta fra gli altri da GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 13, 1995, pp. 181 ss.; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA”, cit., p. 351; nonché INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in *Tratado de Derecho de familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales* (I) (diretto da M. YZQUIERDO TOLSADA e M. CUENA CASAS), Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 850. Non si pronuncia al riguardo RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Reproducción artificial”, cit., pp. 112-113, pur mostrandosi favorevole ad una riforma legislativa che riconosca i diritti successori dei figli concepiti *post mortem*. Sembra dividerla VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas”, cit., pp. 115-116, quando prospetta l'applicazione per analogia dell'art. 29 cod. civ. È invece nettamente contrario PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, n. 15, p. 156, nt. 63, con l'argomento che al momento della morte del padre il figlio non era stato ancora concepito.

75 Così FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA”, cit., p. 351; e INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación”, cit., p. 850.

procreazione assistita prevede per la determinazione della filiazione”. Da parte sua, l’art. 412-1, comma 2, del Libro IV del codice civile della Catalogna prevede che “I figli nati da una fecondazione postuma praticata conformemente alle vigenti disposizioni di legge hanno la capacità di succedere al genitore premorto”.

Pertanto, il figlio concepito *post mortem* sarà erede necessario del padre premorto⁷⁶, e potrebbe quindi esercitare le azioni spettanti al legittimario pretermesso, qualora il *de cuius* nel proprio testamento non lo avesse istituito erede o legatario. Se tale testamento fosse stato redatto dopo l’autorizzazione della fecondazione *post mortem*, la preterizione andrebbe considerata intenzionale, per cui il legittimario dovrebbe procedere alla riduzione dell’istituzione di erede nella misura necessaria a fare salva la sua quota di riserva (art. 814, comma 1, del Codice Civile); se invece fosse stato redatto in precedenza, la preterizione risulterebbe evidentemente non intenzionale, e l’istituzione di erede sarebbe di conseguenza annullabile (art. 814, comma 2, del Codice Civile).

XVII. L’IMPIANTO POSTUMO DI EMBRIONI.

Al trasferimento *post mortem* di embrioni già formati si riferisce, invece, l’art. 9, comma 2, l. n. 14 del 2006 nei seguenti termini: “Si presume il consenso di cui al comma precedente quando il coniuge superstite si era sottoposto ad un processo di riproduzione assistita con trasferimento di embrioni già costituiti prima della morte del marito”.

Dal precetto si deduce che il trasferimento *post mortem* di embrioni è possibile sempre in presenza del consenso del marito ma, a differenza di quanto accade nella fecondazione postuma, non si richiede che il consenso sia espresso potendosi lo stesso desumere per presunzione. Tale differenza di regime giuridico si giustifica poiché in tale caso esiste già un essere umano – l’embrione non impiantato – le cui aspettative di sviluppo vitale sono degne di protezione.

È chiaro che tale disposizione non si applica nelle circostanze in cui vi sia stato un previo consenso espresso ad una fecondazione postuma da parte del marito premorto poiché il suddetto consenso comprende anche il trasferimento di embrioni già formati essendo, questa, la naturale conseguenza del processo di fecondazione già iniziato.

L’ambito di applicazione dell’art. 9, comma 2 è, dunque, quello del trasferimento di embrioni che abbia luogo quando, in assenza di espresso consenso alla fecondazione postuma e già formati gli embrioni, il marito muoia senza aver avuto

76 Si vedano, in tal senso, FEMENIA LÓPEZ, P.J.: “Status” jurídico”, cit., p. 289; e INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación”, cit., p. 850.

la possibilità di esprimersi sul destino degli stessi. In tal caso, se la sua morte dovesse avvenire dopo l'inizio del procedimento di trasferimento, si presume il suo consenso alla continuazione del medesimo.

La presunzione, pertanto, non opera nel caso in cui la morte avvenga prima dell'inizio del procedimento. Va però segnalato che l'art. 9, comma 2 non sembra sia in grado di normare tutte le possibili ipotesi relative all'individuazione della volontà del marito premorto. Sarebbe infatti possibile portare a termine il procedimento di trasferimento degli embrioni *post mortem* quando, pur non essendo ancora iniziato al momento della morte del marito, risulti tuttavia possibile dedurre che lo stesso avrebbe voluto che si portasse comunque a termine il processo. Risulterebbe fondamentale, in tal caso, ricostruire la volontà del padre premorto interpretandola alla luce delle dichiarazioni della vedova e dei parenti più prossimi.

In ogni caso il trasferimento di embrioni *post mortem*, analogamente a quanto richiesto per la fecondazione postuma, sembra debba realizzarsi nel termine di dodici mesi dalla morte del marito⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. INIESTA DELGADO, J.J.: "La filiación", cit., p. 845; e RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: "La reproducción "post mortem" en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 20, julio, 2015, p. 313.

BIBLIOGRAFIA

TECNICHE DI PRESERVAZIONE DELLA FERTILITÀ

BALKENENDE, EME., DAHHAN, T., BEERENDONK, CCM., FLEISCHER, K., STOOP, D., BOS, AME., LAMBALK, CB., SCHATS, R., SMEENK, JMJ., LOUWÉ, LA., CANTINEAU, AEP., DE BRUIN, JP., LINN, SC., VAN DER VEEN, F., VAN WELY, M., GODDIJN, M.: "Fertility preservation for women with breast cancer: a multicentre randomized controlled trial on various ovarian stimulation protocols", *Hum Reprod.*, 2022, pp. 1786-1794.

BORINI, A., CATTOLI, M., BULLETTI, C., COTICCHIO, G.: "Clinical efficiency of oocyte and embryo cryopreservation", *Ann N Y Acad Sci.*, 2008, pp. 49-58.

DE VOS, M., SMITZ, J., THOMPSON, JG., GILCHRIST, RB.: "The definition of IVM is clear-variations need defining", *Hum Reprod.*, 2016, pp. 2411-2415.

ELLENBOGEN, A., SHAVIT, T., SHALOM-PAZ, E.: "IVM results are comparable and may have advantages over standard IVF", *Facts Views Vis Obgyn.*, 2014, pp. 77-80.

GOLDRAT, O., VAN DEN STEEN, G., GONZALEZ-MERINO, E., DECHÈNE, J., GERVY, C., DELBAERE, A., DEVREKER, F., DE MAERTELAER, V., DEMEESTERE, I.: "Letrozole-associated controlled ovarian hyperstimulation in breast cancer patients versus conventional controlled ovarian hyperstimulation in infertile patients: assessment of oocyte quality related biomarkers", *Reprod Biol Endocrinol.*, 2019, p. 17.

GORDON, U.D.: "Assisted conception in the azoospermic male", *Human Fertil.*, 2002, pp. 9-14.

GRYNERG, M., HESTERS, L., BÉNARD, J., TRÈVES, R., FANCHIN, R., FRYDMAN, R., FRYDMAN, N.: "In vitro maturation of oocytes: an option for fertility preservation in women", *J Gynecol Obstet Biol Reprod.*, 2011, pp. 103-108.

HEZAVEHEI, M., SHARAFI, M., KOUCHESFAHANI, H. M., HENKEL, R., AGARWAL, A., ESMAEILI, V., SHAHVERDI, A.: "Sperm cryopreservation: A review on current molecular cryobiology and advanced approaches", *Reprod Biomed Online.*, 2018, pp. 327-339.

JENSEN, A.K., KRISTENSEN, S.G., MACKLON, K.T., JEPPESEN, J.V., FEDDER, J., ERNST, E., ANDERSEN, C.Y.: "Outcomes of transplantations of cryopreserved ovarian tissue to 41 women in Denmark", *Hum Reprod.*, 2015, pp. 2838-2845.

KIM, J., TURAN, V., OKTAY, K.: "Long-Term Safety of Letrozole and Gonadotropin Stimulation for Fertility Preservation in Women With Breast Cancer", *J Clin Endocrinol Metab.*, 2016, pp. 1364-1371.

LI, H., ZHAO, Y.: "The Improvement and Clinical Application of Human Oocyte In Vitro Maturation (IVM)", *Reprod Sci.*, 2021, pp. 613-3.

Linee guida per la preservazione della fertilità dell'Associazione Italiana di Oncologia Medica e dell'*European Society of Human Reproduction and Embryology* reperibili ai siti: https://www.aiom.it/wp-content/uploads/2020/10/2020_LG_AIOM_Preserv_fertil.pdf e <https://www.eshre.eu/Guidelines-and-Legal/Guidelines/Female-fertility-preservation>.

Linee guida per la preservazione della fertilità dell'*European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE Task Force on Ethics and Law 2012)*.

MAMAN, E., MEIROW, D., BRENGAUZ, M., RAANANI, H., DOR, J., HOURVITZ, A.: "Luteal phase oocyte retrieval and in vitro maturation is an optional procedure for urgent fertility preservation", *Fertil Steril.*, 2011, pp. 64-67.

MORTIMER, D.: "Current and future concepts and practices in human sperm cryobanking", *Reprod Biomed Online*, 2004, pp. 134-151.

OKTAY, K., BUYUK, E., LIBERTELLA, N., AKAR, M., ROSENWAKS, Z.: "Fertility preservation in breast cancer patients: a prospective controlled comparison of ovarian stimulation with tamoxifen and letrozole for embryo cryopreservation". *J Clin Oncol.*, 2005, pp. 4347-4353.

OKTAY, K., BUYUK, E., RODRIGUEZ-WALLBERG, K.A., SAHIN, G.: "In vitro maturation improves oocyte or embryo cryopreservation outcome in breast cancer patients undergoing ovarian stimulation for fertility preservation", *Reprod Biomed Online*, 2010, pp. 634-638.

OKTAY, K., HARVEY, BE., PARTRIDGE, AH.: "Fertility Preservation in Patients With Cancer: ASCO Clinical Practice Guideline Update", *J Clin Oncol.*, 2018, pp. 1994-2001.

OKTAY, K., TURAN, V.: "Ovarian stimulation and oocyte cryopreservation in females with cancer", *Curr Opin Oncol.*, 2023, pp. 412-419.

POIROT, C., BRUGIERES, L., YAKOUBEN, K.: "Ovarian tissue cryopreservation for fertility preservation in 418 girls and adolescents up to 15 years of age facing highly gonadotoxic treatment. Twenty years of experience at a single center", *Acta Obstet Gynecol Scand.*, 2019, pp. 630-637.

Practice Committees of American Society for Reproductive Medicine & Society for Assisted Reproductive Technology: "Mature oocyte cryopreservation: a guideline", *Fertil Steril.*, 2013, pp. 37-43.

REDDY, J., OKTAY, K.: "Ovarian stimulation and fertility preservation with the use of aromatase inhibitors in women with breast cancer", *Fertil Steril.*, 2012, pp. 1363-1369.

SHALOM-PAZ, E., ALMOG, B., SHEHATA, F., HUANG, J., HOLZER, H., CHIAN, R.C., SON, W.Y., TAN, S.L.: "Fertility preservation for breast-cancer patients using IVM followed by oocyte or embryo vitrification", *Reprod Biomed Online*, 2010, pp. 566-571.

SONMEZER, M., OKTAY, K.: "Fertility preservation in young women undergoing breast cancer therapy", *Oncologist.*, 2006, pp. 422-434.

TOMASI-CONT, N., LAMBERTINI, M., HULSBOSCH, S., PECCATORI, AF., AMANTET, F.: "Strategies for fertility preservation in young early breast cancer patients", *Breast.*, 2014, pp. 503-510.

VARLAS, V. N., BORS, R. G., ALBU, D., PENES, O. N., NASUI, B. A., MEHEDINTU, C., & POP, A. L.: "Social Freezing: Pressing Pause on Fertility", *Int J Environ Res Public Health.*, 2021, p. 8088.

WALLACE, W.H., KELSEY, T.W., ANDERSON, R.A.: "Fertility preservation in pre-pubertal girls with cancer: the role of ovarian tissue cryopreservation", *Fertil Steril.*, 2016, pp. 6-12.

WALLACE, W. H., SMITH, A. G., KELSEY, T. W., EDGAR, A. E., & ANDERSON, R. A.: "Fertility preservation for girls and young women with cancer: population-based validation of criteria for ovarian tissue cryopreservation", *Lancet Oncol.*, 2014, pp. 1129-1136.

ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

AZZALINI, M.: "Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia?", *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8 ss.

BALLARANI, G.: "La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata»", *Dir. fam. pers.*, pp. 1159 ss.

BALLARANI, G.: "Nascituro (soggettività del)", in *Enc. bio. sc. giur.*, IX, Napoli, 2015, pp. 136 ss.

BARONE, I.: "Procreazione post mortem e status filiationis", *Fam. e dir.*, 2020, p. 950 ss.

BIANCA, M.: "La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento", *Famiglia*, 2018, p. 109 ss.

BILOTTI, E.: "La fecondazione artificiale *post mortem* nella sentenza della 1^a Sezione civile della Cassazione n.13000/2019", in www.centrostudiliviatino.it,

BLANDINI, G.: "Prime riflessioni a margine della legge 219/2017", *BioLaw J.*, 2018, p. 56 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita", *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 185 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività", *Dir. umani*, 2007, pp. 245 ss.

CABITZA, M.G.: "Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico", *Dir. fam. pers.*, p. 620 ss.

CANESTRARI, S.: "Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona", *Corr. giur.*, 2018, p. 301 ss.

CARUSI, D.: "La legge sul "biotestamento" una luce e molte ombre", *Corr. giur.*, 2018, p. 293 ss.

CARUSI, D.: *La legge sul biotestamento: una pagina di storia italiana*, Torino, 2020.

CASABURI, G.: "La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita", *Foro it.*, 2015, I, p. 2250 ss.

CASINI, C.: "La capacità giuridica del concepito", *Dir. fam. pers.*, 2019, pp. 282 ss.

CASSANO, G.: "Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale *post mortem*", *Fam. dir.*, pp. 384 ss.

CHIEFFI L.: "L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto", *Giur. cost.*, 2015, p. 2106 ss.

CLARIZIA, R.: "Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 947 ss.

CORDIANO, A.: "Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 411 ss.

CORDIANO, A.: "Post-mortem homologous fertilization: parental patterns in the dialectical comparison between the constraints of biology and rules on consent", *Italian law journal*, 2020, pp. 349 ss.

CRICENTI, G.: "Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1258 ss.

D'ALESSANDRO, V.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem* e status del nato", *Dir. succ. fam.*, 2020, p. 654 ss.

D'ALOJA, A. E TORRETTA, P.: "La procreazione come diritto della persona", in AA.VV., *Trattato di Biodiritto*, (diretto da P. ZATTI e S. RODOTÀ), Milano, 2011, p. 1353 ss.

DE MARZIO, G.: "Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento", *Foro it.*, 2018, V, c. 137.

DE ROSA, R. E.: "La procreazione medicalmente assistita *post mortem*. Un confronto italo-spagnolo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, p. 576 ss.

DELLE MONACHE, S.: "La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici", *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 997 ss.

DOGLIOTTI, M.: "Inseminazione artificiale *post mortem* e intervento del giudice di merito", *Fam. dir.*, 1999, 52 ss.

FACCIOLI, M.: "La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita *post mortem*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 6, pp. 1282 ss.

FACCIOLI, M.: "La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004", *Riv. Biod.*, 2021, p. 27 ss.

FACCIOLI, M.: "Procreazione medicalmente assistita", in *Dig. Civ., Agg.*, III, 2, Torino, 2007, pp. 1051 ss.

FAVILLI, C.: "Fecondazione *post mortem* e attribuzione dello stato di figlio", *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* (a cura di C. GRANELLI), Milano, 2020, pp. 72 ss.

FERRANDO, G.: *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999.

FOGLIA, M.: (a cura di) *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019.

GAZZONI, F.: "Osservazioni non solo giuridiche sul concepito e sulla fecondazione artificiale", *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 168 ss.

GIAIMO, G.: "Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche", *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 855 ss.

GIUNCHEDI, D.: "La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*", *Fam e dir.*, 2020, p. 39 ss.

LASSO, A., *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024.

LIPARI, N.: "Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, pp. 517 ss.

LOCATELLO, D. M.: "L'attribuzione dello *status filiationis* al nato da fecondazione omologa eseguita *post mortem*", *Corr. giur.*, 2020, p. 758 ss.

MAZZONI, C.M.: "La tutela reale dell'embrione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pp. 457 ss.

MENDOLA, A.: "Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita *post mortem*", *Riv. it. medicina legale*, 2019, p. 1614 ss.

MORACE PINELLI, A.: "La filiazione da pma e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione *post mortem*", *Foro it.*, 2019, I, p. 3352 ss.

NADDEO, F.: "Accesso alle tecniche", *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40* (a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE), Milano, 2004, p. 82 ss.

NIVARRA, L.: "Fecondazione artificiale: un caso recente ed un'opinione dissenziente", *Foro it.*, 1999, p. 1653 ss.

OPPO, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 104 ss.

PAGLIARO, A.: "L'accertamento dello status del figlio procreato *post mortem*" in www.juscivile.it,

PERLINGIERI, P.: "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative" in AA.VV., *La procreazione artificiale tra etica e diritto* (a cura di G. FERRANDO), p. 141 ss.

PETTA, C.: "Procreazione medicalmente assistita *post mortem*, *status filiationis* e diritti successori", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17, pp. 1035 ss.

QUADRI, E.: "Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, pp. 1353 ss.

QUADRI, R.: *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, *Dir. giur.*, 2004, p. 224 ss.

RECINTO, G.: "Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori", *Dir. rel.*, 2019, pp. 560 ss.

RECINTO, G.: "La Consulta e la legittimità del divieto per le coppie dello stesso sesso di ricorrere alla p.m.a.: non sussiste un diritto assoluto alla genitorialità", *giustiziacivile.com*, editoriale del 6 novembre 2019.

RECINTO, G.: "La legittimità del divieto per le coppie *same sex* di accedere alla PMA: la consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement", *Corr. giur.*, 2019, pp. 1460 ss.

RECINTO, G.: "Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità", *Fam. dir.*, pp. 430 ss.

RIZZUTI, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, n. 3, pp. 29 ss.

RODOLFI, M., CASONATO, C., PENASA, S.: "Consenso informato e Dat: tutte le novità", *Civilista*, 2018.

SALANITRO, U.: voce "Procreazione medicalmente assistita (dir. civ.)", *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, IV, Milano, 2022, pp. 1015 ss.

SALANITRO, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", *Famiglia*, 2004, I, pp. 489 ss.

SALANITRO, U.: "Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita", *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 85 ss.;

SALVATORE, B.: "(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", *Dir. succ. fam.*, 2023, n. 3, p. 999 ss.

SALVATORE, B.: "Violazione del consenso informato e diritto al risarcimento per danni anteriori alla nascita", *Dir. giur.*, 2009, pp. 449 ss.

SCALERA, A.: "Sulla legittimità dell'impianto *post mortem* di embrioni crioconservati", *Fam. e dir.*, 2015, p. 488 ss.

SCALISI, V.: "Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita", *Fam. dir.*, 2005, pp. 203 ss.

SCHLESINGER, P.: "Il concepito e l'inizio della persona", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 247 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1554 ss.

SESTA, M.: "Latto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri", *Fam dir.*, 2020, p. 325 ss.

TOSCANO, G.: "L'embrione tra ontologia e diritto", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 653 ss.

URCIUOLI, A.: *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, 2021.

VALONGO, A.: "Profili evolutivi della procreazione assistita *post mortem*", *Dir. success. e fam.*, 2019, p. 525 ss.

VILLANI, R.: "Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della legge n. 40/04", *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, pp. 475 ss.

ZATTI, P.: "Interesse del minore e "doppia figura genitoriale", *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, pp. 84 ss.

ZATTI, P.: "La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 149.

ZATTI, P.: "Spunti per la lettura della legge sul consenso informato e DAT", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 247 ss.

ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE

BERTHIAU, D. e BRUNET, L.: "L'ordre public au préjudice de l'enfant", *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1522.

BONFILS, P. e GOUTTENOIRE, A.: "Droit des mineurs", *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1995.

BONFILS, P. e GOUTTENOIRE, A.: "Droit des mineurs", *ivi*, 2014, p. 1787.

BRETONNEAU, A.: "Droits subjectifs contre interdit législatif", *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 740.

BURGORGUE-LARSEN, L.: "Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme", *Actualité juridique droit administratif*, 2014, p. 1763.

CAIRE, A.-B.: "La reviviscence européenne de la casuistique: la Cour de Strasbourg face au cas limite de la procréation *post mortem patris*", *Recueil Dalloz*, 2024, p. 146.

CAIRE, A.-B.: "Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH?", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2152.

CHÉNEDÉ, F.: "Conventions de mère-porteuse: la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif", *Actualité juridique famille*, 2011, p. 262.

CHÉNEDÉ, F.: "Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1797.

d'AVOUT, L.: "La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806.

DELVOLVÉ, P.: "Droits subjectifs contre interdit législatif", *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 754.

DEUMIER, P. e FULCHIRON, H.: "Première demande d'avis à la CEDH: vers une jurisprudence «augmentée»?", *Recueil Dalloz*, 2019, p. 228.

DEUMIER, P.: "Contrôle concret de conventionnalité: l'esprit et la méthode", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 578.

DIONISI-PEYRUSSE, A. e SAULIER, M.: "Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen): la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges", *Actualité juridique famille*, 2018, p. 569 e p. 613.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *Actualité juridique famille*, 2023, p. 477.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *ivi*, 2020, p. 88.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *ivi*, 2019, p. 64.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *ivi*, 2014, p. 396.

DIONISI-PEYRUSSE, A.: "Actualités de la bioéthique", *ivi*, 2016, p. 407.

DUTHELLET DE LAMOTTE, L. e ODINET, G.: "Contrôle de conventionnalité: *in concreto veritas?*", *Actualité juridique de droit administratif*, 2016, p. 1398.

FULCHIRON, H. e BIDAUD-GARON, C.: "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1773.

FULCHIRON, H.: "Contrôle de proportionnalité ou décision en équité?", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1472.

GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels", *Recueil Dalloz*, 2019, p. 725.

GALLOUX, J.-C. e GAUMONT-PRAT, H.: "Droits et libertés corporels", *Recueil Dalloz*, 2017, p. 781.

GAUDEMET-TALLON, H. e JAULT-SESEKE, F.: "Droit international privé", *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1011.

GOUTTENOIRE, A.: "L'accès à la parenté pour toutes. La révolution de la loi de bioéthique du 2 août 2021", *La semaine juridique*, 27 septembre 2021, num. 39, p. 975.

GRANET-LAMBRECHTS, F.: "Droit de la filiation", *Recueil Dalloz*, 2017, p. 729.

GRANET-LAMBRECHTS, F.: "Droit de la filiation", *ivi*, 2011, p. 1585.

HAFTEL, B.: "Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1477.

HAUSER, J.: "État civil: après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli!", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 616.

HAUSER, J.: "GPA: inscription des enfants à l'état civil (suite)", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 819.

HAUSER, J.: "L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants: arrêt sur image de la maternité pour autrui", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 340.

HAUSER, J.: "Procréation médicalement assistée *post mortem*: le début du délitement?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 600.

HAUSER, J.: "Procréation médicalement assistée: le Conseil d'État a du cœur!", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 834.

HILT, P.: "Droit de la filiation", *Recueil Dalloz*, 2021, p. 657.

LABBÉE, X.: "La gestation pour autrui devant la Cour de cassation", *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1064.

LEROYER, A.-M.: "Le juge et le transfert d'embryon *post mortem*: illustration de l'arbitraire", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2020, p. 355.

MARGUÉNAUD, J.-P.: "L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 802.

MARGUÉNAUD, J.-P.: "L'interdiction de la procréation *post mortem* entre sursaut et sursis",

MARGUÉNAUD, J.-P.: "La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 835.

MESNIL, M.: "La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem*", *Actualité Dalloz*, 29 septembre 2023.

MONTECLER, M.-C.: "Insémination *post-mortem*: autorisation d'exportation de gamètes", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1470.

PASTOR, J.-M.: "Insémination *post mortem* à l'étranger: la CEDH respecte l'interdit français mais s'interroge", *Actualité juridique droit administrative*, 2023, p. 1631.

RÉGINE: "Droit et genre", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1007.

RÉGINE: "Droit et genre", *ivi*, 2017, p. 935.

RITLÉNG, D.: "Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - De l'office du juge des référés saisi de moyens d'inconventionnalité", *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 319.

SAULIER, M.: "L'interdiction vacillante de l'AMP *post mortem*?", *Actualité juridique famille*, 2023, p. 573.

SIFFREIN-BLANC, C.: "Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèche pour une insémination *post-mortem*", *Actualité juridique famille*, 2016, p. 439.

ORDINAMENTO GIURIDICO SPAGNOLO

FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: *Status” jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido “in vitro”, McGraw-Hill, Madrid, 1999.*

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Ad art. 9 LTRHA. Premoriencia del marido”, IN *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (diretti da J.A. COBACHO GÓMEZ e coordinati da J.J. INIESTA DELGADO), Cizur Menor, 2007.

FERRER SAPIÑA, R.: “Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 13, 1995.

INIESTA DELGADO, J.J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in *Tratado de Derecho de familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)* (diretto da M. YZQUIERDO TOLSADA e M. CUENA CASAS), Cizur Menor (Navarra), 2011.

LLEDÓ YAGÜE, F.: “Ad art. 9”, in *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Reproducción artificial “post mortem”: Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SALES PALLARÉS, L.: “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 8, febbraio, 2018.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español”, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (a cura di J. VIDAL MARTÍNEZ), Granada, 1998.

LA TRANSFORMACIÓN UNILATERAL DEL RÉGIMEN DE
VISITAS: DELEGACIÓN O ASUNCIÓN DEL CUIDADO DE
LOS MENORES POR LOS ABUELOS

*UNILATERAL TRANSFORMATION OF THE VISITING
ARRANGEMENTS: DELEGATION OR ASSUMPTION OF CARE OF
THE CHILDREN BY THE GRANDPARENTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 116-161



Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: En este trabajo nos proponemos analizar las últimas modificaciones que afectan al derecho de visita o de relación entre los hijos y sus padres, así como con sus abuelos. En especial estudiaremos aquellos casos en los que los padres delegan algunos de sus deberes a los abuelos para eludir sus responsabilidades parentales.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia, patria potestad, derecho de visitas, interés superior del menor, progenitores, abuelos, parientes, régimen de visitas, crisis familiar.

ABSTRACT: *In this paper we propose to analyse the latest modifications affecting visiting rights or the relationship between children and their parents, as well as grandparents. In particular will look those cases in which the parents delegate their parental responsibilities to the grandparents.*

KEY WORDS: *Guard and custody, parental authority, rights of access, best interest of the child parents, grandparents, relatives, visiting rights, family crisis.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS.- III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- IV. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.- V. EL DERECHO DEL PROGENITOR NO CUSTODIO A LAS VISITAS.- VII. EL DERECHO DE LOS ABUELOS A LAS VISITAS.-VII. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.- I. Modificación de las medidas por variación de las circunstancias.- 2. Modificación de las medidas por incumplimientos del régimen visitas.- 3. Modificación de las medidas por suspensión de la patria potestad.- 4. Modificación de las visitas por motivos legalmente tasados.- VIII. INCUMPLIMIENTOS POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.- I. Incumplimientos del régimen visitas con derivación de responsabilidades a otros parientes.- 2. Recogida de los menores por terceras personas.- 3. Delegación de las estancias de los menores a terceras personas.- 4. Progenitores no custodios que nunca tienen consigo a sus hijos ni los derivan a familiares.-

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad con su progenitor no custodio al que con frecuencia se le denomina de manera más abreviada como derecho de visitas se trata de un complejo derecho-deber de los progenitores que no tienen la guarda y custodia a relacionarse y comunicarse con sus hijos e hijas menores. Este derecho aparece regulado de manera un tanto dispersa en el Código Civil. La regulación de esta figura se efectúa principalmente en los arts. arts. 90. 1 y 2, 94, 103, 160 y 161 CC y en el art. 776.3º LEC¹. En la doctrina se ha criticado el empleo del término derecho de visita por ser insuficiente para denominar a una figura cuyo contenido es más amplio². El término visitar en sentido estricto únicamente significa “ir a ver a alguien en el lugar en que se halla”³. De modo que desde el punto de vista del menor, la visita supondría que este es trasladado al domicilio del progenitor no custodio u otro lugar como puede ser un Punto de Encuentro Familiar (en adelante PEF para estar con este). Desde el punto de vista del progenitor es el derecho a tener al menor consigo durante un tiempo. Dentro del término visita en sentido estricto no está incluido el denominado régimen de comunicación al que se hace referencia en los arts. 90.1.a) y b); 90.2.III; 92.10; 94.I y IV; 94.VI; 103.1ª; 158.5º y 6º; 161; 172 ter I.III; 178.4 I y III, todos ellos del CC. No obstante, el derecho de visita en sentido amplio si que comprende el derecho de comunicación. Este derecho de visita también se

1 El presente trabajo se enmarca en el Proyecto MINECO PID2022-139899OB-I00 (NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO BIOMÉDICO EN LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DE LAS PERSONAS MAYORES) del que Esther Algarra Prats y Javier Barceló Doménech son los Investigadores Principales.

2 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 94 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo I* (Arts. I a 151) (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 975.

3 Esta es la acepción que del diccionario RAE, actualización 2023 que entre otros sinónimos utiliza los de: ver, presentarse, asistir, citar. Disponible en: <https://dle.rae.es/visitar?m=form>. Consultado: 10-12-2023.

• Federico Arnau Moya

Profesor Contratado Doctor Derecho civil. Universitat Jaume I (España). Orcid 0000-0002-8434-6708. Correo electrónico: arnauf@uji.es

reconoce a los abuelos, hermanos y allegados de los hijos menores en toda una serie de preceptos (art. 90.I.b; 90.2.III, 94 VI, 103.Iª. II y 160.2 CC).

En la doctrina se prefiere la utilización del término más preciso de “derecho a relacionarse” puesto que incluye tanto el derecho de visitas (breves estancias intersemanales sin derecho de pernocta) como el de estancia (períodos de varios días de estancia con pernocta) y el de comunicación. Nos adherimos a esta corriente⁴. No obstante, en cuanto al contenido del derecho a relacionarse nos parece incluso más adecuado la supresión del término visitas y emplear la referencia más precisa al derecho del progenitor no custodio a estar con sus hijos tal como se hace en el art. 90.I.a), así como el derecho de los hijos a estar con su progenitor. Dentro de este derecho de estancia se incluirían las visitas intersemanales, con o sin pernocta, también los regímenes estándar de fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares, así como toda la serie de días especiales señalados en el convenio regulador o el las medidas definitivas⁵. De modo nos parece correcto utilizar la expresión derecho a relacionarse o derecho de relación y a su vez dentro del mismo distinguir entre un régimen de estancia y otro de relación con el no conviviente⁶. No obstante, como tantas veces sucede en nuestro Derecho, nos encontramos ante una expresión cuyo uso está tan sumamente consolidado entre la doctrina y la jurisprudencia que se hace difícil rehuir del empleo del término visitas que continuaremos utilizando en nuestro trabajo.

4 En la doctrina se estima más correcto el término “relaciones personales» por ser mucho más amplio que el de “visitas”. Vid. BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre”, *Anuario de derechos humanos*, nº 6, 2005, p. 47; CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3, 2015, p. 210; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Barcelona, J.M.Bosch, 1997, p. 23. LINACERO DE LA FUENTE, M.: “La patria potestad. Responsabilidad parental”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M., LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.487, se refiere al derecho de relacionarse con el hijo. MUÑOZ RODRIGO, R.: “El régimen de visitas, comunicación y estancia”, en AA.VV.: *GPS Familia* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 177, también señala que resulta más adecuada la expresión “derecho a relacionarse” que el de visitas, puesto que el primer término incluye tanto el derecho de visitas, como el de estancia y el de comunicación. HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, p. 1299, estima que “la expresión “relacionarse” ha de entenderse en un sentido amplio, incluyendo un variado abanico de posibilidades, desde la simple visita, hasta un contacto personal más constante y prolongado, pasando por el establecimiento de comunicaciones de todo tipo con el menor (telefónicas, epistolares, electrónicas, a través de las redes sociales, vía whatsapp, etc.).

5 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p.976.

6 Una crítica al término “visitas” lo podemos encontrar en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013 (ANTEPROYECTO, 2013) que no llegó a ver la luz por la disolución de la cortes en octubre de 2015. En el apartado IV de la Exposición de Motivos se estima que el concepto de visitas “se queda corto y obsoleto para las pretensiones de la reforma, que persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor. Por ello, se ha superado dicho término y ahora no se habla de guardador o custodio, o de visitas en relación con las relaciones con los progenitores, sino de convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente”.

En los últimos años el derecho de relación personal entre padres e hijos ha sido objeto de diversas reformas legislativas de diverso calado. Nos vamos a ceñir a las más recientes, este es el caso de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La citada ley modifica los siguientes artículos del Código civil: el art. 91 CC (introduce un nuevo segundo párrafo), redacta de nuevo los arts. 94 y 96, modifica los arts. 154, 156, 158; 172. y nuevo art. 237 (guarda de hecho del menor). También modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, en especial algunos artículos comprendidos dentro del Capítulo IV que gira bajo el epígrafe De los procesos matrimoniales y de menores (arts. 769-777) que a su vez está ubicado en el Título I (De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores). Los preceptos modificados han sido el art. 770 (se modifica la regla 4ª y se introduce una regla 8ª); art. 771 (nueva redacción apartado 2); art. 775 (se modifica el apartado 1); art. 777 (se modifican apartados 5, 8 y 10). La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, ha modificado el ca el art. 90 CC añadiendo un nuevo apartado “b) bis” y modificando los apartados 2 y 3. También modifica el apartado primero del art. 91 CC. Introduce un nuevo art. 94 bis (régimen de custodia y visitas para los animales de compañía). Introduce una nueva medida I bis en el art. 103 CC. También modifica el apartado 2 del art. 771 LEC y el apartado I art. 774 LEC. Ley 16/2022 introduce un nuevo apartado 7 al art. 92 CC que ya había sido objeto de sucesivas modificaciones tanto por la Ley 8/2021 como por la Ley 17/2021. Finalmente, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, ha modificado el art. 776 LEC (ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas).

El objeto de este trabajo, además de analizar el alcance de las citadas reformas, se va centrar en una de las diferentes modalidades de incumplimiento del derecho de estancia del progenitor no custodio. Se trata de incumplimientos, en los que el progenitor desatiende tanto su obligación de recoger a los menores como su deber de tenerlos consigo los períodos de tiempo que se han fijado en el convenio regulador o en las medidas definitivas. En los casos que analizaremos más adelante, el progenitor no custodio delega estas funciones a miembros de su familia extensa. Como veremos, dependiendo de las veces en que se repita este comportamiento, así como de la justificación o no de estas delegaciones, podremos encontrarnos ante incumplimientos que pueden llegar no solo a la privación del derecho de vista sino también al del ejercicio de la patria potestad.

II. LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITAS.

Tras una situación de crisis matrimonial, o de pareja de hecho, en la que existen hijos comunes menores de edad y se ha acudido a un proceso de nulidad, separación o divorcio judicial o un proceso de guarda y alimentos en favor de los hijos en las parejas de hecho, en la sentencia se tendrán que recoger toda una serie de medidas en las que se regularán las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges⁷, así como la de estos con sus hijos comunes e incluso con sus animales de compañía⁸. Este tipo de medidas también se pueden recoger en un proceso de determinación de la filiación.

Estas disposiciones relativas a la guarda y custodia, así como el derecho de visitas de los progenitores podrán establecerse de mutuo acuerdo en el convenio regulador (art. 90 CC) o bien puede dictarlas, con carácter definitivo, la autoridad judicial al dictar sentencia (arts. 91 a 101 CC). Las medidas definitivas, en su caso, sustituirán a las medidas previas que se dictaron antes de presentar la demanda de nulidad, separación, divorcio o de guarda y custodia y alimentos de menores (medidas provisionales previas o provisionalísimas ex arts. 104 CC y 771 LEC)⁹. También sustituirán, a las dictadas por la autoridad judicial junto con la presentación de aquellas demandas para regular la situación de cónyuges e hijos mientras se sustancia el procedimiento de separación, divorcio o nulidad (medidas provisionales coetáneas contempladas en los arts. 102 a 106 CC y 773 LEC)¹⁰. En la doctrina se reconoce que las medidas relativas a la guarda y custodia compartida

- 7 ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita. comunicación y estancia de los menores*, Wolter-Kluwers, las Rozas (Madrid) 2019, establece un elenco de supuestos de hecho que tienen pueden provocar la necesidad del establecimiento de un derecho de visita: en primer lugar, cuando los progenitores han roto la convivencia, con independencia de que hubieran estado casados o unidos formando una pareja *more uxorio*. También en el caso de que el menor hubiera nacido fruto de relaciones esporádicas entre padres que nunca han convivido. Asimismo, en el caso del derecho de visita con otros hermanos menores cuya guarda y custodia ha sido repartida entre sus padres; con hermanos mayores de edad o emancipados a quienes se les niega el contacto con sus hermanos menores, sean estos de doble vínculo o de vínculo sencillo; con abuelos, tíos, acogedores, compañeros del padre o de la madre con las que el menor ha convivido hasta la crisis de pareja; con padres privados de la patria potestad y un largo etcétera.
- 8 El divorcio o separación de mutuo acuerdo ante Notario introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 15/2015 de 2 de Julio de Jurisdicción Voluntaria, no es de aplicación cuando existan hijos comunes menores de edad no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores (arts. 81, 82 y 87 CC).
- 9 LINACERO DE LA FUENTE, M.: "Nulidad, separación y divorcio", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M., LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p.221, estima que las medidas "previas" a la demanda (antes llamadas medidas provisionalísimas) son aquellas que se pueden adoptar antes de la interposición de la demanda. Se fundamentan en el mero propósito de solicitar la nulidad, separación y divorcio y tienen una duración muy breve de 30 días (artículos 104.2º CC y 771.5 LEC).
- 10 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", en AA.VV.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 129, destaca que las llamadas medidas "provisionales" se acuerdan al inicio del procedimiento judicial; porque hay temas de tal importancia, que han de ser resueltos cautelarmente mientras se tramita el juicio, sin poder esperar a la sentencia firme de nulidad separación o divorcio. Entre otras cuestiones, habrá que decidir con qué progenitor se quedan los hijos menores de edad, el régimen de visitas en favor del progenitor no custodio, quién continúa en el uso de la vivienda familiar o la contribución de cada uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio.

también pueden adoptarse en medidas provisionales, aunque no se diga nada en el art. 103 CC¹¹.

Las medidas definitivas, aun a pesar de su nombre, son susceptibles de modificación cuando por el transcurso del tiempo se alteren sustancialmente las circunstancias que concurrieron en el momento de dictarse aquellas medidas¹². Entre las diferentes medidas relativas a los hijos, a los efectos de este trabajo, solo vamos a tener en cuenta las relativas a la guarda y custodia, la patria potestad y el denominado derecho de visita o de relación personal por estar entrelazados entre sí.

Estas medidas es aconsejable que se establezcan siguiendo un determinado orden como el que se propone en el art. 90.I. CC para fijar los extremos que han de incluirse en el convenio regulador: en primer lugar, hay que determinar con quien quedan los hijos sujetos a la patria potestad. En segundo lugar, hay que determinar cómo se efectuará el ejercicio de la patria potestad. En tercer lugar, hay que establecer el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no custodio.

La primera cuestión a dilucidar es la determinación del progenitor con el que han de quedar los hijos comunes sujetos a la patria potestad, es decir que se tiene que fijar quien va ostentar la guarda y custodia de acuerdo a las previsiones de los arts. 90.I.a); 94.I, 103.I, 104.I y 106.I CC. La guarda y custodia podrá tener carácter exclusivo (monoparental o individual), cuando recae en un único progenitor teniendo el otro a su favor un régimen de visitas intersemanal, de fines de semana y de vacaciones. La guarda y custodia tendrá carácter compartido (guarda y custodia compartida o distributiva) cuando recaiga en ambos progenitores y supone- como regla general- un traslado alternativo por lapsos de tiempo determinados a la vivienda de cada uno de los progenitores. Esta decisión respecto a que la custodia sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges puede acordarse por los progenitores en el convenio regulador que tendrá que homologarse judicialmente (art. 91. I CC). En el caso de que los padres vivieran separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que

11 LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: "Comentario al art. 103", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, tomo II*, (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1006.

12 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", cit., p. 130, señala que la jurisprudencia ha establecido que, para proceder a un cambio del régimen de custodia, no es preciso que el cambio de circunstancias sea "sustancial" como aparece en el art. 91 I in fine, sino que es suficiente con que sea "cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor. En ese sentido se pronuncia la STS 5 abril 2019 (Tol 7216461). Este mismo autor también cita la STS 24 septiembre 2019 (Tol 7503994), que modificó el régimen de custodia (de monoparental a compartida) respecto de una niña que, cuando se acordó la custodia exclusiva en favor de la madre, tenía 2 años, frente a los 12 actuales, siendo prácticamente idéntico el tiempo que pasan ambos progenitores con la menor.

fueran mayores de doce años" (art. 159 CC). La patria potestad también puede ejercitarse total o parcialmente por uno de los cónyuges (art. 92.4 CC) o por cualquiera de los progenitores, aunque no estén casados.

La guarda y custodia podrá ser compartida si los padres así lo solicitan de mutuo acuerdo en el convenio regulador o a lo largo del procedimiento (art. 92.5 CC). Con independencia de la modalidad de guarda y custodia solicitada por los cónyuges el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, por alguno de los miembros del Equipo Técnico Judicial o por el propio menor (art. 92.6 CC). Excepcionalmente, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida cuando se solicite por una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, fundamentándolo en que sólo de esta forma se protege el interés superior del menor¹³.

En el nuevo párrafo II del art. 91, introducido por la Ley 8/2021, se establece que cuando al tiempo de la "nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad".

En segundo lugar, habrá que establecer aquellas medidas que, en su caso, puedan afectar a la patria potestad. No obstante, respecto de esta figura, siempre que se produce un supuesto de separación, o ruptura y disolución vínculo conyugal (o separación de la pareja de hecho), lo normal es que los hijos menores de edad queden bajo la patria potestad de ambos progenitores, salvo los casos en los que por resolución judicial se produce la privación de la misma a uno de los padres¹⁴. Cuestión diferente es el ejercicio de la patria potestad que en principio la ostenta quien tiene la guarda y custodia sobre los hijos comunes. Sin embargo, en los casos en los que haya acuerdo entre los progenitores son ellos quienes pueden recoger en el convenio regulador las cuestiones relativas al cuidado de los hijos. En el art. 90.1.a) CC se exige que en el convenio se contenga el extremo relativo al

13 El término "favorable" del apartado 8.º del artículo 92 ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 183/2021 (Pleno) 17 octubre 2012 (RTC 2012,103) por entenderse que no hay ningún argumento que justifique la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto del Ministerio Fiscal. Además, la imposición de ese dictamen obstativo, entra en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor.

14 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", cit., pp. 131-132, estima que la existencia de una separación o divorcio no es suficiente para afectar a titularidad de la patria potestad puesto que esta deriva de la relación paterno-filial y no del matrimonio de los progenitores. No obstante, la autoridad judicial podrá privar de la patria potestad si en el proceso se revela causa para ello (art. 92.3 CC), lo que tendrá lugar si se ha producido un incumplimiento grave de los deberes inherentes a ella (art. 170.1.CC).

“cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos” así como “el ejercicio de ésta”. Es de destacar que en la actual redacción del art. 160 CC se reconoce el derecho de los hijos menores a “relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga de otra cosa por resolución judicial [...]”. En este precepto también se contempla la posibilidad de que se facilite al menor el traslado a un centro penitenciario en caso de privación de libertad de uno de los progenitores, siempre que el interés superior del menor recomiende aquellas visitas¹⁵.

La tercera medida que habrá que adoptar, en el caso de que se haya establecido una guarda y custodia monoparental será la de determinar el régimen de comunicación y estancia de los hijos menores con el progenitor que no viva habitualmente con ellos [arts. 90.I.a); 94.I, 103.I, 104.I, 106.I CC]. Este mismo derecho de visitas, comunicación y tenencia también podrá solicitarse por el progenitor no custodio respecto de sus hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyos. Esta cuestión también ha sido introducida por la Ley 8/2021 al modificar los arts. 91.II; 94 y 172 bis I y 173. I CC. El régimen de comunicación y estancia no sólo se aplica con la guarda y custodia monoparental puesto que también cabe con la custodia compartida. En este caso, una vez fijado cada cuanto tiempo corresponde a los menores vivir con cada progenitor (por lo general una semana alterna), también habría que establecer un régimen de comunicación y, opcionalmente uno de visitas intersemanales. En la custodia compartida también hay que delimitar las cuestiones organizativas respecto del cambio de turno: quien es el encargado de recoger a los menores cada vez que empieza un turno y quien tiene la obligación de reintegrarlo al otro domicilio cuando finaliza la estancia.

Entre los preceptos relativos al derecho de visita destacan los siguientes artículos: en primer lugar, el art. 90.I.a) CC relativo a uno de los extremos que necesariamente ha de incluir todo convenio regulador, en concreto “El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”. En sede de medidas definitivas, el art. 92.2 CC (modificado por la Ley 8/2021) establece que cuando la autoridad judicial deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, cuidado y educación de los hijos menores tendrá que velar por su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor en esta cuestión. En el art. 94.I CC (modificado por la Ley 8/2021), también relativo a las medidas definitivas, se

15 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, cit., pp. 1299-1300, estima que la consideración como derecho del menor que hace el art. 160 CC, no significa que los progenitores dejen de tener de derecho alguno a relacionarse con el menor, puesto que el art. 94 CC, en sede de nulidad, separación y divorcio, continúa refiriéndose al derecho de los progenitores a visitar, comunicarse y tener en su compañía a los hijos. Se trata de dos caras de una misma moneda, si bien tiene prevalencia el derecho de los menores como consecuencia del interés superior del menor.

establece que “La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. En el art. 103.1ª. I CC, relativo a las medidas provisionales coetáneas, se señala que será el juez, quien determine con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos. Asimismo, determinará “la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”. Entendemos, que este precepto se aplica en el caso de no existir acuerdo de los progenitores manifestado en forma de convenio regulador o para el caso de que este no sea homologado por el juez¹⁶. Estas medidas también pueden solicitarse antes de presentarse la demanda de separación, divorcio, nulidad o alimentos y guarda de hijos comunes, es decir como medidas provisionales previas o provisionalísimas de acuerdo con el art. 104 CC. En el caso de que los padres vivan separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años” (art. 159 CC). Este régimen de visitas, en circunstancias normales, adopta la forma del denominado régimen ordinario, que ha sido fijado por la praxis judicial y que comprende los fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde o sábado por la mañana, hasta la tarde-noche del domingo¹⁷. Por el contrario, será un régimen extraordinario de medidas el que se acuerda para los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano que serán repartidas entre ambos progenitores. En todo caso el Juez será quien en última instancia determine el tiempo, el modo y el lugar del ejercicio de este derecho de visita, de manera que podrá limitarlo o suspenderlo, siempre en beneficio o interés del menor, cuando se produzca un cambio de las circunstancias o cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. En este sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia¹⁸.

16 UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Comentario a la STS 1 octubre 2010 (RJ 2010, 7302)”, CCJC, núm. 86/2011 (disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es>), dice que, en defecto de acuerdo, la decisión corresponderá a la autoridad judicial con arreglo a lo establecido en el art. 159 CC que, con carácter general, permite al Juez decidir “al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”. En este caso, “el Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. Esa medida se decidirá siempre en beneficio de los hijos.

17 Así se ha fijado entre muchísimas otras en las SSAAPP Pontevedra 19 diciembre 2007 (JUR 2008, 81387) y Álava (Sec. 1ª) 5 julio 2011 (JUR 2012, 45239). También podría considerarse dentro del régimen ordinario la fijación de un día intersemanal sin pernocta, como indican las SSAAP Barcelona (Sec. 12ª) 5 junio 2019 (JUR 2019, 185070), Salamanca (Sec.1ª) 2 mayo 2019 (JUR 2019, 177627) o dos días intersemanales sin pernocta como señala la SAP Málaga (Sec.1ª) 15 noviembre 2018 (JUR 2019, 166042) o uno con pernocta, como señala la SAP Valencia (Sec.10ª) 16 junio 2003 (JUR 2003,190474).

18 Así, la STS 25 abril 2011 (RJ 2011, 3711) establece que la decisión sobre el derecho de visitas deber ser dictada teniendo en cuenta siempre el interés del menor ya que puede ser objeto de revisión según las circunstancias de cada momento. Realmente son numerosas las sentencias del Alto Tribunal en las que se hace referencia al principio del interés superior del menor. Así las SSTs 19 de abril de 2022 (Tol 8916983), 22 de junio de 2021 (Tol 8495897); 31 de mayo de 2021 (Tol 8463907); 6 julio 2020 (Tol 8000147); 28

En medio de estas medidas hay que destacar la prevista en el art. 103.1.II establece como excepción que los hijos menores puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. Se trata de supuestos excepcionales en los que ambos progenitores han dejado de cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad por motivos como la drogadicción, ingreso en prisión, entre otros. También está el caso de que sólo existe un progenitor por haber fallecido el otro o por no haber sido nunca determinado. No obstante, más adelante volveremos a pronunciarnos sobre esta medida.

El procedimiento a seguir para la delimitación y ejecución del régimen de visitas está regulado en la LEC en el Capítulo IV, bajo el epígrafe “De los procesos matrimoniales y de menores” (arts. 769 a 778), dentro del Título I “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores” dentro del Libro IV “De los procesos especiales”. El art. 770 remite al juicio verbal teniendo en cuenta las reglas previstas en los arts. 748 y siguientes. LEC. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (en adelante LJV), también tiene algunos preceptos aplicables al derecho de visitas dentro de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia del título II. En concreto, dentro de la Sección 3ª “De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad” hay que destacar el art. 87.1.a) que permite, entre otros, la aplicación de la LJV para la adopción de las medidas de protección de los menores que establece el art. 158 CC (modificado por la Ley 8/2021). Entre estas medidas están las de los apartados 4º y 5º que contemplan la prohibición de aproximación y, comunicación con el menor que puede imponerse a los progenitores y cualquier otra persona. En el apartado 6º se prevé “la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

Otra cuestión a tener en cuenta respecto al régimen de visitas es que cabe establecer un régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos [arts. 90.1.b); 90.2. III; 94.VI; 103.1ª.II y 161 CC], al que nos referiremos más adelante. Este derecho de los abuelos (o de los hermanos u otros familiares o allegados)

enero 2020 (Tol 7831825); 16 enero 2020 (Tol 7698821); 11 abril 2018 (RJ 2018, 1729), 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2219), 26 noviembre 2015 (2015,5624), 23 septiembre 2015 (RJ 2015,022), 10 julio 2015 (RJ 2015,564), 31 enero 2013 (RJ 2013,27), 11 febrero 2011 (RJ 2011,311), 29 noviembre 2010 (RJ 2011,546), 14 julio 2010 (RJ 2010,045), 1 octubre 2010 (RJ 2010,302), 11 marzo 2010 (RJ 2010,302) y 28 septiembre 2009 (RJ 2009, 7257). También se han pronunciado en parecido sentido las SSTC 113/2021, de 31 de mayo (Tol 8486040); 178/2020, de 14 de diciembre (Tol 8441207) y 81/2021, de 19 de abril (Tol 8420784).

a relacionarse con los menores está vigente en nuestro país desde la publicación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos que modificó los arts. 90, 94, 160 y 161 para incluir aquel derecho.

Una última cuestión, relativamente novedosa, es que como consecuencia de la Ley 17/2021, se ha introducido un nuevo 90.1.b) bis que permite que en el convenio regulador se regule sólo “el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal”. Además, se establece “el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal”. Otros preceptos relativos al destino de los animales tras la crisis de pareja, son los arts. 90.1.b) bis, 90.2. II; 90.3. II, 94 bis, 103.1.^a bis¹⁹.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El art. 2 de 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 (en adelante LOPJM), contiene una prolija regulación del interés superior del menor²⁰. En su apartado primero, modificado por la Ley 8/2021 se establece que “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”²¹. De entre el resto de apartados de este precepto,

19 Respecto de los animales domésticos y crisis familiares pueden consultarse las siguientes obras: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una ‘pertenencia’ de la vivienda familiar?”, *Actualidad Civil*, nº 7-8, sección persona y derechos, nº7, 2020. GARCÍA MAYO, M.: “El concepto de animal doméstico y de compañía”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales: Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (coords. M. GARCÍA MAYO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA). Reus, Madrid, 2022, pp. 129-155.

20 El art. 39 CE establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Entre estos tratados internacionales ratificados en los últimos años por España, destaca la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. Asimismo, es de destacar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. A nivel europeo es destacable Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

21 Señala BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y la custodia”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre 2014, p. 3289 que el interés superior del menor es el criterio preferente en todas las normas nacionales e internacionales. En el caso de la atribución de la guarda y custodia será el criterio preferente. De modo similar se manifiesta TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008 octubre-diciembre, p.37.

a los efectos de la institución de la guarda y custodia y del derecho de relación de los progenitores con sus hijos es de destacar el apartado 2 que establece que a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: “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”. Asimismo, en el apartado 3 se establece que los criterios del apartado anterior se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) la edad y madurez del menor. Finalmente, en el apartado 4 se establece que “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Todo lo anterior “obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro régimen de visitas del menor con su padre, que le permite ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial”²². En realidad, el principio del interés superior, que es un concepto jurídico indeterminado, como ya se ha visto se incluye como una especie de coetilla de estilo en la gran mayoría de preceptos relativos a las medidas que pueden adoptarse con un menor en los procesos de familia. En el caso del derecho de visita cualquier previsión de los artículos que regulan esta materia podrán no aplicarse si suponen una contravención de aquel principio. En la doctrina se ha señalado que la utilización de un concepto jurídico indeterminado como el del interés del menor presenta el inconveniente de que se acuda a él para fundamentar la decisión concreta que se adopte, pero sin entrar a motivarla debidamente²³.

22 Así se contempla en la SAP Madrid (Sec. 22ª) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152720). Para la SAP Soria (Sec.1ª) 24 junio 2002 (JUR 2002, 212823) señala que cualquier caso, el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él no es incondicionado en su ejercicio, sino que está subordinado al interés o beneficio del hijo (“favor filii”), criterio básico que ha de guiar las medidas judiciales al respecto del derecho de comunicaciones y visitas para el progenitor no custodio.

23 Compartimos sin ningún género de duda la opinión en ese sentido de BARCELÓ DOMÈNECH, J.: “El interés del menor como criterio de aplicación de la ley valenciana de relaciones familiares”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p.800. Este autor, también advierte de que hay que huir de las excesivas generalizaciones amparándose en este principio y que es necesario en todo caso examinar las circunstancias para resolver aquello que resulte más favorable a los intereses del menor.

En consecuencia, todas las cuestiones que afecten a los menores de edad en materia de guarda y custodia, patria potestad y régimen de visitas se tendrán que adoptar atendiendo a su interés superior contemplado en el art. 2 de la LOPJM²⁴. El legislador se refiere al interés del menor en multitud de preceptos que afectan al ámbito de nuestro trabajo. Así sucede con el art. 90.1b) CC que contempla el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos teniendo en cuenta el interés de los primeros. En el art. 92.2 CC se establece que el Juez cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. La novedad, que se introduce con la modificación de este precepto por la Ley 8/2021 es que la autoridad judicial “emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”. En el art. 92.4 CC también encontramos una referencia implícita al interés del menor al decir que “los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”. En el art. 92.8 CC se prevé que se acuerde la guarda y custodia compartida a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, si de esa manera se protege adecuadamente el interés superior del menor²⁵. Nuevamente, en el art. 94 VI CC se exige que se resuelva en cuenta el interés del menor para determinar el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos. En la nueva versión del precepto (modificado por Ley 8/2021) se amplía este derecho a quienes tengan la condición de hermano, pariente o allegado. Este mismo derecho ahora se reconoce a estas personas respecto de la persona mayor con discapacidad que precise de apoyo para tomar la decisión. Asimismo, en el art. 103.I CC, relativo a las medidas provisionales una vez admitida la demanda, se exige la concurrencia del interés de los hijos para determinar con que cónyuge han de quedar los hijos menores y determinar la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia ha de cumplir el deber de velar por aquellos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. En el art. 103.I.II se establece que excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, aunque no se haga referencia alguna al interés de los menores este también tendrá que ser tenido en cuenta de modo similar a lo previsto en el anterior párrafo del mismo precepto. Nuevamente, hay referencia a este interés en el art. 154 CC donde se dice que la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas. En el art. 156.V CC, en caso de progenitores separados, la autoridad judicial podrá determinar, en interés del hijo, a solicitud del progenitor no custodio que se atribuya “al solicitante la patria potestad para que la ejerza

24 LOPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario al art. 103”, cit., p. 1006.

25 El inciso «favorable» que se contenía en la redacción del apartado 8.º del artículo 92, dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 184/2012 (Pleno) 17 octubre 2012.

conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

En la anterior redacción del art. 158. 6° CC se garantizaba que el menor pudiera ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses cuando se tuviera que dictar alguna de las medidas previstas en el art. 158 CC como son, entre otras, las relativas a la prohibición aproximarse al menor o de comunicación con el mismo. En la nueva redacción del art. 158 CC, sin embargo, desaparece la referencia al interés del menor. No obstante, en la nueva versión del apartado 6°. II de ese precepto (introducido por la Ley 8/2021) se establece que todas la medidas allí contempladas podrán adoptarse “podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad”, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma”, de donde cabe inferir que el interés del menor se entiende implícito en la audiencia del mismo. En el art. 160.I CC después de decir que los menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, se permite que la Administración, en caso de privación de libertad de uno de los progenitores, facilite el traslado del menor acompañado al centro penitenciario si el interés del menor recomienda visitas a aquellos. En el art. 161 CC, se permite, en interés del menor, la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados con los menores que estén en situación de desamparo en una Entidad Pública²⁶. En el art. 163 CC se establece el nombramiento de un defensor judicial siempre que alguno de los progenitores tenga un interés opuesto al de sus hijos no emancipados y de los menores emancipados cuya capacidad haya que completar. El defensor los representará dentro y fuera de juicio²⁷. Si el conflicto fuera sólo con un progenitor corresponde de manera automática por Ley representar al menor o complementar su capacidad.

26 MUÑOZ RODRIGO, G.: “El régimen de visitas”, cit., p. 182, se refiere al derecho de comunicaciones como la posibilidad que tiene el progenitor no custodio de comunicarse con el menor por cualquier vía; aquí entrarían tanto las clásicas vías epistolar o telefónica, como las nuevas tecnologías cartas o comunicaciones (WhatsApp, Telegram, Skype, FaceTime, Facebook, etc.). Señala este autor como en algunas sentencias, ante la falta de acuerdo de los progenitores, ya se ha acotado un tiempo máximo para la duración de estas comunicaciones, así como un determinado horario para no interferir en los tiempos de descanso y estudio del menor. Este es el caso de la SAP Barcelona (Sec. 12ª) 28 junio 2018 (Tol 6673534) para la que lo habitual suele ser establecer que las comunicaciones podrán realizarse los martes y los jueves entre las 20:00 y las 20,15 h con una duración máxima de 20 minutos. Se requiere de forma expresa en la sentencia a que la madre facilite el número de teléfono al que podrá llamar el padre.

27 La redacción del precepto ha sido ligeramente modificada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas, si bien se ha limitado a sustituir la expresión “el padre y la madre” por la de los “progenitores”. Sin embargo, ha dejado sin modificar la expresión “hijo” que aparece en el mismo precepto.

En el art. 170.II CC se posibilita la recuperación de la patria potestad del progenitor que hubiera sido privado de aquella cuando cese la causa que motivó aquella privación, siempre en beneficio e interés del hijo²⁸. La referencia al interés superior del menor también se encuentra presente en la mayoría de los artículos del Código civil relativos a la guarda y acogimiento de menores (art. 172.1.III, 172.3, 172.4. II, 172 bis 1, 172 ter 1, 172 ter 3, 172 ter 3.II, 173.4.b), 173 bis 2.a).b) y c), 174.2. Este interés del menor también está presente en las decisiones que afectan a la adopción: art. 176.1, 176 bis 2, 178.4 I y II. También hay referencias al interés del menor en la tutela: arts. 200.I, 203, 213.IV, 214, 217, 220, 222.II, 227, 229.II y III, 236).

El interés del menor también es mencionado en la LEC, así sucede con los arts. 141 bis, 164 I y II, 749.I. Otras referencias al interés del menor directamente relacionadas con el tema de nuestro estudio se encuentran en el art. 749 II.2 LEC (modificado por la Ley 8/2021) donde se establece como preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal. El art. 751 LEC relativo a la indisponibilidad del objeto del proceso. En el art. 770 LEC (modificado por Ley 8/2021) en las audiencias con hijos menores o con mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantiza por la autoridad judicial que aquellas “que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”. El art. 776.3º LEC (ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas) establece que “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas siempre y cuando sea acorde con la evaluación del interés superior del menor que haya sido realizada previamente”²⁹. En el art. 777.8.II LEC (modificado por Ley 8/2021) establece que sólo el Ministerio Fiscal podrá recurrir “sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio solo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o en aras de la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de los hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores”. En el art. 778 quáter 8º LEC se establece que durante todo el proceso de restitución de menores o su retorno a su lugar de procedencia se podrá acordar que se garanticen los derechos de estancia, visita, relación o comunicación del menor con el demandante si ello fuera conveniente a sus intereses. En el art. 778 quinquies 8.II, para idéntico procedimiento de restitución de menor o su retorno al lugar de procedencia, se establece que

28 La redacción del art. 170.I CC ha sido ligeramente modificada por la Ley 4/2023 al sustituir la expresión “el padre o la madre” por la de “progenitores”.

29 Este precepto ha sido modificado por el art. 103.121º del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

en la “exploración del menor se garantizará que el mismo pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar”. En el art. 778 quinquies 9, el Juez al dictar la sentencia en la que estime la restitución del menor o su retorno se dictará teniendo en cuenta su interés superior:

IV. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO.

El art. 9 LOPJM, en su nueva redacción efectuada por la LO 8/2015 establece que “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez [...]”³⁰. El derecho del menor a ser oído y escuchado se garantiza cuando tenga la suficiente madurez y en todo caso cuando tenga doce años cumplidos³¹. Este derecho está íntimamente unido al interés superior del menor³². En todo caso hay que tener presente que en todos aquellos casos en los que existan hijos menores de edad es obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal de acuerdo con lo establecido en los art. 771.2, 771.3 y 749.2 LEC.

30 El art. 9 LOPJM continúa diciendo que “En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

31 SSTS 30 noviembre 2020 (Tol 823047); 19 julio 2021 (Tol 8529820); 27 julio 2021 (Tol 8587710); 19 de abril 2022 (Tol 8916983).

32 ORDÁS ALONSO, M.: “6. El interés del menor como principio rector» en ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita*, cit., estima que ambos preceptos, 2 y 9 LOPJM, tienen funciones complementarias. El niño ya no es un receptor pasivo de los cuidados y atenciones de los adultos sino un protagonista activo, un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez, llamado a participar en todo proceso de toma de decisiones que le afecten.

En el Código civil, en materia de guarda y custodia, patria potestad y derecho de visitas, son varios los preceptos en los que se establece el derecho de los menores a ser oídos. Así el art. 92.2 CC establece que el juez al adoptar cualquier medida sobre “la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”. En el art. 154 IV se establece que si los menores tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En el nuevo inciso final de este apartado (introducido por la Ley 8/2021) se establece que “en todo caso, se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”. Asimismo, en el art. 156 III CC, reformado por la Ley 8/2021, pero sin ninguna nueva consecuencia jurídica de calado se establece que “en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”. En el inciso final, sí que se introduce un aspecto novedoso al establecer que: “en los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”. Finalmente, también se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, en el art. 158.6° CC cuando se adopte la medida prevista en el art. 158.4 CC de prohibición a los progenitores y otros parientes y terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y otros lugares que frecuente. En el apartado 5 de ese mismo precepto se establece la medida de prohibición de comunicación con el menor a las mismas personas que en el anterior apartado. En esta medida se prohíbe cualquier “contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad”³³. En el art. 159 CC se establece que “Si los padres viven

33 BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El interés superior”, cit., p.3286, enfatiza el hecho de que estas medidas pueden dictarse no solo en un proceso civil, sino también penal o bien de jurisdicción voluntaria. Por su parte, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II), Elderecho.com, enero 2017 (<https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-ii>), señala que esas medidas fueron modificadas por la Ley 26/2015, destaca que la novedad de la reforma estriba la posibilidad de imponer como medidas civiles de protección la prohibición de acercamiento (u orden de alejamiento) al menor o a la persona con capacidad modificada judicialmente. De modo parecido sucede con la prohibición de comunicarse a través de cualquier medio con aquellas personas.

separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

En la nueva redacción del art. 770.4 III LEC se establece que si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios menores “podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando”³⁴. En estas exploraciones de menores o de mayores con discapacidad que precisen del apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

No obstante, el derecho a ser oído no significa que el menor tenga que ser obligatoriamente oído en todos los procedimientos en los que el juez se tenga que pronunciar sobre las medidas relativas a la guarda y custodia y al derecho de visitas³⁵. El Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto en varias ocasiones³⁶.

V. EL DERECHO DEL PROGENITOR NO CUSTODIO A LAS VISITAS.

En la nueva redacción del art. 94. I CC, de modo similar a la anterior versión, se establece que “La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”³⁷. Este derecho de visita en favor de los progenitores se volvía a reiterar en el antiguo art. 160 CC (redactado por la Ley 13/2005) que establecía que “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución

34 Se modifica la regla 4ª y se añade la 8ª al 770 LEC por el art. 4.21 de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

35 A partir de la STC 163/2009, 29 junio 2009 (RTC 2009, 163) ya no se exige que la audiencia al menor se realice directamente por el Tribunal, pudiendo ser escuchados por profesionales cualificados.

36 ALONSO BEZOS, J.J.: “Guarda y custodia. Exploración del menor”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 9/2019 (disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es>) señala que el Tribunal Supremo en varias ocasiones se ha pronunciado sobre la validez de la decisión del juez de la no admisión o la no práctica de la exploración del menor cuando esta se fundamente de manera motivada teniendo en cuenta la situación y evolución del menor, y sobre todo, los beneficios, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez. Así, en las SSTs 10 julio 2015 (RJ 2015, 2564), 29 noviembre 2010 (RJ 2011, 1546) y 14 julio 2010 (RJ 2010, 6045).

37 Nueva redacción del art. 94 CC efectuada por el art. 2.10 de la Ley 8/2021.

judicial". Sin embargo, en la vigente redacción del art. 160 CC (redactado por la Ley 26/2015) este derecho que antes se configuraba en favor del progenitor, pasa ser titularidad del hijo menor en su apartado 1º al decir que: "Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161 [...]"³⁸. En el apartado 2º de este mismo precepto este derecho del menor a tener relaciones personales con sus progenitores se extiende a "sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados". Se precisa en este apartado que estas relaciones no podrán impedirse por la autoridad judicial sin justa causa.

De modo que en la actualidad en el art. 160 el derecho de visita se configura como un derecho de los hijos menores. Sin embargo, lo anterior es compatible con el art. 94 donde continúa manteniéndose como un derecho en favor del progenitor no custodio. De modo similar, puede afirmarse que el régimen de visitas del menor con sus abuelos (y otros familiares) es un derecho tanto de los menores como de sus ascendientes³⁹. No obstante, en caso de colusión de derechos el del menor tendrá carácter preferente sobre el de los progenitores y abuelos u otros familiares por aplicación de lo dispuesto en el art. 2. 4 LO 1/1996 al decir que "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"⁴⁰.

En la doctrina se ha llegado a decir que el derecho de visita es un derecho subjetivo puesto que confiere una esfera de poder a su titular; se trata de un poder jurídico institucionalizado y tipificado por el Ordenamiento que va más allá de una simple facultad desprendida de un derecho más amplio, que habilita a su titular

38 HERRERO OVIEDO, M.: "Comentario del art. 160", cit., p. 1299, señala que el TS ya había configurado el derecho de visita como un derecho del menor. Este era el caso de la STS 23 noviembre 1999 (Tol 5120625) que establece que los hijos menores son titulares del derecho a relacionarse con sus progenitores, derecho que contribuye al desarrollo de la personalidad afectiva del menor (y también del progenitor) convirtiéndose en un "factor fundamental" para este desarrollo.

39 CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El derecho de relación", cit., p. 208, estima que en el caso de los abuelos tal derecho corresponde tanto a aquellos como a los nietos, y por lo tanto la solicitud del régimen de visitas puede provenir tanto de los abuelos como de los nietos en el caso de que estos tengan la madurez suficiente de acuerdo con lo previsto en el art. 162.II.1º y 2º CC.

40 En la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017,2219) se reconoce que la comunicación y visitas del progenitor no custodio se configuran como un derecho del progenitor y al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. También se dice que: "El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176), con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la Constitución y resulta también del art. 92.4 y 8 y del art. 94 CC, que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor".

para ejercitar una serie de posibilidades de obrar (comunicar en varias formas, ver y visitar, albergar), tuteladas por la ley y por los tribunales⁴¹. En ocasiones se ha fundamentado este derecho en el art. 39 III CE puesto que es el instrumento adecuado para el cumplimiento del deber de asistencia impuesto por esta norma a los progenitores para con sus hijos⁴². Asimismo, este derecho forma parte del contenido esencial de la patria potestad contemplado en el art. 154 CC⁴³. La jurisprudencia ha venido considerando al derecho de visita del progenitor no custodio, no como un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene sólo por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado⁴⁴. En la doctrina se ha matizado que es un derecho-deber para los progenitores mientras que para los hijos es únicamente un derecho. En todo caso, el hecho de que se instaure en beneficio del menor permite que sea limitado o incluso suspendido en el caso de que perjudicase el interés superior del menor de aquél⁴⁵.

- 41 Defienden que el derecho de visitas es un derecho de la personalidad GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario a los artículos 42 a 107 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), 2ª ed. Edersa, Madrid, 1984, T.II, p.398. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, cit., p. 386. Algunas sentencias llegaron a acoger esta tesis como la SAP Cádiz junio 1992 (AC 1992, 846) al decir que: “el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin; tal derecho puede encuadrarse entre los de la personalidad y se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación jurídico familiar entre visitante y visitado”. En parecidos términos la SAP Madrid (Sec.22ª) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152720) “el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos”.
- 42 ROCA TRIAS, E.: “Comentario del art. 94 CC”, en AA.VV. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, T.I. p. 394. LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario del art. 94”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 964, también estima que el derecho de visita tiene su fundamento en el art. 39.I y 3 CE, el art. 154 CC y el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.
- 43 MUÑOZ RODRIGO, G.: “El régimen de visitas”, cit., p. 179. LINACERO DE LA FUENTE, M.: “La patria potestad”, cit., p.487, que este derecho-deber integra el contenido esencial de la patria potestad (art. 154 CC) y que en el ámbito de la separación y el divorcio el derecho-deber de comunicación se regula en el art. 94 CC.
- 44 En la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2219) se entiende “el sentido de las visitas como un derecho-deber, una función concebida en beneficio del menor, en la medida en que contribuye a un desarrollo del menor más íntegro que permite el mantenimiento de los lazos afectivos del menor con el progenitor con el que no convive, la sentencia Para la SAP Asturias (Sec. 6ª) 26 septiembre 2016 (JUR 2016, 226124), el régimen de comunicación o de permanencias entre los menores y el progenitor con el que no conviven, se trata de un derecho que ha de hacerse efectivo en interés de los hijos para procurarles su desarrollo integral, derecho prevalente o interés superior del menor, que viene reconocido, en este ámbito de las visitas, en la legislación internacional (art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989) En la SAP Madrid (Sec. 24ª) 16 julio 2021 (AC 2022, 651) se establece que el régimen de visitas, que es un derecho de los hijos y una obligación para los progenitores, en este caso, para la madre de facilitar las visitas y para el padre de cumplirlas. En la SAP Barcelona (Sec. 18ª) 20 febrero 2020 (AC 2020, 355) se dice que: “Existe un derecho del progenitor a relacionarse con el hijo, pero es un derecho complejo siendo al tiempo un deber en la medida en que el hijo necesita del afecto del padre y de la madre no custodios, pero también que éste lleve a cabo su labor educadora y formativa, y para ello debe existir la convivencia. Caso de vivir separadamente, el hijo tiene derecho a pasar períodos de tiempo con el progenitor no custodio y éste tiene el derecho a disfrutar de la compañía del hijo como también el deber de ayudarlo en su formarle y dedicarle tiempo y atención». En parecidos términos se pronuncian el AAP Córdoba (Sec. 1ª) 25 julio 2019 (JUR 2020, 11154), la SAP Madrid (Sec. 22) 22 marzo 2019 (JUR 2019, 152784) y la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.1ª) 16 enero 2012 (JUR 2012, 89717)”.
- 45 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, cit., p. 1302, estima que el derecho de los progenitores es de menor entidad que el de los menores, por lo que cederá cuando la autoridad judicial considere que se

VI. EL DERECHO DE LOS ABUELOS A LAS VISITAS.

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, en su Exposición de Motivos mantiene que para el menor el mantenimiento de relaciones familiares con sus abuelos incide positivamente en la estabilidad afectiva y personal del menor. De ahí que como consecuencia de esta ley se introducen varias modificaciones en el Código civil para reconocer este derecho tanto a los nietos como a los abuelos. Posteriormente, como consecuencia de otros cambios legislativos, este derecho en favor de los abuelos (y de los menores) se extiende a otras personas relacionadas con el menor como sus hermanos, otros familiares y allegados. En la doctrina se ha mantenido que cuando el legislador establece un régimen de comunicación y estancia de los abuelos con los nietos (o viceversa) está pensando en aquellos casos en los que no es posible la existencia de relaciones entre ambos a través de la guarda y custodia o el derecho de visita de sus progenitores. En consecuencia, la falta de relación o incluso hostilidad entre los abuelos y progenitores no son contempladas por los Tribunales como causa suficiente para denegar las relaciones abuelos-nietos; cuestión diferente es que la situación conflictiva afecte al propio menor y a su estabilidad emocional⁴⁶.

En la actualidad la regulación del derecho de relación entre el menor y sus abuelos, hermanos y otros allegados es la siguiente: en el art. 90.1 b) CC se establece que el convenio regulador podrá contemplar, si se considera necesario, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con sus abuelos. De la redacción del precepto se concluye que se trata de un extremo que si bien puede incluirse en el convenio regulador no tiene la condición de obligatorio. Tampoco puede inferirse que se trate de un derecho en favor de los hijos ni de los abuelos. Nuevamente en el art. 90.2.III CC se establece con carácter potestativo que las partes puedan proponer un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos. En este caso, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos tendrá que hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. En el art. 94.VI CC, reformado por la Ley 8/2021, sí que se refiere al reconocimiento del derecho de comunicación y visita, previsto en el art. 160.2 CC, en favor de hermano, abuelo, pariente o allegado del hijo menor o de aquel mayor con discapacidad. Para que la autoridad judicial adopte esta medida definitiva se exige la previa audiencia de los progenitores y de quien lo

pone en peligro el interés superior del menor (art. 94 IV CC). Como sucede ante episodios de violencia del progenitor hacia el otro progenitor o contra el menor.

46 MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, pp.258-259.

hubiera solicitado. De este artículo cabe destacar que en su nueva redacción se amplía el número de titulares de este derecho que ahora, además de los abuelos, incluye a los hermanos, parientes y allegados. Además, ahora también se aplica ese derecho en favor de los hijos mayores con discapacidad que precisen de apoyo para tomar la decisión. La resolución judicial estableciendo esta medida tendrá presente el interés del menor y la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad. En el art. 160.2 CC (redactado por la Ley 26/2015) se establece que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”⁴⁷. En el párrafo II, del apartado 2 del art. 160 CC, se establece que en caso de oposición (entendemos que de alguno de los progenitores o del propio menor o mayor con discapacidad) “el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá, atendidas las circunstancias”. En este párrafo este tipo de visitas se configuran no sólo como un derecho en favor de abuelos y otros parientes, sino también del menor. En el inciso final de este párrafo se dice que el Juez “Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”⁴⁸.

En la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, se hace constar que la aplicación del derecho de visita en favor de los abuelos (ahora también en favor de hermanos, otros parientes y allegados) no sólo se circunscribe al caso de las rupturas matrimoniales, sino que también pretende articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que en tales circunstancias perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos. De ahí que en el art. 161 CC (redactado por la Ley 26/2015), se hace explícito y singular el régimen de visitas y relaciones de los abuelos con los nietos sometidos a acogimiento. Aunque también se refiere a los progenitores, hermanos, demás parientes y allegados. De modo que la Entidad Pública (y no la autoridad judicial) será la que regule las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores que ha sido declarados en situación de desamparo. También podrá

47 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho de relación”, cit., p. 203-204, estima que la “justa causa” para que proceda la denegación del régimen de visitas de los abuelos ha de tratarse de un motivo que pueda causar un perjuicio grave que pueda poner en peligro el libre desarrollo de la personalidad del menor. Dice este autor, que así sucede cuando los abuelos intenten enfrentar al menor con el progenitor custodio, tal como sucede con las SSTs 20 febrero 2015 (RJ 2015, 583) y 18 marzo 2015 (RJ 2015, 1152). A estas resoluciones pueden añadirse las más recientes SSTs 27 septiembre 2018 (Tol 6830516), 5 noviembre 2019 (Tol 7586554) y 25 noviembre 2019 (Tol 7615683).

48 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, cit., p. 1300, estima que, en este caso, el legislador se está permitiendo que el Juez pueda establecer las medidas necesarias para impedir que el ejercicio del derecho a relacionarse personalmente del menor con sus parientes y allegados, pueda ser utilizado como como subterfugio para infringir aquellas resoluciones judiciales que limitan o suspenden las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de aquellas, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

En el Tribunal Supremo existe una consolidada línea jurisprudencial reconociendo el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos⁴⁹. La jurisprudencia menor se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el derecho de los abuelos y otros parientes a tener un derecho de visitas con sus nietos. Incluso en situaciones en las que existe mala relación con alguno de los progenitores⁵⁰. También existen pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que otros miembros de la familia extensa amparándose en el 160.2º CC han solicitado un régimen de visitas con el menor⁵¹. El derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos en ocasiones también puede incluir la pernocta con éstos⁵².

-
- 49 En ese sentido la STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 28) señala que “Esta Sala tiene sentado un cuerpo de doctrina respecto del régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos, que recuerda la sentencia de 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577) y la 20 febrero 2015 (RJ 2015, 583). Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deben tener siempre como guía fundamental el “interés superior del menor” (STS 28 junio 2004 [RJ 2004, 4321]), si bien, y en aras de ese interés, se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la sentencia de 20 septiembre 2002 (RJ 2002, 8462), cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor. Tal interés, guía de la interpretación jurisprudencial deriva de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos [...] Las relaciones familiares de conformidad con la Ley [...]”. Así se contempla no solo en el artículo 160 del Código Civil sino también en las legislaciones autonómicas. No es posible, pues, impedir o limitar el derecho de los niños al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con sus progenitores (SSTS 20 octubre 2011 [RJ 2011, 6843] y 13 febrero 2015 [RJ 2015, 681]). Como recoge la sentencia 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577) la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora (STS 20 septiembre 2002 [RJ 2002, 8462]) y no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo. Pero añade que “todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto”.
- 50 En la SAP Alicante (Sec. 6ª) 8 mayo 2023 (JUR 2023, 314496), se establece un régimen de visitas a favor de la abuela y el hermano de un menor. Consistente en dos horas un día al mes para cada uno, al considerar, por un lado, que resultaba necesario mantener la relación del menor con sus familiares paternos; pero por otro, que dada la conflictividad existente entre la madre del menor y la familia paterna, resultaba necesario establecer períodos cortos de duración para permitir la adaptación del menor y evitarle situaciones de estrés. Se acuerda, además, que las entregas y recogidas del menor se realicen en el PEF. No se admite ni el aumento de visitas a un fin de semana solicitados por la abuela y hermano ni tampoco la reducción de las visitas a una hora como solicita la madre.
- 51 En el supuesto contemplado por la STS 16 septiembre 2015 (RJ 2015, 4197) una tía del menor solicita el establecimiento de un régimen de visitas que se considera improcedente habida cuenta que aquella carecía de vínculo afectivo con el menor.
- 52 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 160”, cit., p. 1303, admite esta posibilidad apoyándose en la STS 14 noviembre 2013 (Tol 4023577), de modo que serán las circunstancias concurrentes las que permitan al Tribunal establecer un derecho de visitas que incluya la pernoctación con los abuelos, por lo que esta posibilidad no se puede reconocer de forma generalizada, pero tampoco es viable impedirlo de forma indiscriminada.

Otra referencia a los abuelos la encontramos en el art. 103.1ª II CC, relativo a las medias provisionales derivadas de la interposición de la demanda (art. 773 LEC) en el que se prevé, que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. Se trata de situaciones extremas, como progenitores prisioneros drogadictos, alcohólicos, que han abandonado a sus hijos o incluso están en paradero desconocido habiéndose llevado consigo a sus hijos menores. Se trata de situaciones cercanas o incluso constitutivas de desamparo. En ocasiones los abuelos u otros miembros de la familia extensa litigan con uno o incluso con ambos progenitores para sustituir o modular el régimen de la patria potestad. Estos familiares pretenden que la autoridad judicial les otorgue el cuidado de los menores⁵³. El Tribunal Supremo en varias ocasiones ha reconocido este derecho a abuelos o tíos de los menores⁵⁴. En el apartado III del art. 103.1ª CC se establecen medidas que puede adoptar la autoridad judicial para minimizar el riesgo de que los hijos menores puedan ser trasladados de manera ilícita dentro del territorio nacional o al extranjero⁵⁵. También puede atribuirse la custodia, con carácter subsidiario, a una institución pública (art. 172 ter CC)⁵⁶.

VII. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

I. Modificación de las medidas por variación de las circunstancias.

Los efectos de las sentencias matrimoniales, por las que se tendrán que regir en adelante las relaciones personales y patrimoniales entre ex cónyuges e hijos comunes, aunque producen la excepción material de cosa juzgada, sin embargo, pueden ser modificadas en dos en varios supuestos: en primer lugar,

53 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La familia extensa”, cit., 3.

54 En el caso previsto por la STS 20 junio 2023 (RJ 2023, 4106) el padre se encuentra inmerso en dos procesos de violencia de género. En el caso de la madre también cuenta con imposibilidad para ejercer las funciones de custodia por haber obstaculizado, desde el divorcio, toda clase de contacto y comunicación del padre con su hija, incumpliendo todas las resoluciones judiciales que así lo habían acordado; la madre además se encuentra en paradero desconocido al haber huido con la niña. Como alternativa a la custodia de cualquiera de los progenitores se considera que la tía paterna de la menor es la persona más idónea para proporcionar a la menor un entorno estable, y se le confía temporalmente la custodia de la niña. Medida que se materializará una vez que la madre y la hija sean localizadas y restituidas a la acción de la justicia. El TS se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la aplicación del art. 103.1 II del CC, que prevé la atribución provisional de la custodia a los parientes u otras personas que así lo consintieren. Así en las SSTs 14 septiembre 2018 (RJ 2018, 5140) y 13 febrero 681 (RJ 2015, 681) se atribuye la custodia a una tía de la menor. En la STS 27 octubre (RJ 2014, 5183), se atribuye la custodia al abuelo paterno. En la STS 20 noviembre 2013 (RJ 2013, 7824) se atribuye la guarda y custodia de la hija menor al exmarido de la madre, aun a pesar de que había impugnado su filiación paterna. Se tiene en cuenta las especiales relaciones que la menor ha tenido con aquel que sí que es padre biológico de otros dos hermanos de la menor, hijos comunes de este con su madre biológica.

55 LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario al art. 103”, cit., p. 1007, que hace referencia al supuesto contemplado por la SAP Madrid (Sec. 22ª), de 27 de mayo (Tol 7097440).

56 LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario al art. 103”, cit., p. 1007, señala que el legislador prefiere el acogimiento familiar antes que el residencial. De ahí que este último tenga carácter subsidiario respecto del familiar.

cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para su adopción⁵⁷. En segundo lugar, cuando se produzca un incumplimiento reiterado de las obligaciones del régimen de visitas.

Son varios los preceptos en los que se admite la posibilidad de modificar las medidas definitivas dictadas por la autoridad judicial cuando se produzca un cambio de las circunstancias. Esta alteración de las circunstancias tiene que estar relacionada con las que se tuvieron en cuenta para establecer el régimen de visitas: bien porque no fueron detectadas en aquel momento o bien porque se trata de un hecho nuevo que ha acaecido con posterioridad a la adopción del régimen de visitas establecido.

En el art. 90.3 CC (modificado por la Ley 17/2021 pero conservando este apartado la redacción anterior⁵⁸) se dice que “las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges”. En el art. 90.3.II (introducido por la Ley 7/2021) se prevé la modificación de las medidas sobre animales de compañía cuando se hubieran alterado gravemente sus circunstancias. En el art. 91.I CC *in fine* (también modificado por la Ley 17/2021 pero conservando este apartado la redacción anterior) se establece la posibilidad de modificar las medidas definitivas, no sólo las relativas al régimen de visitas, “cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”. En el nuevo art. 94 III CC, modificado por la Ley 8/2021 está en sintonía con la anterior versión, al mantenerse que la autoridad judicial puede “limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen [...]”. En la anterior redacción del precepto la modificación o suspensión del régimen de visitas estaba condicionada por hecho de que se dieran “graves circunstancias” expresión que ahora se ha sustituido por la de “circunstancias relevantes”⁵⁹. Así pues, en la nueva versión del precepto se ha suavizado el rigor de las circunstancias que permiten suspender o

57 ORDÁS ALONSO, M.: “7.6. La modificación del régimen de visitas”, en ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita*, cit.

58 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

59 Este criterio se sigue manteniendo en la jurisprudencia menor, al menos para aquellos hechos surgidos antes de la modificación legislativa. Así se manifiesta la SAP Cáceres (Sec. 1ª) 29 marzo 2023 (JUR 2023, 208591), al decir que: “Es esencial que el menor pueda disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que lo hacía con anterioridad a la ruptura del matrimonio o de la pareja, pues el contacto continuado de los niños con sus progenitores les reporta estabilidad emocional y psicológica y, por ende, bienestar y salud. Dada pues, la conveniencia y necesidad para los hijos de mantener y preservar una amplia comunicación con sus padres, las medidas de limitación y/o restricción, tanto en tiempo como en la manera de desenvolverse la relación paterno-filial, únicamente serán admisibles cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (artículo 94 Código Civil) y que resulten debidamente acreditadas, y de las que se desprenda un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, podría constituir un riesgo o perjuicio para el hijo”.

limitar el derecho de visitas. No obstante, a la autoridad judicial se le va hacer difícil establecer el límite que separe a un hecho grave de uno que sea relevante⁶⁰. En cualquier caso, el art. 94 CC no puede ser objeto de interpretación restrictiva⁶¹.

En parecidos términos se manifiesta el también reformado art. 775 LEC (Modificación de las medidas definitivas), en su apartado primero se exige para la modificación de las medidas definitivas (no sólo las relativas al régimen de visitas) que “hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”, todo ello con independencia de que las medidas adoptadas por el Tribunal sean las convenidas por los cónyuges como si son las adoptadas por autoridad judicial en defecto de acuerdo. Cabe entender que las medidas definitivas están sometidas a una especie de regla *rebus sic stantibus* si bien no tan rigurosa como la que se aplica en materia de obligaciones y contratos. Estarán legitimados para solicitar la modificación de las medidas los cónyuges, así como el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. Asimismo, podrán solicitar la modificación ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

En algunas ocasiones, la modificación se solicita por una particular alteración de las circunstancias, se trata de aquellos casos en la que los hijos menores de edad han empezado a negarse a tener relación con uno de sus progenitores⁶². En

60 En la STS 23 septiembre 2015 (RJ 2015, 4022) se contempla un supuesto que por su gravedad permite la modificación de las medidas definitivas que se dictaron en proceso de divorcio. En este caso la madre, militar de profesión, se traslada forzosamente de Tenerife a Melilla. Se le reconoce al padre el derecho a elegir un finde semana al mes para el ejercicio del derecho de visita al hijo común. Y la madre deberá hacerse cargo de la mitad de los gastos de transporte que se devenguen por el traslado del menor a la residencia del padre en el ejercicio del derecho de visita.

61 Así se ha afirmado en la jurisprudencia menor, estando ya vigente la nueva redacción del art. 94 CC. En la SAP Ourense (Sec. 1ª) 30 de junio de 2023 (JUR 2023, 347333) se modifican las medidas relativas al derecho de visitas dictadas en una sentencia de divorcio. Se estima que “no existe causa alguna para restringir o limitar el derecho de visitas del padre, tal como se indica en el informe pericial psicológico practicado en el curso de los autos, sin que el derecho establecido en el artículo 94 del Código Civil deba ser objeto de una interpretación restrictiva. La intervención del PEF se estima innecesaria dada la actual edad del menor y las actuales circunstancias familiares, siendo más favorable a su interés que el ejercicio de las visitas se realicen en un entorno de normalidad y fuera del ámbito institucional”. La SAP Asturias (Sec. 4ª) 28 de Junio de 2023 (JUR 2023, 346368), no sólo no admite la suspensión del régimen de visitas solicitado por la madre ni que estas se realicen a través del PEF, sino que además admite la ampliación de las visitas del padre con el menor. En este caso al marido se le había condenado en el año 2022 como responsable de un delito de coacciones en el ámbito de la violencia de género. En una segunda condena se le condena por violar la orden de alejamiento. En la sentencia civil se aplica la STC 106/2022 de 13 de septiembre, que estima que el art. 94 IV carece de automatismo en su aplicación y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. En el caso enjuiciado no puede hablarse de una situación de violencia que haya trascendido al menor; ni se puede ignorar que esos hechos ocurrieron en un tiempo anterior a la propia sentencia de divorcio, máxime cuando la recurrente reconoció el derecho de visita en el proceso de divorcio. Aunque la redacción del art. 94 IV no era similar a la actual. En la STS 20 junio 2023 (RJ 2023, 4106) se mantiene la misma tesis en contra del automatismo del párrafo IV del art. 94 CC de modo que no predetermina automáticamente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Le corresponde a la autoridad judicial tomar la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor.

62 Al respecto puede consultarse el trabajo de ARNAU MOYA, F.: “La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), pp. 410-443.

este caso la idea que debe primar antes de cualquier modificación de las medidas relativas al régimen de visitas, estancias y comunicaciones (o incluso su mantenimiento), una vez conocido el rechazo del menor, es que es necesario ponderar los dos intereses que en numerosas ocasiones entran en conflicto⁶³. En primer lugar, desde un punto de vista teórico es beneficioso para el menor la existencia de un vínculo afectivo o relación parento-filial con el progenitor no custodio. Por lo tanto, sería aconsejable el mantenimiento, restablecimiento o incluso la creación de los contactos del menor con su progenitor. Siempre que sea posible y no perjudique el interés del menor es aconsejable salvar la relación parento-filial puesto que hay que garantizar al menor a vivir crecer y desarrollarse contando con la relación con sus dos progenitores⁶⁴. En la jurisprudencia se ha insistido en el mantenimiento o en el restablecimiento del vínculo⁶⁵. En segundo, lugar en oposición al mantenimiento de la relación parento-filial se encuentra el hecho de que el interés del menor exige preservar su estabilidad emocional y su salud psíquica que podría verse afectada si al menor se le imponen contactos no queridos con una persona a la que no sólo rechaza, sino que en ocasiones le produce verdadera aversión. De ahí que la imposición de contactos forzosos en determinados supuestos, especialmente en el caso de los adolescentes, no solo no servirá para la mejora de las relaciones con el progenitor custodio, sino que acrecentará el rechazo que siente hacia aquel⁶⁶. De ahí que la respuesta judicial varía según las diferentes franjas de edad de los menores: en el caso de los menores de doce años, salvo que exista causa de riesgo justificada, no es admisible

63 La doctrina se ha ocupado de analizar este conflicto de intereses que frecuentemente se enfrentan y es necesario ponderar. Así, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazan la figura del progenitor no custodio?", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº 22, 2010. (<https://elderecho.com/resultaria-juridicamente-correcto-decretar-la-suspension-del-regimen-de-visitas-cuando-los-menores-con-alto-grado-de-discernimiento-rechazan-la-figura-del-progenitor-no-custodio>). El citado artículo es un tanto atípico por cuanto que tiene el formato de foro, en el que intervienen varios autores de reconocido prestigio, no obstante desde mi punto de vista, las observaciones más acertadas son las de este autor que juez de primera instancia en Madrid que aporta su experiencia profesional en materia de procesos de familiar relativos al régimen de visitas.

64 GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "¿Resultaría?, cit., fundamenta el derecho del menor a vivir, crecer y desarrollarse contando con la presencia de sus dos progenitores, materializado en diversos preceptos de la Convención de Derechos del Niño, EDL 1989/16179, (concretamente en los arts. 9.3, 7.1 y 8.1. que reconocen al niño que esté separado de uno de sus padres derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, así como el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos y a preservar su identidad, incluidas sus relaciones familiares.

65 Así en las más recientes SAP Barcelona (Sec. 18ª) 20 febrero 2020 (AC 2020, 355) en la que se establece que "Es importante mantener la fuerza del vínculo paterno-filial en especial para el adecuado desarrollo emocional del hijo, y por ello se tiende siempre a adoptar las medidas oportunas para restablecer el vínculo y favorecer la relación» y el Auto AP Córdoba (Sec. 1ª) 25 julio 2019 (JUR 2020, 11154) para el que "el régimen de visitas es una continuación o reanudación de la relación paterno-filial que trata de evitar la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos, en cuanto deben ser conciliados distintos intereses protegibles, como son el del relativo al mantenimiento de la relación materno o paterno-filial (que se acrecienta y desarrolla a través del mutuo contacto), el derecho al desarrollo integral del menor (que se enriquece con dicho contacto), y el derecho de ese progenitor no conviviente a que se ponga en peligro esa relación debido a injerencias nacidas de las irreconciliables posturas de enfrentamiento que surgen entre aquéllos como consecuencia de su separación fáctica".

66 GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "¿Resultaría?, cit.,

que el progenitor custodio ceda ante los caprichos del niño y es responsabilidad de aquel el cumplimiento del régimen de visitas. En la franja entre los doce y catorce años, salvo que exista causa grave y justificada se podrá exigir el cumplimiento del régimen de visitas, si bien ahora se tendrá que oír al menor (también en la franja de edad anterior si el menor tuviese suficiente juicio). Finalmente, en el caso de los menores entre catorce y dieciocho años se hace complejo imponer al menor adolescente una relación que no desea. No obstante, cabría la posibilidad de aplicar medidas de limitación del derecho de visitas de común acuerdo siempre que este derecho-deber se haya venido cumpliendo. En los casos de largos períodos de tiempo de interrupción de las visitas cabría aplicar un régimen flexible de acercamiento. Finalmente, en el caso de que haya fallado cualquier tipo de terapia social para el acercamiento entre progenitor e hijo no quedará otra alternativa que la supresión del régimen de visitas⁶⁷.

2. Modificación de las medidas por incumplimientos del régimen visitas.

En el nuevo art. 94 III CC, se establece que la autoridad judicial puede “limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si “se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”⁶⁸. En el art. art. 158.6ª CC se permite, que el Juez, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte: “La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado [...]”. En el art. 170.I CC, con ligeras modificaciones efectuadas por la Ley 4/2023) se prevé la privación total o parcial de la patria potestad a cualquiera de los progenitores “por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”. La privación de la patria potestad puede derivar en una situación de desamparo ex art. 172.I.II CC que se produce 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 o material. Este sería el caso en que produce el incumplimiento por ambos progenitores o en el caso de que sólo existiera un progenitor. En el art. 179 CC también se prevé que quede excluido de sus funciones tuitivas el tutor que hubiese incurrido en causa de privación de la patria potestad. En el art. 776.3ª LEC se establece la posibilidad de que el Tribunal modifique el régimen de guarda y visitas en el caso de “incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador”.

⁶⁷ ARNAU MOYA, F.: “La oposición”, cit., pp. 430-440.

⁶⁸ Así se determina en las SSTs de 4 de noviembre de 2013 (Tol 4001015) y 11 de noviembre de 2015 (Tol 5560546).

Los incumplimientos más habituales por parte del progenitor no custodio, sin traspasar la línea roja del código penal son la no recogida o devolución del menor dentro de los horarios pactados, las visitas no desarrolladas con el progenitor sino con un familiar o allegado suyo (a las que nos referiremos más adelante), el incumplimiento total del régimen de visitas porque el progenitor no ha llegado a tener al menor consigo o ha interrumpido sin causa las mismas.

3. Modificación de las medidas por suspensión de la patria potestad.

El régimen de visitas también puede verse suspendido en aquellos casos en los que se suspenda el ejercicio de la patria potestad y además lleve aparejada esta medida, puesto que como veremos más adelante la regla general es el mantenimiento del régimen de visitas y comunicación aun a pesar de la privación de la patria potestad. En el Código civil hay varias referencias a la privación o suspensión de la patria potestad en los arts. 92.3, 158. 6ª, 160.1, 161 y 170.1 CC. En el caso del art. 92.1 CC la autoridad judicial puede acordar en sentencia, como medida definitiva, la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. En el nuevo texto del art. 158.6ª (modificado por la Ley 8/2021) el Juez puede dictar la medida consistente en la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones. También puede adoptar otras medidas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. En este caso se trata de la posibilidad de modificar medidas previamente adoptadas en convenio regulador o sentencia. En el art. 160.1 CC se encuentra la regla general a la que hemos hecho referencia de que los hijos tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que otra cosa se disponga por resolución judicial por la Entidad Pública en los casos previstos en el art. 161 CC. La doctrina estima que si puede mantenerse el derecho de relación con los hijos aun a pesar de la patria potestad deriva que aquel derecho deriva de la simple filiación y no de la patria potestad⁶⁹.

4. Modificación de las vistas por motivos legalmente tasados.

El régimen de visita o estancia se suspenderá, o no procederá si todavía no existiera, en los casos en que cualquiera de los progenitores estuviese incurso en

69 HERRERO OVIEDO, M.: "Comentario del art. 160", cit., p. 1300, estima que el hecho de que el derecho a relacionarse persista en aquellos casos en los que se ha privado la patria potestad a alguno de los progenitores es la constatación de que ese derecho no deriva de esa figura sino de la simple filiación. No obstante, en ocasiones, en aras del interés superior del menor sí que puede suspenderse temporalmente el derecho de visitas bien en sede judicial o administrativa. Esta suspensión por la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección del menor está contemplada por el art. 161 CC. Señala esta autora la STS 4 noviembre de 2013 (Tol 4001015) como ejemplo de que la privación de patria potestad no tiene por qué cortar de raíz ese derecho a relacionarse del menor con sus progenitores debido a que ha de entenderse un derecho inmerso en el deber de los padres de velar por los hijos, y este deber persiste también en casos de privación (art. 110 CC).

un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco cuando existiera indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial puede establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o motivada en la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor con discapacidad necesitado de apoyos. En ambos casos con evaluación previa de la relación paterno-filial (art. 94.IV CC). Por el contrario, no procederá el establecimiento del régimen de visitas del progenitor en situación de prisión provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos anteriormente citados (art. 94.IV CC). Las mismas circunstancias del art. 94.IV, proceso penal iniciado por idénticos delitos o existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género impiden que se pueda aplicar el régimen de custodia compartida si bien en este caso no se hace referencia a que el progenitor se encuentre en prisión. Aunque esta circunstancia impide de facto la existencia de una guarda conjunta. Tampoco procederá la custodia compartida cuando se aprecie la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar al otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos (art. 92.7 CC)⁷⁰. El Tribunal Constitucional ha manifestado que el párrafo cuarto del art. 94 no se aplica automáticamente⁷¹. Sin embargo, cuando el progenitor no custodio esté en prisión por otros motivos a los contemplados en el art. 94.IV no tiene por qué quedar privado del régimen de visitas⁷². En el art. 160.I CC se reconoce esta posibilidad de que los menores menor visiten a sus progenitores a los centros penitenciario “siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos”. La Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor

70 El art. 92.7 CC ha sido modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Los apartados VI y V del art. 94 ha sido modificado por la Ley 8/2021.

71 La STC 106/2022 de 13 de septiembre, en la que, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma y tras recordar el principio rector expresado, afirma: “... puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como, su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011) “.”.

72 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Separación y divorcio”, cit., p. 143, señala que así se puede deducir del art. 160.I CC que, en caso de privación de libertad de los progenitores, permite las visitas a aquellos siempre que el interés superior de los menores lo recomiende.

al centro, la visita se tendrá que realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

El régimen de visitas y estancia también puede suspenderse por decisión administrativa, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 26/2015⁷³. Este es el caso del art. 161 CC que establece que la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de menores “regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años”. También se regula por vía administrativa el régimen de visitas en el caso de los menores en régimen de guarda mediante acogimiento familiar o residencial en el art. 172 ter 2. En el art. 172.2 CC se permite que, en vía administrativa, que cuando se haya declarado un situación de desamparo (y no hayan transcurrido dos años desde la notificación de la resolución administrativa), en la que los progenitores continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, así como los tutores que también tengan suspendida la tutela que soliciten a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la situación de desamparo del menor, si “por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela”.

VIII. INCUMPLIMIENTOS POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

I. Incumplimientos del régimen visitas con derivación de responsabilidades a otros parientes.

En ocasiones el progenitor no custodio se auxilia de sus parientes para que atiendan puntualmente a los menores, entre otros supuestos está el encargo de que estos recojan a sus hijos o incluso los tengan consigo durante parte del tiempo que les correspondería a ellos. No obstante, en ocasiones estas derivaciones de deberes pueden acumularse entre sí, como sucede cuando otros parientes no sólo recogen a los menores, sino que incluso los tienen en sus casas durante los fines de semanas o vacaciones que deberían de estar con el progenitor no custodio. Cuestión diferente, que no es el objeto de nuestro trabajo sería el caso en el que algunos familiares -por lo general los abuelos- se hacen cargo en solitario, en el caso del fallecimiento de los padres o por su absoluta imposibilidad (hijos drogadictos

73 LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario del art. 94 CC”, cit., p. 965.

o cumpliendo condena en un centro penitenciario) o desentendimiento, de la asistencia material y afectiva de los menores⁷⁴.

En cualesquiera de los casos descritos, de delegación del cuidado de los hijos podríamos encontrarlos ante un incumplimiento de los deberes de la patria potestad y en concreto del del régimen de visitas. Se trataría de un incumplimiento puesto que como se ha dicho el derecho de visitas también es al mismo tiempo un deber. Se trata de una misma realidad que contemplada desde el art. 94 CC es un derecho en favor del progenitor, pero desde la óptica del art. 160 CC se trata de un derecho del menor. La clave para determinar si nos encontramos ante un incumplimiento residirá en si la intervención de los terceros en el ámbito de la patria potestad se limita a prestar una simple colaboración o por el contrario aquellos familiares está ejerciendo funciones tuitivas en exclusividad⁷⁵. Como ya hemos señalado, en este trabajo por su extensión no podemos analizar todos los incumplimientos del progenitor no custodio, sino que nos vamos a referir a aquellos en los que aquél puede intentar disimular su incumplimiento mediante la delegación de funciones a otros parientes. Al tiempo que también queremos poner de relieve que no siempre que se derive a otros parientes el cuidado de los menores supone un incumplimiento. En consecuencia, vamos a analizar por separado las diferentes situaciones que pueden plantearse en el ejercicio del derecho de visitas y determinar si son constitutivas o no de incumplimiento.

2. Recogida de los menores por terceras personas.

Una de las cuestiones que no aparece regulada en el Código civil es quien debe de encargarse del traslado y recogida de los hijos para hacer efectivo el régimen de visitas o para el cambio de turno en el caso de las custodias compartidas. En la doctrina se entiende que ante la falta de acuerdo de los padres, el progenitor no custodio, por ser quien tiene el derecho a visitas, deberá recoger al menor en el domicilio del progenitor custodio. Por el contrario, finalizado el tiempo previsto para la visita, se produce un cambio de papeles y corresponderá al progenitor custodio acudir al domicilio del otro progenitor y llevar al menor de regreso a casa⁷⁶. No obstante, en atención a las concretas circunstancias del caso,

74 Véase el interesante trabajo al respecto de DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La familia extensa del menor ante la falta de progenitores, el incumplimiento o la imposibilidad de observancia de los deberes inherentes a la patria potestad. Abuelos, tíos y hermanos en la protección de menores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.10/2016, pp. 1-24. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es>. Consultado 15-12-2023.

75 DIEZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 154", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, tomo II*, (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1563.

76 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", cit., pp. 143-144, señala que en ocasiones la autoridad judicial en atención a las concretas circunstancias del caso atribuye a uno solo de los progenitores tanto la obligación de recogida, como la de retorno, estableciendo, en su caso, una compensación económica a su favor. Este es el caso de las SSTS 26 mayo 2014 (Tol 4417774) y 19 noviembre 2015 (Tol 5583114). En esta última el TS con base al sistema equitativo de reparto de cargas previsto en los arts. 90 c) y 91 CC, establece como doctrina jurisprudencial que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en

el Juez, motivándolo debidamente, podrá atribuir a uno solo de los padres, tanto la obligación de recogida, como la de retorno, llegando a poder establecer una compensación económica a su favor.

Los progenitores no siempre pueden cumplir con la obligación de recogida de sus hijos, como sucede con aquellos que trabajan por turnos que en ocasiones pueden cambiarse de improviso. A los efectos de evitar este tipo de situaciones, en muchos convenios reguladores o en las medidas acordadas por la autoridad judicial, se prevé que otras personas puedan proceder a la recogida de los niños. En el texto de algunas sentencias puede comprobarse como en las cláusulas del convenio regulador sí que se preveía la posibilidad de que otro familiar procediese a la recogida de los menores⁷⁷. Esta previsión de que una tercera persona se encargue de llevar o recoger a los menores para el cambio de turno también puede incluirse en los convenios reguladores en los casos de custodia compartida⁷⁸

El problema se plantea cuando la cuestión de la recogida de los niños no ha sido incluida en el convenio regulador ni tampoco ha sido contemplada por la autoridad judicial en las medidas definitivas. Entendemos que deben distinguirse dos clases de situaciones: en primer lugar, están aquellos casos en los de que manera puntual al progenitor le es imposible recoger a los hijos al punto pactado por cualquier motivo justificado: trabajo, enfermedad. En estos supuestos los progenitores suelen enviar a por los niños menores a una persona de su absoluta confianza que a su vez cuenta con el beneplácito de los niños. Suelen ser los abuelos, paternos o maternos, dependiendo de quien sea el progenitor no custodio. Incluso pueden

tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables. En el caso enjuiciado, en el que la madre se trasladó de Sagunto a Sevilla, mientras que el padre continuaba en Sagunto (Valencia) se establece que el padre deberá recoger a la hija menor en el centro escolar de la ciudad sevillana en la que reside y que la madre tendrá que ir a por ella al domicilio paterno. Todo ello sin perjuicio de que las partes opten porque "el viaje se haga en la línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usando servicio de acompañante de menores de la red de ferrocarriles, de forma que el padre abonará el billete de la menor de Sevilla a Valencia y la madre el de Valencia a Sevilla".

- 77 Así en la STS 18 marzo 2016 (RJ 2016, 1136) en el antecedente de hecho 1º se reconoce que en la sentencia de divorcio se establece que "El padre tendrá derecho a tener a su hijo en su compañía los fines de semana alternos desde el viernes a 17.00 horas a las 17.00 horas del domingo, verificándose la entrega y recogida del menor en el domicilio materno a través de una tercera persona". En la SAP Asturias (Sec. 4º) 28 junio 2023 (JUR 2023, 346368), se admite "la entrega del menor al inicio de las visitas con el padre por la persona de confianza que designe la madre; y la que ha de realizarse al finalizar las visitas, por la persona de confianza que designe el primero". En la SAP Guadalajara (Sec. 1º) 12 mayo de 2023 (JUR 2023, 274335), los padres se conceden autorización para que la entrega y recogida del menor pueda ser realizada por terceras personas conocidas y autorizadas por ambos, siempre que se advierta con la suficiente antelación.
- 78 En la SAP Salamanca (S.1º) 12 mayo 2023 (Tol 9653560) en un caso de guarda y custodia compartida se establece como medida definitiva que no será necesario que las entregas y recogidas del menor sean efectuadas por los progenitores, pudiendo hacerlas un familiar o persona de su confianza.

encargarse de esta tarea los tíos del menor incluso amigos del progenitor. A veces, incluso cabe la posibilidad de que un progenitor no puede no atender a sus hijos el fin de semana que le corresponde tener consigo a los niños y los confía a alguna de las personas a las que nos hemos referido. En nuestra opinión, si se trata de situaciones excepcionales y justificadas entendemos que no se produce un incumplimiento por parte del progenitor no custodio.

En segundo lugar, están aquellos supuestos en los que los progenitores, por sistema no acuden a recoger a los menores, sino que en su lugar envían a otras personas, por lo general sus padres o hermanos, a sus hijos. Además, se trata de supuestos en los que no existe causa justificada alguna que impida al progenitor cumplir con su deber de recogida de los menores, sino que se trata de simple comodidad o incluso desinterés por los hijos. A diferencia del caso anterior, la falta de recogida de los niños por los padres y su delegación en otros familiares, cuando no existe causa justificada y se repite en el tiempo encajaría dentro del supuesto contemplado en el art. 94 III CC y, por lo tanto, puede considerarse como un incumplimiento reiterado que puede conllevar la limitación o suspensión del derecho de visitas. Por el contrario, no nos parece causa suficiente para la privación de la patria potestad

Cuestión diferente sería el caso de que el progenitor ya no pudiese recoger personalmente a sus hijos por causa justificada y sobrevenida, como un cambio de trabajo o de lugar de residencia. De existir causa justificada y tratarse de una situación que se prevé que se reitere en el tiempo, de debería de presentar una solicitud de modificación de medidas prevista en los arts. 90.3 y 91CC que permiten la modificación de las medidas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias⁷⁹. Lo que no es factible es que aun a pesar de existir causa justificada que el progenitor delegue en otras personas sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial. Lo procedente es solicitar una modificación de medidas y designar en las mismas a la persona que, en adelante, se encargaría de la recogida de los menores con ocasión del derecho de visitas. En algún caso se han modificado las medidas relativas al derecho de visitas dictadas en una sentencia de divorcio. Se

79 La STS 7 junio 2011 (RJ 2011, 4890) recoge los requisitos doctrinales para que se aprecie la modificación de medidas: "1º. Que haya existido y así se acredite, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. 2º. Que dicha modificación o alteración sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o el divorcio, se habrían adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía si se trata de prestaciones económicas.

3º. Que tal alteración no sea esporádica o transitoria, sino que presente caracteres de estabilidad o permanencia.

4º. Que la referida modificación o alteración no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituirlas por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante. Por tanto, la razón de ser del proceso de modificación es realizar un juicio comparativo entre dos momentos, el de la sentencia que fija las medidas y el de la demanda, en que se pide su modificación, quedando fuera de su objeto lo relativo a la nueva valoración de la posible sujeción a Derecho de las circunstancias tomadas en cuenta en aquel primer momento". Esta doctrina jurisprudencial ha sido continuada, entre otras en las SSTS 3 enero 2022 (RJ 2022,4545), 16 octubre 2019 (RJ 2019, 4180) y 27 octubre 2015 (RJ 2015, 4787).

admite que la entrega y recogida del menor se haga en períodos vacacionales en el domicilio familiar sin intervención del PEF “Pudiendo realizarse bien por el padre directamente o bien podrá delegar tal cometido en familiar responsable o persona responsable de la confianza del padre”⁸⁰. De modo similar, alguna otra sentencia se ha pronunciado en grado de apelación, sobre unos autos sobre Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados. Se estima el recurso del padre que solicita una ampliación del régimen de visitas del menor con el padre en los fines de semana alternos: “el menor será recogido por una tercera persona de confianza de los progenitores el viernes a la salida del centro escolar y el domingo será recogido igualmente por una tercera persona de confianza [...], rigiendo dicho sistema en el periodo vacacional”⁸¹.

Estimamos que en aquellos casos en los que la recogida de los menores ya no puede efectuarse personalmente por el progenitor no custodia hay que solicitar la modificación de medidas ante el juzgado. De no hacerse así nos encontraríamos ante una modificación unilateral del mecanismo de entrega y recogida del menor establecido en la sentencia de divorcio o separación en la que se establecen el lugar que se ha de recoger a los menores y que concretas personas, además del progenitor podrán ir a buscar a los menores.

En alguna sentencia dictada en un procedimiento de guarda y alimentos de un menor que cuenta tan solo 18 meses de edad. El Juez “a quo” establece como medida que la entrega y recogida del menor se efectúe, de forma ocasional, por familiares o personas de confianza del padre⁸². En el recurso de apelación se opone la madre a dicha medida “citando este de forma expresa en su demanda a los abuelos paternos y a su hermana, pero en ningún momento se justifica la razón de esa desconfianza hacia los familiares y allegados, indicando tan sólo, y de forma genérica la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores y, lo que parece ser el riesgo un derivado del traslado en vehículo. En la misma se mantiene que “establecido un régimen de visitas en favor de uno u otro progenitor corresponde a estos hacerse cargo del menor y tenerle en su compañía, no siendo admisible, con carácter general, y establecido ese régimen que las personas que realmente tienen en compañía a los menores y se ocupan de ellos en todos los sentidos, sean los abuelos o los tíos, pues éstos tienen su particular régimen de comunicación con los menores” [...]. Advierte que “lo normal debe ser que sea el padre quien se organice a efectos de poder recoger y entregar al menor, pero ello no es obstáculo alguno para que a la vista de las circunstancias particulares que puedan darse, y con el fin de que pueda cumplirse el régimen de visitas establecido, los abuelos o una tía se ocupen de dicha recogida y entrega, pues de no permitir

80 SAP Orense (Sec. 1ª) 30 junio 2023 (JUR 2023, 347333).

81 SAP Madrid (Sec. 22ª) 9 junio 2023 (JUR 2023, 350423).

82 SAP Salamanca (S.1ª) 13 junio 2017 (Tol 6208072).

esta situación se llegaría a algo tan absurdo como que se hiciese de peor condición o se gravase más a esta unidad familiar por el hecho de haberse producido la ruptura de la relación que a aquellas que continúan unidas en las que, siempre, y más en estos momentos, como consecuencia de la crisis, han prestado una impagable colaboración cuidado de los menores los abuelos y familiares cercanos”.

3. Delegación de las estancias de los menores a terceras personas.

Un segundo ámbito de derivación de los deberes que van incluidos en el derecho de visitas son los relativos a las estancias de los menores. Se trata de supuestos en los que el progenitor no tiene consigo a sus hijos los tiempos que le corresponden, como son las estancias intersemanales, los fines de semana alternos o períodos vacacionales. El progenitor se limita a recoger a sus hijos para llevarlos a casa de sus padres, los abuelos de los menores, o a la casa de otros familiares o allegados donde estos pasan el tiempo de la visita pernoctas incluidas. En otros casos, ni tan siquiera los recoge, sino que directamente sus familiares recoge a sus hijos y los tienen en sus casas el tiempo que le correspondería estar con el progenitor.

De modo similar a como sucede con la recogida de los menores ahora hay que distinguir entre dos situaciones. En primer lugar, están las delegaciones puntuales en ciertas personas del cuidado diario de un menor, en las que los progenitores no dejan de ejercer y cumplir con sus funciones, puesto que continúan tomando las decisiones ordinarias y dan las pertinentes instrucciones al familiar en el que han delegado⁸³. En este caso, igual que en el de la recogida de los menores hay que distinguir el caso en el que este comportamiento tenga carácter ocasional, como sucede con una enfermedad puntual del progenitor custodio (gripe, covid, etc.) o a motivos de trabajo cuando se ve obligado subrepticamente a realizar un cambio de turno con un compañero. En ese caso, siempre que la cuestión no se repita con demasiada frecuencia entendemos que no puede considerarse como un verdadero incumplimiento del régimen de visitas.

La cuestión es diferente cuando la situación de derivación de los cuidados del menor a un familiar o allegado, durante el tiempo de las visitas, se convierte en habitual. Además, esta delegación se hace de manera unilateral, al margen de cualquier tipo de acuerdo con el otro progenitor y sin contar con autorización judicial. En ocasiones, además de que los menores quedan con los abuelos, el progenitor no custodio va espaciando el contacto con sus hijos hasta prácticamente desaparecer de la vida de los menores⁸⁴. En este caso se ha traspasado la frontera entre una simple colaboración en la que los familiares que ayudan esporádicamente

83 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La familia extensa”, cit., p.3.

84 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La familia extensa”, cit., p.3.

al cuidado de los menores siguen las instrucciones, indicaciones, vigilancia y control del progenitor no custodio a una sustitución en las funciones de aquel⁸⁵. En este caso entendemos que sí que existe un verdadero incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial ex art. 94 III CC. En estos casos el juez además de suspender el régimen de visitas podría incluso privar al progenitor de la patria potestad, tal como se prevé en el art. 170.I CC, puesto que se está incumpliendo uno de los deberes de la patria potestad, el de velar por los hijos y tenerlos en su compañía del art. 154.I CC.

En estos casos también hay que distinguir dos supuestos: en el primer lugar, estarían aquellos casos en los que el incumplimiento del régimen de visitas se debe a motivos plenamente justificados. Este sería el progenitor que se embarca para una campaña pesquera durante tres meses. Otra cuestión es que el padre, por circunstancias sobrevenidas y totalmente ajenas a su voluntad, deja de tener una vivienda en adecuadas condiciones de habitabilidad donde los hijos puedan continuar realizando las estancias. Este sería el caso de que tras un desahucio el padre tiene que hospedarse en una fonda, o cuando habiendo contraído un segundo matrimonio tiene más hijos y deja de tener espacio físico donde alojar a los hijos del primer matrimonio. Entendemos que cualquiera de estos supuestos no habría inconveniente para que la autoridad judicial autorizara que las visitas se desarrollasen en un domicilio de un familiar cercano. Lo que no es de recibo es que el progenitor no custodio *motu proprio* tome estas decisiones sin pasar por el correspondiente procedimiento de modificación de medidas. En la jurisprudencia ha llegado a admitirse que las visitas y pernoctas puedan llevarse, mientras, padre no disponga de una vivienda en adecuadas condiciones de habitabilidad, estancueidad y comodidad, en el domicilio de la hermana del padre⁸⁶. En la doctrina alguna voz se muestra favorable con esta posibilidad de poder realizar las visitas y pernoctas en domicilios de familiares cercanos del progenitor no custodio siempre que cumplan con ciertos niveles de habitabilidad⁸⁷. Nuestra opinión es favorable a este tipo de medidas siempre que se dicten con carácter temporal hasta que el progenitor no custodio pueda conseguir un domicilio que cumpla las condiciones mínimas de habitabilidad donde tener consigo a sus hijos menores. No obstante, la justificación no autoriza a esta modificación unilateral de las medidas, de modo que el progenitor no custodio tendrá que solicitar ante el juzgado una modificación de las medidas. El juez a la vista de si estas medidas perjudican o no el interés del menor las admitirá o las desestimaré.

85 DIEZ GARCÍA, H.: "Comentario", cit., pp. 1563-1564, estima que nos encontramos ante una dejación de las funciones paternas. Los familiares realmente están realizando por sustitución las funciones propias de los titulares de la patria potestad.

86 En este sentido se manifiesta la SAP Guipúzcoa (Sec. 2ª) 24 febrero 2015 (Tol 4807299) en un proceso de modificación de medidas.

87 MUÑOZ RODRIGO, G.: "El régimen de visitas", cit., p. 182.

Cuestión totalmente diferente, es cuando el progenitor, sin causa justificada alguna va dejando de cumplir con sus deberes respecto al derecho de visitas y delega todos los cuidados de los menores, incluidas las pernoctas a otros familiares suyos, normalmente los abuelos o los tíos de los menores. No existiendo justificación, es evidente que la autoridad judicial no admitirá ninguna modificación de las medidas. En lo que subyace en este tipo de comportamiento es que ese progenitor realmente no quiere tener consigo a sus hijos, pero además actúa con el falso convencimiento de que al delegar a sus hijos a sus parientes no está actuando fuera de la ley, puesto que se lleva a los niños los fines de semana que le corresponden. En algunos casos, además se trata de una estrategia de causar dolor a su expareja, puesto que sabe que aquella aunque no le corresponda tenerlos consigo accedería a ello antes que ver a sus hijos derivados a domicilios que no les corresponde aunque se trate de sus abuelos o de sus tíos. En otros casos se trata de situaciones en las que el progenitor custodio vive con una nueva esposa o pareja que tiene mala relación con los hijos de aquel y no quiere tenerlos en su compañía⁸⁸. Finalmente, en ocasiones puede tratarse de una combinación de todos esos supuestos.

En los casos comentados no existe un derecho de visita reconocido a otros familiares como abuelos o tíos. Se trata de una reinterpretación de los arts. 94 VI y 160, ambos del CC, respecto del derecho de comunicación y visitas respecto de los abuelos, parientes y allegados. En todo caso de existir ese derecho de visita en favor de esos parientes es completamente independiente del que a su vez tenga el progenitor no custodio. De modo que no puede enmascarse el incumplimiento del progenitor derivando a los hijos al domicilio de esos parientes. Estimamos que en este caso debería proceder no solamente la suspensión del régimen de visitas, tal como se prevé en el art. 94 III, sino también, la privación total de la patria potestad de acuerdo con la previsión del art. 170 CC⁸⁹. En el caso de que los abuelos y otros familiares hubieran disfrutado de facto de un régimen de visitas o incluso tenerlos en su compañía tendrán que solicitar al juzgado que establezca este régimen, pero *iure proprio* en virtud de lo que establecen los arts. 94 VI, 103.1ª.II y 160.2 CC.

88 En la SAP Pontevedra (S. 1ª) 22 enero 2021 (JUR 2021, 104977) el padre que está conviviendo con una nueva pareja silencia esta nueva circunstancia ante el juzgado. No aporta datos sobre su nuevo domicilio y solo facilita el anterior donde residía con su madre. Además, incumple sin justificación las visitas intersemanales, aunque mantiene las de fin de semana. Ante estas circunstancias se desestima la modificación de medidas adoptadas en procedimiento de divorcio en la que se solicita el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores. No se prueba la existencia de un cambio de circunstancias que permita adoptar el cambio del régimen de guarda y custodia. Estimamos que la madre de haber presentado una demanda reconvenional podría haber conseguido la modificación de las medidas de visitas intersemanales que reiteradamente han sido incumplidas.

89 En la SAP Granada (Sec. 5ª) 10 enero 2023 (JUR 2023, 200157) se estima la privación de la patria potestad del demandado sobre sus hijos menores, así como la suspensión del régimen de visitas establecido a favor de aquel. Se estima probado el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad, por la situación de abandono material y afectivo de los menores por su padre. En esta sentencia se reconoce la existencia de un régimen de visitas de facto por el abuelo, al decir que: "siendo el abuelo paterno -hasta su fallecimiento- el único que los visitaba y los tenía en su compañía".

4. Progenitores no custodios que nunca tienen consigo a sus hijos ni los derivan a familiares.

En ocasiones el incumplimiento del régimen de visitas es total, el progenitor custodio ni tan siquiera intenta disimular su incumplimiento mediante la delegación de sus deberes a otros familiares o allegados. En estos casos el padre o la madre nunca ha cumplido con el régimen de visitas o si lo ha hecho durante un tiempo ha dejado de cumplir. Por lo general quien incumple totalmente los derechos de visita suele dejar pagar las prestaciones por alimentos a los hijos. En estos casos nos encontramos ante situaciones que traspasan la línea roja que separa la jurisdicción civil de la penal y que se contemplan como delitos de abandono de familiar, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección en los arts. 226 a 233 del CC.

En el caso del incumplimiento del derecho visitas, se trata de una conducta que según su duración podría ser constitutiva del abandono de un menor de edad (o persona con discapacidad) tipificado en el art. 229 CP o de abandono temporal de un menor (o persona con discapacidad) del art. 230 CP⁹⁰. En cualquiera de los casos anteriores el art. 233 CP permite que se imponga “la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”. Como ya hemos mencionado los anteriores delitos en muchas ocasiones suelen producirse de manera acumulada con otros delitos: este es el caso del contemplado en el art. 226 CP, incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. En estos casos se puede imponer una pena de inhabilitación de cuatro a diez años para ejercer esas funciones. En el caso del art. 227 CP se refiere al delito de impago de las prestaciones económicas, durante dos meses consecutivos o cuatro alternativos, “de cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”. En este delito a diferencia de los anteriores no se prevé la pena de inhabilitación de la patria potestad, de la guarda o de las otras funciones.

90 En la SAP Valencia (Sec.1ª) 25 febrero 2015 (JUR 2015, 174301) reconoce la existencia de un delito de abandono del art. 229.2 del CP a la madre de dos menores por ausentarse del domicilio familiar para encontrarse con su pareja sentimental en el extranjero, dejando a los hijos menores a cargo de su abuela y su tía, sin advertirlo a los niños ni a éstas últimas. Asimismo, se inhabilita a la condenada para el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores por tiempo de 5 años.

Volviendo al ámbito estrictamente civil, en muchos de estos graves incumplimientos se produce la paradoja de que carece de utilidad la supresión de un derecho de visita que no se está cumpliendo. De ahí que lo conveniente sea pasar a solicitar al juez que adopte otras medidas más contundentes como la privación total del ejercicio de la patria potestad al incumplidor, habida cuenta que el art. 170 CC permite la adopción de esta medida en sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Esta sentencia podrá dictarse tanto en causa matrimonial como criminal⁹¹. El TS estima que incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad se tienen que producir de manera reiterada y grave. Además, privación de esta función ha de ser beneficiosa para el hijo⁹². Cabe destacar que la patria potestad, a diferencia del derecho de visitas que se configura como un derecho-deber, ha sido definida como un derecho-función⁹³. Además, cuando ya han transcurrido varios años sin que el progenitor cumpla con su régimen de visitas se genera un desapego por parte del menor que ya no tiene ningún interés en volver a relacionarse con su

- 91 El art. 170 CC establece que: "El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación. A título de ejemplo en la SAP (Sec. 6ª) núm. 64/2020 de 6 marzo 2020 (JUR 2021, 2002) se confirma la inidoneidad del padre para el ejercicio de la patria potestad puesto que constaba acreditado que las circunstancias personales y sociales del mismo le impedían el ejercicio correcto de la misma, con situaciones de abuso en el consumo de drogas, abandono del plan de intervención propuesto, incumplimiento del régimen de visitas establecido y desinterés absoluto de someterse a un plan de rehabilitación a través de la UCA.
- 92 La doctrina sobre privación de la patria potestad se encuentra recogida en la STS 1 octubre 2019 (RJ 2019,3690). En un caso de absoluta dejación de sus deberes paterno-filiales durante años el padre no ha demostrado la más mínima preocupación por relacionarse con su hija, ni atender a sus necesidades básicas. No se ha relacionado con la menor desde la fecha de la sentencia de divorcio dictada en 2014. Se estima la privación de la patria potestad ex art. 170 CC por la existencia de graves y reiterados incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada. Asimismo, se suspende de forma completa el régimen de visitas del demandado con su hija en virtud de lo establecido en el art. 94 CC. Esta sentencia sigue lo establecido la STS 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157) que estima que: "1. El art. 170 CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma". Esta sentencia remite a la STS 6 junio 2014 (RJ 2014, 2844), para la que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS 18 octubre 1996; 10 noviembre 2005 (RJ 2005, 7625)".
- 93 HERRERO OVIEDO, M.: "Comentario del art. 154", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1265-1267, estima que la patria potestad se configura como una función o como un "derecho-función" donde el interés del menor se configura como piedra angular. La patria potestad es una función de los progenitores (que se contempla también en el art. 39.2 CE) sobre los hijos no emancipados que abarca un aspecto netamente personal, como es la protección, la convivencia, el cuidado, la alimentación y la educación de los hijos y un aspecto más patrimonial como es la representación y administración de sus bienes (aunque hay que advertir que esta clásica distinción entre lo personal y lo patrimonial no siempre es nítida).

padre⁹⁴. En alguna sentencia se ha estimado la privación de la patria potestad al padre por la falta de cumplimiento del régimen de visitas durante quince meses que equivale al 25% de la vida de ese menor⁹⁵. El demandado no ha tenido ningún tipo de comunicación con su hijo de pocos años de edad, cuya falta de comunicación ha sido querida por él de forma voluntaria y reiterada.

94 Son numerosas las sentencias en las que el progenitor custodio no ha tenido relación con el menor desde hace varios años. Las soluciones adoptadas en cada resolución varían por las circunstancias concretas de cada caso. Así sucede con la SAP Huelva (Sec. 2ª) 16 octubre 2016 (JUR 2016,107349), en este caso la hija de 16 años llevaba sin ver a su padre desde hacía seis años. Se establece un régimen abierto de visitas. En la SAP de Murcia (Sec. 4ª) 20 diciembre 2012 (JUR 2013,34612) se suspende el régimen de visitas con el padre no ha tenido contacto con la menor, ahora con 14 años, desde que la hija tenía 3 años de edad. En la anterior sentencia de separación se había pactado un régimen de visitas temporal en el Punto de Encuentro Familiar para iniciar las relaciones entre el padre y la menor. En la SAP Murcia (Sec.4ª) 11 diciembre 2008 (JUR 2009,102577) se desestima la petición de la madre solicitando la modificación de medidas que establecía un régimen limitado a dos días entre semana en un Punto de Encuentro Familiar. La madre ha estado cuatro años sin cumplir el régimen de visitas. La menor, con 12 años de edad, no quiere contactar con su madre. En el caso de la SAP Murcia (Sec. 5ª) 9 mayo 2006 (JUR 2006, 220707) el adolescente de 15 años se niega a relacionarse con su padre por incumplimiento de éste del régimen de visitas desde su separación legal desde hacía ocho años. Se limitan el derecho de visitas no incluyendo la pernocta los fines de semana. Se desestima la demanda por entender que no hay variaciones sustanciales.

95 SAP Zamora (Sec. 1ª) 7 octubre 2021 (JUR 2021, 381232).

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO BEZOS, J.J.: "Guarda y custodia. Exploración del menor", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2019 (disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es>).

ARNAU MOYA, F.: "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), pp. 410-443.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El interés del menor como criterio de aplicación de la ley valenciana de relaciones familiares", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, pp.790-803.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y la custodia", *Revista Critica Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre 2014, pp. 3284-3314.

- "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de derechos humanos*, nº 6, 2005, pp. 1-112.

CASADO CASADO, B.: "El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal", *Revista de Derecho de Familia*, núm.62/2014 (<https://insignis.aranzadidigital.es/>).

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una 'pertenencia' de la vivienda familiar?", *Actualidad Civil*, nº 7-8, sección persona y derechos, nº7, 2020.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hijo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 195-212.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Separación y divorcio", en AA.VV.: *Derecho Civil IV (Derecho De Familia)*, (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 121-202.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo I (Arts. 1 a 151)* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 974-973.

- "La familia extensa del menor ante la falta de progenitores, el incumplimiento o la imposibilidad de observancia de los deberes inherentes a la patria potestad.

Abuelos, tíos y hermanos en la protección de menores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.10/2016. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es>. Consultado 15-12-2023.

DÍEZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 154”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, tomo II*, (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1562 y 1563.

GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario a los artículos 42 a 107 del Código civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), 2ª ed. Edersa, Madrid, 1984, T.II, p. 398.

GARCÍA MAYO, M.: “El concepto de animal doméstico y de compañía”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho Civil para los animales: Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales*, (coords. M. GARCÍA MAYO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA). Reus, Madrid, 2022, pp. 129-155.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: “¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazasen la figura del progenitor no custodio?”, *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº 22, 2010, EDC 2010/1013817, p. 6. (<https://elderecho.com/resultaria-juridicamente-correcto-decretar-la-suspension-del-regimen-de-visitas-cuando-los-menores-con-alto-grado-de-discernimiento-rechazasen-la-figura-del-progenitor-no-custodio>).

–“Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte II), *Elderecho.com*, enero 2017 (<https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-ii>).

HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario del art. 154”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1265-1276.

–“Comentario del art. 160”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1298-1305.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentarios del art. 94”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1004-1010.

-“Comentario del art. 103”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil, Tomo I, arts. 1 a 267* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1004-966.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: “Nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M., LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.195-226

-“La patria potestad. Responsabilidad parental”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M. LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.439-514.

-“Medidas en los procesos de familia en relación a los hijos. Patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de comunicación y visitas”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, (dir. M. LINACERO DE LA FUENTE). 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 725-786.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “El derecho de visita en la reciente praxis judicial”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1994 (<https://insignis.aranzadidigital.es/>).

MUÑOZ RODRIGO, G.: “El régimen de visitas, comunicación y estancia”, en AA.VV.: *GPS Familia* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 177-200.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita comunicación y estancia de los menores*, Wolter-Kluwers, las Rozas (Madrid) 2019.

PÉREZ MARÍN, A.J.: “Las interferencias parentales en el cumplimiento del régimen de visitas y posibles soluciones”, *Revista Derecho de Familia*, núm. 81/2018, (<https://insignis.aranzadidigital.es/>).

ROCA TRÍAS, E.: “Comentario del art. 94 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T.I. p. 394.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997.

TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008 octubre-diciembre, pp.35-39.

UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Comentario a la STS 1 octubre 2010 (RJ 2010,7302)”, *CCJC*, núm. 86/2011 (<https://insignis.aranzadidigital.es/>).



LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD EN SITUACIONES
DE ALTA CONFLICTIVIDAD FAMILIAR ¿ALGO MÁS QUE
UNA MEDIDA JUDICIAL?

*PARENTAL COORDINATION IN SITUATIONS OF HIGH FAMILY
CONFLICTIVITY: MORE THAN A JUDICIAL MEASURE?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 162-189

David AVIÑÓ
BELENGUER

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: En ocasiones, los casos de divorcio o separación conllevan una alta conflictividad, lo que repercute negativamente en el desarrollo psicosocial de los hijos. Frente a estas situaciones altamente conflictivas, y con el objetivo principal de proteger el interés superior de los menores implicados, ha irrumpido en los últimos años en España la figura del Coordinador Parental, como medida aprobada por los jueces en ejecución de sentencia (vía judicial). A falta de regulación, se ha venido planteando la duda de si se trata de un mediador familiar, y por tanto, su régimen jurídico puede circunscribirse a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación. No obstante, existen diferencias notables entre ambas figuras, lo que puede sugerir la necesidad de regular el estatuto del Coordinador Parental.

PALABRAS CLAVE: Coordinador parental, plan de parentalidad, ruptura de pareja, conflictividad familiar, interés superior del menor, mediación familiar.

ABSTRACT: Sometimes, cases of divorce or separation entail high conflict, which has a negative impact on the psychosocial development of children. Faced with these highly conflictive situations, and with the main objective of protecting the best interests of the minors involved, the figure of the Parental Coordinator has emerged in Spain in recent years, as a measure approved by the judges in execution of the sentence (judicial means). In the absence of regulation, the question has been raised as to whether it is a family mediator, and therefore, its legal regime can be limited to Law 5/2012, of July 6, on mediation. However, there are notable differences between both figures, which may suggest the need to regulate the status of the Parental Coordinator.

KEY WORDS: Parenting coordinator; parenting plan; couple breakdown; child's best interest; family conflict; family mediation.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD.- I. Origen y concepto de la Coordinación de Parentalidad.- 2. Parentalidad positiva y protección del interés superior del menor.- 3. Justificación de la Coordinación de Parentalidad ¿Medida de *ultima ratio*?- 4. Situación normativa de la Coordinación de Parentalidad.- 5. Situaciones no recomendables para una Coordinación de Parentalidad.- III. ESTATUTO DEL COORDINADOR PARENTAL.- 1. Concepto y naturaleza.- 2. Funciones.- 3. Principios y directrices en el ejercicio de su profesión.- IV. PROCEDIMIENTO DE COORDINACIÓN PARENTAL.- 1. Derivación judicial al Coordinador Parental y designación.- 2. Fases de la Coordinación de Parentalidad.- V. MEDIACIÓN FAMILIAR Y COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD.- 1. La mediación familiar. Regulación y procedimiento.- 2. Mediación familiar en situaciones de alto conflicto.- 3. Coordinación de Parentalidad versus mediación familiar.- VI. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA COORDINACIÓN PARENTAL.-

I. INTRODUCCIÓN.

Tras una ruptura matrimonial suelen aflorar situaciones de conflicto¹, que pueden extenderse a los menores, lo que generará probablemente un impacto negativo en su desarrollo y en sus futuras relaciones. Si el nivel de conflictividad es alto (se estima que entre el 8% y el 12 % lo tienen²), presumiblemente los progenitores no serán capaces de gestionar y lograr una nueva -y pacífica o cordial- relación coparental, ni siquiera a través de instituciones como los juzgados de

-
- 1 En AA.VV.: *Manual de coordinación de la parentalidad. Abordaje de familias con hijos atrapados en rupturas conflictivas*, EOS Psicología Jurídica, Madrid 2018, p. 56, se indica que se ha reportado que en EE.UU. alrededor del 15% de los padres continúan enzarzados en situaciones de alto conflicto tras la separación, y que estas familias utilizan aproximadamente el 90% de los recursos y la atención de los juzgados de familia. En España entre el 5% y el 12% de familias que mantienen niveles altos de conflicto tras los primeros años de divorcio.
 - 2 FARIÑA RIVERA, F; PARADA ALFAYA, V; NOVO PÉREZ, M.; SEIJO MARTÍNEZ, D.: "El coordinador de parentalidad: un análisis de las resoluciones judiciales en España", *Acción Psicológica* (UNED), dic. 2017, vol. 14, p. 158. Según GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia tras la separación parental. Mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro y coordinación de parentalidad", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2016, "Buena parte de la responsabilidad de esta situación parece achacable a la rigidez y standarización del convenio regulador o del plan parental. Tanto es así que el verdadero trabajo de la familia en la búsqueda del consenso comienza tras la sentencia de separación o divorcio".

• **David Aviñó Belenguer**

Profesor ayudante doctor de Derecho Civil, Universitat de València. Correo electrónico: david.avino@uv.es

familia³, los equipos psicosociales⁴, los Puntos de Encuentro Familiar⁵, los Servicio de Atención a la Familia e Infancia⁶, la terapia familiar⁷ o la mediación familiar⁸. Ante estas carencias se plantea la posibilidad de indagar en la figura del Coordinador Parental (CoPa).

II. LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD.

I. Origen y concepto de la Coordinación de Parentalidad.

La Coordinación de Parentalidad (CP) es un proceso alternativo de resolución de disputas (*Alternative Dispute Resolutions* -o ADR) multidisciplinar, obligatorio (cabe que sea voluntario) y no confidencial⁹, en el que un experto independiente (el CoPa) ayuda a los padres en graves dificultades tras su proceso de separación o

- 3 Los Juzgados de Familia, creados por Ley 11/1982, de 13 de mayo y por Real Decreto 1322/1981, de 1 de septiembre, tenían como función, entre otras, mitigar las situaciones conflictivas que de ellas se derivaran, en beneficio del interés superior del niño, niña y adolescente y, en general, del interés familiar. Según CAPDEVILA BROPHY, C.; COSTA LAMENCA, M.ª J.; CARTÍE JULIÀ, M.: "La figura del coordinador o coordinadora de coparentalidad (CP) en el marco legal catalán y estatal. La designa del CP", *Anuario de psicología*, Vol. 49, nº 3, 2019, p. 130, "actualmente, los juzgados de familia solo existen en grandes ciudades, mientras que los pueblos y ciudades pequeñas tienen juzgados mixtos o de primera instancia genéricos, por lo que los asuntos de familia son resueltos por jueces y órganos judiciales sin formación especializada. Si a ello se unen las carencias estructurales de organización y recursos de la Administración de Justicia, encontramos que las soluciones que se ofrecen en el ámbito de familia llegan en muchas ocasiones tarde o son inadecuadas para una problemática que es dinámica y cambiante, como es el caso de los hijos o hijas que rechazan o resisten la relación con un progenitor".
- 4 En diciembre de 1983 el Ministerio de Justicia creó 19 equipos psico-sociales, compuestos por un psicólogo y un trabajador social, para los 26 juzgados de 1.ª instancia-familia que existían en España. Estos equipos se crearon con el objetivo de llevar a cabo una experiencia piloto, con una duración prevista de seis meses, para realizar una evaluación psicosocial de la familia y asesoramiento al magistrado/a en aquellas cuestiones que solicite. En la mayoría de los casos estas peticiones son en relación con la guarda y custodia y regímenes de visitas de los niños/as y adolescentes con sus progenitores.
- 5 El Punto de Encuentro Familiar (PEF) es un recurso extrajudicial que tiene por objetivo preservar las relaciones familiares y la seguridad de los miembros de la familia después de una separación o divorcio. Las familias acceden a los PEFs por decisión judicial de juzgados de primera instancia, juzgados de instrucción, juzgados de familia, juzgados especializados en violencia sobre la mujer y audiencias provinciales, o por la solicitud del Área de Servicios Sociales o servicios de protección del niño, niña y adolescente y de la mujer. Las situaciones más frecuentes incluyen familias en las que existe un riesgo de violencia durante el cumplimiento del régimen de estancias con un progenitor, o existe una orden de alejamiento por violencia doméstica, o por dinámicas de rechazo o resistencia de un hijo o hija hacia un progenitor.
- 6 El Servicio de Atención a la Familia e Infancia (SEAFI) es un servicio público de carácter municipal que incorpora equipos multidisciplinarios que atienden cualquier tipo de conflictividad familiar, haya menores o no, que requiera de orientación psicosocial, mediación o terapia familiar.
- 7 La derivación a terapia es uno de los recursos de que puede valerse el Juzgado para gestionar el conflicto de aquellas familias que atraviesan divorcios contradictorios, con situaciones incluso de violencia familiar. Puede articularse como una recomendación o como una obligación del Juez.
- 8 Según GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia", cit. si no se aprecian psicopatologías que interfieran en la gestión del conflicto o situaciones de violencia doméstica, el Juzgado puede derivar a las partes a mediación (intrajudicial). No obstante, el art. 87.ter LOPJ (a partir de la reforma de LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género) prohíbe la mediación en caso de violencia familiar o de género/machista ["está vetada" señala el precepto]. Como ejemplo próximo, en el art. 233-6.1 *in fine* CC Cat, se excluye la mediación de "los casos de violencia familiar o machista".
- 9 PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad: reflexiones para la práctica en el contexto español", *Revista de Mediación*, 2019, Vol. 12, nº 1, p. 15.

divorcio a implementar su Plan de Parentalidad¹⁰ y a reducir el conflicto en beneficio de los menores¹¹. Según la *Association of Families and Conciliation Court -AFCC*¹²- (2017-2019) “es una función híbrida legal y de salud mental que combina funciones de evaluación, educación, gestión de casos, gestión de conflictos, resolución de disputas y, en ocasiones, toma de decisiones. Es un proceso centrado en los niños realizado por un profesional autorizado en salud mental o derecho de familia, o un mediador familiar certificado, calificado o regulado según las normas o leyes de su jurisdicción, con experiencia profesional práctica en casos familiares de alto conflicto”.

La CP surge en los años 90 en los Estados Unidos (tanto a nivel legal como jurisprudencial)¹³, Canadá y Australia, para la normalización de las relaciones parentales en contextos de grave conflictividad de las parejas (por diversas causas)¹⁴, en la que se hallan implicados los hijos menores de edad¹⁵. En Iberoamérica, el primer país en adoptar la CP fue Argentina, en concreto en los Juzgados de Familia de la ciudad de Buenos Aires, por importación de EE.UU., si bien ya contaban con la figura del Mediador Terapéutico que se centraba en la atención a los menores¹⁶.

En España no contamos con regulación legal de la CP, aunque desde el año 2013 se crearon proyectos piloto, p. e. en en año 2013 entre el Juzgado n° 8 de Sabadell y el equipo Logos Media para la implantación de un proyecto piloto de CP¹⁷. También se han venido desarrollando conferencias y actividades formativas

-
- 10 El Plan de Parentalidad es un pacto, complemento o sustitutivo del convenio regulador, dirigido a consensuar los detalles de la guarda y custodia, p. e. el régimen de estancias de los hijos con los progenitores.
 - 11 Según GARCÍA MONTERO, A. M.ª; LÓPEZ PÉREZ, A.; NOVILLO GARCÍA, B.: “La coordinación parental, rol del trabajador social” (*Colegio oficial de Trabajo social de Madrid*), Julio 2018. Disponible en https://www.centrodemediacionmurcia.com/wp-content/uploads/2023/01/La-CP_y_el_trabajo_social.pdf, el CoPa deberá tener conocimientos y competencias específicas, por mandato judicial, y actuará en situaciones de alta conflictividad familiar, asumiendo una responsabilidad con las familias y especialmente con los hijos.
 - 12 Web: <https://www.afccnet.org/>
 - 13 Según FARIÑA RIVERA et. al.: “El coordinador de parentalidad”, cit., p. 158, se mencionan como pioneros de la CP los estados de California y Colorado, siendo Oklahoma, en 2001, el primer estado en desarrollar una norma legal para darle soporte, siguiéndole otros: Idaho (2002), Oregon (2002), Carolina del Norte (2005), Colorado (2005), Texas (2005), Lousiana (2007), Florida (2009), New Hampshire (2009). Si bien no todos los estados cuentan con dicha regulación, actualmente esta práctica se encuentra asentada en todo el territorio norteamericano, tanto en Canadá como en EE.UU. Está regulada en Arizona, California, Georgia, Hawái, Massachusetts, Minnesota, Nuevo México, Pensilvania y Vermont. Según GARCÍA-HERRERA, A.: “Reestructuración de la familia”, cit. “El rol se va instalando paulatinamente en otras jurisdicciones con otras denominaciones (sabios, en Nuevo México, asesor del Juzgado, facilitador de coparentalidad, etc (...))”.
 - 14 ORTUÑO MUÑOZ, P.: “La mediación en el ámbito familiar”, *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Comunidades de Castilla La Mancha), n° 29, 2013.
 - 15 Web de la *National Cooperative Parenting Center* (NCPC). Disponible en <https://thencpc.com/>
 - 16 AA.VV.: *Manual de coordinación de la parentalidad*, cit. p. 11.
 - 17 Podemos citar también el programa piloto en Barcelona (2014) a través del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (ahora *Centre de Mediació de Catalunya*) que se implementó a partir del año 2015 hasta el año 2017. Por su parte, en la ciudad de Valencia (2017) el juez decano promovió un proyecto piloto que inicialmente ha atendido a 10 familias. Asimismo, en 2018, en la ciudad de Alicante, se pusieron en marcha derivaciones al listado de la CoPa de ASEMIP (Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Infancia y Parentalidad Positiva), puede consultarse en la web <https://www.ase mip.org/>.

sobre esta temática (p. e. en el año 2023, con el apoyo de GEMME¹⁸, ACDMA¹⁹, y los Colegios Oficiales de Psicólogos, de Trabajo Social y de Pedagogos). Por otro lado, la primera comunidad autónoma que implantó judicialmente el CoPa fue Cataluña, siendo su principal promotor el magistrado Pascual Ortuño, iniciativa que fue seguida por otras CC.AA. (Aragón, Galicia, Madrid, Navarra, Valencia), dando lugar a un aumento del número de sentencias que dictan la designación de un CoPa. En materia de CoPa hoy en España estamos como en los EE.UU. en los años 90.

En Cataluña, en los últimos años, la jurisprudencia de las audiencias provinciales y del TSJ ha convertido al CoPa en un medio válido de ADR, como medida judicial en ejecución de sentencia (en general, se asocian a supuestos de modificación de medidas y en algunos, incluso, proceden de juzgados de violencia). En su origen, el Colegio de Psicólogos de Cataluña ofreció cursos de formación que permitieron a algunos colegiados incorporar a sus currícula esta capacitación, para sorpresa -y no siempre agrado- de otros colectivos. Paralelamente, el Colegio de Abogados de Barcelona se cuestionó, en varios actos organizados por la Comisión de derecho de familia, las funciones del CoPa y la formación para desempeñarla. Dos hechos influyeron en que se viera su necesaria implantación: 1. La existencia de un Proyecto Piloto en el Juzgado núm.8 de Familia de Sabadell²⁰ y 2. La irrupción del CoPa en los fallos emitidos por la Audiencia Provincial de Barcelona desde el año 2013²¹.

2. Parentalidad positiva y protección del interés superior del menor.

La CP se dirige a la protección del superior interés del menor y la conveniencia de que no se rompan los vínculos familiares. Exigencia derivada de los compromisos

18 Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación. Web: <https://mediacionesjusticia.com/>

19 *Associació de Professionals de la Mediació de Conflictos de Catalunya*. Puede consultarse en el Blog: <https://mediaciondeconflictos.blogspot.com/>

20 Según LAUROBA LACASA, M^a E.: "Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n^o 4, 2018, la experiencia del Juzgado núm. 8 de Sabadell "Proyecto Piloto de coordinación de Parentalitat", en el 2012, recayó sobre siete familias difíciles e implicaba a toda la familia, más allá de los progenitores, en casos de conflicto inacabable; también incorporaba acompañamiento terapéutico. Del Programa Piloto surgieron una serie de recomendaciones: se planteó cómo podrían integrarse los CoPa en la mecánica judicial y que su intervención debía ser obligatoria en el periodo de ejecución de sentencia cuando los desencuentros perjudicasen a los hijos. Más adelante, en 2015, el *Centre de Mediació de Dret Privat* de Cataluña pondría en funcionamiento otro Plan Piloto que recogía la intervención de la figura del CoPa.

21 SAP Barcelona 26 julio 2013 (JUR 2013, 331553), Sec. 12, Pte: P. ORTUÑO: "[F] 4^o)... al objeto de que el cambio del sistema de ejercicio de la guarda se produzca lo más eficientemente posible es necesario, para garantizar el superior interés de los menores (...), imponer que el cambio de modelo de custodia se realice con el apoyo psicológico y educacional de un coordinador de parentalidad (...) [que] deberá planificar con ambos progenitores y con especial atención a los dos hijos, la normalización del sistema de custodia". Y la SAP Barcelona 17 febrero 2014 (JUR 2014, 85200), Pte: M^a José PÉREZ TORMO, que establece que: "la solución pasa, (...), porque ambos progenitores entiendan y asuman un cambio de su actitud en el trato a sus hijos, pues de otra manera conducirán a los menores a una situación psicológica perjudicial y en ocasiones, sin retorno, de ignoradas dimensiones en este momento. Por todo ello, (...) considera esta Sala que en interés de los menores, debe nombrarse un coordinador parental (...)".

internacionales asumidos por España (vid. arts. 3,1, y 9,3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH-), según la cual el interés del hijo requiere que sólo circunstancias muy excepcionales puedan llevar a una ruptura de una parte del vínculo familiar y que deban adoptarse todas las medidas necesarias para mantener las relaciones personales y, en su caso, reconstituir el vínculo familiar²². Doctrina recogida por el Tribunal Superior de Justicia²³ y por las audiencias provinciales²⁴ de Cataluña.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa elaboró la Recomendación 19/2006 dada a los EE.MM. sobre las políticas de apoyo a la parentalidad positiva, entendida como “comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño”. La corresponsabilidad parental implica hacer que “ambos progenitores se involucren por igual en el cuidado de los menores, tanto constante matrimonio como una vez que acontece una separación o divorcio”²⁵.

Entre las medidas que refuezan una coparentalidad positiva pueden destacarse la protección y la socialización, las de nutrición y afectivas, la de estimulación y educativas. La cooperación entre los progenitores para la crianza de los hijos se considera uno de los factores que más contribuyen a su desarrollo armónico, aún después del divorcio. El Derecho sustantivo y procesal español reconoce, asimismo, la necesidad de preservar el interés superior del menor en los conflictos familiares. Por ello, la especialización de los Juzgados, la colaboración con equipos psicosociales, la terapia familiar, la derivación a mediación, los Puntos de Encuentro

22 *Gnahoré contra Francia* (TEDH 2000, 440). El Tribunal constata que la interesada vivió junto a su hijo hasta septiembre del año 2000. Después se vio privada de los contactos con su hijo durante casi ocho años (véase apartados 12 y 26). El Tribunal observa que los derechos parentales de la demandante no estaban limitados por una decisión judicial sino por la actuación de los esposos T., abuelos paternos del niño, quienes, después de haber prometido a la demandante hacerse cargo temporalmente del niño, posteriormente cambiaron de actitud y rechazaron cualquier contacto con la madre y el niño hasta el verano de 2008 (véase apartados 11-26). Durante esos años, el padre del niño residía de manera permanente en Estados Unidos y por tanto, no podía ejercer diariamente sus derechos. El Tribunal estima que dada tal situación, incumbía a las autoridades del Estado el tomar las medidas oportunas a fin de permitir que la demandante continuara con esa vida familiar que había mantenido con el niño durante los seis primeros años de su vida.

23 En la STSJ Cataluña 12 enero 2017 (RJ 2017, 2078), el tribunal, a la vista de la situación de conflicto permanente que existe en relación con la custodia de un hijo menor de edad, que a pesar de que se acordara por los padres en su momento la custodia compartida (y así se reflejó en primera instancia), quiere vivir ahora con el padre; y de que no basta con exhorar a las partes a que inicien terapia familiar (se detectan reticencias en el padre que la puedan hacer inviable), considera procedente, para una mayor efectividad, contar con un apoyo especializado (CoPa) que intervenga en una primera fase de aproximación entre la madre y el hijo.

24 SAP Barcelona 17 febrero 2014 (JUR 2014, 85200).

25 VERDERA IZQUIERDO, B.: “Un nuevo contexto en Derecho de familia y Derecho de persona”, en AA.VV., *La persona en el S. XXI. Una visión desde el Derecho*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 51.

Familiares, la CP como medida de auxilio para la ejecución y seguimiento del convenio regulador y los planes parentales facilitan la consecución de este objetivo.

3. Justificación de la Coordinación Parental ¿Medida de *ultima ratio*?

Nuestro sistema judicial en el ámbito de familia puede estar involuntariamente alimentando el mantenimiento de la alta conflictividad en ruptura de parejas.

La vía judicial no es la más idónea para resolver conflictos que tienen una gran carga emocional, por cuanto se trata de un sistema adversarial, lo que se pone de manifiesto especialmente cuando las disputas producen continuas denuncias²⁶. Las dificultades de las que adolece el sistema judicial han sido evidenciadas en los últimos años: carencia de especialización de los tribunales de familia y de la propia abogacía, escasez de recursos, primacía del enfoque adversarial, justicia basada principalmente en hecho pasados, escaso desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos (a excepción de la mediación), escasa presencia de oralidad, escasos equipos de apoyo para la valoración e intervención, entre otras cuestiones²⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda a los EE.MM. que deben implantarse mecanismos útiles y eficaces para la pacificación de estos conflictos para asegurar el derecho del niño a crecer y desarrollar su personalidad con sus progenitores²⁸. Dentro de este tipo de procedimientos, la sentencia que le pone fin no resuelve los conflictos ni tampoco asegura que se cumplan las medidas definitivas establecidas en la sentencia para regular los efectos de la ruptura²⁹.

Puede afirmarse, por lo tanto, que la CP proviene de una necesidad social. De hecho, los Estados tienen la obligación de asegurar el cumplimiento del derecho fundamental de los niños o niñas a relacionarse con ambos progenitores. Cuando existe una conflictividad elevada, hay riesgo de que este derecho no se cumpla y los tribunales tienen la obligación de realizar un seguimiento de las medidas dictadas en las resoluciones judiciales, que no siempre consiguen el restablecimiento de la relación³⁰. En estos casos, la CP favorece la adecuada gestión del conflicto³¹, por lo que podría calificarse, a grandes rasgos, como medida de *ultima ratio*³². Ello pone

26 GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia", cit.

27 PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad", cit., p. 18.

28 Así, en el caso *Lombardo vs. Italia*, el Tribunal condena al Estado italiano por violación del referido precepto a propósito del derecho de relación de un progenitor divorciado con su hija, que no había podido ejercitar en la práctica durante varios años (TEDH, 2013)

29 Los incumplimientos de las sentencias no tienen un marco procesal adecuado, ya que las medidas sancionadoras impuestas por los incumplimientos, como las multas coercitivas civiles ex art. 776.2 LEC, la modificación del régimen de guarda, las sanciones penales, etc., no resultan eficaces.

30 ORTUÑO MUÑOZ, P.: "La mediación en el ámbito familiar", cit.

31 ARIAS, F.; BERMEJO GIMENO, N.: "La coordinación de parentalidad y la toma de decisiones", *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Vol. 12, nº 1, 2019, p. 27.

32 El CoPa tendrá que intentar la cooperación entre los padres cuando esta no haya sido posible (SAP Barcelona 8 enero 2020 [JUR 2020/54671]): "Para los meses de transición de un modelo de custodia individual al de custodia compartida, los litigantes han de recabar la colaboración de sus letrados para

de manifiesto la necesidad de aportar a las familias intervenciones profesionales alternativas especializadas y apoyadas en el Sistema Judicial, que contribuyan a reducir el conflicto entre los progenitores, priorizando el interés de los hijos y reestableciendo una colaboración parental efectiva. En definitiva, la CP puede considerarse una solución óptima para tratar rupturas de alta conflictividad.

La CP se revela como un método eficaz de ADR en el ámbito de las rupturas familiares por varios motivos: i) la aceptación de la intervención por parte de los progenitores; ii) la colaboración de los operadores jurídicos y el CoPa (jueces, abogados, etc.), así como entre los propios progenitores; iii) la "autoridad" del profesional percibida por los progenitores y sus letrados, la experiencia y formación especializada del profesional y un coste percibido como adecuado o con posibilidad de asumirlo; iv) comporta beneficios para la salud psico-emocional de los progenitores y de los hijos; v) produce mejoras en la comunicación interparental, una reducción de la relitigación y una normalización de las relaciones intrafamiliares; v) mejora las relaciones con nuevas parejas; vi) descongestiona los juzgados de familia, con el ahorro económico y de tiempo que ello conlleva³³, etc.

4. Situación normativa actual de la Coordinación de Parentalidad.

En España, a diferencia de otros países, no contamos con regulación legal de la CP. No obstante, se ha apuntado que el art. 158 CC³⁴ da cobertura legal al establecer que bien de oficio, o bien a petición del propio hijo, o cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, se podrán fijar aquellas medidas necesarias a favor de los hijos con el fin de evitar perturbaciones dañosas o peligrosas que resulten irreparables en su desarrollo y bienestar, en interés superior de los niños y adolescentes, dentro de cualquier proceso civil o penal o en un proceso de jurisdicción voluntaria. Además, a través de normas sustantivas civiles (art. 15.6 CC) y normas procesales (arts. 748 a 755 y 770 LEC) se otorga a los jueces un amplio margen de actuación de oficio cuando se trata de tomar medidas para evitar perjuicios a los menores, o bien para conocer la situación familiar, que le permitan tomar las decisiones más adecuadas (como p. e. la designación de un CoPa), sobre la base del interés superior del menor.

sentar las bases de la necesaria cooperación entre los progenitores que deberán mantener durante toda la vida de la niña y en beneficio de la misma. Si no fuese posible, deberán contar con la intervención de un coordinador de parentalidad que designarán de mutuo acuerdo o, si tampoco fuera posible, por designación judicial".

33 GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia", cit.

34 La STSJ de Cataluña 26 febrero 2015 (RJ 2015, 1236) afirma que el artículo 158.6 CC faculta a los jueces, a petición de alguna de las partes, del Ministerio Fiscal o de oficio si ninguno de ellos lo solicita, a designar un CP, siempre que concurren los requisitos exigidos por dicho precepto: que esté abierto un proceso judicial, que se constate una situación de riesgo para algún niño derivada de la actuación de los progenitores y que esta pueda ser evitada o al menos disminuida con la intervención de un profesional como el CP.

No obstante, existe una nutrida jurisprudencia, especialmente de la Audiencia Provincial de Barcelona³⁵ y del STSJ de Cataluña³⁶, sin contar con otras resoluciones judiciales³⁷, que recoge la intervención del CoPa. Entre los artículos que se citan por los tribunales catalanes se encuentran -en el Libro Segundo del CC Cat.- el art. 211-6.l, que indica que “[e]l interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte”; el art. 233-13, que permite a la autoridad judicial, siempre que existan razones fundadas, supervisar las relaciones de los menores con el progenitor que no ejerza la custodia o con el resto de la familia, pudiendo confiar su supervisión a la red de servicios sociales o a un Punto de Encuentro Familiar (sin que deba verse como un elenco cerrado) en casos de riesgo social o peligro; el art. 236-3, que permite a la autoridad judicial adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad, incluso nombrando un administrador judicial; y, finalmente, el art. 236-4, que en su apartado I dice que los hijos y los progenitores, aunque estos no tengan el ejercicio de la potestad, tienen el derecho a relacionarse personalmente salvo alguna excepción³⁸.

Los criterios para acordar la intervención del CoPa quedan reforzados por el marco legal internacional y local, con una legislación que protege los derechos de los niños a que los progenitores cumplan con sus responsabilidades como tales. Por poner algún ejemplo, la Declaración de Ginebra (1924) y la Declaración de los Derechos del Niño (1989) sentaron las bases para la Carta Europea de los Derechos del Niño (1992): “toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses”.

5. Situaciones no recomendables para una Coordinación de Parentalidad.

No todos los casos son derivables a una CP, bien por las características individuales de los progenitores o tutores, por características de la relación, o por el momento concreto en el que se propone iniciar la coordinación³⁹, p. e. ante situaciones de maltrato, negligencia, violencia de pareja, trastorno de salud mental o de personalidad incapacitante, consumo de sustancias tóxicas; pendencia de sentencia sobre demanda de violencia o maltrato infantil en todas sus formas (que deberían ser resueltas antes de la derivación pues de otro modo el propio profesional trabajaría en la cuerda floja, sin saber con certeza cuál será el devenir

35 SSAP Barcelona 26 julio 2013 (JUR 2013, 331553), 8 enero 2020 (JUR 2020, 54671), 28 enero 2020 (JUR 2020, 54671), 20 febrero 2020 (JUR 2020, 80597), 26 julio 2023 (JUR 2013, 331553), entre otras.

36 SSTSJ Cataluña 12 enero 2016 (RJ 2017, 2078), 26 mayo 2020 (JUR 2020, 187899), entre otras.

37 SSAP Valencia 8 enero 2020 (JUR 2020, 89122); Lleida 17 enero 2019 (JUR 2019, 28329), entre otras.

38 Salvo -dice el artículo 236.4.3 CC Cat- “que los primeros hayan sido adoptados o que la ley o una resolución judicial o administrativa, en el caso de menores desamparados, dispongan otra cosa”.

39 Según PÉREZ CRESPO, C.: “La coordinación de la parentalidad”, cit., p. 18.

de la familia imposibilitando identificar con claridad el objetivo de trabajo); la problemática familiar se encuentra en el proceso de valoración por parte de los Servicios de Protección de menores, habiéndose iniciado expediente de desamparo, etc. Por otro lado, al igual que en un juzgado, nos encontraremos situaciones en que uno de los progenitores, o los dos, se niega/n a acudir a colaborar y asistir a sesiones con el/la coordinador/a, del mismo modo que incumple otras resoluciones judiciales.

Por otro lado, dada la propia naturaleza de la CP existen algunas dificultades y limitaciones en su implementación y aplicación: i) es una intervención invasiva, por el posible carácter obligatorio y de trabajo coordinado con otros recursos, donde se pueden hacer visitas a domicilio, colegio, o supervisar de cerca la comunicación entre progenitores; ii) es de alto coste debido a su carga de trabajo y duración⁴⁰ (recepción de la derivación, elaboración de contrato, estudio de expediente judicial, entrevistas con los progenitores y familia extensa, seguimiento de comunicaciones, coordinaciones, elaboración de informes, citaciones judiciales, reuniones con abogados, etc.); iii) se trabaja con personas instaladas en el conflicto permanente, con graves repercusiones negativas en los hijos; iv) existe una notable indefinición de funciones y las características del CoPa ante la falta de regulación; v) el sistema de la CP no está planteada para una atención de casos individualizada, interdisciplinar y ajustada en tiempos, y aquellos operadores jurídicos que se plantean otros modos de ayudar a estas familias lo hacen bajo con el esfuerzo propio y escasamente apoyados por el sistema⁴¹, etc. Por el contrario, los sistemas de justicia en otros países de nuestro entorno han implementado cambios importantes en las últimas décadas⁴².

Todas estas situaciones pueden suponer diferentes escenarios, p. e. la imposibilidad de dar comienzo tras la derivación judicial, la finalización de la coordinación bajo informe fundamentado o bien la adecuación de objetivos, rebajando la pretensión de establecer la cooperación entre progenitores para

40 GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia", cit. Según el autor "[e] inconveniente desde nuestro punto de vista, al menos en nuestro sistema, es la asunción del coste del experto por las familias".

41 Según PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad", cit., p. 19 a la hora de poner en marcha proyectos de coordinación (...) nos encontramos con jueces que sienten, y no sin razón, que esto es una carga más de trabajo en un sistema de por sí saturado, encuentran la dificultad de derivar a servicios privados si no es bajo el amparo de un procedimiento -designación de peritos- que no es realmente el que correspondería, derivan casos que han esperado en el mejor de los casos una media de 11 meses para tener una sentencia, no cuentan con tiempo para trabajar de manera coordinada con el profesional, en ocasiones ni para llevar a cabo una vista en la que explicar a los progenitores la derivación, muchos de ellos proceden de juzgados mixtos no especializados en familia, son escasos los casos que cuentan con informe psicosocial previo, limitados -si es que existen- los recursos públicos de apoyo a los que enviar a las familias, etc.

42 PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad", cit., p. 19, cita algunos: la promoción de la especialización, la interdisciplinariedad, el enfoque colaborativo, la diferenciación de las cuestiones que tienen que ver con el cuidado de los niños de aquellas relacionadas con cuestiones económica, potenciar los métodos RAL (no sólo la mediación), la primacía de la oralidad en el procedimiento, la necesidad de pasar por diferentes intervenciones antes de llegar a un contencioso, la evaluación temprana de la situación familiar, la designación de un representante del niño, la agilización de los procedimientos la digitalización, la posibilidad de los progenitores de solicitar auxilio judicial sin necesidad de representante legal, etc.

lograr una parentalidad paralela o incluso desligada con baja conflictividad y buen vínculo con los hijos. Entretanto -se ha señalado por algún autor- si el contexto no cambia, la CP corre el riesgo de convertirse en el último recurso de un sistema que no funciona adecuadamente para garantizar el bienestar de los niños y niñas involucrados en las rupturas familiares.

III. ESTATUTO DEL COORDINADOR PARENTAL.

I. Concepto y naturaleza.

El CoPa es un auxiliar del Juez⁴³, experto pericial⁴⁴, y su elección se hará por las partes o impuesta por el Juez a través de la insaculación de los listados oportunos. Se le considera un perito dinámico, por cuanto además de elaborar un dictamen realizarán una actuación dinámica en ejecución de sentencia⁴⁵. El CoPa suele encontrarse entre las medidas de control y seguimiento que se adoptan de oficio por el Juez en ejecución de sentencia -en Cataluña arts. 233-13, 236-3 CC Cat y 776.2 y 3 LEC-.⁴⁶ Se ha llegado a afirmar (magistrada CARLA ARIAS, 2015) que el CoPa es un servicio público, gratuito y obligatorio, necesario para el bienestar del menor; de considerarse como tal podría tener cabida la asistencia gratuita en el proceso.

Pueden llegar a ejercer la profesión de CoPa los profesionales con experiencia y formación en mediación y resolución de conflictos, intervención psicosocial en situaciones de ruptura de pareja, orientación familiar, colaboración con el contexto jurídico e intervención en situaciones de conflicto y violencia familiar⁴⁷.

Según la AFCC (2005) pueden ejercer de CoPa los profesionales del área psico-social y legal con formación en: i) aspectos legales y psicológicos de las separaciones y divorcios; ii) funcionamiento y dinámicas familiares (perspectiva sistémica y relacional); iii) psicología infanto-juvenil; iv) violencia doméstica y de género, maltrato infantil, interferencias parentales; v) técnicas y herramientas de psicoterapia y de mediación familiar; y vi) participar en actividades de formación continuada, especialmente sobre CP. De este modo, el CoPa se considera una figura transversal con entidad propia que ha de tener conocimientos y/o formación en técnicas de mediación y terapéuticas, pero en ningún caso actuará como mediador o terapeuta. Dados los requisitos anteriores, se ha sugerido que el CoPa

43 GARCÍA MONTERO, A. M.ª, et. al.: "La coordinación parental", cit.

44 Por lo que los gastos de la actuación deberán ser satisfechos por las partes en la forma dispuesta por el art. 241 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

45 STSJ Cataluña 26 febrero 2015 (RJ 2015, 1236).

46 SAP Barcelona 28 enero 2020 (JUR 2020, 54671).

47 ARIAS, F.; BERMEJO GIMENO, N.: "La coordinación de parentalidad", cit., p. 26.

sea un psicólogo⁴⁸ o un trabajador social⁴⁹ por haber formado parte ambos tipos de profesionales tradicionalmente de los equipos psicosociales que asisten a los juzgados de familia, aunque nada obsta a la participación de los mediadores o abogados de familia.

La formación inicial debe ser práctica e impartida por profesionales con experiencia; también debe haber formación continua y supervisión de contenidos. Debiéramos apostar por la calidad y no la cantidad de los profesionales que coordinarán las funciones parentales. Deberíamos plantearnos requisitos de acceso, como formación y experiencia en mediación, experiencia en intervención con familias con media/alta conflictividad, formación en coordinación y específica si las características de un caso lo requirieran, formación continua y supervisión. Así, debería haber una adecuación de contenidos a las necesidades del ejercicio profesional, la supervisión, la calidad del contenido técnico, la destreza de los docentes para transmitir conocimientos, la coordinación de la docencia (que las sesiones no sean inconexas), el seguimiento de los asistentes para ayudarles a incorporar competencias⁵⁰, etc.

En algunas CC.AA. (especialmente en Cataluña) existen listados de profesionales organizados por colegios profesionales que requieren de sus profesionales que cumplan con los requisitos exigibles para ser CoPa. No obstante, de momento, son escasos los recursos públicos destinados a formación y acreditación. Resulta necesario y urgente una regulación de mínimos que establezca la experiencia y cualificación mínima de los CoPa, para asegurar la calidad de los servicios que ofrezcan, así como una mayor dotación presupuestaria por parte de las AA.PP. (aunque la oferta privada podría conjugarse con la pública en algunos supuestos).

2. Funciones.

La resolución del Juzgado o el contrato firmado por las partes deberán establecer unos parámetros precisos de actuación del CoPa, así como unos tiempos

48 GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia", cit.

49 Según GARCÍA MONTERO, A. M., et. al.: "La coordinación parental", cit. "[e]l/la Trabajador/a Social cuenta con conocimientos en intervención social, técnicas de gestión de conflicto, psicología evolutiva, en mediación, en sistema legal familiar y en educación social, siendo el/la profesional con los estudios más completos en relación con las competencias y conocimientos señalados por el juez Ortuño. Además, es un/a profesional que cuenta con experiencia y herramientas en dinámicas familiares postruptura de pareja, enfoque sistémico, en dinámicas de violencia en la familia y en el abordaje de situaciones de consumo y/o abuso de drogas, alcoholismo u otros factores educacionales. En la actividad de coordinación parental es fundamental la coordinación con el resto de las redes, servicios y ámbitos para la obtención de la información más veraz y apropiada para el proceso de acompañamiento a la familia. Es aquí donde un/a Trabajador/a Social aporta un extra de calidad al tenerse que coordinar Trabajadoras/es Sociales del resto de los servicios y ámbitos como es el de sanidad, justicia, educación y servicios sociales. Siendo un profesional con la competencia del conocimiento extenso de las políticas sociales, de los sistemas de protección y bienestar y de valorar los recursos del entorno. Que estas funciones las realice un/a Trabajador/a Social es una garantía profesional, porque para su ejercicio está obligado/a a una colegiación en su colegio profesional dónde se debe al cumplimiento de un código deontológico y a un control por sus pares".

50 PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad", cit., p. 20.

específicos de su intervención (deberán marcarse las funciones, concretarse en mayor medida su ámbito y extensión y precisarse las pautas bajo las que deben ser nombrados)⁵¹. La autorización al CoPa es necesaria para que éste obtenga la información que requiera del caso para gestionar el conflicto, tomar decisiones relacionadas con la satisfacción de las necesidades de desarrollo y psicológicas de los hijos, a la vez que desarrolla labores de carácter educativo con ambos progenitores, todo ello con el propósito de reducir el conflicto y eliminar, o al menos minimizar, la contienda judicial en beneficio de los hijos (AFCC, 2006; APA, 2012⁵²). Dicha autoridad del CoPa no puede ser limitada, ya que de serlo reduce la eficacia de la intervención (alcanzando así la posibilidad de arbitrar cuando los progenitores no se ponen de acuerdo).

La misión principal del CoPa es la de ayudar a los padres a construir el andamiaje para la reorganización familiar. Entre las funciones del CoPa podemos destacar⁵³: i) evaluadora (valora el funcionamiento del Plan de Parentalidad, la adaptación de los menores, la colaboración -o falta de ella- de los progenitores); ii) psicoeducativa (ayudar a los progenitores a resolver sus disputas y tomar decisiones beneficio de sus hijos⁵⁴); iii) evaluadora (tiene en cuenta cualquier información relevante como las resoluciones judiciales, pruebas periciales, información obtenida de entrevistas con la familia extensa, etc.); iv) gestión del caso, con el fin de implementar un nuevo Plan de Parentalidad⁵⁵ -en su caso-, para lo cual trabaja y se coordina con otros profesionales en el ámbito de la salud, educación o servicios sociales o jurídicos⁵⁶; v) recomienda la derivación a programas específicos (escuela de padres, cursos de gestión de emociones, programas de violencia de género...); vi) gestión de conflictos (ayuda a los progenitores a minimizar el conflicto y a resolver los desacuerdos relativos a sus hijos); vii) toma de decisiones⁵⁷, cuando los progenitores no son capaces de ponerse de acuerdo sobre cuestiones del día a día, siempre en beneficio del interés superior del menor⁵⁸; viii) supervisa y ayuda

51 CAPDEVILA BROPHY, C. et. al.: "La figura del coordinador", cit. p. 135.

52 Tal y como sugiere la *American Psychological Association* (2012). Web: <https://www.apa.org/>

53 FARIÑA RIVERA et. al.: "El coordinador de parentalidad", cit., pp. 159-160.

54 El CoPa contribuye a normalizar las relaciones entre la progenitora y su hijo, excediendo el marco estándar que conocemos, lo que es una prueba de la flexibilidad de su implementación, según LAUROBA LACASA, M^a E.: "Instrumentos para una gestión constructiva", cit. (STSJ Cataluña 12 enero 2017 [RJ 2017, 2078]).

55 Una de las funciones más importantes del CoPa consiste en su intervención, en ejecución de sentencia, por delegación judicial, para asistir a los progenitores en la concreción de un Plan de Parentalidad conjunto que garantice la estabilidad de los menores (SAP Barcelona 28 enero 2020 [JUR 2020, 54671]). Vid. También las *Guidelines for Parenting Coordination*, desarrolladas por la (*developed by the*) *Association of Families and Conciliation Courts* (AFCC) 2017-2019. Disponible en <https://www.afccnet.org/Resource-Center/Practice-Guidelines>.

56 Según la STSJ 26 febrero 2015 (RJ 2015, 1236) "El especialista contará con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con los menores, con los miembros de la familia extensa, profesores y con los médicos psiquiatras o psicólogos que atiendan a los padres o a los hijos (...)"

57 Según LAUROBA LACASA, M^a E.: "Instrumentos para una gestión constructiva", cit., el CoPa no se limita a hacer sugerencias, sino que tiene capacidad de decisión, siendo esta vinculante (salvo rechazo por el Juez).

58 ARIAS, F.; BERMEJO GIMENO, N.: "La coordinación de parentalidad", cit., p. 26.

al cumplimiento de las resoluciones judiciales (visitas, comunicaciones, satisfacción de necesidades de los menores, patria potestad, ...); ix) información continua al juzgado de familia, etc.

Por otro lado, si el problema se orienta únicamente a uno de los progenitores, la labor del CoPa puede dirigirse a restablecer las relaciones entre uno de los progenitores y el hijo menor (SAP Barcelona 20 febrero 2020 [JUR 2020, 80597]), o a trabajar con el progenitor no custodio para fomentar, desarrollar y mejorar las cualidades parentales positivas (SAP Valencia 8 enero 2020 [JUR 2020, 89122]), etc.

No obstante, el CoPa no puede pronunciarse sobre el cambio de domicilio, de colegio o de régimen de guarda, sino a discordancias de menor escala (p. e. tipo de vacaciones, uso de medicamentos homeopáticos, hora de regreso a casa, etc.).

3. Principios y directrices en el ejercicio de su profesión.

El CoPa tiene una autoridad limitada, por cuanto arbitrará y tomará decisiones cuando los progenitores no sean capaces de llegar a acuerdos⁵⁹. Pero las decisiones tendrán el carácter de propuestas que comunicará al Juzgado para que éste, si así lo considera, se pronuncie al respecto, pudiendo ratificarlas o desestimarlas⁶⁰.

Según la AFCC (2005) las decisiones del CoPa se relaciona con cuestiones de la vida cotidiana: pequeñas modificaciones y clarificación con respecto al Plan de Parentalidad en relación a horarios y distribución del tiempo (festivos, vacaciones, etc.); aspectos relativos al intercambio de los hijos (lugar, hora, medios de transporte...); gestión de cuidados de la salud de los hijos (citas médicas, psicológicas, ortodoncia...); rutinas y hábitos de crianza, actividades extraescolares; ropa, equipamiento deportivo, material escolar y extraescolar; juguetes, etc.; comunicación entre los progenitores y entre estos y los hijos; vacaciones, etc.

La labor del CoPa se organiza bajo los principios de especialidad, neutralidad, eficacia y confidencialidad, salvo la información que deba darse al tribunal (STS) 26 febrero 2015 [R] 2015, 1236]. La AFCC estableció en el año 2005 las líneas básicas en la actividad del CoPa: a) debe mantener imparcialidad en relación a los progenitores, pero no tiene por qué ser neutral ya que puede adoptar decisiones en beneficio de los menores; b) debe informar a las partes implicadas de las limitaciones sobre el deber de confidencialidad (p. e. no divulgará información fuera del proceso de CP, salvo por resolución judicial, si las partes establecen lo contrario, o con fines profesionales autorizados); c) ejercerá su función por

59 FARIÑA RIVERA et. al.: "El coordinador de parentalidad", cit., p. 166.

60 ARIAS, F.; BERMEJO GIMENO, N.: "La coordinación de parentalidad", cit., p. 30.

pacto parental y/o resolución judicial, en las que debería especificarse su ámbito de autoridad y responsabilidades; d) debe informar de su función, plan de trabajo y honorarios; e) trabajará generalmente de forma directa con los progenitores y, cuando sea preciso, con los hijos, así como con la familia extensa o los profesionales relevantes para el caso; f) tratará de facilitar el acuerdo entre las partes, en beneficio de los hijos, etc.

La intervención del CoPa suele tener una duración de entre 12 y 18 meses.

IV. PROCEDIMIENTO DE COORDINACIÓN PARENTAL.

I. Derivación judicial al Coordinador Parental y designación.

Los progenitores pueden llegar a la CP por por tres vías:

a) A solicitud de los progenitores al margen de procedimiento judicial⁶¹.

Antes de la demanda o en el momento de redactar el convenio regulador se puede pactar entre las partes acudir a la CP en caso de desacuerdos en un futuro (aunque no es muy habitual). En este caso se llega directamente al CoPa, tras lo cual éste explicará a los padres el modo de trabajo, los principios que rigen su función, el tipo de intervenciones, el coste, los principios éticos, y el procedimiento de quejas y sugerencias. Se firmará un contrato de prestación de servicios antes de comenzar.

La ventaja de la CP privada (acordada) es que el CoPa puede poner sus condiciones de trabajo, requiriendo de los progenitores que le otorguen capacidad de decisión ante determinadas cuestiones, pudiendo graduar el grado de confidencialidad (p. e. no podrá emitir informes de seguimiento pero sí ser citado como testigo perito), comprometiendo un número concreto de sesiones o recabando el consentimiento directo de los progenitores para coordinarse con el resto de profesionales.

b) A solicitud de los progenitores dentro de un procedimiento judicial.

A solicitud y bajo acuerdo de los progenitores con el asesoramiento de sus letrados (o por recomendación de éstos), señalándose como parte de un convenio regulador o acuerdo a ratificar (homologar) judicialmente, e incluyéndolo en una cláusula donde han de definirse con claridad los términos de la solicitud del servicio que serán similares a las que debería explicitar el juez cuando deriva de él. Por lo general, se habrán puesto de acuerdo en el CoPa concreto a designar (siendo

61 Tal y como sugiere la *American Psychological Association* (2012).

recomendable que hayan mantenido una reunión previa con el mismo), de este modo se puede explicar con claridad el objetivo de la intervención, las funciones del CoPa, el modo de trabajo, coste, sesiones, etc., lo que facilitará el encuadre de la intervención.

c) Por derivación judicial en fase de ejecución de sentencia⁶².

Si en el ámbito familiar existe un nivel alto de conflictividad⁶³ (p. e. con constantes incumplimientos), la derivación se hará normalmente a través de decisión judicial, bien porque uno de los progenitores o los dos lo solicita/n y el juzgador lo estima adecuado, o bien porque el juez lo impone con o sin acuerdo de los implicados (podría ser solicitado desde recursos que trabajan con la familia como los PEF).

Cuando se ha establecido la intervención del CoPa en resolución judicial, en ésta se indicará cómo seleccionarlo, ya sea oficiando a una de las instituciones que ofrece listados profesionales (p. e. a través de Colegios Profesionales, Centros o Asociaciones de Mediación, la ASEMIP, etc.)⁶⁴ o recurriendo a los listados profesionales que maneje el propio juzgado. Éste seleccionará un integrante del listado o instará a las partes -a través de sus abogados- para que se pongan de acuerdo en un profesional y lo comuniquen. Los CoPa pertenecientes a los Colegios profesionales se designarán ajustándose a las previsiones del art. 341 LEC (STSJ Cataluña 26 febrero 2015 [RJ 2015, 1236]). La designación del profesional concreto ha de ser consensuada por las partes de mutuo acuerdo. En otro caso, el CoPa puede ser designado por los equipos de asesoramiento técnico en el ámbito de la familia (SATAF⁶⁵). En ocasiones, dada la elevada conflictividad entre las partes, el Juzgado ha suprimido la facultad de elección de los padres, imponiendo

62 Según PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad", cit., p. 22 es cada vez más frecuente que el juez lleva a cabo una vista con los progenitores o tutores con el fin de explicarles los motivos de la derivación facilitando que los derivados conciban la intervención como un trabajo conjunto entre el profesional y el juzgado, con el fin de ayudarles a atender a sus hijos y protegerles de los daños de la conflictividad entre sus padres. Vid. también la SAP Barcelona 8 enero 2020 (JUR 2020, 43872).

63 Según PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad", cit., pp. 16-17 pueden tenerse en cuenta los siguientes indicadores para considerar la posibilidad de derivación judicial a la CP: i) incapacidad en los progenitores para tomar decisiones conjuntas, o pobres o ausentes competencias para resolver desacuerdos (no siendo posible resolverlo por mediación familiar); ii) falta de confianza mutua interfiriendo en la co-responsabilidad en el cuidado de los niños/as; iii) culpabilizaciones cruzadas, habitualmente como resultado de escasa aptitud o actitud para asumir responsabilidad propia en la situación y el cuidado eficiente de los hijos/as; iv) defectuosa comunicación interparental (produciendo carencias en el cuidado infantil); v) interferencias negativas de la familia extensa; vi) carencias significativas en el ejercicio de las funciones parentales por parte de uno de los progenitores que redundan en dificultades de coordinación entre ambos. Estos factores pueden ser identificados por los letrados, servicios de apoyo como servicios sociales, colegios, terapeutas, por los equipos psicosociales o por el propio juez, secretario/a judicial o el fiscal entre otros.

64 Hoy, tanto ASEMIP como algunos Colegios Oficiales de Psicólogos, con el de Cataluña -que fue el pionero o el de la Comunidad Valenciana, cuentan ya con listados de profesionales. Por otro lado, otros Colegios Profesionales (p. e. de abogados) o instituciones de mediación trabajan en esta línea.

65 Servicio de Asesoramiento Técnico en el ámbito de Familia (Cataluña).

que el CoPa sea designado de entre las listas del Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña⁶⁶.

2. Fases de la Coordinación de Parentalidad.

Las fases de la coordinación parental son las siguientes:

a) Fase inicial.

Cuando el CoPa recibe el encargo del juez o de las partes, lo habitual es ponerse en contacto con el juzgado para aceptar el encargo (o darse a conocer si ya aceptó) y poder tener acceso al expediente judicial. En esta fase el CoPa debe revisar el caso, realizar un programa, planteando una hipótesis y objetivos generales a trabajar.

La fase inicial tiene una duración de 2 meses, comenzando por una primera sesión informativa o de orientación de forma conjunta, donde se presenta el profesional como neutral respecto a los progenitores, pero no respecto al menor. Se fijan las normas de funcionamiento y de conducta, resaltando la obligatoriedad de la asistencia y del seguimiento del programa. Se deben resolver todas las dudas y se recuerda que pueden realizar las reclamaciones oportunas primero al profesional y en su caso al Tribunal. Las partes deben firmar el documento de inicio de la CP.

A continuación se realizarán sesiones individuales, donde cada progenitor podrá expresarse sobre la historia de la pareja y de la ruptura, solicitándose la confección de una línea de vida o temporal donde se marcarán los acontecimientos más relevantes de los individuos o de la familia. El CoPa deberá preguntar por el alcance del conflicto y sobre la exposición del hijo al mismo. Toda la información obtenida le permitira fijar objetivos específicos adecuados a la realidad de ese núcleo familiar.

Son múltiples las cuestiones que se han de trabajar con los progenitores y familiares, así como con el entorno. Pueden identificarse, entre otras, entrenar en estrategias de resolución de conflictos, técnicas de comunicación, desenganche de la pareja, sensibilizarles sobre las necesidades de los hijos/as tras la ruptura, orientarles en relación al desarrollo evolutivo de sus hijos/as, matizar y actualizar los planes de parentalidad o resoluciones judiciales, coordinación con otros profesionales, etc.

66 SAP Barcelona 8 enero 2020 (JUR 2020, 43872). Señalar que en febrero de 2015 se firma un convenio entre la Fundación Fila de Amparo al Menor y el Centro de Mediación en Derecho Privado adscrito a la Conselleria de Justicia de la Generalitat catalana para la designación de los expertos en parentalidad, (<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9175-cataluna-ensayara-la-figura-delcoordinador-parental-en-casos-de-divorcio-de-039;alta-conflictividad039/>), recuperado el 21 noviembre 2023.

b) Fase intermedia: el Plan de Parentalidad.

En esta fase se trabaja con los padres y el hijo durante aproximadamente 4 meses (aunque también encontramos referencias a una duración de hasta 9 a 12 meses), adaptando las sesiones semanales o quincenales a las necesidades de la familia. Se analizarán las necesidades y los intereses para poder dar la respuesta más adaptada.

En esta fase deberá implementarse, completarse o revisarse un/el Plan de Parentalidad. Esta es la parte más intensa del proceso de CP porque no sólo se trabajan emociones, sino que se realizan sesiones psicoeducativas, trabajo de la comunicación y de las competencias parentales, fomentando también la gestión del conflicto. Es aquí cuando se tratan de desmontar ideas distorsionadas, se dan pautas de comunicación para reforzar las interacciones respetuosas y se potencian las cooperativas, entrenando a las partes en habilidades de negociación. Para ello, se puede trabajar con la familia extensa y con las nuevas parejas de los progenitores.

El Plan de Parentalidad contempla aspectos similares a los de un acta de mediación en temas de cuidado personal. Identificará a las partes intervinientes, la causa, el tribunal, y otros similares. Muestra temas propios de la cotidianidad, p. e. lugar donde vivirán hijos e hijas de forma regular; medidas y mecanismos acordados para el traslado si corresponde cambio de domicilio en el cuidado personal o en ejercicio de relación directa y regular; tareas que corresponderán a cada padre o madre en actividades cotidianas de hijos e hijas; cómo repartirse costos de manutención; régimen de relación directa y regular de hijos e hijas con cada uno de los progenitores en períodos normales y extraordinarios; tipo de educación y actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre; formas de compartir toda la información sobre educación, salud y bienestar; y finalmente los espacios en que haya que tomar decisiones relativas a cuestiones relevantes para los hijos e hijas⁶⁷.

En el Código Civil Catalán se recoge la necesidad de un Plan de Parentalidad en la presentación de las demandas de ruptura matrimonial, para su aprobación al juzgado de familia. Asimismo, regula su contenido⁶⁸. En el resto de casos, el Plan de Parentalidad puede realizarse de mutuo acuerdo (p. e. a través de una mediación).

67 VALDEBENITO LARENAS, C., ROJO BURROWS, A.; CAMPILAY DÍAZ, P.: "Mediación familiar y plan de parentalidad: mecanismos para el ejercicio del cuidado personal y corresponsabilidad en la paternidad y maternidad activa", *Revista de mediación*, Vol. 12, n° 2, 2019, p. 6.

68 a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos o hijas habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento. b) Las tareas de las cuales debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos. c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes (...). d) El régimen de relación y comunicación con los hijos o hijas durante los periodos en que un progenitor no los tenga con él. e) El régimen de estancias de los hijos o hijas con cada uno de los progenitores en periodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia. f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede. g) La forma de

c) Fase final y fase de seguimiento.

La fase final de la CP es la tendente a que la familia recupere una mayor autonomía, demostrando que las técnicas y estrategias empleadas han tenido efecto. Se suele realizar una sesión conjunta de carácter mensual donde se comprueba que las intervenciones comienzan a dar sus frutos y a que se han instaurado nuevos patrones de comportamiento entre los progenitores (y de estos con sus hijos), y si no fuera así se emitirá por el CoPa un escrito solicitando una prórroga. Si los padres están preparados para continuar de forma autónoma, el CoPa emitirá un informe de finalización al Juzgado salvo que haya solicitado informes periódicos⁶⁹ o sea necesario emitir un informe extraordinario ante alguna circunstancia relevante.

Finalmente, la fase de seguimiento es crucial, pues está dirigida a cerciorarse de que la relación coparental es correcta, y donde se evaluará la intervención del CoPa, para lo cual informarán al Juzgado con una frecuencia normalmente semestral sobre la evolución de la relación entre todos los miembros de la familia, si así lo considera⁷⁰.

V. MEDIACIÓN FAMILIAR Y COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD.

I. La mediación familiar. Regulación y procedimiento.

La mediación se trata de un procedimiento regulado⁷¹ asistido por un tercero independiente sin capacidad decisoria, el mediador, basado en los principios de imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, voluntariedad y buena fe. Los conflictos en que la mediación resulta aplicable son aquellos relativos a la pauta de convivencia con los hijos, uso del domicilio familiar, aportación de alimentos y otros asuntos de naturaleza económica o ante la irrupción de circunstancias imprevistas que modifican la relación, de modo que se requiere un reajuste. Respecto de las familias en proceso de reestructuración la mediación ofrece numerosos beneficios⁷².

cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos

69 P. e. la SAP Barcelona 28 enero 2020 (JUR 2020, 54671) recuerda que el CoPa “deberá emitir un informe trimestral al juzgado respecto al desarrollo de su intervención, el grado de colaboración de los progenitores y, finalmente, el plan de parentalidad que se haya consumado”.

70 SAP Barcelona 17 febrero 2014 (JUR 2014, 85200).

71 A nivel estatal se regula en la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (Reglamento) y en la Orden Jus/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los arts. 14 y 21 del Reglamento; sin perjuicio de de otras normas de carácter autonómico.

72 Según GARCÍA-HERRERA, A.: “Reestructuración de la familia”, cit., la mediación favorece la comunicación, la cooperación y el consenso entre los miembros de la pareja y les devuelve el control sobre su propio

La mediación ofrece a las familias incentivos frente a la vía contenciosa puesto que reduce la tensión emocional que supone el juicio y las repercusiones negativas del conflicto sobre los hijos, previene la desinformación, evita la rigidez del proceso, reduce los costes afectivos, económicos y temporales y previene el re-litigio derivado de la falta de cumplimiento de los términos de la sentencia. La mediación repercute también de manera favorable sobre el sistema judicial en la medida que simplifica el proceso y evita futuros contenciosos, lo que reduce el coste procesal y mejora la satisfacción de los ciudadanos respecto de la Administración de Justicia.

Los mediadores han de ser profesionales cualificados con formación específica, capaces de actuar de forma imparcial, independiente y neutral y de transmitir a las partes durante las sesiones informativas las ventajas concretas de la mediación y los incentivos específicos derivados de su participación en un proceso de mediación. De su labor durante la sesión informativa dependerá en buena medida que las partes acepten o no la mediación. Su formación y acreditación se regula por Ley.

Las partes pueden asistir a la sesión y aceptar la mediación o no aceptarla. Si no asistieran, se levantará acta de incomparecencia y se entiende por “intentada la mediación sin efecto”. Si las partes aceptan la mediación, sus letrados pueden solicitar la suspensión del procedimiento de común acuerdo (art. 770. 7 LEC).

Finalizada la intervención mediadora, el mediador familiar comunicará al Juzgado el resultado de la misma, respetando el principio de confidencialidad, y si se ha llegado a un acuerdo entre las partes (sea éste parcial o total) éste tendrá eficacia entre las partes. En cambio, si dicho acuerdo se elevara a escritura pública o se homologara por el Letrado de la Administración de Justicia, tendrá fuerza (eficacia) ejecutiva. En todo caso, si existieran menores de edad, el Juez, previo traslado al Ministerio Fiscal, examinará si alguno de los extremos del acuerdo es contrario al interés de aquellos.

2. Mediación familiar en situaciones de alto conflicto.

El art. 87.ter LOPJ prohíbe la mediación en caso de violencia familiar o de género [“está vetada”, señala]. Como ejemplo próximo, en el art. 233-6.I in fine CC Cat, se excluye la mediación de “los casos de violencia familiar o machista”. La prohibición se basa en el convencimiento de que la violencia impide una igualdad real de las partes en el proceso, pese a las habilidades del mediador. Los acuerdos se fundarán en un consentimiento viciado, “vicio” como categoría clásica del negocio jurídico.

conflicto; y beneficia a los menores en la medida que permite redefinir el rol parental y la corresponsabilidad de los progenitores acerca del futuro de los hijos, a los que protege del síndrome de alienación parental.

No obstante, se ha señalado que este principio de voluntariedad, no debería convertirse -según algún autor- en un impedimento a la mediación⁷³. Por ello, se abre paso la tendencia hacia una mediación obligatoria mitigada en el proceso civil, esto es, con posibilidad de exclusión, a semejanza del modelo italiano, lo que introduce el debate acerca de si la obligatoriedad de la mediación incide sobre algunos de sus principios esenciales, como la voluntariedad⁷⁴. En cualquier caso, en general, sería necesaria una mayor implicación de los distintos operadores jurídicos para integrar la mediación en el sistema judicial (juez, LAJ, MF, abogados, etc.).

La competencia para derivar al Servicio de Mediación corresponde a la autoridad judicial o al Letrado de la Administración de Justicia, aunque la iniciativa para proponer la mediación puede partir de otros agentes, como de los equipos psicosociales del propio Juzgado, de las fiscalías o de los colegios profesionales (psicólogos, abogados, etc.). La derivación puede producirse en cualquier fase del procedimiento, incluso en ejecución de sentencia y durante la segunda instancia.

3. Coordinación de Parentalidad versus mediación familiar.

La mediación familiar y la CP son procedimientos RAL que pueden tener ciertas similitudes, pero también grandes diferencias que provocarán la duda de si el actuar de un CoPa es el de un verdadero mediador familiar o va más allá, al operar ante situaciones caracterizadas por una alta conflictividad familiar por mandato judicial.

a) Similitudes con la Coordinación de Parentalidad.

En primer lugar, el CoPa debe estar formado en mediación con conocimiento en Derecho de Familia⁷⁵. De hecho, el CoPa es un experto en manejar situaciones familiares de alta conflictividad, un verdadero profesional con una labor temporal y colaboradores de los Tribunales y de los abogados de las partes en el conflicto.

En segundo lugar, el principal objetivo del CoPa, y entre los objetivos principales del mediador familiar, está el de proteger y minimizar el impacto de la separación o divorcio en los hijos. Para ello, ambos profesionales trabajan directamente con las familias para transformar una relación deteriorada en una relación de respeto que favorezca el desarrollo emocional de los hijos, incluso en situaciones delicadas.

73 LAUROBA LACASA, M^a E.: "Instrumentos para una gestión constructiva", cit. dice que "a día de hoy la contundencia con que se proscribe la mediación no acalle voces en contra, en primer lugar porque es un error impedir a priori su uso a un sector de la población, pese a sus ventajas; en segundo, porque es conveniente abordar los casos de manera individualizada, ya que el concepto violencia no es único. (...)".

74 GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia", cit.

75 ALBA FARRÉ, E.: "El coordinador parental como mediador ante situaciones de alta conflictividad familiar", en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones* (dir. M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2020. p. 256.

Finalmente, el CoPa es el instrumento óptimo para la pacificación de los conflictos y la normalización de las relaciones con la utilización de las técnicas de comunicación de la mediación familiar, p. e. la escucha activa, la reorganización de los problemas, los silencios o las pausas, el apoyo inmediato y el sentido del proceso⁷⁶, etc.

b) Diferencias con la Coordinación de Parentalidad.

En primer lugar, el CoPa tiene formación en mediación familiar; sin embargo requiere de una mayor especialización en temas de Derecho procesal familiar, psicología e intervención social (su intervención es más efectiva en todas las fases).

Por otro lado, a diferencia de la mediación familiar, el Juzgado puede establecer la obligatoriedad de participar y colaborar en el proceso de CP, lo que facilita la intervención del CoPa⁷⁷. Ahora bien, la imposición de la figura del CoPa no excluye *per se* la voluntariedad de su asunción por los progenitores, aunque una actitud no colaborativa puede acarrear consecuencias negativas sobre su propio proceso.

Asimismo, el CoPa, al ser un auxiliar del juzgado investido pues de función pública de autoridad en defensa del interés superior del menor⁷⁸, no siempre puede respetar el principio de confidencialidad respecto del juzgado derivador (salvo si ha sido contratado por las partes y estas fijan un ámbito de confidencialidad), ni puede sujetar siempre sus actuaciones al principio de neutralidad porque, dentro de los límites de las funciones determinadas por la resolución judicial, el CoPa puede tener un cierto poder decisorio, sugiriendo diferentes opciones y alternativas y tareas y, en ocasiones, pronunciándose sobre la solución a adoptar⁷⁹. Así, el CoPa contará con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, hijos, familia extensa y profesionales implicados en la situación familiar (psicólogos, trabajadores sociales, etc.)⁸⁰. Su *potestas* lo hace eficaz incluso en su posible vertiente preventiva, en la elaboración del Plan de Parentalidad⁸¹. Además, la coordinación es más ágil, directa, fluida, detallada y eficaz que la que puede realizarse desde otros servicios profesionales. En cierta manera el CoPa es un colaborador de los tribunales⁸².

76 ORTUÑO MUÑOZ, P.: "La mediación en el ámbito familiar", cit.

77 ARIAS, F.; BERMEJO GIMENO, N.: "La coordinación de parentalidad", cit., p. 27.

78 ALBA FARRÉ, E.: "El coordinador parental", cit., p. 256.

79 ARIAS, F.; BERMEJO GIMENO, N.: "La coordinación de parentalidad", cit., p. 27.

80 El mediador familiar, sin embargo, ve limitada su actuación al núcleo familiar, siendo las sesiones individuales y para la familia. Es una herramienta diseñada a medida para cada caso.

81 LAUROBA LACASA, M^a E.: "Instrumentos para una gestión constructiva", cit.

82 STSJ Cataluña 26 febrero 2015 (2015, 1236).

El CoPa debe velar por el cumplimiento de las sentencias judiciales sobre custodia y régimen de visitas, frente al mediador familiar que se limita a revisar el cumplimiento del acuerdo adoptado tras las sesiones de mediación, finalizando ahí su gestión.

La duración de la CP es de 3 meses a 1 año (si se establecen prórrogas) -aunque las fuentes doctrinales la fijan en un período entre 18 y 24 meses⁸³-, frente al mediador familiar que tiene una duración estimada de 3 meses (unas 8 a 12 sesiones).

Finalmente, la CP tendrá la consideración de pericial, por lo que los gastos deberán ser satisfechos por las partes en la forma dispuesta en el art. 241 y ss. LEC.

VI. PROPUESTAS DE MEJORA DE LA COORDINACIÓN PARENTAL.

Uno de los motivos por los que no está claro sin el CoPa es un verdadero mediador familiar es porque no existe en España una regulación específica de esta profesión ni de la propia institución de la CP. Ello nos lleva a demandar esta regulación para resolver cuál es el verdadero perfil del CoPa y saber si corresponde esta función sólo a los equipos psicosociales adscritos al Juzgado o la podemos extender a otros profesionales como abogados, trabajadores sociales, mediadores, entre otros, lo que parece que está ocurriendo en la actualidad. Cuando conozcamos su verdadero rol, será necesario definir también sus funciones para comprobar si se están excediendo de las propias de un perito. Se considera que la CP no es una profesión, ni lo es en los países donde ha surgido ni lo es en los que se está realizando. Es una actividad multiprofesional, por lo que no debemos confundirla con una profesión en sí⁸⁴.

Todavía no tenemos certidumbre, ni en España ni en el extranjero, respecto a cómo implementar este tipo de intervención, por lo que la labor de configuración del CoPa se lleva a cabo por los tribunales (siendo pioneros, como se ha dicho, los tribunales de Cataluña). Su implementación requiere un proceso de arriba hacia abajo, es decir, más que partir de importar un modelo que en otros contextos parece funcionar (aunque todavía no disponemos de estudios consistentes acerca de su posible eficacia) deberíamos comenzar por saber con qué contamos, qué necesitan estas familias y cómo podemos hacerlo. Se trata además de una intervención que requiere de conocimiento y aptitudes para la coordinación de

83 LAUROBA LACASA, M^a E.: "Instrumentos para una gestión constructiva", cit.

84 GARCÍA MONTERO, A. M.^a, et. al.: "La coordinación parental", cit. A modo de ejemplo sirva el caso de la mediación como actividad profesional de distintas profesiones con las competencias básicas y los conocimientos necesarios para realizarla.

los diferentes operadores jurídicos, p. e. juez, abogados y equipos psicosociales principalmente⁸⁵.

La importancia del CoPa para las relaciones familiares en situaciones de alta conflictividad requiere que estos profesionales no sean una mera medida judicial, reconocida en distintos programas pilotos y que sean reconocidos legalmente. Puede que pase lo mismo que con la mediación familiar, donde su reconocimiento legal permitió tener claros los principios y pautas de actuación del mediador familiar.

Es interesante conocer el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de 24 julio 2024, Ref. 438/2014 (JUSTICIA)⁸⁶.

Por otro lado, en el II Forum Estatal de la Coordinación de Parentalidad (FECPA)⁸⁷, celebrado en Madrid el 12 febrero 2020, se llegaron a las siguientes conclusiones⁸⁸:

a) Se considera conveniente mejorar y precisar la definición y funciones del CP. Se propone para ello asumir el modelo de *Gatekeeping* (Austin, 2005).

b) El FECPA, compuesto por profesionales y académicos reconocidos, debe establecer los criterios en el perfil, funciones y formación del/la CP; igualmente proponer directrices y protocolos de actuación, modelos de informe, etc.

c) Se debería promover el desarrollo de una norma mínima para incluir la figura de la CoPa en el procedimiento judicial, que mejore y precise su definición jurídica, y establezca aspectos como la protección de datos, la responsabilidad civil.

d) El FECPA debe ser vigilante con la formación que se ofrece en CP, velando porque esta sea adecuada y de calidad. Se propone elaborar un programa formativo interuniversitario y profesional de contenidos, competencias y procedimientos de evaluación que cumpla las indicaciones del Documento Base del Fórum. El programa debería incluir los requerimientos de la actualización formativa del CoPa, la certificación de la calidad de la formación y el reconocimiento de los títulos.

85 PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad" cit., p. 15.

86 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>.

87 Se trata de la segunda edición de un encuentro que organizan conjuntamente GEMME España y CUEMYC -en virtud del acuerdo de colaboración que mantienen desde junio de 2015-, y que tiene por finalidad seguir avanzando en la implantación de la figura del coordinador de parentalidad en nuestro país. <https://cuemyc.org/congresos-jornadas/ii-forum-estatal-de-la-coordinacion-de-la-parentalidad-fecpa/>

88 En el documento de conclusiones se indica que deberán organizarse comisiones de trabajo para el desarrollo de las propuestas que se presentan en el documento de conclusiones.

e) Es necesario desarrollar una evidencia científica consistente que establezca cómo incide la CP en el bienestar de los hijos/as y menores de edad en el ejercicio de la parentalidad positiva por parte de sus progenitores⁸⁹. De esta manera, se considera fundamental desarrollar una metodología de investigación para coordinar la recogida de datos y que sirva para evaluar la eficacia de los proyectos pilotos.

f) Se debe desarrollar un plan de difusión sobre la CP dirigido a la ciudadanía, en el que se establezca con claridad sus objetivos y beneficios para las personas, las familias y la sociedad. Y proponer formación divulgativa para profesionales de la abogacía, la judicatura y otros operadores jurídicos, especialmente de la fiscalía; sin desatender a otros profesionales que intervienen con las familias (como p. e. los docentes, los profesionales de la medicina, de la psicología, trabajo social, etc).

En definitiva, sería deseable que a la vez que se promocionan y apoyan servicios de apoyo como la CP, el sistema de justicia en España se actualice, facilitando un contexto de resolución de los conflictos familiares donde progenitores, niños y profesionales implicados sientan la necesidad de colaborar para buscar soluciones, cuenten con recursos de apoyo, y puedan establecer cauces de diálogo.

⁸⁹ Resulta interesante el dato que se ofrece en AA.VV.: *Manual de coordinación de la parentalidad*, cit., p. 10 que se muestra una reducción del 25 % de compareencias ante el tribunal en casos concluidos por un CoPa.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ALBA FARRÉ, E.: "El coordinador parental como mediador ante situaciones de alta conflictividad familiar", en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones* (dir. M. GARCÍA MAYO), Bosch, Madrid, 2020, pp. 255-267.

ARIAS, F.; BERMEJO GIMENO, N.: "La coordinación de parentalidad y la toma de decisiones", *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Vol. 12, nº 1, 2019, pp. 24-34.

AA.VV.: *Manual de coordinación de la parentalidad. Abordaje de familias con hijos atrapados en rupturas conflictivas*, EOS Psicología Jurídica, Madrid 2018.

CAPDEVILA BROPHY, C.; COSTA LAMENCA, M.^a J.; CARTIÉ JULIÀ, M.: "La figura del coordinador o coordinadora de coparentalidad (CP) en el marco legal catalán y estatal. La designa del CP", *Anuario de psicología*, Vol. 49, nº 3, 2019, pp. 128-138.

FARIÑA RIVERA, F.; PARADA ALFAYA, V.; NOVO PÉREZ, M.; SEIJO MARTÍNEZ, D.: "El coordinador de parentalidad: un análisis de las resoluciones judiciales en España", *Acción Psicológica* (UNED), dic. 2017, vol. 14, pp. 157-170.

LAUROBA LACASA, M^a E.: "Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2018.

GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia tras la separación parental. Mediación intraju-dicial, mediación en el punto de encuentro y coordinación de parentalidad", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2016.

GARCÍA MONTERO, A.; LÓPEZ PÉREZ, A.; NOVILLO GARCÍA, B.: "La coordinación parental, rol del trabajador social" (Colegio oficial de Trabajo social de Madrid), Julio 2018. Disponible en https://www.centrodemediacionmurcia.com/wp-content/uploads/2023/01/La-CP_y_el_trabajo_social.pdf

ORTUÑO MUÑOZ, P.: "La mediación en el ámbito familiar", *Revista jurídica de Castilla y León* (Junta de Comunidades de Castilla La Mancha), nº 29, enero 2013.

PÉREZ CRESPO, C.: "La coordinación de la parentalidad: reflexiones para la práctica en el contexto español", *Revista de Mediación*, 2019, Vol. 12, nº 1, pp. 14-23.

VALDEBENITO LARENAS, C.; ROJO BURROWS, A.; CAMPILLAY DÍAZ, P.: "Mediación familiar y plan de parentalidad: mecanismos para el ejercicio del cuidado personal

y corresponsabilidad en la paternalidad y maternidad activa”, *Revista de mediación*, Vol. 12, nº 2, 2019, pp. 1-7.

VERDERA IZQUIERDO, B.: “Un nuevo contexto en Derecho de familia y Derecho de persona”, en AA.VV.: *La persona en el S. XXI. Una visión desde el Derecho* (dir. A. ROLDÁN MARTÍNEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 41-58.

CÓNYUGE SUPÉRSTITE, EL SOBREVIVIENTE RELEGADO.
LA LEGÍTIMA VIDUAL DESDE UNA PERSPECTIVA FAMILIAR
SOCIOLÓGICA CON MATIZ DE GÉNERO

*SURVIVING SPOUSE, THE RELEGATED SURVIVOR. THE
LEGITIMATE INHERITANCE OF THE WIDOWED SPOUSE FROM A
SOCIOLOGICAL FAMILY PERSPECTIVE WITH A GENDER NUANCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 190-227

José Ramón
CABELLO
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La libertad de testar es un asunto anclado en antecedentes antiguos y, a la vez, de pujante actualidad (lo acredita el encargo existente a la Comisión General de Codificación para su eventual reforma). En efecto, personas, familia y sociedad están sometidos a cambios de calado en su idiosincrasia, cuya velocidad de desarrollo se está precipitando en los últimos tiempos. Estimamos se hace necesaria una reforma profunda del régimen legitimario en derecho español, aunque nos encontramos con la paradoja de que consideramos necesario ampliar la libertad de testar, en términos generales, sin llegar, no obstante, a la eliminación de las legítimas, pero resultando oportuno y justo ampliar los derechos legitimarios del cónyuge viudo. El derecho no es una disciplina acantonada en sus límites formales, sino que ha de dar respuesta a las necesidades de la sociedad cuya convivencia regula. El abordaje de la tarea enunciada ha de ser interdisciplinar, engranando derecho y sociología, para servir eficazmente a las necesidades sociales actuales.

PALABRAS CLAVE: Derecho; legítima; cónyuge viudo; familia; matrimonio; cambios; sociología.

ABSTRACT: *The freedom to make a will is an issue anchored in ancient antecedents and, at the same time, of thriving relevance (this is evidenced by the existing mandate to the Codification Commission for its eventual reform). In fact, individuals, families and societies are subject to profound changes in their idiosyncrasies, the speed of which has been accelerating in recent times. We believe that a profound reform of the legal regime in Spanish law is necessary, although we find ourselves with the paradox that we consider it necessary to extend the freedom to make a will, in general terms, although without going so far as to eliminate the legitimate ones, but it is opportune and fair to extend the legitimate rights of the widowed spouse. Law is not a discipline confined to its formal limits, but must respond to the needs of the society whose coexistence it regulates. The approach to the above task must be interdisciplinary, intertwining law and sociology, in order to effectively serve current social needs.*

KEY WORDS: *Right; legitimate; widowed spouse; family; marriage; changes; sociology.*

SUMARIO.- I. EXORDIO.- II. MARCO SOCIOLOGICO.- I.Familia.- 2.Vínculo conyugal.- III. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE.- I. Delimitación del estudio.- 2. Derecho español.- A) Antecedentes.- B) Régimen vigente.- 2. Derecho portugués.- IV. COYUNTURA DEL CONSORTE VIUDO.- A) Emocional y económica.- B) Peligro de eventuales captaciones de voluntad.- C) Matiz de Género.- D) Referencia a los convivientes more uxorio.- V. OPINIONES RECIENTES A PROPÓSITO DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO.- VI.- INFERENCIAS.- I.- Ponderaciones preconclusivas.- 2.- Conclusiones.

I. EXORDIO.

El Derecho nos ofrece algunas paradojas que mueven a reflexión. Una de ellas se encuentra en la regulación de la familia y las sucesiones. Nuestro ordenamiento articula, sustancialmente, la sucesión legitimaria sobre el eje de la consanguinidad y procurando, en buena medida, que el patrimonio familiar se mantenga en tal ámbito, privilegiando la línea recta, especialmente a la descendente. Encontramos parcialmente errada tal consideración patrimonialista de la familia, por tres razones:

-Ésta gira más sobre los fuertes vínculos afectivos que genera convivir y compartir alegrías y angustias; convicciones y discrepancias; abundancias y escaseces (especialmente en la familia nuclear, aunque no ajenos en la extensa), que sobre las expectativas de participación en el patrimonio de los difuntos, especialmente desde la familia parsonsiana.

-No podemos olvidar que resultaría imposible la consanguinidad sin tener y compartir padres, ergo la unión fecunda de hombres y mujeres, habitualmente bajo el vínculo matrimonial, es lo que ha permitido, desde que el mundo es mundo, que existan padres, hijos (y que la especie humana se perpetúe)¹, hermanos y, en suma, familia. Constatan, además, los sociólogos, que ésta constituye el ámbito intermedio², entre persona y sociedad, donde nacemos, se conforma nuestro sistema emocional, nos educamos y formamos para integrarnos en la sociedad³. Cabe ya preguntarse por qué, si la participación de los cónyuges resulta tan esencial en la procreación, crianza, sostenimiento y educación de los hijos, reserva

1 “Madre quiero ser, y (sic) hijos tener”. MARTÍNEZ KLEISER, L: *Refranero general: ideológico español*, Ed. facs. Madrid 1953, 3ª. reimpr, Ed. Hernando, Madrid, 1994, pp. 445, entrada 38889.

2 Martín López precisa, con acierto, que “en los ámbitos intermedios es donde tiene lugar realmente la vida social, y a su través se incorporan a la sociedad las actividades individuales y se realizan las metas parciales de la misma. Por otra parte, cumplen la función de motivar a los individuos para los fines colectivos”. MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Rialp, Madrid, 2000, p. 47.

3 San Juan Pablo II manifestó, acertadamente, que la familia es la base de la sociedad y el lugar donde las personas aprenden por vez primera los valores que les guían durante toda su vida.

• José Ramón Cabello Hernández

Investigador predoctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Abogado. Correo electrónico: joseramoncabello@uma.es

la ley a aquéllos tan mercedada porción patrimonial en la sucesión de su consorte premuerto.

-Tampoco resulta ocioso recordar que el matrimonio constituye un vínculo electivo, no dado por la naturaleza (al menos, con la concreción individualizada e inelegida de la filiación o parentesco colateral, sin perjuicio de que la común pulsión abstracta de la unión de vida sí encontramos ser ley natural⁴) y que alberga una unión entre dos personas sin parangón en las relaciones sociales, tan intensa que se comparten cuerpos, hijos y bienes, circunstancias que sugieren un nuevo interrogante: ¿por qué aparece legalmente limitada la otrora habitualidad de compartir bienes más allá de la coexistencia de ambos consortes en este mundo?

En la actualidad se debaten profusamente los términos en que resulte oportuno reformar el régimen legitimario en nuestro Derecho, sosteniéndose viva pugna académica entre paladines de la libertad absoluta de testar y defensores de la legítima forzosa, con variable extensión. Esta polémica cobró vigor y alcance pragmático desde el encargo existente a la Comisión General de Codificación, Sección Civil, para que estudie una eventual reforma del régimen legitimario y la nueva redacción de los arts. 756, 782, 808 y 822 CC, en beneficio de hijos y descendientes con problemas de capacidad.

Abordar el debate genérico de esta cuestión desbordaría el objeto de nuestro presente trabajo, de suerte que, en lo referente a la legítima en línea recta, especialmente descendente, solo nos permitiremos algunas pinceladas en las páginas siguientes, orientando su contenido hacia la legítima viudal.

II.MARCO SOCIOLOGICO.

I.Familia.

REQUENA Y AYUSO⁵ sistematizan la evolución de la familia y ofrecen la siguiente tipología de la misma, que ilustra su desenvolvimiento histórico:

a) Familia tradicional. Vinculada a sociedades agrícolas, con redes familiares extensas, pródiga en matrimonios concertados y vitalicios. Se trata de un patriarcado jerárquico, con multiplicidad de roles familiares. Existía auxilio recíproco hasta en grados poco cercanos de parentesco o entre parientes por afinidad o por vínculos sacramentales, como los compadres. Es patrilocal.

4 "Por eso deja el hombre a su padre y a su madre y se une a su mujer y se hacen una sola carne". Gn. 2,24 y Mt. 19,5. AA.VV.: *Biblia de Jerusalén*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2019, pp. 23 y 2217.

5 REQUENA SANTOS, F.; AYUSO SÁNCHEZ, L.: *La gestión de la intimidad en la sociedad digital: parejas y rupturas en la España actual*, Fundación BBVA, Bilbao, 2022, pp. 31 y ss.

b) Familia moderna o parsonsiana (llamada así al haber sido descrita por el sociólogo norteamericano Talcott Parsons). Es propia de la sociedad industrial. La población fue trasladándose a las ciudades y el terreno resultaba muy costoso, ocasionándose la neolocalidad. No se podía añadir una habitación a la morada del paterfamilias. Se caracteriza, también, porque existen menos hijos, las redes familiares se tornan menos extensas y aparece el noviazgo (primero en las clases altas, popularizándose después), para conocer a la persona con la que se va a contraer matrimonio para siempre. Las sufragistas, primeras feministas, reivindican ser ellas quienes elijan a su marido, en vez de que lo hiciesen sus padres por ellas. Surge el amor romántico. Es el modelo de Parsons, el del Hollywood de los años cuarenta. La pareja se complementa perfectamente. Sostenía Parsons que, siendo dos personas en la pareja, deben especializarse, para evitar que no se destaque en nada. Ambas actividades, trabajar fuera o hacerlo en casa, tienen el mismo valor social. Entonces no se permitía el divorcio en los EE.UU. El objetivo original del hombre era cazar. Entonces, en los Estados Unidos, salir y aportar dinero a casa. La mujer, originariamente, mantenía el fuego y era reproductora. En aquella época, en Norteamérica, se quedaba en casa. Sostenía Parsons, incluso que el capital humano había de seguir al capital económico, desaconsejando disfrutar de la vivienda en propiedad, para facilitar el seguimiento de las mejores oportunidades laborales. Expresado con otras palabras, sugería estar siempre disponibles para afrontar un traslado si se encontraba un mejor puesto de trabajo por el padre de familia.

c) Familia postmoderna. Resulta propia de la sociedad de servicios y de la sociedad de consumo. Comenzó en los años sesenta del siglo veinte, al hilo de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo extradoméstico, de la entrada de los valores individuales en la familia y de la salida de la familia del espacio público, entre otros factores.

d) Familia digital. ARNÓ TORRADES llama nuestra atención sobre algo que parece insinuar la velocidad a que podrían discurrir los cambios familiares en el futuro próximo. Se trata de la Ley de Martec, descrita por Scott Brinker: “Explica básicamente que la tecnología cambia tan rápidamente que las organizaciones no pueden absorber el cambio”⁶. Se trata esta modalidad de familia de una hipótesis de AYUSO, quien considera que será la que surgirá cuando las relaciones familiares estén mediatizadas por las nuevas tecnologías. Opina el citado sociólogo que existirán emparejamientos múltiples y sucesivos, fomentados por la mayor esperanza de vida. Se combinará lo presencial con lo digital, vinculándose con el metaverso y la realidad digital y preponderará lo emocional, tratándose más de cómo se percibe el amor del otro que de cuánto quiere el otro, preponderando

6 ARNÓ TORRADES, R.: “La familia digital | Digitalizamos personas que transforman organizaciones”, *La familia digital*, 6 septiembre 2022, en <https://www.lafamiliadigital.es/>.

la consideración de cómo se perciban las emociones. Se negociará la emoción en la pareja, hablando para saber qué siente cada uno. Por otra parte, los individuos estarán acostumbrados a dejar y a que los dejen, socializándose la ruptura, que carecerá de los actuales impacto emocional y duelo prolongado. Caminamos, en la sociedad digital, hacia un pequeño núcleo fuerte (padres e hijos) y otro débil (demás familiares y amigos), pudiendo mantenerse digitalmente las relaciones interpersonales.

Existe una constante en la evolución del modelo familiar dentro de las sociedades occidentales: el individualismo. Ya lo enunció Durkheim, primer catedrático de sociología (en 1913 se le adjudicó, en la Sorbona, la novedosa cátedra de Pedagogía y Sociología⁷). En su tesis doctoral, "La división del trabajo social", publicada en 1893, se refería ya a que las sociedades modernas son más complejas y más individualistas, incurriendo en el fenómeno jurídico de la anomia, falla en la solidaridad⁸. Desde las manifestaciones de Berkeley en 1966 y París en 1968 (añade Ayuso los movimientos estudiantiles los movimientos gay y hippie) y los cambios tecnológicos de las últimas décadas, se produjo durante años la quiebra de la comunicación paternofilia⁹. La familia comenzó a encaminarse al individualismo. Los anovulatorios (indica MARTÍN LÓPEZ) y también el aborto modificaron criterios esenciales que regían la familia.

Resulta ahora oportuno traer a colación algunos apuntes estadísticos, para perfilar, desde empírica atalaya, la situación de la sociedad moderna:

En 2016, el 56% de los matrimonios contraídos en España terminaban en divorcio¹⁰; las agresiones de hijos a sus padres (violencia filio-parental) e incluso a sus abuelos, crece alarmantemente; se han abandonado ancianos en un hospital, algunos por imposibilidad de cuidarlos y otros por falta de deseo de hacerlo¹¹ y otros se encuentran, dejados de sus familias, en residencias¹²; La esperanza de vida de los españoles ha pasado de 34,8 años en 1900, a 69,11 años en 1960 y 83,06 años

7 LINARES MARTÍNEZ, F.: *Sociología y teoría social analíticas: la ciencia de las consecuencias inintencionadas de la acción*, Alianza, Madrid, 2018, pp. 31 y 32.

8 CALVO GARCÍA, M.; PICONTÓ NOVALES, T.: *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, UOC, Barcelona, 2017, p. 156.

9 MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad*, cit., p. 156.

10 ECHEVARRÍA O.: *Cuántos matrimonios acaban en divorcio* Odériz Echevarría Abogados , 24.02.2020, <https://oderizabogados.es/cuantos-matrimonios-acaban-divorcio/>

11 MORO, L.: *Mayores ingresados en el hospital pese a tener el alta porque las familias les han abandonado, 65 y más - El diario de las personas mayores*, 2022, en https://www.65ymas.com/sociedad/mayores-ingresados-hospital-pese-alta-porque-familias-han-abandonado_44285_102.html.

12 QUEIJEIRO L.: *Una residencia de Pontevedra pide cartas para sus mayores por Navidad: "Decidles que no están solos"*, Nius Diario, 07.12.2022, https://www.niusdiario.es/espana/galicia/20221207/residencia-mayores-pontevedra-campolongo-pide-cartas-navidad-abuelos_18_08168503.html.

en 2021¹³ ¹⁴ (discriminándola por sexos, 85,8 años para las mujeres y 80,3 para los hombres¹⁵); solo en una década los intentos de suicidio se han multiplicado por 26. Del total de llamadas, 19.242 habían requerido de orientación especial por parte de un profesional. El número de casos que expresaron conductas suicidas asciende a 9.637 menores, de los que 3.097 ya habían iniciado la tentativa de quitarse la vida. La organización hace hincapié en este fenómeno, el cual ha experimentado un acentuado crecimiento en el periodo 2012-2022 (1.921,3%), sobre todo en el periodo de la pandemia ente 2020 y 2022 (128%). Los casos atendidos por ideación suicida se han multiplicado asimismo por 23,7 y los intentos de suicidios por 25,9. Además, en el periodo pos-covid-19, la tasa de crecimiento ha sido del 146,8% en las ideaciones suicidas y del 207,1% en los casos de intento de suicidio¹⁶; Cada vez son más las personas que viven solas, especialmente a partir de sesenta y cinco años¹⁷; la edad media de la población española ha pasado de 27,5 años en 1950 a 44,9 años en 2020 y se espera que sea de 52 años en 2040¹⁸ y la edad media en que los jóvenes españoles se independizan, abandonando el domicilio paterno, es de 29,8 años (a efectos contextuales, la menor de Europa se da en Suecia, a los 19 años y la mayor en Portugal, a los 33,6 años).¹⁹ ²⁰

Las modificaciones en la estructura familiar, los alarmantes índices de natalidad y fecundidad (en España han caído alarmantemente: de un 21,70 ‰ en 1960 a un 7,12 ‰ en 2021 la primera y de 2,86 a 1,19 el segundo, en el mismo lapso de tiempo²¹) y el enrarecimiento de las relaciones paternofiliales sugieren la oportunidad de reformar el sistema legitimario. Nos referiremos muy someramente a la legítima de hijos y descendientes, a los meros efectos de hacer patente la paradoja que supone la sobredimensionada legítima de dos tercios prevista para aquéllos, en contraste con la exigua cuota legitimaria del cónyuge viudo.

13 ROSER, N.: "Población, salud y actividad", en AA.VV. : *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX* (coord. A. CARRERAS y X. TAFUNELL), Fundación BBVA, Barcelona, 2005 , p. 86.

14 "ESPAÑA - ESPERANZA DE VIDA AL NACER 2021", Datosmacro.com, <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/espana>.

15 ESPERANZA DE VIDA AL NACIMIENTO SEGÚN SEXO(1414), INE, en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414>.

16 LA REALIDAD ESCONDIDA: EL SUICIDIO INFANTIL ES UN PROBLEMA DE LA SOCIEDAD EN SU CONJUNTO, Vozpópuli, 2023, en <https://www.vozpopuli.com/espana/realidad-escondida-suicidio-infantil-problema-sociedad-conjunto.html>.

17 CRECE LA SOLEDAD: 96.200 PERSONAS MÁS VIVIENDO SOLAS, ELMUNDO, 2021, en <https://www.elmundo.es/espana/2021/04/07/606db15121efa0b8458b4678.html>.

18 ESPAÑA: EDAD MEDIA DE LA POBLACIÓN 1950-2050, Statista, <https://es.statista.com/estadisticas/487165/edad-media-de-la-poblacion-espanola-cada-cinco-anos/>

19 NÚÑEZ, J.: *Los jóvenes españoles se independizan casi a los 30 años, tres años después que la media europea*, El País, 2022, en <https://elpais.com/sociedad/2022-08-18/los-jovenes-espanoles-se-independizan-casi-a-los-30-anos-tres-anos-despues-que-la-media-europea.html>.

20 Para Requena y Ayuso, en el capítulo primero de la obra citada *-La gestión de la intimidad en la sociedad digital-* (luego de constatar que la edad media de emancipación se aproxima a los treinta años, citando a González Anneo), "el efecto de esta emancipación tardía sobre las relaciones de pareja es la proliferación de uniones sin convivencia que en otros países se identifican sobre todo con parejas Living Apart Together (LAT), pero que en España se refieren principalmente a noviazgos (Castro et al. 2008; Ayuso 2012)."

21 "España - Natalidad 2021 | Datosmacro.com", <https://datosmacro.expansion.com/demografia/natalidad/espana>

Referirnos extensamente ahora a la sucesión forzosa de la línea recta descendente excedería con mucho los límites de extensión y el objeto de las presentes líneas. Basten unos pocos apuntes. El individualismo imperante en la sociedad contemporánea, reflejado en el ámbito familiar, así como el desapego bastante generalizado, de los hijos respecto a los padres, hecho patente por los datos estadísticos citados ut supra, invitan a pensar que no se justifica una reserva hereditaria tan amplia a favor de los descendientes, si éstos descuidan, en progresión creciente, a sus ascendientes, de suerte que uno de los argumentos esgrimidos en defensa de la legítima, la cohesión familiar, casi invierte su sentido, porque si los hijos tienen garantizada tamaña porción del patrimonio de sus padres, poco estimulados se sienten para cuidarlos. Resultaría más eficaz, para estimular el apego filial, ampliar la libertad testamentaria de sus progenitores. Por el contrario, el argumento de que se hereda a una edad en que suele tenerse la vida resuelta pierde fuerza, porque las actuales circunstancias económicas (desempleo, salarios bajos y elevado precio de compraventa o renta de inmuebles) hace que los hijos se independicen casi con treinta años, en comprometidas condiciones económicas y precisando, en muchas ocasiones, ayuda de sus padres y abuelos, resultando las hipotecas gravosas y muy prolongadas en el tiempo. Es público y notorio el juego que han de dar muchas pensiones de jubilación, al aplicarse parcialmente a cubrir las exigencias de la solidaridad intrafamiliar. Otro argumento que se esgrime acertadamente en defensa de la legítima es su aceptación social y suele contrarrestarse oponiendo que el testador prefiere redactar libremente su testamento, sin que lo haga el Estado por él o lo limite la ley. En este punto cabría también preguntarse si un padre o, especialmente, una madre, prefiere que, en caso de fallecer, el ordenamiento reserve a sus hijos parte de los bienes del supérstite (o de los que éste se adjudique de los comunes) o se le permita testar libremente, incluso contrayendo nuevo matrimonio. No eliminaríamos la legítima completamente, porque su sentido original fue, en Derecho Romano, corregir abusos en la institución testamentaria, de modo que, si sustituimos el régimen legitimario por la libertad absoluta de testar, y volvemos al comienzo, con el tiempo habrá que dar carta de naturaleza a un nuevo sistema legitimario, con éste u otro nombre, para corregir desviaciones. Por lo demás, el sistema de libertad de testar tampoco está exento de problemas, como es sabido.

“La tradición es la transmisión del fuego, no la adoración de las cenizas”.²² El fuego de la tradición, en efecto, quema las partes inútiles y acrisola las útiles, depurando así las instituciones, pero no calcinándolas para comenzar aventuras inciertas desde una tabla rasa. Busca lo más parecido a la perfección, cincelandos los sistemas normativos y costumbres existentes y consideramos que la rica tradición, materializada en evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal, de más

22 Este aserto ha sido atribuido a Gilbert k. Chesterton, a Gustav Mahler y a Jean Jaurés, pacifista francés que se sostiene lo pronunció, en el parlamento francés, el 21 de enero de 1910.

de dos mil años, no debe ser despreciada para comenzar con otro sistema, que también es tradicional, sí, pero en cultura y sistema jurídico ajenos a los nuestros²³. Precisamente, el existente -legitimario- se instituyó para corregir los defectos del que se pretende instituir ahora y se ha ido perfilando, si bien que no de manera perfecta, para adecuarlo al desenvolvimiento social. El actual puede parecer completamente diverso al existente cuando se constituyó la legítima y, mucho más adelante, cuando se codificó en España, pero la idiosincrasia española no ha mutado de manera tan draconiana como para adscribirla ex novo al sistema sajón. Prueba de ello es que la inmensa mayoría de los españoles valora la familia por encima de cualquier otra institución: fue considerada en 2013 como muy importante en sus vidas por el 91,1% de los encuestados (SEIZ Y CASTRO)²⁴; en 2014 por el 99% de los españoles como la más importante²⁵ y hoy por el 96 o 97% de los españoles (el mismo AYUSO SÁNCHEZ). Las inflexiones educacionales en cualquier civilización (hablamos casi del Occidente entero) resultan inevitables y son mutables, pero consideramos peligroso modificar un sistema legislativo tan arraigado y presente en las mentes y corazones de la población para implantar un sistema, propio de la órbita sajona, también imperfecto. Si se nos permite citar a Chesterton, agudo pensador, articulista y escritor británico, “todo este lío actual está sustentado en el curioso principio de sacrificar los usos antiguos porque no encajan con los abusos modernos”. Recordemos que la legítima surgió, precisamente, para corregir abusos antiguos, entonces actuales. Manifestó también que “se necesita una verdad para crear una tradición” y “sintámonos libres para tomar del pasado aquello que necesitamos en el presente”²⁶. La tradición jurídica legitimaria está afianzada sobre la verdad que la hizo nacer (y evolucionar con construcciones de una técnica jurídica tan depurada como la mejora): las imperfecciones y peligros del sistema de libertad de testar y, si la legítima no encaja con las circunstancias actuales, tal vez deberíamos pensar que parte de la solución se encuentre en educar a los hijos para que respeten y atiendan a sus progenitores (y, a fortiori, no los agredan), pero eso nos llevaría fuera del ámbito jurídico (o no, porque la educación se regula legislativamente y resulta llamativo que en los últimos años, de

23 Consideremos el concepto de tradición canónica (estimamos que perfectamente aplicable a la jurídica-social) recogido por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (on line): “conjunto de principios, institutos y normas jurídicas que representan desde la Antigüedad el modo en que la Iglesia se comprende a sí misma”. Encontramos esta autocomprensión íntegramente aplicable a la tradición social de una cultura, de una forma de vida.

24 CASTRO MARTÍN, T., SEIZ PUYUELO, M.: *La transformación de las familias en España desde una perspectiva socio-demográfica*, Fundación Foessa, p. 28. “En todas las sociedades, los ciudadanos consideran la familia como una institución muy importante en sus vidas, y nuestro país no es ninguna excepción. Según una encuesta reciente realizada por el CIS (Barómetro octubre de 2013), el 91,1% de los encuestados declaró que la familia representaba algo muy importante en su vida –puntuando 9 o 10 su importancia en una escala de 0 a 10–. Estos altos porcentajes apenas han variado en el tiempo. La mayoría de los españoles mayores de 18 años (75%) también declaran que la vida familiar es el aspecto de sus vidas que les produce mayor satisfacción (CIS, Barómetro diciembre 2011)”.

25 AYUSO SÁNCHEZ, L.: “Nuevas imágenes del cambio familiar en España”, *Revista Española de Sociología*, 2019, n° 28 (2), pp. 269 a 287.

26 CHESTERTON, G.K.: *Un buen puñado de ideas*, Renacimiento, Sevilla, 2022, pp. 277 y 435.

creciente desapego, se han modificado, en diversas ocasiones, las normas sobre educación) y no debe causarnos rubor el uso de instituciones y recursos antiguos, esculpiendo y perfeccionando la tradición que hemos recibido, para adecuarla a la realidad, como se ha venido haciendo periódicamente. Sugeriríamos mantener la legítima, pero reduciendo la porción de los descendientes y haciendo más versátil la desheredación, la prueba de cuya falta de causa habría de recaer siempre en los desheredados, porque, tal vez, entre otras consideraciones, se trate de algo que aconteció o se omitió entre éstos y el testador y no resulte conocido de los herederos. Habida cuenta de que cada vez se tienen menos hijos, hay que ponderar que la mejora encuentra muy disminuida su función correctora, extremo que abona la ampliación de las posibilidades de desheredación. No tocaremos el punto de la exigua tasa de natalidad en España y los países occidentales ni de la oportunidad de revertirla para evitar que desaparezca nuestra civilización (si cada dos personas tienen un hijo, la población se divide por mitad en cada generación).

2. Vínculo conyugal.

Ponderemos ahora algunas circunstancias, de índole sociológica que consideramos influyen directamente sobre las modificaciones que estimamos proceden a propósito del régimen sucesorio forzoso del cónyuge supérstite y habrán de ser ponderadas más adelante. “El sociólogo francés Gilles Lipovetsky se preguntaba en su célebre ensayo sobre el individualismo contemporáneo (2012) si tenía sentido hablar de parejas en sociedades hiperindividualizadas como las actuales”²⁷. REQUENA Y AYUSO, citando a Cherlin, tal vez el más reputado sociólogo norteamericano, en el campo de la familia, exponen que “los procesos de emparejamiento cada vez se asemejan más a un tiovivo. Esto es lo que ocurre en las sociedades modernas, en el sentido de que experimentan un continuo proceso de Unión y desunión de la vida en pareja presente a lo largo de las biografías sentimentales”. Más adelante exponen que “la incidencia de la nupcialidad sobre la población española se ha reducido durante los últimos 40 años, pasando de 5,86 matrimonios por cada 1000 habitantes en 1980 hasta situarse en 3,51 en 2019”; manifestando luego que “el aumento de las rupturas de pareja en las sociedades de la información y el conocimiento incrementa la probabilidad de nuevas uniones ... en la actualidad, la proliferación de rupturas hace que los procesos de reemplazamiento se hayan multiplicado”²⁸.

Nos referimos más arriba a la evolución de la esperanza de vida y a la edad media de la población. Ahora resulta oportuno reseñar que edad media a la que se envía en España es de 73 años en los varones y 77 las mujeres²⁹. La esperanza

27 REQUENA SANTOS, F., AYUSO SÁNCHEZ, L.: *La gestión*, cit., p. 59.

28 *Ibid.*, pp. 341, 342, 361 y 362.

29 PÉREZ GARCÍA, R.: *El duelo por viudedad: un problema silente en atención primaria*. *Atención Primaria*, vol. 55, núm. 11, 2023, p. 1.

media de vida en España era, en 2021, de 80,27 años para los hombres y de 85,83 para las mujeres. Es decir, que lo habitual es que una mujer enviude a los 77 años y sobreviva 8,83 años.

III. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE.

I. Delimitación del estudio.

La legítima viudal constituye un asunto amplio, pero el objeto de nuestro trabajo se reduce a centrarlo, desde una triple perspectiva: sociológica, jurídica y personal, para aportar nuestras modestas conclusiones a esta cuestión, tan actual como debatida y esperando, ya casi sazónada, que el horno legislativo alcance cierta temperatura y abra su puerta. Su futuro dependerá de que se mantenga o no la institución legitimaria y, en su caso, de los ingredientes que quienes pueden hacerlo escojan de entre los que juristas muy autorizados, aunque con opiniones razonadamente contrapuestas, proponen y otros, que lo somos menos, casi tímidamente insinuamos, si bien movidos por el deseo leal de aportar lo que nuestras mentes den de sí.

En consecuencia y respetando la extensión que debemos alcanzar, limitaremos la consideración jurídica de la situación viudal al derecho común español y al portugués. La elección no obedece, o no solo, a afinidad entre las tradiciones jurídicas hispana y lusitana, sino a que las actuales regulaciones sobre la legítima viudal resultan antitéticas (dentro, no obstante, de los sistemas legitimarios), la española por cicatera y la portuguesa por generosa, estimando oportuno considerar los rasgos fundamentales de ambas para iluminar tan debatido asunto. Tal vez, agitando la coctelera ibérica, logremos entrever un punto de justo equilibrio.

2. Derecho español.

A) Antecedentes.

“Los derechos sucesorios del cónyuge viudo tienen origen bastante moderno, quizá porque la exigencia que responden resultó las legislaciones históricas atendida por diversas instituciones del Derecho de familia. La dote germana del marido, la romana de la mujer, los sistemas de comunidad matrimonial de bienes, etc. han provisto la necesidad de asegurar, en una y otra forma, la subsistencia decorosa de la mujer o, en general, del cónyuge, durante su viudez”.^{30 31} MARTÍNEZ-

30 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, comun y foral*. Vol. 2: T. 6. *Derecho de Sucesiones Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*, vol. 2, 8. ed, Reus, Madrid, 1979, pp. 612 y 613.

31 Rodríguez-Rosado, citando a Kaser, apunta que “La extensión de la sucesión testada hizo que en la época clásica el acento recayese en los aspectos patrimoniales de la herencia, desgajando así de la sucesión

PROVENCIO coincide con CASTÁN en lo antes manifestado, añadiendo que el Derecho Romano no reconoció derechos legitimarios al viudo que no fue heredero forzoso, precisando que la cuarta parte de la herencia en usufructo, o una porción viril si concurría con más de tres hijos, concedida a la viuda pobre por Justiniano no fueron en puridad derechos sucesorios, sino simples sucedáneos de la dote y de naturaleza alimenticia y familiar. En la novela 53 del año 537, Justiniano reguló un derecho recíproco de los cónyuges para recibir una cuarta parte del patrimonio del premuerto cuando éste fuera rico y el supérstite pobre, e independientemente de la existencia y eventual número de hijos, con límite de cien libras de oro, si bien en la novela 117, del año 542, se modificó el régimen, estableciendo que solo la mujer en tales circunstancias podía ser beneficiaria del derecho y solo podría pedirse si los hijos fuesen tres o menos. En caso contrario, la cuantía se reduciría a una porción viril, o solo en usufructo si los hijos fuesen comunes.³² FERNÁNDEZ CAMPOS, citando a Manresa, expone que entre los pueblos germánicos la mujer compartía la autoridad de la familia y, en consecuencia, recibía una parte de los bienes del difunto. Invoca luego a Scaevola para manifestar que el fin del usufructo viudal germano iba más allá del amparo económico de la viuda pobre (finalidad de la cuarta uxoria romana), elevando también la dignidad y autoridad de las mujeres en la familia, mediante su equiparación sucesoria con los hijos.³³ CASTÁN hace una referencia al Derecho islámico, si bien reconociendo su escasa influencia sobre el derecho europeo moderno, indicando como un precedente de importancia el otorgamiento al cónyuge viudo de derechos legitimarios en la sucesión del premuerto, consistentes en la mitad o cuarta parte para el marido y en la cuarta u octava parte para la mujer, dependiendo de los casos.³⁴ El Fuero Juzgo, en su ley 15, otorgaba a la viuda que permaneciese en tal estado, un derecho igual al de los hijos, pero en usufructo. Llama la atención en las Partidas el silencio respecto al cónyuge supérstite. En el Fuero Real no aparecen otro tipo de disposiciones complementarias que contribuyeran al mantenimiento del supérstite, conteniendo solo su ley sexta un vestigio de la etapa anterior, concediendo al viudo o viuda el derecho a excluir de la partición el "lecho cotidiano", a condición de que se mantuviese en viudedad. Opina que las partidas supusieron un grave retroceso en la historia de la sucesión intestada del cónyuge.³⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, siguiendo a Cano Tello, apostilla que "mientras las Partidas tratan de proteger un interés individual del cónyuge viudo, el Fuero Juzgo pretendía proteger, por el contrario, un interés familiar; es la diferencia que existe entre el individualismo

hereditaria las relaciones personales ..." RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Heredero y legitimario*, Aranzadi, Navarra; 2017, p. 24.

32 MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, R.I.: *Tratado de derecho de sucesiones común, foral, internacional y fiscal (ab ovo usque ad mala)*, WOLTERS KLUWER ESPAÑA, Las Rozas, 2022, pp. 1142 y 1143.

33 FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo viudal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 24.

34 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., vol. 2, p. 613.

35 MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, R.I.: *Tratado de*, cit., pp. 1.144 y 1.145.

romano y el carácter gentilicio del derecho germánico”.³⁶ En las Leyes de Toro siguió vigente la cuarta marital. La Nueva y la Novísima Recopilación intentaron crear un cuerpo sistemático y actualizado para resolver conflictos, objetivo que no se logró. La cuarta marital no fue derogada.³⁷ Posteriormente, llegó la época codificadora. En el proyecto de Código Civil de 1851 se reconocieron al consorte viudo derechos sucesorios, pero no la calidad de legitimario, siguiendo la tradición precedente. El mismo autor, apoyándose en Cano Tello y Sánchez Román, escribe que “ninguno de los derechos sucesorios concedidos al cónyuge viudo en el proyecto isabelino, por tanto, constituyen una verdadera legítima o derecho sucesorio necesario, sino que se trata de una facultad del causante (ejercida en capítulos o en testamento) de conceder un usufructo al cónyuge viudo en detrimento de la porción legítima de los descendientes (artículo 653), o bien de una cuota en propiedad que corresponde al cónyuge viudo en la sucesión intestada (artículo 773), dentro de la cual se imputaban otras liberalidades hechas en vida por el difunto al viudo o viuda. Ulteriormente, aprestados ya para la formulación del Código Civil de 1889, el Ministerio de Gracia y Justicia publicó una ley, de 11 de mayo de 1888 (B.O.E. de 22 de mayo siguiente), autorizando al Gobierno a publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, disponiendo la decimoséptima de las cuales (dentro de su art. 8) que “Se establecerá a favor del viudo o viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo”. Esto es, se aceptó el sentido foral, atribuyendo la cuota en usufructo³⁸, aunque reduciendo la cuantía del mismo respecto a tales legislaciones. De conformidad con tal base, la redacción original del Código Civil (R.D. 24/07/1889, publicado en el B.O.E. del día siguiente) dispuso, en su art. 834, que “el viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos o descendientes legítimos no mejorados. Si no quedare más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge superviviente se consolide en él el dominio. Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito. Si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”. Ulteriormente, este régimen fue modificado por leyes de 24 de abril de 1958, que acrecentó los derechos del viudo; 13 de mayo de 1981, que retocó

36 FERNÁNDEZ CAMPOS, J.: *El pago*, cit., p. 26.

37 MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, R.I.: *Tratado de*, cit., p. 1.146.

38 BASTERRETXEA DAÑOBEITIA, A.: “El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: análisis de la legítima y otras instituciones que modifican su posición. Diferencias entre el derecho civil vasco y el derecho del territorio común”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, 2021, núm. 29, p. 23.

ligeramente el régimen legitimario, pero antepuso al supérstite a los colaterales en los llamamientos abintestato, la de 8 de julio de 2005, que retocó aspectos de la separación y reconciliación y la de 23 de julio de 2015, que ofreció la redacción actual.

Se destacan algunas loas al Código Civil, en cuanto superó la anterior legislación de Castilla; evitó que el mayor número de hijos mermase progresivamente el haber del supérstite; aproximó el Derecho común a los regímenes forales; esquivó, con la parcialidad de la cuota, un excesivo gravamen para el caudal y protegió, con la posibilidad de conmutación del usufructo viudal, a los demás legitimarios, especialmente en su aspecto cuantitativo, evitando la división del dominio. Cita Martínez, también, la crítica de Castán a la cortedad del derecho de usufructo reconocido al viudo, respecto a la cuota reconocida por las legislaciones forales que, a su parecer, entroncan mejor que el Código con las tradiciones españolas.³⁹ En efecto, CASTÁN sostuvo que “la legítima del cónyuge viudo establecida por el Código Civil significa un gran progreso con relación a la anterior legislación de Castilla. Lo que cabe censurar, si acaso, aparte ciertos detalles de su reglamentación legal, es el estrecho espíritu que la inspira, si se la compara con la viudedad de las legislaciones forales. La viudedad foral encarna mejor que la del Código las tradiciones españolas; responde a una más alta concepción filosófica de la familia, tiene finalidades y ventajas morales -vigorizar la familia, robusteciendo la autoridad paterna, y dignificando muy especialmente a la mujer y a la madre- que son extrañas a la cuota viudal del Código civil”.⁴⁰

B) Régimen vigente.

Bosquejando la situación en pocas palabras, el viudo o, mejor dicho en términos estadísticos, la viuda, a pesar de las mejoras acaecidas en su régimen abintestato, si su consorte no otorgó testamento y concurre con descendientes, queda excluido, salvo su usufructo legitimario. Existiendo testamento, puede encontrarse entre recibir el usufructo de un tercio del caudal del premuerto, en la peor circunstancia, y, además, conmutable (ya que mencionamos la estadística, recordemos que, a los 73 años vale un 16 % de su objeto y a los 77, un 12%) o heredar con los límites impuestos al premuerto por la amplísima cuota legitimaria de los descendientes, en la mejor.

El régimen del Código Civil, en su vigente redacción, regula sustancialmente la materia en la sección séptima, del capítulo segundo, del título tercero de su libro tercero (artículos 834 a 840), revistiendo también importancia los que formulan el elenco de legitimarios (artículos 806 y 807), el art. 814, sobre preterición y,

39 MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, R.I.: *Tratado de*, cit., pp. 1147-1148.

40 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., vol. 2, p. 616.

por razón de sistemática, para perfilar la posición sucesoria viudal, cabe citar su llamamiento abintestato (artículos 943 a 945).

Las peculiaridades de la posición en que el Código coloca al cónyuge supérstite son tantas que suscitan la duda de su naturaleza jurídica. Recapitularemos someramente estas características y el uso argumentativo que se hace de ellas para defender una u otra opinión sobre la índole del derecho sucesorio viudal.

CASTÁN TOBEÑAS expone que los autores que propugnan el carácter de heredero del viudo, pese a que su cuota legal es usufructuaria, se fundamentan en que el artículo 807 del código lo enumera entre los herederos forzosos; El artículo 814 señala los efectos de su preterición y el 855 las causas que permiten desheredarle. Manifiesta que De Buen hizo notar que el Código Civil y la jurisprudencia, refiriéndose al cónyuge viudo como heredero forzoso, emplean la palabra heredero en sentido lato o impropio. Por tal razón, fuera de algunos autores que consideran al viudo como heredero sui generis, en el sentido de la sentencia de 9 de junio de 1949, predomina la opinión de que el viudo legitimario no es heredero, por las siguientes razones:

a) El llamamiento en usufructo no es adecuado a la condición de heredero. Aunque a un heredero se puede concretar su cuota en usufructo, en este caso el usufructo no estará en la disposición sino en la partición y el adjudicatario responderá solidariamente frente a los acreedores de la herencia, como coheredero y a tenor del artículo en 1084, no como usufructuario. Los artículos 834, 837 y 838, no obstante, atribuyen al viudo el usufructo de forma directa.

b) El viudo no responde de las deudas de la herencia.

c) El artículo 839 contrapone los conceptos heredero y cónyuge.

d) El artículo 839 permite a los herederos la conmutación del usufructo por una renta vitalicia, por los productos de determinados bienes o por un capital en efectivo, ninguno de los cuales objetos constituye tampoco contenido adecuado de una pars hereditatis, sino más bien, en palabras de De Diego, lo orientan hacia un derecho de crédito.

En cuanto a la posición del viudo legitimario en relación a la masa relicta, citando a Puig Brutau, dice ser la siguiente (sustancialmente, también la posición de Vallet):

a) Puede promover la partición de la herencia.

b) Es preciso su concurso para verificar la partición de la herencia que afecte a su derecho en tanto no le sea satisfecho.

- c) Puede reivindicar para la universalidad de la herencia.
- d) No puede ejercer la función de contador partidor de la herencia del premuerto.
- e) Debe participar en el pago de los gastos comunes.
- f) Puede suceder a su cónyuge en la condición de arrendatario del local de negocio.
- g) Los herederos pueden ejercitar contra él el retracto de coherederos.
- h) Si la herencia y la sociedad de gananciales no están liquidadas y se vende a un extraño una cuota hereditaria sin que los demás herederos las retrayesen, podrá retraerla el viudo en su condición de comunero.⁴¹

De Buen sostuvo que no cabe atribuirle el carácter de heredero, porque “el cónyuge viudo tiene derecho, más que a ser instituido, a que se le abone su cuota. Prueba de ello es que su preterición no anula la institución de heredero (art. 814) ... de los términos del artículo 839 (actual) resulta la oposición entre los conceptos de heredero y cónyuge; y del mismo precepto resulta que el derecho del cónyuge y viudo, más que una porción de bienes hereditarios, queda circunscrito a una cantidad de dinero que se determina en función del caudal, reducido a una entidad numérica”.⁴²

LACRUZ y SANCHO traen a colación una consideración más, y es que el viudo es solamente “heredero forzoso”, según dice el art. 807.3, “en la forma y medida que establecen determinados preceptos: por tanto, no de una manera absoluta”. Concluyen que el viudo no es heredero, sino solamente un sucesor ex lege.⁴³

Argumentando sobre las circunstancias de que el viudo no responde por las deudas de la herencia y de que su preterición no anula la institución de heredero y la ley debe limitarse a reconocerle su derecho hereditario si se prescinde de él, se ha visto en la legítima viudal un derecho alimenticio o de sobrevivencia.⁴⁴

MARTÍNEZ-PROVENCIO complementa los argumentos citados con algunas consideraciones más:

41 *Ibid.*, pp. 620-624.

42 ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de derecho civil español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 488.

43 LACRUZ BERDEJO, J.L.: SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de derecho civil. 5: Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 475.

44 APALATEGUI ASUA, de, O.: *Mortis causa sucesionis: iniciación al derecho de herencias*, I.C.A.M., Málaga, 1990, p. 186.

a) “Conforme los artículos 660 y 661 del Código Civil, es heredero quien sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones; Por el contrario, el usufructuario solo sucede en relaciones activas concretas”. Cita la sentencia de 24 de enero de 1963 del Tribunal Supremo que, estableciendo diferencias entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario, manifiesta que “median profundas y esenciales diferencias, señalando que la conjunción de derechos y obligaciones, que coloca al heredero en igual situación que el difunto, y el *ius disponendi*, que falta en el usufructo, *ius in re aliena*, desmembración de la propiedad del *ius fruendi*; la transmisión directa de la posesión al heredero, que debe entregarla al usufructuario; el carácter vitalicio del usufructo, que lo hace intransmisible *mortis causa*; el distinto destino de herencia y usufructo en caso de renuncia, y la distinta responsabilidad o afección por las deudas y cargas. De todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota y que, aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador”.

b) A propósito de que el viudo no responde de las deudas de la herencia, cita a De Diego, manifestando que el viudo es un heredero especial, rebajado de algunos de sus efectos normales. Cita alguna jurisprudencia, especialmente las sentencias del tribunal supremo de 26 de octubre de 1904, 4 de julio de 1906 y 10 enero de 1920, que niegan al supérstite legítimo la condición de heredero al efecto de poder ser demandado por razón de deudas existentes contra la herencia. Se refiere también a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1950, que, analizando la falta de responsabilidad del supérstite por deudas hereditarias, considera “indudable la identidad hereditaria en el punto de la responsabilidad por razón de gastos comunes de la partición, porque el artículo 1074 del código civil no establece distinción en ese respecto, en el cual están situados en el mismo plano el usufructuario y los nudo-propietarios por el interés común que les liga en la liquidación de la herencia”.

c) Alude, a modo de conclusión sobre la naturaleza jurídica de la legítima viudal, a la sentencia (número 341/2011, Sección cuarta) de la Audiencia Provincial de Murcia, de 30 de junio de 2011, a cuyo tenor “la doctrina mayoritaria no considera que los derechos legítimos del cónyuge viudo le concedan la condición de heredero, sino más bien de legatario forzoso (no asume las deudas del causante al aceptar la herencia)”.

Se refiere el citado autor a un asunto interesante, mencionando que la STS de 25 de octubre de 2000, que “ha declarado sin tapujos la noble acción del cónyuge legítimo de colacionar conforme a los artículos 1013 el 35 y siguientes

del Código Civil, tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión, como por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales”.⁴⁵

A propósito de la colación, reviste gran interés la reciente STS (número 807/2023), de 24 de mayo de 2023, Rec. 2.886/2019, ponente María de los Ángeles Parra Lucán⁴⁶, de la que vale la pena destacar algunos pasajes (entre otros extremos, distingue imputación, computación y colación, refiriéndose a la legítima del supérstite), concluyendo que no han de colacionarse, pero sí computarse, por las razones que siguen:

“FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO. Computación, imputación y colación. Donaciones al cónyuge viudo.

I. Las incorrecciones terminológicas del Código civil y la manera poco clara con la que regula la materia han propiciado que se produzcan confusiones entre las operaciones de colación (art. 1035 CC) y las de “computación” o reunión ficticia de donaciones (art. 818.III CC), que la jurisprudencia de esta sala, de acuerdo con la doctrina, ha distinguido recientemente en las sentencias 473/2018, de 20 de julio, 468/2019, de 17 de septiembre, y 419/2021, de 21 de junio, entre otras.

I.1. A estos efectos podemos recordar, sintéticamente, que la computación es una operación mental para calcular las legítimas que consiste en sumar al valor líquido de los bienes relictos todas las donaciones o liberalidades realizadas en vida por el causante, tanto a extraños como a legitimarios (art. 818 CC).

La computación permite fijar la base de cálculo de la legítima global del grupo de legitimarios de que se trate y la parte disponible.

Realizado este cálculo, con la finalidad de defensa de los derechos de los distintos legitimarios, y con el fin de comprobar si han recibido o van a poder recibir lo que les corresponda o si es preciso realizar ajustes o reducciones en caso de que haya lesión de la legítima, procede realizar las operaciones de imputación. La imputación consiste en cargar o colocar las distintas atribuciones por cualquier título (donaciones, legados e institución de heredero) en la porción o porciones correspondientes en el sistema de legítimas (legítima, mejora o parte libre) y en la cuenta de cada beneficiario, en función en cada caso de la clase de beneficiarios que concurren (hijos, extraños, cónyuge viudo), conforme a los arts. 819, 820, 825, 828, en relación con los arts. 636, 654 y 656 CC, entre otros.

I.2. La colación, en cambio, es una operación particional (“en la cuenta de partición”, dice el art. 1035 CC), que tiene la consecuencia de que el legitimario

45 MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, R.I.: *Tratado de*, cit., p. 1.154-1.159.

46 STS 24 mayo 2023 (Cendoj 28079110012023100818).

que fue donatario tomará en el momento de la partición de menos todo lo que ya había recibido antes por donación. Salvo previsión en contrario del causante (art. 1036 CC), hay que interpretar que la donación hecha al legitimario es un pago a cuenta. Subyace la presuposición por el legislador de que el causante, si no dice lo contrario, querrá que lo donado a un legitimario sea un adelanto de lo que le pueda corresponder en su herencia cuando muera.

La colación, al insertarse en las operaciones particionales requiere la existencia de una comunidad hereditaria, en la que sean partícipes a título de heredero los legitimarios ("heredero forzoso", art. 1035, CC). De modo que la colación no afecta al no legitimario, aunque sea instituido heredero. Otra cosa es que las donaciones que haya podido recibir el no legitimario sí se tengan en cuenta a efectos de la computación para el cálculo de la legítima (art. 818 CC), y si las donaciones son inoficiosas y no respetan la legítima podrán reducirse a instancias de los legitimarios perjudicados.

La opinión mayoritaria excluye de la colación a los legitimarios que, aun siendo llamados como herederos, lo sean solo a su legítima estricta, por presuponer que no quería el causante que recibieran nada más, con independencia de que lo que reciban no sea de la misma naturaleza y calidad.

En la actualidad sigue siendo mayoritaria en la doctrina la opinión fiel a la tradición histórica y a la terminología del Código civil de que el legatario de parte alícuota, aun cuando sea llamado a una cuota, en cuanto no es heredero no se ve afectado por la colación, si bien existen argumentos en contra de la posición tradicional en atención a la escasa fiabilidad de la terminología del Código en esta materia y a la relevancia de que lo que se reciba sea una cuota.

La exigencia de que los legitimarios "concurran" a la sucesión (art. 1035 CC) se ha interpretado doctrinalmente en el sentido de que hereden conjuntamente. Es decir, que la colación tiene lugar entre legitimarios de la misma clase, de modo que la colación afecta a legitimarios que han sido instituidos coherederos y son legitimarios del mismo grupo, pero no afecta a los legitimarios de un grupo distinto de los que ha configurado la ley, y que no se confunden entre ellos (colacionan los descendientes entre sí, los ascendientes entre sí, cuando sean legitimarios e instituidos herederos) ...

2. Se discute si el viudo debe colacionar las donaciones recibidas. El Código civil no se ocupa expresamente de esta cuestión y, aunque hay opiniones minoritarias discrepantes, la doctrina tradicional, que hoy continúa siendo mayoritaria, y que la sala considera preferible mantener, niega que el viudo se vea afectado por la colación.

Fundamentalmente porque, aunque el art. 807.3 CC lo califique como "heredero forzoso", en cuanto legitimario es usufructuario, por lo que aun en el caso de que se le hubiera instituido heredero o legatario de parte alcuota (de seguir la tesis amplia que incluye al legatario de cuota como sujeto de la colación) tal condición de legitimario usufructuario no cambia, y no debería colacionar igual que no colacionan los extraños instituidos herederos. Pero, además, el viudo forma por sí solo un grupo de legitimarios y, como hemos dicho, la opinión mayoritaria es que la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos.

Esta fue la tesis seguida en la Sentencia 955/2000, de 25 de octubre, que declaró:

"El artículo 1035 del Código Civil impone sólo la obligación de colacionar a los herederos forzosos y D.^a Ramona, aunque posee la condición de heredera universal del causante, no entra en aquella categoría, a salvo de lo dispuesto en los artículos 834 a 840, inclusive, del Código Civil, y el cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de esta obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión, como por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales..."

"Cuestión diferente es que las donaciones a la viuda, que no deben colacionarse en el sentido de los arts. 1035 y ss. CC, sí que deberán computarse a efectos del cálculo de la legítima (art. 818 CC) para apreciar si son o no inoficiosas, lo que no ha sido objeto de este procedimiento, al igual que tampoco lo ha sido la procedencia de su imputación a la parte libre, dada la voluntad del causante de que la viuda reciba la legítima usufructuaria y el tercio libre".

Concluiremos con algunas precisiones que MARTÍNEZ-PROVENCIO hace sobre la legítima viudal y que no han sido reflejadas o lo han sido desde diferente enfoque al citar a los tratadistas anteriores, porque ofrece un compendio de la doctrina científica en cuanto a los rasgos esenciales de la regulación general de la legítima viudal en el Código Civil:

Es un derecho incondicionado, porque no queda excluido por la existencia de ningún orden preferente de legitimarios.

Es recíproco, porque se concede indistintamente ambos cónyuges.

El usufructo es de una cuota, pero capitalizable. A efectos de pago, es susceptible de transformación

Hasta tanto se satisfaga, atribuye un derecho de garantía sobre el conjunto del caudal relicto.

La cuota deberá ser liquidada como legítima y sin deducción de los gastos de partición u otros impuestos por el testador y para capitalizar el usufructo no es obligatorio a tenerse a lo dispuesto sobre el particular en la legislación del impuesto sobre derechos reales (sentencia de 5 de noviembre de 1913).

2. Derecho portugués.

Nos referiremos al vigente, transcribiendo al pie, en portugués, para no desvirtuarlos, algunos preceptos de su Código Civil,⁴⁷ cuyo texto resultará útil tener presente y, luego, citaremos doctrina científica que se apoya, sustancialmente, en tales preceptos. Podremos comprobar el estatuto, realmente privilegiado, del que disfruta el cónyuge viudo lusitano.

47 Artigo 1765.º (Livre revogabilidade): “1. As doações entre casados podem a todo o tempo ser revogadas pelo doador, sem que lhe seja lícito renunciar a este direito. 2. A faculdade de revogação não se transmite aos herdeiros do doador”.

Artigo 2018.º (Apanágio do cônjuge sobrevivente): “1. Falecendo um dos cônjuge, o viúvo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido. 2. São obrigados, neste caso, à prestação dos alimentos os herdeiros ou legatários a quem tenham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do respetivo valor. 3. O apanágio deve ser registado, quando onere coisas imóveis, ou coisas móveis sujeitas a registo”.

Artigo 2103.º-A (Direito de habitação da casa de morada da família e direito de uso do recheio): “1. O cônjuge sobrevivente tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e direito de uso do respetivo recheio, devendo tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver. 2. Salvos nos casos previstos no n. 2 do artigo 1.093.º, caducam os direitos atribuídos no número anterior se o cônjuge não habitar a casa por prazo superior a um ano. 3. A pedido dos proprietários, pode o tribunal, quando o considere justificado, impor ao cônjuge a obrigação de prestar caução”.

Artigo 2103.º-B (Direitos sobre o recheio): “Se a casa de morada da família não fizer parte da herança, observar-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior relativamente ao recheio”.

Artigo 2103.º-C (Noção de recheio): “Para os efeitos do disposto nos artigos anteriores, considera-se recheio o mobiliário e demais objetos ou utensílios, destinados ao cómodo, serviço e ornamentação da casa”.

Artigo 2139.º (Regras gerais): “1. A partilha entre o cônjuge e os filios faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança. 2. Se o autor da sucessão não deixar cônjuge sobrevivente, a herança divide-se pelos filios em partes iguais”.

Artigo 2141.º (Sucessão do cônjuge, na falta de descendentes): “1. Na falta de descendentes sucede o cônjuge, sem prejuízo do disposto no capítulo seguinte”.

Artigo 2142.º (Regras gerais): “1. Se não houver descendentes e o autor da sucessão deixar cônjuge e ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança”.

Artigo 2144.º (Sucessão do cônjuge, na falta de descendentes e ascendentes): “Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge é chamado à totalidade da herança”.

Artigo 2157.º (Herdeiro legitimários): “São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima”.

Artigo 2158.º (Legítima do cônjuge): “A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança”.

Artigo 2159.º (Legítima do cônjuge e dos filios): “1. A legítima do do cônjuge e dos filios, em caso de concurso, é de dois terços da herança”.

Artigo 2161.º (Legítima do cônjuge e dos ascendentes): “1. A legítima do do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança”.

Artigo 2164.º (Cautela sociniana): “Se, porém, o testador deixar usufruto ou constituir pensão vitalícia que atinja a legítima, podem os herdeiros legitimários cumprir o legado ou entregar ao legatário tão-somente a quota disponível”.

Fuente: *CÓDIGO CIVIL E DIPLOMAS COMPLEMENTARES*, Quid Juris?, Lisboa, 2023, pp. 401 a 503.

Sin perjuicio de los comentarios que citaremos, a propósito de la posición del viudo, de cualificadísima doctrina portuguesa, resaltamos que ya en la sucesión intestada es llamado en defecto de descendientes (art. 2.141 CC portugués).

Las Profesoras TÁVORA VÍTOR y CÁNDIDO MARTINS⁴⁸, de la Universidad de Coimbra, ponen de manifiesto el estatuto privilegiado del cónyuge viudo, objeto de protección adicional (comparándolo, curiosamente para nosotros, con los propios descendientes, integrando, ambos, la primera clase de llamados -arts. 2157 y 2133 CC portugués). En efecto:

a) Concurriendo cónyuge y descendientes, la partición se hace por cabezas (arts. 2139, I y 2136 CC portugués), aunque la cuota del cónyuge no puede resultar inferior a un cuarto de la herencia (art. 2139.I CC portugués).

b) Disfruta del derecho de habitar la vivienda familiar, su mobiliario y ajuar (arts. 2103-A y 2103 C del CC portugués).

c) Además, le asiste un derecho de alimentos especial (art. 2018.I CC portugués), consistente en el de ser alimentado con los rendimientos de los bienes relictos y los herederos o legatarios del causante quedan gravados con tal obligación, en la proporción del valor de los bienes que reciban (art. 2018.2 CC portugués). Este derecho no se encuentra sujeto a la condición de no contraer nuevas nupcias, porque resultaría contrario al principio de libertad de matrimonio (Capelo de Sousa, citado por las nombradas ut supra).

d) El cónyuge supérstite recibe la cuota hereditaria en pleno dominio.

e) Existe una polémica doctrinal a propósito de si están sujetas a colación las donaciones hechas al supérstite por el cónyuge premuerto, sobre la laguna legal existente al imponerse la colación solo a los descendientes (art. 2104 CC portugués). Las mismas autoras, en otra publicación, concluyen que la mayor parte de la doctrina sostiene que el legislador concedió al cónyuge supérstite, también en esta materia, un tratamiento privilegiado, no equiparándolo a un descendiente, argumentando que no se puede presumir que una donación hecha al cónyuge revele la voluntad de proporcionarle el disfrute anticipado de los bienes que componen su cuota, sino la voluntad de favorecerlo (Pereira Coelho).⁴⁹ Por su parte, la Profesora LOBO XAVIER, Catedrática de la Universidad Católica de Oporto, apostilla que teniendo en cuenta la comunión de vida que existe

48 VITOR, P., MARTINS, R.: "Unos cuantos piquetitos" – Algumas considerações sobre as novas regras da declaração de indignidade da Lei n. 82/2014, de 30 de Dezembro", en AA.VV.: *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, 335-349, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 335-340.

49 VITOR, P.; MARTINS, R., "Depois de a morte nos separar... - a protecção do cónjuge sobrevivo da perspectiva da responsabilidade", en AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Gomes Canotilho - Studia Juridica*, 753-777, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 761.

entre las personas casadas, no concurre el fundamento de la colación y, por el contrario, debe partirse del principio de que, cuando uno de los cónyuges realiza una liberalidad a favor del otro no pretende adelantarle el disfrute de bienes que ya está usufructuando, sino concederle una ventaja. Además de que el régimen de liberalidades entre los cónyuges tiene muchas especificidades.⁵⁰ Para terminar con esta controversia doctrinal, nos referiremos brevemente al criterio de la Profesora ARAÚJO DIAS, de la Universidad del Miño. Expone las tres posiciones doctrinales, que, sucintamente, son: el cónyuge no está sujeto a colación y se beneficia de la colación de los descendientes; el cónyuge no está sujeto a colación, pero tampoco se beneficia de la colación de los descendientes; existe una laguna legal y, por analogía, el cónyuge también está sujeto a colación, equiparando su posición a las de los descendientes. A continuación, argumenta que las donaciones entre cónyuges son libremente revocables (artículo 1765 CC portugués) en cualquier momento, sin necesidad de justificación, bastando la simple voluntad del donante en ese sentido. Por tanto, si el donante considerase que por vía de donación habría un enriquecimiento injusto del cónyuge sobreviviente en el momento de su muerte, podría haberla revocado. Además de eso, siempre podrá decirse que el instituto de la colación se asienta sobre la idea de que cuando el causante dona a uno de los hijos no pretende beneficiar a los demás, pero el cónyuge no está en la misma situación que los hijos, que deben ser tratados de forma igualitaria. En relación con el cónyuge, las donaciones hechas a él pueden efectivamente ser hechas para concederle una ventaja y reforzar su posición. Como se puede ver, también en el régimen de colación el cónyuge tiene un estatuto sucesorio reforzado y privilegiado. De hecho, el sobreviviente participa en el patrimonio común en sede del régimen de comunidad de bienes y goza de una serie de derechos y atribuciones preferenciales a la muerte de su cónyuge y de las donaciones que haya recibido en vida. Por estas razones, considera que a pesar de que las donaciones al cónyuge no estén sujetas a colación, el cónyuge no debe tampoco beneficiarse de la colación de los descendientes, aunque otra solución sería considerar que el sobreviviente se beneficia también de la colación de los descendientes.⁵¹

f) Difiere también el portugués del Derecho español en cuanto a la fiscalidad sucesoria. El legislador español limita las facultades dispositivas del causante desde un doble ángulo de ataque: imponiendo reservas legitimarias (que no nos parecen mal en cuanto institución, aunque necesitadas de profundo reajuste) y autoinstituyéndose virtualmente coheredero, por vía del impuesto de sucesiones (que encontramos injusto, porque el causante liquidó normalmente impuestos al ganar el dinero usado para comprar bienes; al adquirirlos y para conservarlos. De la otra cara de la moneda -del César- impositiva, en qué se gastan los fondos

50 LOBO XAVIER, R.: *Manual de direito de sucessões*, Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2022, pp. 243-244.

51 ARAUJO DIAS, C. M.: *Lições de direito das sucessões*, Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2021, pp. 224-230.

recaudados por vía recaudatoria no corresponde hablar aquí). Comprobaremos que no todos los ordenamientos son iguales. La Profesora LOBO XAVIER cita el Código do Imposto do Selo, exponiendo su régimen general en la aplicación de las tasas que regula las adquisiciones mortis causa: un 10%, que debe ser incrementado en otro 0,8% si se transmite un inmueble. No obstante tal regla, están exentos de tal impuesto el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las parejas de hecho s instituidas herederas del causante, independientemente del valor o la naturaleza de los bienes. Un ejemplo digno de imitación, que robustece a la familia. No solo asombran la prudente cuantía del tipo general, el elenco de los beneficiarios de la exención y la ilimitación en cuantía o naturaleza de los bienes relictos, sino también la justificación que se nos ofrece: la exención es para proteger la transmisión intergeneracional del patrimonio en el seno de la familia está delimitada por las normas que se refieren a la reserva legítima. Para el legislador fiscal la familia merece protección en este contexto, no manifestando ninguna razón económica ni siguiendo el criterio de la voluntad del causante. La familia merecedora de la exención es solo la determinada por el conjunto de herederos legitimarios del causante y la eventual pareja de hecho sobreviviente, si hubiese sido designada como sucesor testamentario con los límites de la cuota disponible. La exención se explica sobre todo por motivos de orden práctico, porque la revocación de la exención dificultaría el mantenimiento de la actual opción por la incorporación del Impuesto de Sucesiones en el Código do imposto do Selo, obligando a la automatización del impuesto sucesorio, al que estarían asociados costes elevados de gestión y cobranza y que teniendo en cuenta las posibilidades de evasión fiscal, ni siquiera resulta estimulante en términos de costo y beneficio. La consagración de esta exención sin límite en términos de valor no es pacífica, porque algunos autores lo consideran como una violación del principio de capacidad contributiva. En la perspectiva en que nos movemos, se puede decir que esta exención podrá corresponder al reconocimiento, por la comunidad política, de la función social desempeñada por la imposición de una reserva legítima, en términos de solidaridad familiar. Esta función es deservuelta voluntariamente, por vía testamentaria, en el caso de la unión de hecho, lo que justificaría su equiparación a estos efectos.⁵²

Podemos concluir que la posición del cónyuge supérstite en Derecho portugués resulta muy sólida, privilegiada sin ambages, incluso sobre los propios descendientes. Tal vez la sintetizen las siguientes palabras: “the balance reached by the Portuguese system in the context of inheritance law consists in the prevalence of the protection of the surviving spouse over the recognition of the full autonomy of the decedents”.⁵³ La antítesis de nuestro ordenamiento jurídico,

52 LOBO XAVIER, R.: *Manual de*, cit., pp. 41-43.

53 VITOR, P., MARTINS, R.: “New Marriage, Old Succession. The influence of new conceptions of marriage in the position of the surviving spouse”, en AA.VV.: *Essays in Honour of Professor Penelope Agalopoulou*, vol. II, Ant.

en el que encontramos la paradoja de que los descendientes se encuentran sobreprotegidos, el cónyuge relegado a lastimosa posición y todos gravados fiscalmente, si bien con sustanciales diferencias entre comunidades autónomas. No significa necesariamente que el régimen lusitano resulte el adecuado.

IV. COYUNTURA DEL CONSORTE VIUDO.

A) *Emocional y económica.*

Considerábamos más arriba el elevado número de divorcios; las agresiones de hijos a sus padres (violencia filio-parental) e incluso a sus abuelos y consecuente enrarecimiento de las relaciones paternofiliales; el abandono de ancianos, el incremento de la esperanza de vida, la multiplicación de los suicidios; la creciente vida en soledad; el incremento de la edad media de la población; los alarmantes índices de natalidad y fecundidad.

Nos hemos referido también a que el vínculo matrimonial, electivo, es el más intenso que puede darse en las relaciones humanas, conllevando que se compartan vida, sentimientos, cuerpos, hijos y bienes y, no estando ya socialmente mal vista la soltería, podemos afirmar que quien se casa es porque quiere, así como, existiendo el divorcio en el Código Civil, los que permanecen casados es porque quieren y se quieren, mereciendo una mayor consideración en la partición de la inercia patrimonial que el amor deja en este mundo. Otra consideración de alcance, ofrecida por los profesores OLIVA MORENO, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ Y PEÑA LONGOBARDO, es que "compartir la vida con una pareja se asocia de manera importante al bienestar personal, a disfrutar de mejor salud y a vivir en una posición económica más desahogada. En cambio, la muerte de la pareja puede ser uno de los eventos más devastadores en la vida de una persona ... los resultados confirman que enviudar se asocia con una evolución negativa de la percepción de bienestar y con un empeoramiento de la salud mental ... asimismo, los efectos identificados son más intensos en el corto plazo que en el medio ... estos resultados deben matizarse ... el efecto identificado sobre la salud mental en las mujeres viudas fue mayor que el efecto observado en los varones que habían enviudado. Además, ellas presentaron un mayor uso de cuidados no profesionales (familiares) que los hombres viudos, mientras que en estos últimos se reveló un mayor uso de cuidados profesionales... la intensidad del efecto ... también fue diferente por zona geográfica. Así, en los países del sur de Europa el efecto de enviudar sobre la salud mental resultó más intenso que en las personas que residen en el centro y norte de Europa, observándose un elemento adaptativo con la desaparición completa del efecto en el medio plazo. En suma, los resultados de

N. Sakkoulas Publishers, Atenas, 2011, p. 1461.

este estudio confirman la existencia de un riesgo importante en el deterioro de la salud mental de las personas que enviudan, especialmente en los primeros años posteriores a sufrir dicho evento, y un cambio en sus necesidades y organización de cuidados”.⁵⁴ Añade PÉREZ GARCÍA, en la revista *Atención Primaria*, número 55, de 2023, que “de la investigación se destaca que los cónyuges en duelo experimentaron un aumento en la discapacidad, la morbilidad por enfermedades crónicas y en la hospitalización, que se incrementó en el tiempo en los viudos y viudas de mayor edad. En otro estudio realizado en una población danesa de 65 años, se examinó la asociación entre la viudez y la mortalidad durante un seguimiento de 16 años, donde se reporta que las personas viudas tienen una mayor mortalidad en comparación con las personas casadas, fenómeno que es conocido como «efecto viudez». Para el grupo de 65 años o más, se ha estimado que el aumento relativo de la mortalidad en las personas viudas en comparación con las personas casadas es del 11%”.⁵⁵

Cuando un cónyuge fallece, y examinamos *ut supra* que los hombres suelen morir antes que las mujeres (80,3 años de esperanza media de vida en varones, contra 85,8 en mujeres. Las viudas españolas de 70 años o más ascienden a 1,65 millones, casi el 80% del total, frente a 370.000 viudos.⁵⁶ El Ministerio de Sanidad informa de que la tasa de mortalidad ajustada por edad en 2019 fue un 71% superior en hombres que en mujeres),⁵⁷ el sobreviviente, estadísticamente anciano, mujer casi octogenaria, con la salud quebrantada y, muy posiblemente extenuada, tras cuidar a su marido casi hasta el heroísmo, con sus escasas fuerzas y vayamos a saber con qué apoyos, encuentra un panorama desolador: las pensiones de viudedad pagadas por la Seguridad Social ascienden, por lo general, a un 52% de la base reguladora del cónyuge premuerto⁵⁸ y sin que podamos olvidar lo magro de las pensiones de orfandad⁵⁹. Las mutualidades que generan pensión a sus mutualistas suelen ser más duras, porque la pensión no es tal por lo general, sino una mermada renta vitalicia, ajena a pagas extraordinarias y congelada en el tiempo durante toda la vida del perceptor (sin revalorizarse jamás), salvo que se abone en vida el oportuno plus, y cuya percepción se extingue en algunos casos con el fallecimiento del mutualista, o un pago único que depende de las aportaciones efectuadas. Sumemos las circunstancias más arriba expresadas y encontramos a una mujer

54 RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, B., OLIVA MORENO, J., PEÑA LONGOBARDO, L.M.: “Enviudar afecta seriamente a la salud”, *The Conversation*, núm. de 8 de noviembre de 2021, en <http://theconversation.com/enviudar-afecta-seriamente-a-la-salud-169304>.

55 PÉREZ GARCÍA, R.: “El duelo por viudedad: un problema silente en atención primaria”, *Atención Primaria*, vol. 55, núm. 11, 2023.

56 “LAS VIUDAS ESPAÑOLAS DE 70 AÑOS O MÁS ASCIENDEN A 1,65 MILLONES, CASI EL 80% DEL TOTAL, FRENTE A 370.000 VIUDOS”, *Funcas*, en <https://www.funcas.es/prensa/las-viudas-espanolas-de-70-anos-o-mas-ascienden-a-165-millones-casi-el-80-del-total-frente-a-370-000-viudos/>.

57 Ministerio de Sanidad. *Patrones de mortalidad en España, 2019*. Madrid: Ministerio de Sanidad, 2022.

58 “SEGURIDAD SOCIAL: PRESTACIONES / PENSIONES DE TRABAJADORES”, en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/28489/28492>.

59 “SEGURIDAD SOCIAL: FAQ”, en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/FAQ/48456/48593/48634>.

anciana, a la que, por esperanza media de vida, le restan algo menos de nueve años de vida en este mundo (85,8 años menos 77), de los que debemos detraer la merma que ocasione la afectación mental y física de la viudez. Sus recursos serán escasos, salvo que perciba pensión o rentas propias (no olvidemos su media de edad, y lo que eso significa, estadísticamente, en cuanto a falta de vida económica autónoma, por formación y dedicación a la familia de mujeres nacidas en aquellos años) y la pensión de viudedad, que resultará escasa y llegará tarde, aunque luego perciba los atrasos. Normalmente, necesitará asistencia, según hemos leído, para capotear su quebranto físico y emocional. En esa tesitura, se encontrará con una legítima consistente en el usufructo de un tercio del caudal relicto de su marido, conmutable y con un valor inapreciable, porque el usufructo, a esa edad, se cifra en poco más del diez por ciento del valor de los bienes sobre los que recae. Nos referimos a una viuda estándar, estadísticamente probable, porque existirán excepciones, pero se debe legislar para lo que más abunde, porque no podemos dictar normas para cada cual. La ley ha de ser una y todos hemos de ser iguales ante ella. Cabe preguntarse si resulta justa la legítima viudal recogida en nuestro Código Civil.

Todo ello en un marco de envejecimiento acelerado de la población, porque la esperanza de vida de los españoles ha pasado de 34,8 años en 1900, a 69,11 años en 1960 y 83,06 años en 2021⁶⁰ ⁶¹. La edad media de la población española ha pasado de 27,5 años en 1950 a 44,9 años en 2020 y se espera que sea de 52 años en 2040⁶². Esto es, se está produciendo un acusado envejecimiento de la población española. En la prensa del 17 de febrero de 2023 tuvimos ocasión de leer, a propósito de la caída de la natalidad, que “el declive de la natalidad en España ha acelerado el envejecimiento de la población, aumentando la edad media de sus habitantes en la última década en dos años y medio, superando ya los 44 años. Asimismo, ha ensanchado la brecha entre muertes y nacimientos, que en 2022 alcanzó las 132.558 personas”.⁶³⁶⁴ Esto no carece de relevancia en las circunstancias de la viudez, porque dificulta y encarece la contratación de personas en edad de prestar cuidados.

60 ROSER, N.: *Población, salud*, cit., p. 86.

61 “España - Esperanza de vida al nacer 2021”, *Datosmacro.com*, <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/espana>.

62 “España: edad media de la población 1950-2050”, *Statista*, <https://es.statista.com/estadisticas/487165/edad-media-de-la-poblacion-espanola-cada-cinco-anos/>

63 “LOS DATOS DEL HUNDIMIENTO DEMOGRÁFICO DE ESPAÑA: 2022 FUE EL AÑO CON MENOS NACIMIENTOS DESDE LA POSGUERRA”, en https://www.eldebate.com/sociedad/20230217/datos-hundimiento-demografico-espana-2022-ano-menos-nacimientos-desde-posguerra_94198.html.

64 “EL GRAN PROBLEMA DE LAS PENSIONES: LA MEDIA DE EDAD DE LOS ESPAÑOLES SUPERA YA LOS 45 AÑOS”, *Vozpópuli*, 2023, en https://www.vozpopuli.com/economia_y_finanzas/gran-problema-pensiones-media-edad-45-anos.html.

B) *Peligro de eventuales captaciones de voluntad.*

Constituye éste uno de los nudos gordianos del sistema legitimario en general (abona nuestra tesis del sostenimiento, siquiera que con reformas de calado, de la legítima, porque mitiga el riesgo de tales espurias maniobras) y de este trabajo en particular, porque es un elemento esencial para discernir si atribuimos la legítima viudal en pleno dominio o usufructo.

Se han expuesto las circunstancias del viudo o, para ser estadísticamente más precisos, de la viuda: edad avanzada, salud posiblemente quebrantada, tristeza, probable soledad y predisposición a sufrir deterioro mental. Es decir, un campo abonado para ser objeto de manipulación. Lamentablemente, se prodigan estas actitudes de abuso sobre personas emocionalmente débiles (añadamos la edad y posible deterioro cognitivo de las viudas más numerosas y la reticencia a vivir solos en los viudos arquetípicos de avanzada edad). Es conocido el llamado timo del amor,⁶⁵ mediante el que se abusa de la soledad afectiva de personas en ese campo vulnerables, exponente de la debilidad emocional que afecta a las personas que están solas no por su elección, especialmente de cierta edad y afectas por reciente quebranto afectivo.

La neurociencia pone de manifiesto la posibilidad de ejecución de estos manejos emocionales. En efecto, BARRETT (Profesora de psicología en Boston) advierte que los recuerdos y las emociones pueden construirse,⁶⁶ por lo que no resultan fiables. SIGMAN (neurocientífico argentino) manifiesta que la creatividad empieza en la memoria y, más adelante, se refiere a la creatividad de los recuerdos falsos y al recuerdo creativo, mencionando la distorsión de la perspectiva como una de las huellas de las ilusiones mnemotécnicas.⁶⁷

C) *Matiz de Género.*

Nos remitimos a los datos estadísticos ofrecidos ut supra. Los hombres suelen morir antes que las mujeres y existen muchas más viudas que viudos, lo que atribuye a cualquier propuesta de robustecimiento de la legítima viudal un efecto, matemática y estadísticamente indiscutible, de beneficiar a las mujeres, y precisamente en un momento en que sus circunstancias emocionales y económicas no suelen ser las mejores. Tal conclusión se encuentra reforzada por la información, también constatada más arriba, de que enviudar afecta más a la salud mental de

65 "DETENIDAS DOS PERSONA POR LA ESTAFA CONOCIDA COMO «ROMANCE SCAM» TIMO DEL AMOR", en <http://platon:10100/opencms/es/detalle/articulo/Detenidas-dos-persona-por-la-estafa-conocida-como-Romance-Scam-timo-del-amor/>.

66 BARRETT, L. F.: *La vida secreta del cerebro: cómo se construyen las emociones*, Paidós, Barcelona, 2022, pp. 55 y ss.

67 SIGMAN, M.: *El poder de las palabras: cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., Barcelona, 2022, pp. 113 y ss., 167 y 168.

las mujeres que a la de los hombres, siendo estos efectos perniciosos de la viudez más acusados en los países del sur de Europa que en los del norte.

D) Referencia a los convivientes more uxorio.

No constituye éste el objeto de nuestra presente tarea, sin embargo de lo cual lo traemos a colación por razones de sistemática y a los efectos de que el cuadro que esbozamos resulte estructuralmente más completo. En Derecho común español no existen, entre los miembros de las parejas de hecho, derechos sucesorios recíprocos, legitimarios o abintestato, más allá de eventuales atribuciones testamentarias en la parte disponible. La doctrina jurisprudencial resulta conocida, especialmente la de la STC 93/2013, de 23 de abril.

Personalmente, opinamos que no procede reconocer derechos legitimarios a los convivientes, por una cuestión conceptual, así como respetando su propia decisión de emparejamiento, sin mencionar los que podrían suscitarse problemas de prueba, en cuanto a estabilidad y exclusividad de la unión. En efecto, aunque la tendencia social dé carta de naturaleza a las uniones de hecho no se trata de que hayamos vuelto a la fórmula del matrimonio a yuras o de que los contornos de éste se hayan diluido, antes al contrario, tal institución es nítida y resulta fácil casarse, así como el Código Civil permite el divorcio vincular. Consideramos que cuando dos personas deciden convivir sin casarse lo hacen conscientemente, sujetándose volitivamente a una situación fáctica que excluye la normativa reguladora del matrimonio y el Derecho ha de respetar su decisión, inmiscuyéndose lo indispensable en tales uniones, esto es, solo en cuestiones de orden público y paternofiliales (porque los eventuales hijos no han elegido y conservan sus plenos derechos sucesorios).

V. OPINIONES RECIENTES A PROPÓSITO DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO.

Un sector doctrinal sostiene la necesidad de reforzar la legítima viudal (en caso de mantenerse las legítimas en nuestro Derecho). ESTELLÉS PERALTA defiende esa tesis apoyándose, sustancialmente, en la particular naturaleza de la relación conyugal, una comunidad de vida y amor; la mayoritaria institución hereditaria recíproca entre cónyuges en defecto de hijos; el sentir social; las circunstancias de los viudos; la colaboración del supérstite en la formación de la riqueza del causante; el agravio comparativo que suponen usufructo y posibilidad de conmutación y la variabilidad de la propia cuota usufructuaria según la concurrencia sucesoria del supérstite.⁶⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ propugna también incrementar la legítima

68 ESTELLÉS PERALTA, P.M.: "La superación del Derecho de sucesiones codificado: reflexiones sobre la conveniencia de una reforma", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones*, Tirant lo Blanch,

del viudo (no separado legalmente o de hecho), porque, dentro del ámbito de la solidaridad patrimonial entre generaciones, parece que el progenitor viudo sea quien precise mayor aporte material, aunque manteniéndola en usufructo, pero aumentándolo a la mitad del caudal concurriendo con hijos y, con ascendientes, a dos tercios, añadiendo un derecho real de habitación sobre la vivienda familiar (si la vivienda es el elemento principal del patrimonio, sin otros bienes sobre los que extender la legítima usufructuaria, el derecho de habitación quedaría comprendido en ésta). En los llamamientos intestados, propone anteponer cónyuge a los ascendientes del causante. Defiende la legítima, considerando que desempeña una función de fraternidad-solidaridad patrimonial intergeneracional, aporta seguridad jurídica a los legitimarios, restringe los riesgos de litigios y evitan las legítimas fijas la captación de voluntad del causante en situaciones de vulnerabilidad. Cita a Vaquer Aloy, que se pregunta, en los casos en el cónyuge sobreviviente haya venido colaborando en el patrimonio del testador y de las sinergias económicas familiares, si es razonable que su legítima sea menor que la de los descendientes.⁶⁹

Existe la corriente contraria. Podemos citar a ARRÉBOLA BLANCO, quien considera la legítima viudal de naturaleza alimenticia, de existencia reciente, basada en instituciones precedentes que concedían la cuarta marital a la viuda pobre, confiriendo actualmente la posición de legitimario solo en cierta forma y medida. Considera hoy ser contraria a la dignidad la presunción de necesidad del supérstite solamente sobre el hecho de la muerte del consorte; que los matrimonios hoy no se encuentran en la situación de dependencia de antaño, porque ambos cónyuges pueden asegurar su subsistencia mediante el ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, opina que el cambio social que se ha producido desde el Código Civil ha tornado la legítima del cónyuge en obsoleta, al menos en su configuración originaria como usufructo dirigido a asegurar la subsistencia, aunque aún podrá tener razón de ser en ciertos matrimonios con división sexual del trabajo en nuestro sistema de legítimas, no obstante sea mediante un régimen transitorio que se defina legislativamente.⁷⁰

VI. INFERENCIAS.

I. Ponderaciones preconclusivas.

La casuística que encontramos en las relaciones humanas, objeto, en suma, del Derecho, resulta prolija y, por la propia naturaleza de las cosas, hace que

Valencia, 2022, pp. 31 y 32.

69 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 247-261.

70 ARRÉBOLA BLANCO, A. “La posición del cónyuge en el sistema legitimario del Código Civil”, en AA.VV.: *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, vol. I, Reus, Madrid, 2023, pp. 147-174.

ningún sistema normativo humano resulte perfecto. Se legisla, cuando se hace así (y por seres humanos falibles), buscando lo mejor para la sociedad a cuyo servicio se encuentra el Derecho, pero lo mejor para muchos no lo es para todos. Conociendo este extremo se han formulado siempre todas las propuestas de ley ferenda y así expondremos nuestras modestas conclusiones, luego de sintetizar el contexto y los pormenores que nos conducen a ellas.

Primera. A propósito del dilema entre mantener el sistema legitimario o suprimirlo, consideramos mejor mantenerlo, por las razones expuestas más arriba y que no reiteraremos. Esta cuestión no constituye la sustancia del objeto que ahora nos ocupa, sino presupuesto del mismo, porque, si eliminásemos la institución legitimaria, carecería de sentido especular sobre la legítima viudal, que desaparecería también.

Segunda. Sobre la procedencia de eliminar o mantener a un “legitimario” o “heredero forzoso” auto-instituido, suprimiendo o no el impuesto de sucesiones entre ascendientes y descendientes, cónyuges y hermanos, por las razones que expusimos más arriba, sustancialmente, que se ha tributado por los rendimientos que permitieron comprarlos, en su caso, por su propia adquisición y por su conservación en el patrimonio del causante, nos parece adecuado suprimirlo. Además, el Impuesto de Sucesiones supone desigualdades ante la ley, dependiendo de en qué comunidad autónoma se tribute. También porque se hace preciso proteger a la familia y al ejercicio de la solidaridad intrafamiliar. Es de dominio público que muchas personas han debido repudiar la herencia de sus mayores al carecer de liquidez para afrontar la cuota del impuesto. Reduciríamos el tipo, para los demás herederos, al 10 % que previene el Derecho portugués, aunque sin incremento en la transmisión de inmuebles, porque la naturaleza de los bienes no determina, necesariamente, su valor.

Tercera. Nuestro ordenamiento jurídico sucesorio envuelve una seria paradoja, que ha puesto de manifiesto el devenir del tiempo: sobreprotege a los hijos y casi abandona al cónyuge supérstite. Convengamos en que la consanguinidad ha venido siendo un eje del sistema español de legítimas. Ciertamente, entre los cónyuges no existen vínculos de tal naturaleza (excepto, alguna vez, parentescos poco cercanos), pero la unión conyugal es fuente de vida y, en consecuencia, origen de la consanguinidad, sobre un vínculo electivo que une a dos personas con intensidad e intimidad sin parangón en las relaciones humanas. Consideramos que los consortes a quienes la muerte asalta juntos y amándose no merecen que el Derecho cercene su voluntad de compartir unos bienes que venían disfrutando juntos, manifestado sea sin demérito del amor y deberes paternofiliales. Encontramos que el otro eje del sistema legitimario viene constituido por una concepción patrimonialista de la familia, ya anacrónica, como grupo de personas que gira alrededor de inmuebles,

especialmente fincas productivas. Para concluir este punto, no consideramos la legítima viudal una prestación asistencial por naturaleza, aunque pueda serlo, fácticamente, en algunos casos, sino un derecho (sin justificación en necesidad, aunque ésta pudiese incrementarlo) de participación en un patrimonio compartido en vida, posiblemente conformado colaborativamente entre los cónyuges y por la proyección del amor recíproco y sostenido (decaería, como ahora, en caso de separación legal o de hecho, aunque solo si ésta fuere indubitada y definitiva) con su consorte.

Cuarta. Opinamos se debería, por criterios de justicia y de adecuación a la ley natural, así como de gratitud social (todos tenemos o hemos tenido padres y los hemos visto, salvo excepciones, quererse y querernos), restudiar el robustecimiento de la legítima -así como reforzar su llamamiento en la sucesión abintestato- del cónyuge viudo, estudiando los siguientes particulares:

a) A efectos de situar el llamamiento del viudo en la delación intestada tras los descendientes y antes o después que los ascendientes, habría que juzgar algunos extremos. En este punto también consideramos acertada la regulación portuguesa. Estimamos que, tras muchos años fuera del ámbito paterno y conviviendo con el cónyuge y, muy posiblemente, habiendo hijos entre ambos, el centro afectivo y familiar pasa del vínculo filio-paternal al paterno-filial e interconyugal, aunque se conserve un intenso amor y respeto por los padres. También resulta muy probable que el cónyuge resulte más necesitado de protección, sobre considerar que, normalmente, el caudal relicto será la vivienda en la que el consorte viudo ha compartido su vida con el premuerto y necesita para vivir, mientras que los padres dispondrán de la suya.

b) Posibilidad de reducir la legítima de los descendientes a un máximo de la mitad del caudal relicto, extremo que permitiría a los cónyuges más cuantiosas disposiciones a favor del supérstite (naturalmente, o de quien decidiesen, aunque citamos al cónyuge porque de su régimen sucesorio escribimos).

c) Considerando las posibilidades de captación de voluntad, las peculiaridades del actual modelo de familia y el número creciente de divorcios y familias reconstruidas, con lo que supone de eventuales intereses contrapuestos entre cónyuges supérstites e hijos solo de su consorte premuerto, así como la avanzada edad con que se suele enviudar, parece indicado mantener la cuota legitimaria viudal en usufructo (acorde, por lo demás, con la tradición en Derecho común y foral), aunque reforzándola, y otorgando, también al viudo, un derecho de alimentos, con cargo a los herederos y legatarios, en proporción al caudal recibido, cuando el usufructo viudal, sumado a sus propios recursos, no basten para permitirle un decoroso pasar (casa habitación, alimentos, vestido, energía eléctrica y suministros necesarios y asistencia médica o especializada necesaria cuando no la cubra la

Seguridad Social). Debemos tener presente que, precisamente, esa proliferación de familias reconstruidas merma mucho la capacidad compensadora de la sociedad de gananciales. El usufructo, por otra parte, impediría que cónyuges en segundas o posteriores nupcias, alterasen la trayectoria de los bienes del premuerto, que podría, no obstante, disponer de la porción libre a favor de su consorte.

d) Para resolver sobre la conmutabilidad o no del usufructo viudal, han de sopesarse algunos extremos. Estimamos esencialmente injusto que la porción usufructuaria del viudo quede al albur de lo que los herederos decidan, especialmente si consideramos que, estadísticamente, por razón de edad media de enviudar y con las actuales normas de cálculo del valor de los usufructos, el derecho del viudo o, con mayor precisión matemática, de la viuda, se cifraría, aproximadamente, en un doce por ciento de los bienes objeto del usufructo.

e) Encontramos acertadas las cuantías para el usufructo que propone el Prof. Sánchez Hernández: la mitad del caudal, concurriendo con descendientes, y dos tercios, concurriendo con ascendientes, gravando las legítimas y no la parte libremente disponible. A falta de descendientes y ascendientes, sin embargo, la fijaríamos en tres cuartos del caudal, para permitir al testador unas posibilidades de libre disposición algo más amplias.

f) Cabe valorar el otorgamiento al viudo un derecho vitalicio de uso, de naturaleza real e inscribible, sobre la vivienda habitual y su mobiliario y ajuar, excluyendo los bienes de extraordinario valor que pudiere contener aquélla. Nos parece justo que el viudo, tras pasar años compartiendo la vida con su consorte, en el espacio de su vivienda, dotada con sus pertenencias, se mantenga en la misma mientras lo desee o sus condiciones de salud lo permitan, especialmente a la edad en que suele perder al compañero de vid. Esto no añadiría el dolor del desarraigo al de la pérdida ni obligaría al viudo a buscar casa habitación en circunstancias de tristeza y estrechez económica.

g) Para concluir, conviene pensar en el reforzamiento del juicio de capacidad de los testadores, especialmente los de edad avanzada o emocionalmente vulnerables, a efectos de asegurar ser su libre y espontánea voluntad la manifestada, para contrarrestar, en lo posible, las posibilidades de captación de voluntades, dotando a los notarios de los necesarios apoyos por especialistas, para valorar la espontaneidad de la decisión sobre su última voluntad en personas que pueden estar sujetas a debilidad emocional y manipulación.

2. Conclusiones.

Primera. Consideramos conveniente mantener el sistema legitimario, si bien con las adecuadas reformas.

Segunda. Estimamos oportuno eliminar el Impuesto de Sucesiones entre ascendientes y descendientes, cónyuges y hermanos, reduciendo el tipo, para los demás, al 10 %.

Tercera. Apreciamos que resultaría adecuado vigorizar la posición sucesoria intestada y la legítima viudales en los siguientes términos:

a) Situar el llamamiento del viudo en la delación intestada tras los descendientes y antes que los ascendientes.

b) Reducir la legítima de los descendientes a un máximo de la mitad del caudal relicto.

c) Mantener la legítima viudal mediante una atribución en usufructo.

d) No permitir la conmutación del usufructo viudal.

e) Establecer las cuantías para el usufructo viudal en la mitad del caudal, concurriendo con descendientes, y dos tercios, concurriendo con ascendientes, gravando las legítimas y no la parte libremente disponible. Fijarla en tres cuartos del caudal a falta de descendientes y ascendientes.

f) Otorgar al viudo un derecho vitalicio de uso, de naturaleza real e inscribible, sobre la vivienda habitual y su mobiliario y ajuar, excluyendo los bienes de extraordinario valor que pudiere contener aquélla.

g) Conceder al viudo un derecho de alimentos, con cargo a los herederos y legatarios, en proporción al caudal recibido, cuando el usufructo viudal, sumado a sus propios recursos, no basten para permitirle digna casa habitación, alimentos, vestido, energía eléctrica y suministros necesarios y asistencia médica o especializada necesaria cuando no la cubra la Seguridad Social.

h) Reforzar el juicio de capacidad de los testadores.

BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: *Biblia de Jerusalén*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2019.

ARRÉBOLA BLANCO, A.: "La posición del cónyuge en el sistema legitimario del Código Civil", en AA.VV.: *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI* (coord. por A. ARRÉBOLA BLANCO), vol. I, Reus, Madrid, 2023, pp. 147-174.

ALBERDI, I.: *Historia y sociología del divorcio en España*, CIS, Madrid, 1979.

APALATEGUI ASUA, DE, O.: *Mortis causa sucessionis: iniciación al derecho de herencias*, I.C.A.M., Malaga, 1990.

ARAUJO DÍAS, C. M.: *Lições de direito das sucessões*, Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2021.

AYUSO SÁNCHEZ, L.: "Nuevas imágenes del cambio familiar en España", *Revista Española de Sociología*, 2019, núm. 28, (2) pp. 269 a 287.

BARCIELA LÓPEZ, C.; CARRERAS, A.; TAFUNELL, X.: *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, Fundación BBVA, Bilbao, 2005.

BARRETT, L.: *La vida secreta del cerebro: cómo se construyen las emociones*, Paidós, Barcelona, 2022.

BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2012.

BASTERRETXEA DAÑOBEITIA, A.: "El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: análisis de la legítima y otras instituciones que modifican su posición. Diferencias entre el derecho civil vasco y el derecho del territorio común", *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho - Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, nº 29, 2021, pp. 15-63.

CALDUCH GARGALLO, M.: "Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto", *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 55, nº 1, 2007, Universidad de Deusto - Deustuko Unibertsitatea, pp. 11-48.

CALVO GARCÍA, M.; PICONTÓ NOVALES, T.: *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, UOC, Barcelona, 2017.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. Vol. 2: T. 6. Derecho de Sucesiones Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*, Reus, Madrid, 1979.

CHESTERTON, G.K.: *Un buen puñado de ideas*, Renacimiento, Sevilla, 2022.

DEL CAMPO URBANO, S.: "Amor, modelos matrimoniales y porvenir de la familia", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 61, 1984, pp. 271 a 285.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1977.

DONADO VARA, A.: "Los antecedentes históricos de la reserva viudal", *Cuadernos de historia del derecho*, n.º 16, 2009, pp. 111-202.

ECHEVARRÍA, O.: "Cuántos matrimonios acaban en divorcio • Odériz Echevarría Abogados", *Echevarría Oderiz Abogados*, en <https://oderizabogados.es/cuantos-matrimonios-acaban-divorcio/>.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de derecho civil español, V. 5, Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

ESTELLÉS PERALTA, P.M.: "La superación del Derecho de sucesiones codificado: reflexiones sobre la conveniencia de una reforma", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones* (coord. por P.M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 22-59

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo viudal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de derecho civil. 5: Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.

LINARES MARTÍNEZ, F.: *Sociología y teoría social analíticas: la ciencia de las consecuencias inintencionadas de la acción*, Alianza, Madrid, 2018.

LOBO XAVIER, R.: *Manual de direito de sucessões*, Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2022.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: *Libertad para ordenar la sucesión*, Dykinson, Madrid, 2022.

MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Ed. Rialp, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ KLEISER, L.: *Refranero general: ideológico español*, Editorial Hernando, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, R.I.: *Tratado de derecho de sucesiones común, foral, internacional y fiscal (ab ovo usque ad mala)*, Wolters Kluwer España, Las Rozas, 2022.

MORO, L.: "Mayores ingresados en el hospital pese a tener el alta porque las familias les han abandonado", *65 y más - El diario de las personas mayores*, 2022, en https://www.65ymas.com/sociedad/mayores-ingresados-hospital-pese-alta-porque-familias-han-abandonado_44285_102.html.

NAUSIA PIMOULIER, A.: "Las viudas y las segundas nupcias en la Europa moderna: últimas aportaciones", *Memoria y Civilización*, vol. 9, 2006, pp. 233-260.

PÉREZ GARCÍA, R.: "El duelo por viudedad: un problema silente en atención primaria", *Atención Primaria*, vol. 55, nº 11, 2023.

PÉREZ, J.R.: "Los datos del hundimiento demográfico de España: 2022 fue el año con menos nacimientos desde la posguerra", en https://www.eldebate.com/sociedad/20230217/datos-hundimiento-demografico-espana-2022-ano-menos-nacimientos-desde-posguerra_94198.html.

QUEIJEIRO, L.: "Una residencia de Pontevedra pide cartas para sus mayores por Navidad: Decidles que no están solos", *Nius Diario*, 2022, en https://www.niusdiario.es/espana/galicia/20221207/residencia-mayores-pontevedra-campolongo-pide-cartas-navidad-abuelos_18_08168503.html.

REQUENA SANTOS, F. y AYUSO SÁNCHEZ, L.: *La gestión de la intimidad en la sociedad digital: parejas y rupturas en la España actual*, Fundación BBVA, Bilbao, 2022.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, B.; OLIVA MORENO, J.; PEÑA LONGOBARDO, L. M.: "Enviudar afecta seriamente a la salud", *The Conversation*, núm. de 8 de noviembre de 2021, en <http://theconversation.com/enviudar-afecta-seriamente-a-la-salud-169304>.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Heredero y legitimario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

ROSER, N.: "Población, salud y actividad", en AA.VV. : *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX* (coord. A. CARRERAS y X. TAFUNELL), Fundación BBVA, Barcelona, 2005 , pp. 77-154.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones* (coord. por P.M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp-193-269.

SIGMAN, M.: *El poder de las palabras: cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., Barcelona, 2022.

VERDERA SERVER, R.: *Contra la legítima. Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 2021.

VÍTOR, P.; MARTINS, R.: “Depois de a morte nos separar... - a protecção do cónyuge sobrevivido da perspectiva da responsabilidade”, en AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Gomes Canotilho - Studia Juridica*, 753-777, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 753-777.

VÍTOR, P.; MARTINS, R.; AA.VV., “New Marriage, Old Succession. The influence of new conceptions of marriage in the position of the surviving spouse”, en AA.VV.: *Essays in Honour of Professor Penelope Agalopoulou*, vol. II, Ant. N. Sakkoulas Publishers, Atenas, 2011, pp. 1.461-1.476.

VÍTOR, P.; MARTINS, R.: “Unos cuantos piquetitos” – Algumas considerações sobre as novas regras da declaração de indignidade da Lei n. 82/2014, de 30 de Dezembro, en AA.VV.: *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, 335-349, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 335-349.

AUTONOMÍA PRIVADA DE LOS MENORES EN EL
DERECHO DE FAMILIA

PRIVATE AUTONOMY OF MINORS IN FAMILY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 228-257



Esther
CAMARASA
GIMENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La realidad social actual en la que los menores tienen gran presencia realizando cada vez mayor número de actos con consecuencias jurídicas, ha llevado a una serie de reconocimientos de sus derechos y modificaciones legislativas tanto en instrumentos internacionales como nacionales. En este artículo se analiza el impacto que han tenido esas novedades legislativas en la autonomía privada de los menores, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia. Asimismo, se pone de relieve la interrelación que existe entre los conceptos de capacidad de obrar, capacidad natural, madurez e interés superior del menor.

PALABRAS CLAVE: Capacidad de obrar; capacidad natural; menor maduro; autonomía del menor; interés superior del menor.

ABSTRACT: *The current social reality in which minors have a large presence, carrying out an increasing number of acts with legal consequences, has led to a series of recognitions of minors' rights and legislative modifications in both international and national and regional instruments. This article analyzes the impact that these legislative developments have had on the private autonomy of minors, especially in the field of Family Law. Likewise, the interrelation that exists between the concepts of capacity to act, natural capacity, maturity and best interest of the minor is highlighted.*

KEY WORDS: Capacity to act; natural ability; mature minor; autonomy of the minor; best interest of the minor.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. AUTONOMÍA DEL MENOR Y SUS LÍMITES. CONFLICTO ENTRE AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN. I. Capacidad de obrar y capacidad natural. 2. Interés superior del menor. A) Concepto y naturaleza. B) Determinación de su contenido. C) Situaciones controvertidas. 3. Derechos de la personalidad y derechos patrimoniales. A) Esfera personal. a) Ámbito de los derechos de la personalidad. b) Ámbito del Derecho de familia B) Esfera patrimonial. III. AUTONOMÍA DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La autonomía privada de los menores es un antiguo debate¹ que suscita interés en la actualidad debido a las cada vez más numerosas situaciones en las que intervienen los menores con consecuencias jurídicas, fruto del avance de los tiempos. De igual modo, no podemos sustraernos al hecho de que cada vez el período de la infancia se acorta y la adolescencia se adelanta, hablándose incluso de una preadolescencia en la que los menores demandan más libertad y autonomía.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a esta situación y en los últimos años han aumentado los campos en los que se permite que los menores de edad lleven a cabo actos jurídicamente válidos con la finalidad de ajustar la realidad jurídica a esta realidad social. En este sentido, en julio de 2015 se promulgaron 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) y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley 26/2015).

Con estas modificaciones se pretendía legislar para mejorar cuestiones tan importantes como el concepto del interés superior del menor; los derechos del menor a ser escuchado, el ingreso de menores en centro de protección específicos para menores con problemas de conducta, la trata de seres humanos y los menores víctimas de violencia de género, entre otros aspectos.

En este punto, se procede a analizar si estas últimas novedades legislativas han dado respuesta satisfactoria a la demanda social, especialmente en el ámbito del

¹ Baste recordar las posiciones encontradas entre LASARTE y DE CASTRO sobre el menor. Para el primero, el menor de edad era considerado total y absolutamente incapaz para realizar por sí mismo actos con eficacia jurídica. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 188. Por el contrario, para el segundo, “no existe norma alguna en el Código que establezca la incapacidad del menor”; por lo que, niega la “incapacidad general” del menor, argumentando que no corresponde con la realidad práctica, puesto que los menores se desenvuelven por sí solos con relativa frecuencia en el tráfico. DE CASTRO, F.: *Compendio de Derecho civil*, II. Derecho de la persona, VI. 1.º La persona y su estado civil, Ed.3º, Madrid, 1996, p. 193. Esta última posición es la que predomina en nuestra doctrina y jurisprudencia.

• Esther Camarasa Gimeno

Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil Universidad de Valencia. Correo: Esther.camarasa@uv.es

Derecho de Familia, en el que cobra gran importancia la voluntad del menor. En los procedimientos de crisis matrimoniales se escucha a los menores con doce años y cuando tienen menos de doce años, se atenderá a su grado de madurez para ser oídos. Es aquí donde se plantean varias cuestiones: por un lado, si la opinión del menor vincula al juzgador y por otro, quien debe determinar el grado de madurez del menor y si existe algún procedimiento a tal fin.

La casuística sobre la autonomía privada del menor en Derecho de Familia es muy variada, sin embargo, esta autonomía privada que el ordenamiento reconoce a los menores parece quebrarse en la práctica bajo el argumento de la seguridad jurídica, creándose con ello límites, y con la introducción del concepto "interés superior del menor".

En este contexto, se plantean las cuestiones sobre si lo más conveniente es fomentar la autonomía del menor para que desarrolle su personalidad y si ésta se ha de llevar hasta las últimas consecuencias, es decir, si el menor puede defender su propio interés, o si, por otro lado, se le debe proteger debido a su vulnerable situación limitando su capacidad de obrar, es decir, que la protección la lleven a cabo terceras personas.

Asimismo, se observa cómo los conceptos sobre los que pivota la autonomía privada del menor, tales como la capacidad natural, madurez, responsabilidad e interés superior del menor se interrelacionan y, en ocasiones, se confunden, siendo interpretados por la doctrina y la jurisprudencia, aunque no siempre de manera pacífica.

II. AUTONOMÍA DEL MENOR Y SUS LÍMITES. CONFLICTO ENTRE AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN.

Distintos instrumentos internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño (1989), la Carta europea de los Derechos del Niño (1992) y 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, llevaron a cabo un reconocimiento de la situación jurídica de los menores y que en nuestro ordenamiento jurídico quedó plasmada en 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). Como consecuencia de estas normas, se admite con carácter general, tanto por la legislación como por la jurisprudencia, que el menor es sujeto de derecho y tiene capacidad de obrar, si bien limitada, paradójicamente, por la protección de sus intereses suscitando, de este modo, un conflicto entre autonomía y protección.

La importancia de estas normas radica en el hecho de que contienen los principios que delimitan la capacidad de los menores. Destaca el reconocimiento que hacen de su capacidad para ser titulares de derechos y para ejercerlos. Asimismo, en caso de que concurran varios intereses legítimos, imponen la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro. Además, ordenan la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores.

Sin embargo, el legislador, no ofrece una respuesta unitaria a la capacidad del menor, sino que aplica los principios generales a medida que se le van presentando las situaciones a que tiene que dar respuesta. Por ello, se puede afirmar que se trata de un tema controvertido que ha dado lugar a diversas opiniones e interpretaciones doctrinales y, en este sentido, para algún autor² este conflicto entre el reconocimiento de la autonomía de los menores y su protección debe resolverse según cada caso particular, incidiendo en el consentimiento informado del menor sobre la base de una debida información y formación.

I. Capacidad de obrar y capacidad natural

El Código Civil distingue tres situaciones jurídicas que determinan la capacidad de obrar en atención a la edad: la minoría de edad, la emancipación y la mayoría de edad, que se establece en nuestro ordenamiento en los dieciocho años (arts. 12 CE y 315 CC) y supone la plena capacidad de obrar, salvo las excepciones establecidas en la ley (art. 322 CC).

Por lo que respecta a la minoría de edad, el Código Civil no establece de manera general la capacidad de los menores de edad, es más, no existe una norma que establezca nítidamente quiénes se pueden considerar menores, aunque habiéndose establecido la mayoría de edad a los dieciocho años, la deducción lógica es que la minoría de edad se extiende desde el nacimiento hasta alcanzar esa mayoría de edad. Asimismo, en ese período de minoría de edad, el Código Civil distingue las situaciones del menor de edad no emancipado y emancipado, en este caso se habilita al menor “para regir su persona y bienes como si fuera mayor”, unas limitaciones a esa capacidad únicamente de carácter patrimonial en

2 Véase DE LA TORRE OLID, F.: “El menor maduro: la doctrina que explica la capacidad natural” *Revista Derecho y Criminología*. 2011, pp. 101-113: “La tensión entre el paternalismo y la autonomía no exige una respuesta única, sino que esta debe venir dada en atención al caso concreto. Conviene favorecer la autonomía del menor, aunque eso sí desde la garantía de la información y la formación de éste y en un grado suficiente para emitir un consentimiento informado, es decir para que asuma las consecuencias jurídicas de sus actos. La posibilidad de optar en Derecho por la autonomía es siempre una solución aparentemente ventajosa en cuanto representa la madurez de la sociedad civil y, para los menores, una expresión de su libertad, pero puede no ser conveniente si deja en desamparo al menor en un mercado o lo aísla y le da la decisión soberana respecto a una cuestión que tendría que tratar y consensuar con otras personas. Dicho esto, esa autonomía, no puede otorgarse ni a cualquier precio (con gasto desmedido a costa del erario público) ni a costa de otros (cuando se prescinde de un consentimiento relevante como puede ser el de un padre o una pareja)”.

lo arts. 323 y 324 CC, y que son de interpretación restrictiva, por lo que, con respecto a su persona, puede afirmarse que el menor emancipado puede actuar con plena libertad. Asimismo, el TC en su sentencia de 7 de noviembre de 2005³ reconoce un status jurídico distinto para los menores de edad, otorgándole mayor protección.

La capacidad del menor ha sido objeto de una evolución, desde su inicial negación hasta reconocer en nuestro derecho vigente que el menor tiene limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud. El menor es una persona potencialmente capaz, pero a la que el ordenamiento limita su capacidad para algunos actos en los que estima conveniente protegerle frente a su inexperiencia, así, se les va reconociendo una capacidad gradual y progresiva⁴.

En cuanto a la consideración de esos límites, en el art. 2.1 LOPJM, según la redacción de la LO 8/2015, se establece: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”. El precepto mantiene el criterio de la interpretación restrictiva de los límites e introduce un nuevo criterio, el del interés superior del menor; en atención a la redacción del artículo (“en todo caso, siempre”)⁵, parece que la norma prioriza al nuevo criterio interpretativo, sin prescindir del criterio tradicional de que las normas limitativas de la capacidad de obrar se interpretarán restrictivamente.

La determinación de estos límites no está exenta de dificultad pues, como afirma JORDANO FRAGA⁶, se trata de compatibilizar dos exigencias que de algún modo están contrapuestas pero que responden a la misma necesidad de protección del menor; por de un lado, “el potenciamiento de su autónoma personalidad”, esto es, proteger la personalidad del menor desde él mismo; y, por otro, la “indiscutible necesidad de la existencia de poderes de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor”, lo cual implica la

3 STC 274/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005, 274): “ (...) en este sentido, es de subrayar que la diferenciación mayoría-minoría de edad es, sin duda, en línea general, constitucionalmente legítima -aparece expresamente recogida en el art. 12 CE-, dando lugar a status jurídicos distintos, que, entre otras consecuencias, determinan una mayor protección de los menores, como la propia Constitución también reconoce -art. 39.3 y 4 CE. Estas previsiones constitucionales tienen, pues, virtualidad bastante para generar un trato favorable”.

4 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil: Derecho privado y de la persona*, editorial Bercal, 6ª edición, Madrid, 2016, pp. 68 y ss.

5 STS 31 julio 2009 (Roj: STS 5817/2009): “ (...) se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»)”.

6 JORDANO FRAGA, F.: “La capacidad general del menor”, en *RDPriv*, 1984, pp. 883-904.

protección de la personalidad del menor desde fuera. Algún autor también se ha referido a que las restricciones deben analizarse según el caso concreto⁷.

El Auto del TS de 10 de marzo de 2016⁸ señala que las restricciones a la capacidad de obrar del menor pueden darse solo por dos justificaciones fundamentales, a saber: la falta de madurez de la persona para el ejercicio del derecho fundamental y la necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4), justificaciones ambas que no son uniformes y admiten modulaciones durante toda la minoría de edad, debiendo respetarse siempre el principio de proporcionalidad.

Un límite objetivo se encuentra en el criterio de la edad, puesto que el legislador ha establecido una escala de edades con carácter general donde se presume que cuando una persona llega a esa edad, normalmente se encuentra capacitado para realizar una serie de actos jurídicos. En este sentido, la LOPJM, para dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección alude a la adquisición gradual de la capacidad de obrar de los menores. Esto implica que, conforme van cumpliendo años, a los menores se les reconoce la posibilidad de realizar por sí ciertos actos o negocios de manera eficaz, tomando como referencia nuestro ordenamiento la edad de doce, catorce y dieciséis años⁹.

A diferencia del Código Civil, algunas normas autonómicas sí determinan una edad para reconocer la capacidad de obrar de los menores, los llamados púberes o grandes menores. En este punto se hace necesario mencionar, por su novedad, que en el derecho aragonés se establece una presunción "iuris tantum" de capacidad natural a partir de los catorce años, de tal manera que el papel de representación legal que ejercen los padres pasaría a convertirse en

7 Véase GONZÁLEZ AGUDELO, G.: "La regla del menor maduro. ¿Quién, cuándo y cómo se debe decidir sobre la madurez de un niño o joven?", *RGDPR*, enero 2023, núm. 59, p. 7.

8 ATS 10 marzo 2016 (Roj: ATS I790/2016): "Estas justificaciones no operan de modo uniforme durante toda la minoría de edad, puesto que tanto la madurez como la necesidad de protección no son homogéneas durante todo ese periodo, por lo que admiten modulaciones a lo largo del mismo, siendo más intensas las justificaciones a la restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales cuanto menor es la edad de la persona. Además, la restricción o limitación que se imponga al ejercicio de un derecho fundamental por parte de un menor ha de respetar el principio de proporcionalidad, considerado tradicionalmente por la jurisprudencia constitucional como el "límite de los límites" de los derechos fundamentales y recogido hoy en el art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

9 Sirvan como ejemplo, sin ánimo de exhaustividad: El menor no emancipado, a partir de los doce años, puede reconocer al hijo habido fuera del matrimonio por sí mismo, con aprobación judicial y audiencia del Ministerio Fiscal (art. 121 C.C.); el menor mayor de catorce años puede otorgar testamento, siempre que no sea ológrafo (arts. 663 y 688 C.C.); el menor mayor de catorce años puede ser testigo en juicio bajo juramento (art. 365.2 LEC); los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo (art. 7.b Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores); la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI en su artículo 43 establece que los mayores de dieciséis años podrán cambiar su sexo ante el registro sin requisitos; art. 13 bis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. "I. Las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales".

un complemento de capacidad para la plena validez de los actos que realizara el menor a partir de dicha edad. Al menor a partir de los catorce años se le tiene por capaz mientras una norma no establezca lo contrario. Se sitúa la adolescencia en los catorce años y establece esa edad para la realización de determinados actos con validez, se habla de capacidad de obrar ampliada.¹⁰

Por su parte, en Navarra, la Ley 50 de la Compilación de Derecho Civil foral o Fuero Nuevo de Navarra establece que los menores púberes (a partir de los catorce años) tendrán capacidad para los actos determinados en la Compilación y pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque aquéllas contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad.

Así las cosas, nuestro Código Civil determina la capacidad de obrar de la persona en función de la edad, y no atendiendo a la aptitud concreta del individuo, aptitud de entender y querer, ello como consecuencia de la imposibilidad de analizar caso por caso la capacidad o el desarrollo de madurez que posee cada individuo, ya que para ello habría que realizar juicios subjetivos para determinar el grado de madurez¹¹ que constituye la capacidad natural.

En este orden de cosas, la capacidad natural puede definirse como la capacidad de comprensión y razonamiento necesario para comprender el alcance y repercusión del acto de que se trate y tomar una decisión razonable al respecto. Por tanto, se puede afirmar que un individuo tiene capacidad natural cuando tiene madurez suficiente como para comprender, no solo lo que hace, sino también las posibles consecuencias que tendrá su decisión.

No obstante, a pesar de establecer estas edades objetivas, el legislador no niega la posibilidad de determinar de manera subjetiva la madurez o capacidad natural del menor, en la línea del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre 1989) que, a la hora de valorar la capacidad de decisión de un menor de edad, tiene más en cuenta, el criterio subjetivo de la madurez o capacidad natural, que el criterio objetivo de la edad. De este modo, en las últimas reformas legislativas sobre la materia se ha puesto de manifiesto una línea de política legislativa favorable al criterio subjetivo a la hora de determinar la madurez, como la redacción del art. 162 CC de la Ley 26/2015¹².

10 Art 5.3 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas: “La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia”.

11 LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, 2004, p. 42.

12 Además, nuestro legislador emplea el término “madurez” en otros preceptos como el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También es un criterio que contempla 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

Puede afirmarse que el criterio objetivo facilita la aplicación del Derecho y la seguridad jurídica y el criterio subjetivo prima la adaptación de la regla legal a las condiciones naturales de madurez del menor concreto¹³.

2. El interés superior del menor.

A) Concepto y naturaleza.

El segundo de los criterios interpretativos de los límites a la capacidad de obrar de los menores que contempla el art. 2.1 LOPJM, según la redacción de la LO 8/2015, viene referido a que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica dicho artículo incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general (OG) n° 14 de 29 de mayo de 2014, del Comité de Naciones Unidas del Derecho, sobre "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

Ahora, este artículo establece, por un lado, que todo menor tiene derecho a que su interés superior se valore y considere como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado, y, por otro lado, estima que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

La naturaleza del interés superior del niño se describe en el párrafo 5 de la citada OG: "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

documentación clínica. Sin embargo, en estas normas no se desvela quién ha de ser el que determine la existencia o grado de madurez del menor para prestar su consentimiento, cómo se determina o si ha de aplicarse algún criterio como el cronológico.

13 RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.: "La capacidad de obrar y la responsabilidad de los menores", en AA.VV. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, octubre 2016.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

Portanto, no se trata únicamente de un principio fundamental de interpretación, sino que también constituye una norma de procedimiento y un derecho sustantivo que se puede aplicar directamente e invocar ante los Tribunales, incluso por el propio menor.

De acuerdo con la OG nº. 14, el concepto de interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, que su contenido debe determinarse caso por caso, es flexible y adaptable. Asimismo, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto.

B) Determinación de su contenido.

El carácter de concepto jurídico indeterminado es indudable y no controvertido, sin embargo, el problema se presenta en el momento de determinar su contenido. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Por ello, una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar, procederá concretar cuál será el bien del niño en ese caso.

Como señala el Tribunal Constitucional en las sentencias de 14 de diciembre de 2020 y 19 de abril de 2021¹⁴, entre otras, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, “ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio”.

Por su parte, la jurisprudencia también ha establecido una serie de criterios que buscan orientar la determinación del interés del menor y así, por todas, la STS 31 julio 2009¹⁵ manifiesta que “según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor las siguientes: a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas, b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento. c) Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo. d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse. e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio). f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro”¹⁶.

14 STC 178/2020, de 14 de diciembre (RTC 2020, 178) y STC 81/2021, de 19 de abril (RTC 2021, 81).

15 STS 31 julio 2009, (Roj: STS 5817/2009).

16 Véase CARDONA LLORENS, J.: “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención” [en línea], disponible en https://www.artekko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf [Consulta: 4 enero 2024] para quien la evaluación del interés superior del niño es “una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores”.

C) Situaciones controvertidas

En la práctica procesal se observa otra problemática, pues resulta paradójico cómo en ocasiones los fallos judiciales se decantan por la solución que, a criterio fundamentado el juzgador, más beneficie al menor de edad y, en ese sentido, se adopta una medida que va expresamente en contra de su voluntad. En puridad, esta decisión no podría considerarse efectuada en su interés.

También puede ser cuestionable el hecho de que una sentencia dictada en un procedimiento en primera instancia y con fundamento en ese interés superior del menor adopte decisiones contrarias a su voluntad después de haber sido escuchado y, cuando esa resolución se recurre, en segunda instancia se revoque esa sentencia precisamente por el “favor filii”. Por tanto, puede afirmarse que estos criterios para determinar el interés superior del menor no dejan de tener un componente subjetivo y siguen siendo demasiado generales.

Un ejemplo de lo anterior sería el Auto 14 de mayo 2019 de la Audiencia Provincial de Almería¹⁷ que se pronunció ante el supuesto en el que un menor, mayor de dieciséis años, solicitó la emancipación judicialmente y, tras haber sido escuchado, en primera instancia le fue denegada, se recurrió la resolución y en segunda instancia le fue otorgada en atención a su madurez y al interés superior del menor.

La jurisprudencia menor ha ido dando contenido a este concepto y resolviendo en atención al interés superior del menor, también identificado como “favor filii” o “favor minoris” y en este sentido la SAP Madrid 10 julio 2008¹⁸ en un asunto sobre la separación de un menor de su familia biológica, manifestó: “El principio del «favor minoris», consagrado solemnemente en el art. 39 CE y sancionado en Convenios Internacionales suscritos por España, constituye la piedra angular sobre la que se asienta no solo las medidas que legalmente pueden adoptarse en relación con los menores que se encuentren en situaciones de desamparo sino que además conforma el principio fundamental que ha de presidir las resoluciones que procedan de los Tribunales de Justicia, de ahí que se tenga que examinar

17 AAP Almería 14 mayo 2019 (Roj: AAP AL 1251/2019): ante el caso de un menor de diecisiete años que quería conseguir la emancipación, sus padres estaban divorciados, él residía con su progenitora materna y su progenitor paterno no respetaba sus decisiones, ni en el ámbito personal, ni en el ámbito académico. En su Fundamento de Derecho Tercero estableció: “Bajo estas pruebas diferidas a la alzada mediante el soporte videográfico y conforme a la normativa vigente contenida en el Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor, contando con 17 años, viviendo los progenitores separados, constando una petición del menor con esa edad y con una madurez suficiente para formular la petición, consciente de sus consecuencias, formulada y ratificada en sede judicial y acreditado que, además de la concurrencia de los requisitos objetivos de la emancipación, concurren causas que entorpecen el libre desarrollo de su personalidad y libertad por parte de uno de los progenitores ejercientes de la patria potestad, asiste razón el menor recurrente asistido de su madre en que, no solo concurren todos los requisitos legales para la misma, sino que la emancipación resulta necesaria, conveniente y beneficiosa al superior interés del menor y a su voluntad consciente, parámetro primordial de la presente”.

18 SAP Madrid 10 julio 2008 (Roj: SAP M 11795/2008).

minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para los menores, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas con los principios informadores de las últimas reformas legales, tanto en el Código Civil como en la legislación autonómica, entre los que destaca el principio de prioridad de la propia familia, lo que comporta que el interés del niño pase, en primer término, por el derecho a ser educado por sus padres naturales, lo que exige a las autoridades judiciales la previa comprobación de si se ha producido o intentado la integración de aquél en su propia familia, siempre que redunde en su interés (...)”.

Otro supuesto en el que los tribunales acuden al interés superior del menor para resolver el litigio es el de separación de hermanos en el que la regla general siempre es la no separación y cuya excepción estará en el beneficio del interés de los menores. Así las cosas, resulta interesante cómo los tribunales argumentan en contra de esta separación de acuerdo con el art. 92.10 CC y, por el contrario, argumentan a favor de la separación de los hermanos como excepción a la norma y atendiendo al interés superior. La doctrina del TS queda sentada en la sentencia de 25 enero de 2015¹⁹ que adoptó la decisión de separar a cuatro hermanos que vivían en diferentes ciudades y los mayores tenían ya su vida hecha, además de la mala relación de uno de ellos con su madre, por lo que se estimó que el mejor interés de los menores era vivir separados. En el mismo sentido se pronunció el Auto del TS 28 octubre 2020²⁰, que justifica la separación de menores, se preguntó tanto a los hijos como a los progenitores, que mostraron su acuerdo en tomar esta medida y, de este modo, el hijo mayor viviría con la madre y los dos pequeños con el padre. La jurisprudencia menor se había pronunciado previamente respecto a la idoneidad de la separación de los hermanos en atención al interés superior del menor; entre otras, la SAP Madrid 24 noviembre 2006²¹ y la SAP Zamora 20 julio 2006²².

19 STS 25 enero 2015 (Roj: STS 3890/2015): “La única objeción sería que el Tribunal prescinde de la admisión de procurar no separar a los hermanos. Sin embargo, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, tal decisión se motiva y resulta lógica, razonable, no arbitraria y, lo que es importante, respetuosa con el interés de los menores, pues al convivir el que es mayor de edad con la madre y los dos menores de más edad con el padre, por decisión de ellos a la que presta su conformidad los progenitores, nunca sería posible la convivencia plena de todos los hermanos con un solo progenitor. La solución más positiva, tras la ruptura, y de ahí que se hable de “mal menor”, es la que se adopta, acompañada de un régimen de visitas y comunicaciones que, fielmente ejecutado, impedirá la ruptura o enfriamiento de los lazos afectivos entre los hermanos”.

20 ATS 28 octubre 2020 (Roj: ATS 9688/2020).

21 SAP Madrid 24 noviembre 2006 (JUR 2007/75676) Declara que: “bajo la inspiración del prioritario principio del favor filii, consagrado en los artículos 39 de la Constitución, 2 y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996, y desarrollado, en supuestos como el que nos ocupa, por el artículo 159 del Código Civil, llegamos a la convicción de que, en la actual coyuntura y teniendo en cuenta igualmente los antecedentes descritos, la alternativa paterna se ofrece más acorde a las necesidades de Alberto, especialmente en el ámbito afectivo, aunque ello conlleve el inconveniente de la ruptura de la relación cotidiana del mismo con su hermana, lo que, no se olvide, no condiciona ineludiblemente la decisión judicial pues, a tenor de lo prevenido en el artículo 92 del Código Civil, el mantenimiento de la unidad fraterna es recomendado, pero no impuesto, a los Tribunales en la decisión de conflictos como el que nos ocupa”.

22 SAP Zamora 20 julio 2006 (JUR 2007/205333) Señala que “si bien es cierto que el artículo 92.4, no impide legalmente que la resolución judicial acuerde la separación de los hermanos, pues en todo caso debe

Cabe tener en cuenta que no en todos los casos ha de atenderse al interés superior del menor pues, cuando se trate de derechos personalísimos, deben ser ejercitados por el menor sin necesidad de representación legal de conformidad con el art. 162. 1º CC, a excepción de que exista un conflicto de intereses, supuesto en el que sí se debería resolver en atención al interés superior²³.

Además, el interés superior no puede ser en general superior, prevalente o exclusivo y así lo declara la STC 20 septiembre 2012²⁴, según la cual “el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea “no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales”.

En definitiva, a pesar de los intentos por dar una definición y un contenido al concepto no es una cuestión pacífica y, como señala GARCÍA RUBIO²⁵ “toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia, a pesar de su reiterada utilización, las más de las veces parecen dar vueltas sobre una idea intuitiva, que en muchas ocasiones sirve para justificar la solución que parece “justa” en el caso concreto, en lugar de mostrar su exacto valor jurídico”.

3. Derechos de la personalidad y derechos patrimoniales.

En el Código Civil se observa un tratamiento distinto respecto de la autonomía del menor según se trate de sus derechos de la personalidad o sus derechos patrimoniales. Por este motivo se considera interesante distinguir entre la esfera personal del menor y la esfera patrimonial al objeto de analizar el contenido de la autonomía en cada una.

A) Esfera personal.

Su fundamento se encuentra en el art. 162 CC, que ha sido modificado por la Ley 26/2015 con dos cambios principales: por un lado, se suprime esos otros actos que de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez podían realizar por sí

prevaler el principio del beneficio de los menores, por lo que si es más beneficioso para los hermanos que estén separados así debe fijarse en la correspondiente resolución judicial, no es menos cierto que la norma legal, cuando dice que debe procurarse la no separación de los hermanos, lo que nos está indicando es que, salvo que mantenerlos unidos sea perjudicial para alguno de ellos, la norma general es que debe evitarse la separación”.

23 Véase GONZÁLEZ AGUDELO, G.: “La regla del menor”, cit., p. 13: “Si se reconoce autonomía en la toma de algunas decisiones del niño o joven, esas decisiones en relación con sus derechos personalísimos son suyas y no necesariamente deben estar guiadas por el principio del “interés superior del menor”, porque aquí no opera al ser este un principio del procedimiento que debe guiar la actuación de terceros. En este caso, el Niño actúa directamente ejerciendo sus derechos. La cuestión, como hemos indicado desde el inicio de estas reflexiones es decidir cuándo se les reconoce esa autonomía para decidir y ello dependerá de la clase de derecho o facultad que se quiere ejercer, además de otros criterios que pueden ser evaluados a posteriori para otorgar validez a la decisión, cuando esta se discute por terceros (padres/tutores/administración/Juez)”.

24 STC 160/2012, de 20 de septiembre (RTC 2012, 160).

25 GARCÍA RUBIO, M.P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 13, agosto 2020, pp. 14-49.

los menores; y, por otro lado, se introduce la posibilidad de intervención parental en los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el menor no tenga la madurez suficiente, en aras de cumplir el mandato constitucional del art 39.3 CE, que prevé una obligación a los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

En esta esfera se encuentran los derechos de la personalidad y el derecho de familia y no se exige normalmente la representación de los padres para la realización de la mayoría de los actos:

a) *Ámbito de los derechos de la personalidad.*

La representación legal es excepcional y la capacidad del menor es la regla general, siempre que una disposición legal no disponga lo contrario. La vigente redacción del art. 162 CC excluye de la representación legal de los padres aquellos “actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. En virtud de estos derechos se reconocen a toda persona las facultades de goce y protección de su dignidad: vida, integridad física, honor, intimidad, imagen, nombre, etc. Para el ejercicio de estos derechos no se exige la plena capacidad de obrar, resultando suficiente la capacidad natural de autogobierno, siempre que la misma guarde proporción, en cada caso, con el acto a celebrar. El padre o el tutor sólo podrán impedir, en su caso, el ejercicio de las facultades que razonablemente puedan suponer un perjuicio al menor, pues ello entra en la esfera de su derecho-deber de la patria potestad (art. 154 CC).

Con la actual redacción de este precepto se fomenta la autonomía del menor en aquellos actos relativos a su esfera personal, es decir, se promueve que el menor tome sus propias decisiones siempre que sus condiciones de madurez lo permitan. Se otorgan mayores capacidades y oportunidades al menor a medida que se acerca a la mayoría de edad, aun cuando este criterio pudiera ir en contra de la seguridad jurídica.

En esta esfera de actuación destacan los denominados derechos personalísimos, estrechamente ligados al ámbito íntimo y privado y sobre los que el menor maduro tiene capacidad para decidir; entre otros, sobre los siguientes extremos:

- En cuanto a la protección de datos, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) establece que cuando se recogen datos personales de menores que se basan en el consentimiento, por ejemplo para utilizar una red social o para una cuenta de descarga de contenidos, es preciso obtener primero la autorización parental y establece que con dieciséis años se puede prestar consentimiento para las herramientas de la sociedad de información aunque permite que los estados

reduzcan dicha edad a trece años²⁶. En España se ha rebajado a los catorce con carácter general, no solo a esos efectos, conforme al art. 7.1 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD-GDD). Ello implica, un reconocimiento de capacidad de obrar para dichos actos. Además, esta ley contiene otros preceptos proteccionistas con los menores²⁷.

- Por lo que respecta a la intimidad y la imagen de los menores, se encuentra protegida en varias normas desde el art. 18 CE, el art. 39.4 de la carta Europea de los Derechos del Niño, el art. 4.1 LOPJM, art. 7.5 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y art. 3, n) Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En particular el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, establece que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil” y cuando no reúna las condiciones de madurez el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, padres o tutores. Son numerosos los supuestos cotidianos en los que se pueden producir intromisiones ilegítimas en el derecho a la imagen de los menores propiciados por el uso de las nuevas tecnologías y en ocasiones se produce una

26 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 abril 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Su art. 8 prevé que los menores de edad puedan prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos siempre que tengan una edad de 16 años, que los EE.MM. podrán rebajar hasta los 13 años.

27 Art. 3.3, sobre datos de las personas fallecidas cuando se trata de un menor, art. 12 en cuanto al ejercicio de los derechos por los titulares de la patria potestad en nombre y representación del menor de 14 años art. 28.2.e) en cuanto a las obligaciones de responsable y encargado cuando el tratamiento sea de menores de edad, art. 34 que regula la obligación de designar un DPO por parte de las federaciones deportivas cuando traten datos de menores de edad y art. 76.2.f) establece como criterio de la graduación de las sanciones cuando se afecte a los derechos de los menores. En cuanto a la garantía de los derechos digitales el art. 84, sobre la protección de los menores en Internet y el art. 92 sobre la protección de datos de los menores en Internet.

colisión con el derecho a la información (STC 25 junio 2009²⁸, STS 19 julio 2000²⁹ y STS 13 enero 2022³⁰).

En el caso de que el consentimiento a la intromisión aparezca inserto en un contrato, el menor con suficiente capacidad natural deberá prestar dicho consentimiento, y además en la celebración del contrato deberán intervenir sus padres o tutor puesto que el art. 3 Ley Orgánica 1/1982 no altera las reglas generales sobre capacidad para contratar del art. 1263 CC.

- En el ámbito sanitario si el paciente menor de edad no es capaz, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo prestará el representante legal, después de haber escuchado su opinión, la capacidad para consentir no viene determinada por la mayoría de edad sino por la madurez, que será valorada por el facultativo en cada caso. Tratándose de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, capaces de comprender el alcance de la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación, con arreglo al art. 9.4, párrafo primero Ley 41/2002, de 14 de noviembre. No obstante, en situaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor, el consentimiento prestado por

-
- 28 STC 25 junio 2009 (RTC 2009, 158). Se pronunció sobre la publicación en un reportaje divulgativo en un periódico de una fotografía de unos menores discapacitados sin el consentimiento de los padres. En la Sentencia se recuerda que, “conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 de la citada Ley Orgánica 1/1982, así como en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la publicación de imágenes de menores requiere el consentimiento de sus representantes legales, previa información al Ministerio Fiscal. Seguidamente se procede a ponderar el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen. Asimismo, es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz. Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor “viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz” (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6; y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7)”.
- 29 STS 19 julio 2000 (Roj: STS 6041/2000): el TS consideró suficiente el consentimiento otorgado por un menor que tenía 16 años y que participó en un programa de tv. el ts afirmó, sin embargo, que el menor había expresado su consentimiento de forma clara e inequívoca, porque participar voluntariamente en un concurso no tiene otro significado, y sostuvo que la edad de 16 años es en los tiempos actuales suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica, en particular si se tiene en cuenta que el menor tenía novia y participó con ella.
- 30 STS 13 enero 2022 (Roj: STS 97/2022). Se pronunció ante la publicación en la página de “el mundo.es” de la fotografía de un menor, que encabeza la noticia del “internamiento terapéutico para el menor que acuchilló a 5 compañeros”. El TS determinó: “Con arreglo a estas circunstancias, no cabe atribuir prevalencia a la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen del menor, por más que la información sea veraz, tenga relevancia pública y la participación en el acontecimiento noticiable del menor fuera principal o protagonista. En la sentencia 818/2013, de 17 de diciembre, dijimos, en relación con la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: (i) Que, en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la LPDH (art. 3) se refuerzan en la LPJM (art. 4)”.

los representantes legales deberá atender siempre al mayor beneficio para la vida o salud del menor.

Sin embargo, algunas intervenciones corporales no pueden en ningún caso ser autorizadas por los padres, puesto que la ley, atendiendo a su trascendencia o irreversibilidad, exige para practicarlas la mayoría de edad y plena capacidad de obrar en el sujeto afectado³¹.

En particular el ámbito sanitario ha suscitado el interés de gran parte de la doctrina habida cuenta la importancia y repercusión de las decisiones que adopte el menor o sus representantes, tales como casos de negativa a tratamientos, aborto de menores, eutanasia, ensayos clínicos, drogodependencia, transexualidad o padecimiento del VIH/SIDA³².

- Otro campo en el que también tiene relevancia el consentimiento del menor es el de su ingreso en asociaciones "ordinarias" y así el art. 3, letra b) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA) establece que cuando el menor tiene más de catorce años será necesario, además de su consentimiento, el consentimiento escrito de sus representantes legales. Sin embargo, en el caso de asociaciones infantiles y juveniles, de acuerdo con el art. 7.2 LOPJM, los menores pueden crearlas y adherirse libremente a ellas sin necesidad de intervención de sus representantes legales. La diferencia entre ambas se encuentra en el hecho de que al ingresar en una asociación pueden derivar responsabilidades de naturaleza patrimonial.

- Además, el menor maduro también podrá decidir sobre sus opciones religiosas y políticas, las publicaciones de sus trabajos, obras intelectuales o fotografías.

En estos casos de los derechos de la personalidad, de acuerdo con SANTOS MORÓN³³, "una vez se concluye que el menor tiene suficiente capacidad natural no cabe, «a posteriori» negar eficacia a su decisión".

31 Por ejemplo, el caso de la donación de gametos (art. 5.6 Ley 14/2006), de órganos para trasplantes (de donante vivo) (RD 1723/2012); la cirugía transexual y la esterilización (art. 156 CP).

32 Véase ALVENTOSA DEL RIO, J.: "Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 10 bis, junio 2019, pp. 514-547. NEVADO CATALÁN, V.: "El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida", *ADC*, tomo LXX, 2017, fasc. IV, pp. 1543-1573. DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: "El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, feb. 2018, pp. 213-229.

33 SANTOS MORÓN, M. J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *AFDUAM*, 15, 2011, pp. 63-93.

b) *Ámbito del Derecho de familia:*

El Derecho de Familia se encuentra en constante cambio y desarrollo con numerosas novedades jurisprudenciales y doctrinales³⁴, siendo el modelo de familia actual diferente al concepto que tenía el legislador del Código Civil. En ese contexto, de acuerdo con el citado art. 2 LOPJM, en caso de concurrencia de intereses debe primar el interés superior del menor, lo cual implica que el foco de atención se ha desplazado del “pater familias” al menor.

En este ámbito familiar cabría preguntarse qué decisiones puede adoptar el menor sin intervención de sus representantes legales, padres o tutores. Se pueden distinguir tres edades en las que los menores tienen reconocida capacidad de obrar suficiente por el ordenamiento jurídico según el acto de que se trate:

- El menor mayor de doce años debe prestar su consentimiento para ser adoptado, mientras que el menor de doce años con suficiente juicio debe ser oído (art. 177 CC). Asimismo, para el acogimiento familiar, el menor mayor de doce años debe prestar su consentimiento para ser acogido. Puede reconocer al hijo habido fuera del matrimonio por sí mismo, con aprobación judicial y audiencia del Ministerio Fiscal (art. 121 CC).

- El menor mayor de catorce años, es capaz de testar a excepción del testamento ológrafo (arts. 663 y 688 CC).

- El menor mayor de dieciséis años debe prestar su consentimiento para ser emancipado por quienes ejercen la patria potestad y también, con esa edad, puede solicitar, en los términos previstos legalmente, la emancipación por concesión judicial y el beneficio de la mayor edad si está sometido a tutela (arts. 317, 320 y 321 CC). El menor podrá pactar en capitulaciones matrimoniales un régimen de separación o el de participación, de acuerdo con el art. 1329 CC. Y hacer donaciones por razón de matrimonio en capitulaciones o fuera de ellas con autorización de sus padres o tutor (art. 1328 CC).

B) Esfera patrimonial

La regla general contenida en el art. 1263 CC a lo largo de los años ha sido la de limitar la capacidad del menor y exigir la representación de sus padres para la realización de la mayoría de actos. Sin embargo, el tema no era pacífico³⁵, por tal razón el precepto se modificó por la Ley 26/2015 quedando del siguiente modo:

34 Es habitual el hecho de encontrar familias reconstituidas, familias de progenitores del mismo sexo, padres o madres que deciden serlo en solitario, mediante la adopción, la inseminación artificial o la gestación subrogada.

35 Porque en la práctica los menores celebran contratos (como contratos de transporte, compra de entradas para el cine, comida, libros, ropa...) que podrían ser anulables de conformidad con el art. 1300 CC.

“Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales” todo ello sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer según el art. 1264 CC.

De este modo, en la esfera patrimonial el menor maduro puede realizar de forma cotidiana y válida contratos corrientes y no demasiado onerosos como desde adquirir bienes de consumo tales como comida, libros, tecnología como acceder a los transportes públicos y a lugares de recreo y ocio. Sin embargo, no puede adquirir aquello que se considere excepcional o suponga una carga económica relevante.

Con esta redacción se trata de ajustar la realidad jurídica a la realidad social y, a su vez, se aclara la situación de la capacidad de obrar en materia de contratos para los menores de edad. No obstante, se introduce un nuevo criterio alternativo al de la edad, como es el de “los usos sociales”. De acuerdo con el mismo, parece que el criterio de la madurez decae puesto que ante el supuesto de que un menor mayor de catorce años celebre un negocio jurídico, que cualquier menor de tal edad también podría consentir en atención a la realidad social, en ese caso no será necesario analizar su madurez, sino que ese negocio jurídico, por los usos sociales sería válido³⁶.

Por tanto, se puede apreciar las diferencias de las dos redacciones, puesto que el vigente artículo ya no considera que los menores no tienen capacidad de obrar respecto de cualquier tipo de contratos, sino que entiende que para cierto tipo de contratos los menores son perfectamente capaces y constituye un ejemplo de cómo ha evolucionado nuestro ordenamiento respecto a la capacidad de los menores, y respecto los criterios de determinación de la capacidad de obrar.

Asimismo, el art. 162 en su apartado tercero señala que se exceptúa de la representación legal los bienes que están excluidos de la administración de los padres. Entre ellos, se encuentra los actos de administración ordinaria de los bienes adquiridos por el menor mayor de dieciséis años con el rendimiento de su propio trabajo o industria, conforme al art. 164.3 del CC.

La regla general contenida en el art. 164 CC es que los progenitores deben encargarse de la administración de los bienes de sus hijos, si bien, en el apartado

³⁶ RUIZ DE HUIDOBRO, J. M.: “La capacidad de obrar de los menores”, en AA.VV. *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, cit., sostiene que: “se deduce que se reconoce al menor un ámbito de capacidad contractual en la vida diaria, delimitado por dos coordenadas: de un lado, la edad del menor como indicador de la capacidad natural correlativa y, de otro, por los usos sociales...”.

tercero establece como excepción “Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella”.

Por tal razón, los menores que trabajen podrán administrar libremente sus bienes, únicamente los actos de administración ordinaria, ya que los que excedan de ella, necesitará el consentimiento de sus padres. Por tanto, el legislador entiende que un menor que trabaja posee una condición de madurez suficiente para poder decidir sobre sus bienes, sin necesidad de que sus padres tengan que suplir su voluntad.

Las previsiones de este apartado tercero resultan también aplicables a los contratos celebrados fuera del ámbito laboral, que impliquen la realización de alguna actividad por el menor.

III. LA AUTONOMÍA DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES.

Los procedimientos judiciales es otro de los ámbitos en los que se atiende a la madurez del menor, a su capacidad natural y tratando de que el menor pueda desarrollar plenamente su libertad en ejercicio del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 CE. Es en el Derecho de familia y especialmente cuando se producen crisis familiares cuando la opinión del menor es relevante para las decisiones que le afectan y son numerosos los supuestos en que los menores tienen ocasión de dar su consentimiento o de expresar su opinión en ejercicio de esa autonomía privada.

En este contexto cobra importancia el derecho del menor a ser oído y escuchado, tanto en procedimientos administrativos como judiciales, el cual ha sido reconocido en varios textos normativos y declaraciones internacionales³⁷, así como por el Tribunal Constitucional³⁸, aunque no de manera absoluta sino basándose en la conveniencia y madurez de cada caso concreto.

37 Véase el art. 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

38 STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141) En su fundamento jurídico quinto reconoce que “el derecho del menor a ser “oído y escuchado” es norma de orden público, indisponible y, por tanto, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”.

En la normativa nacional encontramos su regulación en distintas normas: la LOPJM en su art. 9³⁹ y el art. 11 de la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁴⁰, establecen que, sin límite de edad, el hijo debe ser oído en los asuntos que le puedan afectar, siempre que tuviera suficiente madurez.

Por su parte el art. 92.2 CC establece que “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.” Y en el apartado 6: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

- 39 Art. 9 LOPJM: “Derecho a ser oído y escuchado. 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.
- 40 Dice este artículo: “1. Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior. 2. Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana. 3. Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración”.

Esta norma se complementa con el art. 770. 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que tras la modificación realizada por la LO 8/2021, establece que “podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad”.

De la conjunción de estas normas se desprende que los menores de doce años podrán ser oídos cuando tengan suficiente juicio, madurez.

En este contexto se plantean varias cuestiones: en primer lugar, resulta interesante conocer hasta qué punto la opinión y voluntad del menor será vinculante y si existen límites. En segundo lugar, como se ha visto al tratar el consentimiento del menor en el ámbito sanitario, nuevamente se suscita la cuestión sobre quién determina el grado de madurez del menor; si se debe acudir a informes psicológicos o psicosociales, si lo determina el juzgador o el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la primera cuestión, se puede afirmar que la opinión del menor es relevante para las decisiones que le afectan y son numerosos los supuestos en el ámbito de las crisis familiares en que los menores tienen ocasión de dar su consentimiento o de expresar su opinión en ejercicio de esa autonomía privada, tales como los relativos al régimen de guarda y custodia, cambios de centro escolar, cambios de domicilio, actividades extraescolares o viajes. Sin embargo, en la práctica procesal su opinión no siempre es recabada o no se recoge en el fallo de las sentencias que viene fundamentado en el “favor filii” o interés superior del menor.

La relevancia constitucional de este derecho de los menores a ser oídos y escuchados está recogida en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, en las que se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores consagrado en el art. 24 CE en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal⁴¹.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias como la de 2 de febrero de 2022⁴² o de 27 de julio de 2021⁴³, reiterando la doctrina de

41 STC 221/2002, de 25 de noviembre, (RTC 2002, 221); en el mismo sentido, STC 61/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 61) y STC 152/2005, de 6 junio (RTC 2005, 152).

42 STS 2 febrero 2022 (Roj: STS 356/2022): En este caso el tribunal de instancia había omitido la práctica de la exploración y también hizo lo propio la Audiencia, el Tribunal Supremo consideró vulnerado el derecho del menor a ser oído y por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva. Estimó el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, anulando la sentencia y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a su dictado, para que antes de resolver sobre la guarda y custodia pudiese ser oído el menor.

43 STS 27 julio 2021 (Roj: STS 3299/2021): “(...) En el caso, ni se ha oído a los menores ni se ha resuelto de forma motivada sobre su audiencia y aunque es cierto que ninguna de las partes solicitó la misma, ni en primera ni en segunda instancia, eso no implicaba que no hubiera que acordarla de oficio o motivar su

la sala al disponer que la exploración del menor solo cabe denegarla de forma motivada bien por no resultar necesaria al carecer de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés.

Sin embargo, el hecho de que el derecho del menor a ser oído sea relevante no implica que la voluntad o deseo del menor se tenga que imponer y vincule al juez en su decisión. Así las cosas, el juzgador no viene obligado por la norma a resolver de acuerdo con los deseos del menor, sino que atenderá a su interés superior.

Los supuestos de determinación del régimen de guarda y custodia son los más controvertidos y en ellos el juez deberá atender a una serie de criterios de acuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida en la STS 29 abril 2013⁴⁴, tales como: 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 sus 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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, si bien, la resolución no tiene por qué ser acorde a la voluntad de los menores, sino solo a que su opinión sea valorada.

Continúa esta sentencia de manera novedosa al afirmar que las normas no definen qué debe entenderse por “interés del menor” y, a su vez, dar una recomendación: “Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”.

Como en todo asunto en que esté implicado un menor, se resolverá teniendo en cuenta su interés superior y la jurisprudencia del TS reitera que, partiendo de la base de la consideración de la custodia compartida como regla general, su no aplicación obligará a la acreditación de la protección del “favor filii” para el

descarte...Debió motivarse por qué no procedía llevar la cabo, bien por no resultar necesaria al carecer los menores de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés”.

44 STS 29 abril 2013 (Roj: STS 2246/2013).

supuesto de no establecerla⁴⁵, recordándonos la inversión de la carga de la prueba que ya se fijó, por ejemplo, en las SSTS 29 noviembre 2013⁴⁶ y 12 diciembre 2013⁴⁷.

Para GONZÁLEZ AGUDELO el interés superior del menor “es una garantía procesal que asegura su derecho al debido proceso, cuando nos encontramos ya en este terreno, pero el reconocimiento de su dignidad y sus derechos de libertad, deberían asegurar la autonomía del Niño en la toma de decisiones en estadios previos a la intervención judicial, cuando tenga madurez para hacerlo. En este caso, la determinación de los elementos objetivos que permiten resolver sobre la capacidad de decisión de este (“madurez”) en el ámbito que se discute, es una cuestión previa, que tiene que ver con otros derechos diferentes al derecho a ser oído y al debido proceso. Puede afirmarse que el “interés superior del menor” se constituye en un límite en la toma de decisiones jurídicas por un tercero respecto al Niño, pues, ninguna debe adoptarse a costa de sus derechos”⁴⁸.

Por otro lado, se plantea la cuestión sobre quién debe aportar la prueba sobre la “madurez”, si el propio menor sobre su capacidad o quienes se la niegan. La exigencia al menor que demuestre la madurez suficiente para adoptar la decisión supondría una inversión en la carga de la prueba en el ejercicio de sus derechos, si bien, en el seno de un procedimiento, la decisión final del juez estará sometida a un juicio de valor sobre si el menor posee esas competencias para adoptar la decisión por sí mismo y para esto puede valerse de los informes periciales previstos la ley. No obstante, siendo un elemento importante para configurar la valoración del tribunal, el dictamen pericial sobre la “madurez,” no es, ni puede serlo, el único elemento a tomar en consideración en esta decisión, y así lo ha recogido claramente, entre otras, la STS 8 noviembre 2012⁴⁹.

45 La STS 29 noviembre 2023 (Roj: STS 5307/2023) resuelve en contra de la custodia compartida en atención al interés superior del menor: “Pues bien, en este caso, la sala considera que el mejor interés de Casiano queda salvaguardado con la situación de custodia exclusiva de la madre. Así lo entendió el juzgado y confirmó la sentencia recurrida, y es interesado por el Ministerio Fiscal en su informe ante esta sala, con criterio que vamos a asumir por su razonabilidad y adecuación a los parámetros que esta sala ha mantenido a la hora de valorar el interés del menor en orden a la adopción del sistema de guarda y custodia”.

46 STS 29 noviembre 2013 (Roj: STS 5641/2013): “Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de julio 2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores”.

47 STS 12 diciembre 2013, (Roj: STS 5824/2013).

48 GONZÁLEZ AGUDELO, G.: “La regla del menor”, cit., p. 13.

49 STS 8 noviembre 2012 (Roj: STS 7931/2012): “El perito no puede usurpar la función de valoración de la prueba que corresponde al Juez. Este no puede convertirse en un mero espectador o convalidador de las apreciaciones de los peritos, especialmente en un área como es la evaluación de declaraciones de menores en que existen unos cánones de examen que pertenecen al bagaje común de las máximas de experiencia, por más que según viene subrayando la literatura especializada si se confía esa valoración a la pura intuición es grande el riesgo de errores. (...) Pero es una prueba que aportará probabilidades y no seguridades. Para

En cuanto a la segunda cuestión sobre quién y cómo se determina el grado de madurez del menor, la doctrina pone de relieve la laguna que existe con relación a protocolos evaluadores de madurez del menor, aun cuando se han elaborado algunos procedimientos para efectuar dicha evaluación⁵⁰.

Para un sector de la doctrina, parece que la valoración de las condiciones de madurez de los menores la deben realizar los padres o tutores, que son los responsables de los actos de los hijos o de los menores tutelados, y, en su defecto, el juez⁵¹.

Por otro lado, el ordenamiento también ofrece unos criterios al objeto de dar una respuesta y así la LO 8/2015, en el art. 9.2, con relación al derecho a ser oído establece que la madurez habrá de valorarse teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso, y que se tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

La dificultad para determinar ese grado de madurez radica en el hecho de que no todos los menores se desarrollan o evolucionan de la misma manera, así como la valoración de la madurez o capacidad para tomar decisiones, ya que, como se ha expuesto, no existen directrices claras ni suficientes procedimientos validados. Se trata pues de un concepto completamente subjetivo que deberá determinarse caso por caso en función de las circunstancias del sujeto y la naturaleza del acto.

IV. CONCLUSIONES

La situación jurídica de los menores, el reconocimiento y protección de sus derechos y libertades y, por ende, de su autonomía privada, es un tema que preocupa y ocupa a la doctrina y a los tribunales, a la vista de las numerosas publicaciones y pronunciamientos judiciales existentes en los que intervienen los menores.

Las reformas legislativas han supuesto un avance, adecuándose el Derecho a la realidad social a la vez que constituye un ejemplo de cómo ha evolucionado

llegar a la certeza es necesario manejar otros criterios no estrictamente científicos que han de ser tomados en consideración en la tarea de enjuiciamiento" (F.J. 2º)".

50 AA.VV.: *Instrumentos para la evaluación de la salud mental y el desarrollo positivo adolescente y los activos que lo promueven*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía., Sevilla, 2011 [en línea], disponible en: <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=4926&tipo=documento>, contemplan una serie de instrumentos como Escala de Autoestima; Escala de Autoeficacia Generalizada; Escala para la Evaluación de la Tolerancia a la Frustración; Escala para la Evaluación de la Planificación y toma de Decisiones; Escala para la Evaluación de la Expresión, Manejo y Reconocimiento de Emociones; Escala de Apego a Iguales; Escala para la Evaluación de las Habilidades Sociales; Escala de Valores para Adolescentes, etc.

51 DIEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 185.

nuestro ordenamiento respecto a la capacidad de los menores, y respecto los criterios de determinación de la capacidad de obrar, ya que antes, se atendía primordialmente al criterio objetivo, y ahora, cada vez más, se tiene en cuenta el criterio subjetivo de un juicio suficiente a la hora de valorar su capacidad, por lo que, se puede apreciar cómo nuestra legislación va adaptándose a las necesidades de los menores, reconociéndoles la plena titularidad de sus derechos y su capacidad progresiva para ejercerlos según su grado de madurez, y por tanto, atribuyéndoles paulatinamente una mayor autonomía personal.

No obstante, a pesar de la proliferación de normas, resoluciones judiciales y doctrina, la realidad que se percibe es de un excesivo número de conceptos jurídicos indeterminados. Esto, inevitablemente, lleva a una gran casuística y, en definitiva, a la subjetividad. Todo lo cual conlleva cierta inseguridad entrando en contradicción con la protección que se pretende otorgar al menor.

Por otro lado, el conflicto entre autonomía y protección es difícil de superar. Un exceso de tutela sería concebido como poco idónea para potenciar el crecimiento personal del menor; pero, sin embargo, la inexistencia de tutela a determinada edad podría crear situaciones arriesgadas para la persona y patrimonio del menor; que no deja de ser un sujeto de Derecho especialmente vulnerable en algunos ámbitos.

El tratamiento jurídico del menor maduro es muestra de la evolución del Derecho hacia criterios más flexibles y una mayor garantía de la libertad y los derechos de los menores de edad, se ajusta el ejercicio de su representación en atención al interés superior del menor, y de este modo se trata de favorecer el desarrollo de su personalidad e identidad, teniendo en cuenta sus deseos, preferencias y opiniones.

Lo cierto es que nos enfrentamos a nuevos retos, los menores cada vez están más presentes en la sociedad, reclaman su espacio y sus derechos. Sin embargo, ante las nuevas realidades como el entorno digital, los menores son claramente vulnerables, debiendo alternar su autonomía progresiva con la protección por parte de sus representantes, padres y tutores y, nuevamente, surge la dicotomía entre protección y autonomía.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Instrumentos para la evaluación de la salud mental y el desarrollo positivo adolescente y los activos que lo promueven*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2011 [en línea], disponible en (<https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=4926&tipo=documento>)

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 10 bis, junio 2019, pp. 514-547.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil: Derecho privado y de la persona*, editorial Bercal, 6ª edición, Madrid, 2016, pp. 68 y ss.

CARDONA LLORENS, J.: "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención", [en línea], disponible en https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/I/0_3553_3.pdf

DE CASTRO, F.: *Compendio de Derecho civil*, II. Derecho de la persona, VI. 1.º La persona y su estado civil, Ed.3º, Madrid, 1996.

DE LA TORRE OLID, F.: "El menor maduro: la doctrina que explica la capacidad natural" *Revista Derecho y Criminología*. 2011, pp.101-113

DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: "El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, febrero. 2018.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 13, agosto 2020, pp. 14-49.

GONZÁLEZ AGUDELO, G.: "La regla del menor maduro. ¿Quién, cuándo y cómo se debe decidir sobre la madurez de un niño o joven?", *Revista general de Derecho procesal (RGDPR)* núm. 59, enero 2023.

JORDANO FRAGA, F.: "La capacidad general del menor", en *Revista de Derecho privado (RDPriv)*, 1984, pp. 883-904.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p.188.

LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*. Ed. Dykinson, 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA, C.: "La capacidad de obrar y la responsabilidad de los menores", en AA.VV. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (Coord. *idem*), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 158-183.

NEVADO CATALÁN, V.: "El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida", *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXX, 2017, fasc. IV, pp. 1543-1573.

NIETO ALONSO, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil (RDC)*, vol. III, núm. 3 (julio-septiembre, 2016) Estudios, pp. 1-47.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.: "La capacidad de obrar de los menores", en AA.VV. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 158-183.

SANTOS MORÓN, M. J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 15, 2011, pp. 63-93.



LA APLICACIÓN DE LAS ADR EN LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES. ESPECIAL REFERENCIA A
LA MEDIACIÓN

*THE APPLICATION OF ADR IN INTERNATIONAL CHILD
ABDUCTION. SPECIAL REFERENCE TO MEDIATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 258-287

María Dolores
CANO
HURTADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La sustracción internacional de un menor genera un conflicto familiar de muy compleja solución, que produce una quiebra en las relaciones paterno-filiales respecto del progenitor perjudicado, que exige una rápida solución, ya que las consecuencias del paso del tiempo cuando se habla de menores pueden ser irreparables. Las ADR, y principalmente en el ámbito del Derecho de familia la mediación, han contado con un respaldo generalizado desde su origen, al considerar que sus características podían aportar ventajas en la resolución de estos conflictos. Este apoyo se pone de manifiesto en el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, del que forman parte más de cien Estados. Sin duda, estos mecanismos son casi la única solución cuando alguno de los Estados que intervienen en la sustracción internacional de menores no forman parte del Convenio. En el ámbito de la Unión Europea destaca en la actualidad el Reglamento Bruselas II Ter, que ha dado un gran impulso a la mediación y a otras vías alternativas de resolución de conflictos.

PALABRAS CLAVE: Sustracción internacional de menores; mediación; ADR; Reglamento Bruselas II Ter; Convenio de la Haya 1980.

ABSTRACT: *The international child abduction generates a family conflict that is very difficult to resolve. This conflict produces a solution a breakdown in the parent-child relationships that requires a quick solution. The consequences of the passage of time when talking about children can be irreparable. The ADR, and mainly in the field of family law, mediation, have had widespread support since their origin, considering that their characteristics could provide advantages in the resolution of these conflicts. This support is evident in The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction of October 25, 1980, to which more than one hundred States are parties. Without a doubt, these mechanisms are almost the only solution when some of the States that intervene in the international abduction of minors are not part of the Convention. In the European Union, the Brussels II Ter Regulation currently stands out, which has given a great boost to mediation and other alternative means of conflict resolution.*

KEY WORDS: *The international child abduction; mediation; ADR; Brussels II Ter Regulation; The Hague Convention 1980.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO QUIEBRA DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.- III. LA MEDIACIÓN EN LAS CRISIS FAMILIARES. ESPECIAL REFERENCIA DE SU APLICACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.- I. La mediación familiar: origen y evolución de su aplicación como mecanismo de resolución de conflictos familiares.- 2. La mediación como medio de resolución en la sustracción internacional de menores.- IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- I. El Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.- 2. Iniciativas para el impulso de la mediación en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.- V. LAS ADR EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: SU TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA UE.- I. El tratamiento en general de las ADR en el ámbito de la UE.- 2. Especial referencia al tratamiento de las ADR en el Reglamento Bruselas II Ter.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando tras una crisis familiar de forma unilateral un progenitor traslada ilícitamente a sus hijos menores de edad se produce un supuesto de sustracción, que adquiere carácter internacional cuando traspasa la frontera del país donde residían de forma habitual. Este elemento transnacional genera el supuesto más grave, puesto que las dificultades para restablecer el “status quo” anterior son mayores, siendo la situación especialmente complicada cuando los progenitores son de distintas nacionalidades y pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones. Efectivamente, la sustracción internacional de menores es una situación muy compleja en las relaciones familiares, pero también lo es desde un punto de vista jurídico, ya que produce un conflicto de difícil, e incluso en ocasiones, de imposible solución, que exige un gran esfuerzo de cooperación entre los Estados implicados, especialmente cuando no comparten un marco legal que les conceda cobertura y un procedimiento a seguir, tal y como ocurre cuando se ven implicados como receptores de la sustracción del menor la mayoría de los Estados islámicos, que se mantienen al margen de la normativa internacional existente reguladora de esta materia¹.

En este contexto, el recurso a los medios alternativos de resolución de conflictos, principalmente la mediación, pueden jugar un papel muy importante en aras a restablecer las relaciones paterno-filiales, que quedaron totalmente quebradas tras la sustracción del menor por parte de uno de sus progenitores.

¹ Para un estudio sobre los problemas específicos de la sustracción internacional de menores por motivos religiosos ver CANO HURTADO, M.D.: “International child abduction. Special reference to the cases generated by religious disagreement between parents”, en AA.VV.: *Entre persona y familia* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y G. CARAPEZZA FIGLIA), Reus, Madrid, 2023, pp. 411-430.

• María Dolores Cano Hurtado

Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad CEU Cardenal Herrera. Correo electrónico: mcano.el@uchceu.es

Efectivamente, tal y como tendremos ocasión de poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, estos mecanismos por sus características pueden resultar más idóneos que los recursos judiciales tradicionales, ofreciendo mejores y más rápidas soluciones a los supuestos de sustracción internacional de menores, sin duda, una de las situaciones más angustiosas y complejas que se pueden producir en el seno de una familia, al generar una ruptura traumática en las relaciones paterno-filiales.

II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO QUIEBRA DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.

Hoy en día en un mundo globalizado la movilidad de los sujetos es algo habitual, fomentada por la facilidad de los desplazamientos, bien por motivos lúdicos, o por búsqueda de mejores oportunidades laborales. Una de sus consecuencias es la proliferación de las llamadas relaciones mixtas, esto es, aquellas parejas formadas por personas de distinta nacionalidad y, en consecuencia, de diferente idioma, cultura y creencias². Estas relaciones, que en un principio pueden resultar muy enriquecedoras, pueden, sin embargo, generar a la larga discrepancias por el choque cultural, principalmente respecto de la educación de los hijos. Cuando la situación de crisis se agrava y termina en ruptura, no son pocas las ocasiones en las que el no nacional, principalmente cuando no ha logrado un fuerte arraigo, quiere regresar a su país de origen buscando el apoyo de su familia y amigos, dejando atrás la que hasta entonces había sido su residencia habitual. El problema se genera cuando en su retorno quiere llevarse consigo de forma unilateral a los hijos fruto de esa relación, apropiándose en exclusividad de ellos, lo que desemboca en el fenómeno de la sustracción internacional de menores. Con esta actuación no solamente se produce una ruptura con la pareja, sino que también provoca respecto del otro progenitor una quiebra en las relaciones paterno-filiales.

Conviene tener presente que estas relaciones generan un entramado de obligaciones y de responsabilidades, tanto de carácter económico, como referentes a la esfera personal, que se encuentran lógicamente acentuados en el periodo de minoría de edad de los hijos. El artículo 154 del CC español regula los aspectos fundamentales de la patria potestad, así como los deberes y las facultades que su ejercicio supone para los progenitores. Este precepto fue objeto de una importante reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8470), al configurar la patria potestad como responsabilidad parental, ejerciéndose siempre en interés

2 Según los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) a fecha 22 de noviembre de 2023, en España en el año 2022 se celebraron 27.314 matrimonios donde uno de los cónyuges es extranjero, lo que supone una variación respecto al mismo periodo del año anterior de 24,49 (información obtenida del Instituto Nacional de Estadística INE https://www.ine.es/dyngs//INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=ulti-Datos&idp=1254735573002 página consultada en diciembre de 2023).

de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. La responsabilidad parental, señala el precepto, comprende el deber de velar por los hijos no emancipados que están bajo la patria potestad, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

En definitiva, como consecuencia de la relación paterno-filial surgen una serie de derechos-deberes que han de ser siempre ejercidos en interés de los hijos, siendo uno de ellos el derecho a relacionarse³. Cuando los progenitores viven junto con sus hijos, las relaciones entre ellos fluyen de forma natural dentro del marco de la convivencia cotidiana y de los lazos afectivos que surgen entre todos ellos. Ahora bien, la ruptura de las relaciones entre los progenitores propiciada por una crisis de pareja no ha de implicar la ruptura de las relaciones con los hijos, que han de permanecer en la medida de lo posible ajenos a esa situación⁴. Debe tenerse en cuenta que el derecho a relacionarse es recíproco, así lo determinó la STC de 22 de diciembre de 2008 cuando resolvió el Recurso de Amparo núm. 4595-2005 al afirmar respecto del derecho a relacionarse que "... se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos..."⁵.

Por tanto, en caso de separación o divorcio, y con independencia del régimen de custodia que se haya establecido, habrá de quedar salvaguardado el ejercicio del derecho de relación entre los progenitores y los hijos, salvo en aquellos casos en los que se justifique su suspensión atendiendo al interés superior del menor⁶. Si bien a los progenitores se les reconoce un cierto ámbito de autonomía para

- 3 Utilizamos la expresión "derecho a relacionarse" al entender que en la actualidad responde mejor a la concepción actual. Así, el término relación, se define en su tercera acepción en el Diccionario de la Lengua Española de la R.A.E. como "conexión, correspondencia, trato, comunicación de alguien con otra persona", abarcando así un significado más amplio que responde a cualquier situación en el trato familiar. En este sentido, ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 60-61. De igual forma, emplean la expresión derecho de relación entre otros, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M.: "Derecho de relación con el menor y derecho de visitas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 4, versión electrónica BIB 2011\1015, p. 3; MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson S.L., Madrid, 2016, p. 175; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos sobre interferencias parentales tras la ruptura de pareja", en AA.VV.: *Separación y Divorcio: interferencias parentales* (coord. F. FARIÑA, R. ARCE, M. NOVO Y D. SEJO), NINO Centro de Impresión Digital, Santiago de Compostela, 2010., pp. 27 y ss. http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/Separacion_y_Divorcio_Interferencias_parentales.pdf (fecha de la consulta diciembre 2023).
- 4 Como señala GARCÍA GARNICA, M^a C.: "...salvo que el interés de los hijos menores aconseje lo contrario, se debe procurar que la ruptura de pareja no suponga la ruptura de la familia o, más concretamente, de las relaciones paterno-filiales..." ("El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre, 2009, núm. 23, p. 203).
- 5 STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176) Fundamento Jurídico 5º. Además, añade que, si bien las decisiones que se adopten lo harán atendiendo al interés superior del menor, sin embargo, "... el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable..." (Fundamento Jurídico 6º).
- 6 Ver al respecto principalmente los artículos 92, 94 y 160 del Código Civil.

decidir cómo gestionar las relaciones con sus hijos menores tras la ruptura de la convivencia, sin embargo, todo está supeditado a un exhaustivo control judicial regulado por normas de "ius cogens", reconociendo al Juez la posibilidad de adoptar cuantas medidas estime oportunas en aras a proteger el interés superior del menor.

Cuando un progenitor decide unilateralmente llevarse con él a un hijo menor, con independencia de que sea o no el progenitor custodio, produce una quiebra en las relaciones paterno-filiales, vulnerando, además, el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor, que ha de adoptarse de forma consensuada. En este sentido, el citado artículo 154 del Código Civil sufrió otra modificación muy importante mediante la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE-A-2021-9347), poniendo fin a un tema que había generado un debate en la práctica. Se discutía si el cambio de domicilio del menor se incluía o no dentro del ejercicio conjunto de la patria potestad. La reforma, además de garantizar que el menor cuando tenga suficiente madurez ha de ser oído en condiciones idóneas en todas las decisiones que le afectan, se hace eco de la tesis mantenida en los últimos tiempos por la jurisprudencia, y por la mayoría de la doctrina⁷, al señalar que, la decisión para determinar el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad recae en el ámbito del ejercicio de la patria potestad. En consecuencia, solo podrá ser modificada con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Por tanto, ni siquiera el progenitor custodio puede unilateralmente cambiar la residencia del menor, ya que se trata de una decisión que se ubica dentro del ejercicio de la patria potestad, y no de quién ostenta la custodia.

En consonancia con esta reforma del artículo 154 del Código Civil, la misma Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio introdujo una importante modificación en el artículo 225 bis del Código Penal, ya que a partir de ella el progenitor custodio también puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, donde solamente podía cometer el delito el progenitor no custodio. De esta forma se deja patente la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para poder llevar a cabo cualquier modificación de domicilio. Así, el art. 225 bis CP señala que el delito de sustracción del menor se genera cuando el progenitor sustrae al menor sin causa justificada⁸. Habrá causa justificada cuando

7 Ver el análisis jurisprudencial y doctrinal que realiza CANO HURTADO, M^o D.: "Interferencias en el ejercicio del derecho de relación paterno-filial por cambio de domicilio del progenitor custodio", en AA.VV.: *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales* (editora A. M^o PÉREZ VALLEJO, coord. por M^o P. ANTON MORENO), Dykinson S.L., Madrid, 2019, pp. 25-31.

8 Para un análisis jurisprudencial de la expresión "sin causa justificada" ver DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Evolución legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores", en AA.VV.: *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (dir. A. MONGE FERNÁNDEZ), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 317 ss.

el sustractor lleva a cabo la conducta ante un peligro inminente del menor, por ejemplo, por malos tratos, o abusos sexuales de uno de los progenitores hacia el menor. Pero ¿Qué debemos entender por sustracción? El art. 225 bis CP en su apartado 2º, modificado por la citada Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, da una definición, señalando que: “A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia⁹. 2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”¹⁰. Cuando estas actuaciones se lleven a cabo llevando al menor fuera de España, estaremos ante un supuesto de sustracción internacional.

A la vista de lo expuesto hemos de concluir señalando que el derecho de relación entre padres e hijos es esencial, por ello, en los supuestos en los que se produce una ruptura en la convivencia de los progenitores es imprescindible articular de la mejor forma posible cómo se va a ejercitar este derecho a partir de ese momento, intentando en la medida de lo posible paliar las consecuencias negativas que esta ruptura acarrea en los hijos, que dejarán de convivir de forma habitual con ambos progenitores¹¹.

Cuando se lleva a cabo un supuesto de sustracción internacional por parte de uno de los progenitores se produce una quiebra en el ejercicio de este derecho que exige una pronta restauración, puesto que cuando hablamos de menores el tiempo es un factor esencial, pues ante la falta de relación el progenitor que se ha visto privado de todo contacto pronto puede pasar a convertirse en un auténtico extraño para su hijo. Ante esta gravísima situación se hace necesario articular mecanismos que tengan por finalidad una rápida resolución de este grave conflicto familiar. Más allá de la resolución por vía jurisdiccional, que en términos generales resulta muy lenta y no siempre satisface a todas las partes implicadas, cabe plantearse qué papel pueden jugar al respecto las ADR (Alternative Disputes Resolution), tal y como veremos a continuación.

9 Antes de la reforma se decía: “1.º 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”.

10 Antes de la reforma se decía: “2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”.

11 En el ámbito internacional encontramos distintos instrumentos jurídicos que reconocen el derecho de relación paterno-filial, entre otros: el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992; el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007; finalmente, el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

III. LA MEDIACIÓN EN LAS CRISIS FAMILIARES. ESPECIAL REFERENCIA DE SU APLICACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

La mediación familiar: origen y evolución de su aplicación como mecanismo de resolución de conflictos familiares.

El acrónimo ADR (Alternative Dispute Resolution)¹² acoge, en términos generales, una multitud de procedimientos formales e informales que están fuera de los mecanismos tradicionales judiciales de solución de disputas (mediación, conciliación, arbitraje...). Actualmente podemos decir que existen una gran variedad de ADR, puesto que dentro de los límites que cada ordenamiento jurídico establezca, los sujetos son libres, por el juego de la autonomía de la voluntad, de elegir el sistema de resolución de conflictos que consideren más adecuado para su disputa particular¹³. Sin embargo, no cabe duda de que, en los conflictos familiares, y en particular en el tema que nos ocupa tal y como veremos, es la mediación la que se erige como la ADR por excelencia, apostando por ella la mayor parte de las legislaciones, tanto a nivel estatal como internacional¹⁴.

El origen de las ADR lo encontramos, según la doctrina generalizada, en la celebración de The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, conocida también como Conference Pound, que tuvo lugar del 7 al 9 de abril de 1976. Esta Conferencia tuvo por finalidad plantear propuestas alternativas para intentar solucionar las ineficacias del tradicional sistema judicial de Estados Unidos¹⁵. Una de las medidas planteadas vino de la mano de Frank E.A. Sander, profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, y consistía en la instauración de las ADR, a través de la exposición del célebre sistema denominado "multi-door

12 En español el acrónimo sería MASC para referirse a los Medios Alternativos de Resolución de Controversias, sin embargo, a lo largo del trabajo seguiremos utilizando el acrónimo anglosajón.

13 Dentro de las ADR se pueden distinguir, por un lado, los métodos autocompositivos (ej. negociación, conciliación y mediación), en ellos son las personas afectadas por el conflicto, bien por ellas mismas o ayudadas por un tercero, las que encuentran una solución mediante un acuerdo pactado por ellas. Por otro lado, estarían los métodos heterocompositivos (ej. arbitraje y vía judicial), donde el tercero es el que resuelve el conflicto imponiendo una solución vinculante para las partes (ARGUDO PERIZ, J.L.: "Marco jurídico de la mediación civil y mercantil en Aragón", AA.VV.: *Materiales jurídicos para una Guía de la Mediación en Aragón* (coord. J.L. ARGUDO PERIZ), Editores Gobierno de Aragón: Universidad de Zaragoza: Comuniter, Zaragoza, 2020, p. 23).

14 Cabe señalar que, sin embargo, en materia de Derecho comercial Internacional, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, centró su atención de forma muy temprana en el arbitraje internacional. Incluso antes de la creación de este órgano, la Organización de las Naciones Unidas elaboró un Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York en 1958 (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> fecha de consulta diciembre de 2023). Posteriormente, también acogerá con fuerza a la conciliación como un mecanismo relevante para la resolución de conflictos en el comercio internacional. Así, el Reglamento de Conciliación de 1980 (<https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/contractualtexts/conciliation> fecha de consulta diciembre de 2023) y la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial de 2002. (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/03-90956_ebook.pdf fecha de consulta diciembre de 2023).

15 Al respecto, CLIFFORD WALLACE, J.: "Judicial Reform and Pound Conference of 1976", *Michigan Law Review*, 1982, vol. 80:592, pp. 592-596.

courthouse". Con esta forma de actuación se pretendía una doble finalidad: por un lado, solucionar de forma más eficiente determinados conflictos y, por otro lado, relegar a los tribunales los conflictos para los que realmente estaban capacitados. Por tanto, con ello se conseguía descongestionar a los órganos judiciales, ya que la sobrecarga de asuntos provocaba retrasos y un mal funcionamiento de la Administración de Justicia¹⁶. Además, con las ADR se conseguía una mayor celeridad en la solución de los conflictos, y una mayor implicación de las partes en la resolución del problema, lo que se traducía en un mayor compromiso en la aceptación, cumplimiento y ejecución de la solución propuesta¹⁷.

Rápidamente se produjo una aplicación de estos mecanismos ADR fuera de las fronteras estadounidenses, siendo el Reino Unido quien los acogió en primer lugar, sin duda, propiciado por compartir el sistema jurídico del "common law"¹⁸. Poco a poco, la adopción de estos mecanismos empezó a calar en el resto de Europa¹⁹, principalmente en el ámbito de las relaciones familiares. En esta línea, nos encontramos con la Recomendación N° R (98) I del Comité de Ministros a los Estados Miembros en Mediación Familiar²⁰. Ante el aumento de los conflictos familiares, teniendo en cuenta las consecuencias perjudiciales que generan, y la necesidad de garantizar en estos casos la protección de los mejores intereses y el bienestar del niño, se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros introducir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la existente. Las razones por las que se hace esta recomendación se encuentran en los resultados positivos que arroja la investigación sobre el uso de la mediación y que la propia Recomendación recoge en el número 7: mejora la comunicación entre los miembros de la familia; reduce los conflictos entre las partes en disputa; produce soluciones amistosas; garantiza la continuidad de los contactos personales entre padres e hijos; reduce los costes sociales y económicos, y finalmente disminuye el tiempo requerido para resolver los conflictos.

16 MACHO GÓMEZ, C.: "Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa", *ADC*, 2014, tomo LXVII, fasc. III, pp. 951-952.

17 MIRANZO DE MATEO, S.: "Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto de mediación", *Revista de Mediación*, 2010, núm. 5, p. 10.

18 En el mundo anglosajón la cultura del acuerdo está más arraigada en su sistema jurídico del "common law", y por ese motivo la implantación de las ADR en el Reino Unido fue mucho más sencilla, tanto en un sentido técnico-jurídico, como en términos culturales, y sociológicos, tal y como señala Macho Gómez, C.: "Origen y evolución", cit., pp. 964-965.

19 Una muestra del apoyo a la aplicación de las ADR en el ámbito europeo es la Recomendación n.º 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia adoptada el 14 de mayo de 1981. Unos años después, se realizó la Recomendación n.º 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia. En esta Recomendación, se hace mención expresa a fomentar el arbitraje y la mediación, y no solamente la conciliación, como hacía la anterior Recomendación.

20 Esta Recomendación fue adoptada por el comité de Ministros el 21 de enero de 1998 en la 616ª sesión de los Delegados de los Ministros. Se puede consultar el texto íntegro en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e> (fecha de consulta diciembre de 2023).

Una de las aportaciones más relevantes de esta Recomendación es la enumeración en ocho bloques de los principios de la mediación familiar: I) Ámbito de aplicación de la mediación, donde deja libertad a los Estados para determinar los temas que pueden ser tratados; II) Organización de la mediación, recomendando que no sea obligatoria; III) Proceso de mediación, fijando los principios que han de regir y que deben ser garantizados por los Estados (imparcialidad y neutralidad del mediador, confidencialidad, privacidad, el mediador puede dar información legal, pero no puede dar consejos, ni imponer una solución, debe procurar por el bienestar y mejores intereses de los niños...); IV) El estado de los acuerdos de mediación, estableciendo que se debe facilitar la aprobación de los acuerdos alcanzados y proporcionar mecanismos para su aplicación; V) Relación entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial, insta a los Estados a que la mediación pueda tener lugar antes, durante o después de un procedimiento judicial; VI) Promoción y acceso a la mediación, adoptando los Estados las medidas necesarias para ello; VII) Otros medios para resolver disputas, si así lo estiman conveniente los Estados, además de la mediación; VIII) Asuntos internacionales, finalmente alienta a la aplicación internacional de la mediación, a la que se le aplicaría los mismos principios señalados.

En cumplimiento de esta Recomendación en muchos países europeos se adoptaron distintas legislaciones sobre la materia.

Por lo que respecta a España, ante la ausencia de una ley de ámbito estatal, a partir de 2001 se aprobaron diversas leyes de mediación familiar en varias comunidades autónomas, siguiendo el camino iniciado por Cataluña con la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar (BOE-A-2001-7380)²¹. Fue con la Ley 15/2005, de 9 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE-A-2005-11864) cuando se dio un impulso a la mediación familiar en el ámbito estatal, al permitir recurrir a ella como método voluntario de resolución de conflictos (artículo 770.7 LEC). Posteriormente, se realizó la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE-A-2012-9112), donde se regula ya este mecanismo. Esta Ley se hizo, con cierto retraso, para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE-L-2008-80899).

21 Esta Ley fue derogada por la actual Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (BOE-A-2009-13567). Para un estudio sobre la legislación en materia de mediación familiar en el ámbito autonómico nos remitimos a LAUROBA, E.: "Mediación familiar y civil en España: una institución (¿reciente?) que ha llegado para quedarse", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2016, núm. 98, pp. 64-69.

Unos años más tarde, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE-A-2015-7391), añadió el Capítulo IV Bis al Libro IV Título I de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-2000-323), artículos 778 quáter, 778 quinquies. y 778 sexies., bajo la rúbrica "Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional". En el artículo 778 quinquies., que regula el procedimiento, en su apartado 12 se hace especial mención a la mediación señalando que "En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso (...) El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño". La parquedad de esta regulación solamente puede entenderse por la remisión implícita a los instrumentos internacionales que regulan esta materia, a los que necesariamente se tendrá que acudir para completar su interpretación²².

Tal y como señala el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la mayor ventaja que presenta la mediación frente al proceso judicial, e incluso frente a la vía arbitral, es "su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes". En su artículo 1 la define como "...aquél medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador". Este mediador, como sigue diciendo el Preámbulo, es "...un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto".

Esta Ley, como señala su artículo 2.1, se aplicará a la mediación tanto en asuntos civiles como mercantiles, no existiendo inconveniente en extenderla también a los conflictos transfronterizos, siempre que como señala, "... no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable". Efectivamente, dentro del proceso evolutivo de las ADR, la idea de aplicarlos a los conflictos transfronterizos proliferó tanto en Estados Unidos como en Europa en la primera década del siglo XXI. Así, en el punto 15 de la Carta Magna de los Jueces (principios fundamentales) ya se señala que "El juez debe actuar para asegurar la consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir

22 En este sentido, MALLANDRICH MIRET, N.: "El procedimiento de restitución o retorno de menores ilícitamente sustraídos en la LEC", *Justicia*, 2019, núm. 1, pp. 267-320, p. 273.

a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos²³. Por tanto, incluso desde el ámbito judicial se produce una apuesta clara por favorecer la aplicación de las ADR. La razón se encuentra en el hecho de que, en los conflictos de carácter internacional, que presentan una especial complejidad, la mediación puede resultar un instrumento más útil, ya que puede proporcionar soluciones más adecuadas, más rápidas y efectivas que las que puede proporcionar la vía judicial. En particular, "...la mediación familiar transfronteriza puede facilitar acuerdos entre los progenitores que sirven para defender el interés superior del menor, reduciendo la carga emocional y económica y la complejidad jurídica inherentes a los procedimientos judiciales", así lo señala en el párrafo AG la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2022, sobre la protección de los derechos del menor en los procedimientos de Derecho Civil, Administrativo y de Familia (2021/2060 (INI)) (DOUEC 15 noviembre 2022).

2. La mediación como medio de resolución en la sustracción internacional de menores.

A la luz de lo examinado cabe plantearse hasta qué punto la mediación podría ser un instrumento adecuado y ventajoso, para solucionar el que tal vez sea el conflicto familiar transfronterizo más complejo: la sustracción internacional de menores.

En un principio podría pensarse que la mediación no es "a priori" el mecanismo más idóneo para la solución de este conflicto, puesto que en él convergen un conjunto de elementos que lo dotan de una gran complejidad: los intereses del menor, una grave crisis familiar, distancia geográfica, diversos sistemas legales, distintas culturas, incluso diferente idioma..., entre otros²⁴. Sin embargo, la existencia de instrumentos internacionales donde potencian la utilización de este mecanismo en materia de sustracción internacional de menores pone de

23 Carta Magna de los Jueces proclamada el 17 de noviembre de 2010 en el "Palais de l'Europe", sede del Consejo de Europa en Estrasburgo, durante la ceremonia de conmemoración del X Aniversario del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa, con ocasión de la celebración de su undécima reunión plenaria file:///C:/Users/Admin/Downloads/CARTA%20MAGNA%20CCE%20ESP_I.0.0.pdf (fecha de consulta diciembre de 2023).

24 Existen algunas voces minoritarias que manifiestan sus reservas respecto de la utilización de la mediación en aquellos conflictos en los que exista un menor afectado, como sería la sustracción internacional de menores. Así entre otros, GANDIA SELLENS, M.A.: "La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, núm. 17, p. 812. BROSCHE, M., MARIOTTINI, EUFAMS II. *Facilitating cross-border family life: towards a common european understanding. Report on the international Exchange seminar 20 december 2019*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Universität Heidelberg Zukunft seit 1386, 2019, p. 15 y p. 23 (https://pure.mpg.de/rest/items/item_3250282_1/component/file_3250283/content fecha de consulta diciembre de 2023), quienes consideran que la aplicación de la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores es muy controvertida. Además, añaden que, un grave problema es la falta de disponibilidad de mediadores especializados en esta materia, puesto que el éxito depende en muchas ocasiones de su cualificación. A tal fin, recomienda a Cross-Border Family Mediators como una organización en la que se pueden encontrar mediadores especializados (<https://crossbordermediator.eu/> fecha de consulta diciembre 2023).

manifiesto que, muy al contrario, la mediación, adaptándola a las particularidades que la sustracción internacional de menores exige²⁵, puede ser una herramienta eficaz para proteger el interés superior del menor y para dar una solución lo más adecuada y satisfactoria posible para las partes implicadas²⁶.

En la sustracción internacional de menores un progenitor ha provocado con su actuación una situación muy dramática, arrancando al menor de forma unilateral de su lugar de residencia habitual, produciendo con ello una quiebra en las relaciones paterno-filiales, que en ocasiones puede ser irreparable. Efectivamente, el factor tiempo puede producir en esas relaciones una brecha insubsanable, y mucho más, cuando hablamos de menores de muy corta edad, que son trasladados a otro país, con una cultura y un idioma diferente, es fácil pensar que pronto el otro progenitor se convertirá en un desconocido. Por tanto, en estos casos, la lentitud de la vía judicial puede acarrear unas consecuencias muy graves e irreparables, puesto que, si ha transcurrido más de un año desde que se produjo el traslado ilícito, se puede considerar que el menor ya está arraigado en su nueva residencia y, por tanto, el retorno puede ser denegado, al considerar que, en aras al interés superior del menor, sería perjudicial para él ordenar el regreso a su antigua residencia. La vía judicial, además, puede acarrear una solución traumática y poco deseable para todas las partes implicadas²⁷.

-
- 25 CASO SEÑAL, M.: "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación*, 2011, núm. 8, 2º semestre, pp. 25-26, recoge las características que la mediación ha de tener cuando se aplica a un supuesto de sustracción internacional de menores y que podríamos sintetizar en los siguientes puntos: 1) Será preferible que la mediación se realice en el país en el que el menor se encuentra en ese momento; 2) Se ha de posibilitar la intervención del menor a lo largo del proceso; 3) Se ha de procurar dar solución también a los problemas conexos (alimentos, educación, visitas...); 4) Se ha de facilitar que la mediación pueda tener lugar en cualquier momento del proceso judicial; 5) Los mediadores deben ser especializados en esta materia, y deben conocer los idiomas que se manejen en el proceso y la cultura de los distintos Estados que intervienen; 6) El desarrollo del proceso de mediación se hará en la medida de lo posible de forma presencial ajustando el tiempo para evitar dilaciones indebidas; 7) Las partes deben tener claro que con la mediación no se está renunciando a la posibilidad de retomar, si así lo desean, la vía judicial.
- 26 En este sentido, la conclusión 7 de la Resolución del /52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066 (INI)) (DOUEC 20 septiembre 2018), que señala que el Parlamento Europeo "Acoge con satisfacción la especial importancia de la mediación en el ámbito del Derecho de familia (en particular, en lo relativo a las modalidades de custodia de los hijos, el derecho de visita y la sustracción parental de menores), pues la mediación puede crear un clima constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres; constata, asimismo, que es probable que las soluciones amistosas sean duraderas y en interés de los menores ya que pueden abordar, además de la residencia principal del menor, también las modalidades de visita o los acuerdos relativos a la pensión alimenticia del menor; hace hincapié en este contexto en el importante papel de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil en lo relativo a la elaboración de recomendaciones encaminadas a aumentar la tasa de utilización de la mediación familiar en contextos transfronterizos, en particular en caso de sustracción de menores".
- 27 CALVO BABIO, F.: "La mediación en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (COORD. I. BAZAGA FERNÁNDEZ, M. GONZALO QUIROGA Y R. VENTAS SASTRE), Dykinson S.L., Madrid, 2006, p. 173, recoge los estudios llevados a cabo por REUNITE, que se han hecho sobre niños que habían sufrido una sustracción que se había resuelto de forma traumática, concluyen que casi todos los menores presentaban similar y anormal comportamiento. Dicho comportamiento incluía: a) pérdida de confianza; b) miedo a abandonar la seguridad del círculo familiar y de la gente que el menor conocía; c) profundo sentimiento de culpa que se podía expresar directamente o a través de tristeza, ira, o comportamientos como autodestrucción o desórdenes alimenticios (anorexia o bulimia); d) grandes dificultades para trabar relaciones personales y de amistad. Por ello se consideró por la asociación citada que era mucho menos traumático para los hijos que la sustracción se resolviese con

Si bien la mediación puede ser un mecanismo de aplicación voluntaria para la resolución de cualquier supuesto de sustracción internacional de menores, en algunas situaciones casi podría convertirse en la única opción para solucionar este conflicto familiar. Concretamente podríamos referirnos a tres hipótesis²⁸: 1) Cuando alguno de los Estados implicados, bien donde residía anteriormente el menor; o bien donde ahora ha sido trasladado ilícitamente por uno de los progenitores, no sea parte de los Convenios internacionales o Reglamentos que regulan esta materia; 2) Cuando el menor se encuentra en paradero desconocido²⁹; 3) Cuando se pudiera alegar algún motivo para denegar el retorno del menor, puesto que con la mediación se podrían intentar encontrar puntos de encuentros para de alguna manera intentar reestablecer las relaciones paterno-filiales.

En definitiva, podemos señalar que las ventajas de emplear la mediación para resolver un conflicto de sustracción internacional de menores serían las siguientes³⁰: 1) es un mecanismo de resolución más rápido que la vía judicial; 2) desde un punto de vista económico tiene menores costes, tanto para los particulares como para los Estados implicados³¹; 3) es un mecanismo que se caracteriza por la absoluta confidencialidad, por lo que las partes implicadas pueden sentirse en un espacio más cómodo para tratar sus asuntos privados, con absoluta confianza; 4) mejora la comunicación entre los miembros de la familia; 5) reduce los conflictos entre los progenitores en la disputa; 6) la solución la buscan las propias partes del conflicto³²; 7) el acuerdo alcanzado es el querido por las partes, por lo que existen

un cierto acuerdo de los padres, que propiciase una solución “amistosa” al conflicto que pudiese minimizar estos traumas y garantizar un pacífico contacto de los hijos con ambos progenitores.
REUNITE es una red del Reino Unido especializada en la sustracción internacional de menores <https://www.reunite.org/about/> fecha de consulta diciembre 2023.

- 28 CARRILLO LERMA, C.: “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2015, núm. 19, p. 188.
- 29 En estos supuestos podría utilizarse los llamados ODR (Online Dispute Resolution), que son aquellos métodos de resolución de conflictos que se llevan a cabo mediante el uso de las tecnologías.
- 30 Ventajas señaladas por el Consejo de Europa y recogidas por ZEMANS, A.R.: “La investigación emergente de la mediación en casos de secuestro parental internacional”, *Revista de Mediación*, 2015, 8, 2, e4, p. 2 (<https://www.imotiva.es/revista-de-mediacion-original/2016/02/Revista16-e4.pdf> fecha de consulta diciembre 2023).
- 31 Por lo que respecta al ahorro del tiempo y de los costes aplicando la mediación en lugar acudir a la vía judicial, el Informe del Parlamento Europeo ‘Rebooting’ The Mediation Directive: Assessing The Limited Impact Of Its Implementation And Proposing Measures To Increase The Number Of Mediations In The EU, January, 2014, pp. 124-127, señala que de media en la Unión Europea la duración de un proceso de mediación es de 43 días, frente a los 566 días de un proceso judicial (en España la duración de un proceso de mediación serían 50 días, frente a los 510 días de un proceso judicial). En cuanto a los costes la media de un proceso de mediación en la Unión Europea se sitúa en 3.371 €, mientras que un proceso judicial alcanza la cifra de 9.179 € (en España 1.833 € el coste de la mediación, frente a los 8.015 € de un proceso judicial). [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) (fecha de la consulta diciembre de 2023).
- 32 La filosofía en la que se sustenta la mediación es considerar que, si las partes fueron las que generaron el conflicto, también ellas son capaces de generar una solución, sin que deba ser impuesta por un tercero ajeno (VELARDE D’AMIL, Y.: “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, *Revista de Derecho UNED*, 2015, núm. 17, p. 1290).

más garantías de éxito en su cumplimiento, al no ser una solución impuesta por un tercero. Por tanto, las partes en el proceso se enfrentan a sus propios conflictos, son ellos los protagonistas, los que intentan buscar una solución justa atendiendo a los intereses de ambos progenitores y especialmente del menor³³.

A pesar de estas ventajas, y del impulso que a través de los distintos organismos internacionales se le ha dado a la mediación como un mecanismo idóneo para la resolución de conflictos familiares, y en particular, para los supuestos de sustracción internacional de menores, en la práctica no ha resultado todo lo eficaz que se esperaba, puesto que el número de casos que se someten a ella es todavía muy reducido en comparación con los resueltos por la vía judicial³⁴.

No obstante, la aplicación de la mediación en la sustracción internacional de menores presenta algunas dificultades y puntos débiles³⁵. En primer lugar, debemos partir del hecho de que nos encontramos ante un conflicto altamente complejo, donde seguramente existirá una alta tensión entre los progenitores. Por un lado, el progenitor que ha llevado a cabo la sustracción estará temeroso de las consecuencias negativas a las que se puede enfrentar. Por otro lado, el progenitor perjudicado, que estará viviendo una situación de angustia y perplejidad ante los acontecimientos vividos, pensando que puede perder a su hijo/a menor para siempre. Todo ello hace que la mediación deba adaptarse a este complejo conflicto transfronterizo, para lograr una solución rápida y satisfactoria para todas las partes implicadas, respetando desde luego el interés superior del menor, lo que no siempre será fácil³⁶. Además, uno de los principales escollos con los que tropieza la mediación es garantizar el reconocimiento y ejecución de los acuerdos alcanzados entre las partes en todos los Estados intervinientes, debiéndose comprobar que sus legislaciones admiten la validez del acuerdo en cuanto a la disponibilidad de las materias sobre las que recae el acuerdo³⁷. Por tanto, se debe asegurar la ejecutoriedad del acuerdo en los dos Estados implicados, de lo contrario la mediación habrá sido seguramente infructuosa.

33 MARÍN VELARDE, A., MORENO MOZO, F.: "El interés del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (dir. A. MONGE FERNÁNDEZ), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 239.

34 En el Informe del Parlamento Europeo 'Rebooting', cit. p. 162 se señala que, a pesar del ahorro de tiempo y costes económico, apenas un 1% de todos los casos que son objeto de litigio en la UE se someten a mediación, un resultado que considera a todas luces decepcionante.

35 Para un tratamiento de las dificultades ver, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: "Mediación en el proceso especial de restitución de menores internacionalmente sustraídos", *La Ley Digital, Práctica de los Tribunales*, 2019, núm. 137, marzo-abril, pp. 1-21, pp. 10-14.

36 ESPLUGUES MOTA, C.: "El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MASC en material de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, octubre, vol. 13, núm. 2, pp. 132-173, p. 136.

37 Ver sobre el tratamiento de esta cuestión GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 273 y ss.

Finalmente, otro de los problemas que el recurso a la mediación puede plantear es que habrá que tener especial cuidado con los plazos en los que el proceso se desarrolla, pues el transcurso del tiempo es un elemento que juega en contra de una correcta resolución en este tipo de conflictos. Por este motivo, y para evitar que se pueda alegar como causa para denegar el retorno que el menor está arraigado en su nueva residencia, al haber transcurrido más de un año, en algunos Estados solamente se permite el recurso a la mediación una vez iniciado el procedimiento de restitución. La razón es evitar dilaciones indebidas a través de un mal uso de este mecanismo³⁸.

Sin embargo, aún con todo, podemos concluir que a pesar de que existen riesgos y puntos débiles, el mecanismo de la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores se presenta como un recurso que puede limitar el daño que esta situación provoca entre las partes implicadas tras la quiebra de las relaciones paterno-filiales, ofreciendo a los progenitores la posibilidad de encontrar puntos de encuentro con la finalidad de encontrar una solución donde el eje prioritario de sus acuerdos sea el bienestar del menor. A diferencia de las soluciones impuestas en la vía judicial, donde las partes se enfrentan con deseos muchas veces de venganza, en la mediación, al ser ellas las que van a buscar su propia solución a sus conflictos, lo harán teniendo en cuenta sus propias características y circunstancias íntimas, ponderando en última instancia, el interés superior de menor que, en términos generales, pasará por un restablecimiento de las relaciones paterno-filiales con ambos progenitores³⁹.

IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

I. El Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.

Ante el aumento progresivo de supuestos de sustracción internacional de menores, y dentro del marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, los Estados acordaron realizar un Convenio específico sobre esta materia con la finalidad de proteger los intereses de los menores en el plano internacional, cuando fueran objeto de un traslado, o de una retención ilícita. Se trataba de fijar de forma coordinada un procedimiento que tuviera como

38 Para evitar estas consecuencias negativas se pueden adoptar algunas cautelas: a) establecer restricciones temporales a la duración del procedimiento de mediación y/o; b) que, tras un intento fallido para mediar, el procedimiento de restitución del menor se inicie de manera inmediata (SOTO RODRIGUEZ, M.L.: "La mediación en la sustracción internacional de menores en la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, 2018, enero-junio, núm. 71, p. 162).

39 BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad? de la mediación familiar", *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2017, núm. 10, p. 37.

objetivo garantizar la restitución inmediata del menor sustraído al Estado en el que había tenido su residencia habitual. Así, nació el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (CH80). Este Convenio cuenta actualmente con más de cien Estados contratantes, España lo es desde 1987 (BOE-A-1987-19691). Cuando se produce un supuesto de secuestro internacional de menores dentro del ámbito territorial de estos Estados se aplicará este Convenio, lo que implica una rápida actuación positiva entre sus autoridades judiciales y administrativas, puesto que se exige una efectiva cooperación entre ellos para dar solución al conflicto transnacional generado⁴⁰. Efectivamente, el CH80 establece que cada Estado designará a tal efecto una Autoridad Central⁴¹, encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio, con la finalidad de restituir lo más rápidamente posible al menor de 16 años⁴². En principio, el plazo de restitución que señala el Convenio son 6 semanas, ya que de no ser así se podrán pedir explicaciones sobre esa demora, no obstante, en la práctica este plazo rara vez se cumple.

El Convenio es de naturaleza procedimental, lo que significa que la decisión sobre la restitución del menor se adoptará sin entrar a valorar cuestiones que afecten al fondo del asunto, como por ejemplo la custodia. Es precisamente por este motivo por lo que la competencia para resolver sobre la restitución del menor corresponde al juez del lugar donde el menor hubiera sido trasladado o retenido ilícitamente. En cambio, la competencia para tratar todos los aspectos referidos al fondo del asunto corresponde al juez del lugar donde el menor hubiera tenido su residencia habitual antes de haberse producido la sustracción⁴³.

40 A pesar de los beneficios que desde luego pueden predicarse de este Convenio, sin embargo, también su aplicación genera problemas: 1) el Convenio solo se puede aplicar a los Estados parte, por lo que se necesita que todos los Estados implicados en la sustracción lo sean (el Estado donde residía el menor de forma habitual y el Estado donde ha sido trasladado ilícitamente); 2) el Convenio solamente se aplica a los supuestos de traslado o retención ilícita según su definición; 3) es excesivamente burocrático al crear Autoridades Centrales en cada Estado parte y no existir un órgano centralizador; 4) no contempla medios suficientes para luchar contra el nacionalismo judicial (los jueces tiende a favorecer a su nacional) y el llamado fórum shopping (cuando el progenitor sustractor piensa que puede beneficiarse de la legislación del país donde ha trasladado ilícitamente al menor). En este sentido, VELARDE D'AMIL, Y.: "La mediación", cit. p. 1296.

41 En España la Autoridad Central es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

42 Se considera que un joven con más de 16 años tiene una voluntad propia y difícilmente se le puede obligar a realizar algo contra su propia decisión.

43 En este sentido, GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez)", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2015, núm. 29, p. 14 nota 23, quien recoge los comentarios al respecto de A. DYER que señalaba que "el Convenio de la Haya de 1980 funciona bajo la premisa de que el mejor lugar para determinar la custodia del menor es el país donde dicho menor era residente habitual y ello es así porque deber ser el lugar donde los tribunales pueden acceder más fácilmente a las declaraciones de testigos o donde se encuentra información importante relacionada con la vida del menor en dicho país" (DYER, A.: "Comentarios del Lic. Adair Dyer Jr. Sobre los principios del convenio respecto a la sustracción de menores para la Octava Conferencia Binacional sobre la sustracción de menores, San Diego, California, 17 de marzo de 2014", versión facilitada a los participantes).

Su finalidad es, como señala su art. 1: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Por tanto, el superior interés del menor se concreta en el CH80 en conseguir el retorno del menor sustraído ilegalmente, lo antes posible, a su residencia habitual anterior al traslado o retención ilícito, lo que se procura a través de la tutela del derecho de custodia establecido en su lugar de residencia antes de la sustracción, que en modo alguno queda decidido con la resolución que acuerda el retorno.

A la hora de decidir la restitución, el Convenio distingue en el art. 12 según haya transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado, exigiendo en este caso la inmediata restitución, o que haya transcurrido más de un año, en este supuesto se ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. En ambas hipótesis, se podrán oponer las causas tasadas que regula el art. 13: 1) Cuando la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, o bien hubiera consentido el traslado; 2) Cuando exista un grave riesgo de exponer al menor con esa restitución a un grave peligro físico o psíquico⁴⁴; 3) La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Por lo que respecta a la mediación, no se recoge de manera expresa como hubiera sido deseable, pero se entiende de forma generalizada que es posible acudir a ella, siendo la primera vez que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se refería a las ADR. Así, en el artículo 7 se insta a que las Autoridades Centrales colaboren entre sí con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los menores, y entre las medidas que deben adoptar se señala en su apartado c) que deben garantizar la restitución inmediata del menor o “facilitar una solución amigable”. Además, y en relación con lo anterior, el artículo 10 establece que “la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará, o hará que se adopten, todas las medidas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor”. La Autoridad Central cuando recibe una solicitud de restitución debe dar traslado a la Autoridad Central del Estado donde

44 Para una correcta interpretación de esta excepción tan compleja, se ha elaborado una Guía de Buenas Prácticas: Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Parte VI, Artículo 13 (1) (b)*, Publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado -HCCH Oficina Permanente, La Haya, 2021 (<https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf> fecha de consulta diciembre 2023).

el menor haya sido trasladado, y en caso de no conseguir una “solución amigable”, se actuará por vía judicial, o administrativa para conseguir la restitución.

2. Iniciativas para el impulso de la mediación en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado fue llevando a cabo una importante labor para impulsar las ADR, intensificando ya su presencia de forma expresa en distintos textos legislativos. Así, sirva de muestra el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Instrumento de Ratificación de España BOE-A-2010-18510). En su artículo 31 letra b) ya se insta de forma expresa a que la Autoridad central de un Estado facilite “la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño...”. A pesar de la referencia a distintas ADR, sus esfuerzos se centraron principalmente por potenciar la utilización de la mediación, configurándola como un mecanismo idóneo en los conflictos familiares y, en particular, en los supuestos de sustracción internacional de menores. Esta labor dio como fruto la Guía de Buenas Prácticas de 2012 sobre mediación⁴⁵, en la que se recogen los distintos principios que este mecanismo debe seguir cuando se aplica a la sustracción internacional de menores, al tratarse de un conflicto muy complejo en el que se entremezclan aspectos de muy diversa índole. Obviamente, se trata de un documento no vinculante para los Estados firmantes del CH80, ya que simplemente tiene carácter consultivo, pero es de una gran utilidad para contribuir a una aplicación coordinada de este mecanismo, pues resulta altamente clarificadora.

La Guía sigue la siguiente estructura: “El Capítulo 1 brinda un panorama general de las ventajas y los riesgos del uso de la mediación en el marco de controversias familiares internacionales. El Capítulo 2 explora los desafíos específicos que plantea la mediación en los casos de sustracción internacional de niños dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. El Capítulo 3 aborda la cuestión de las cualificaciones especiales necesarias para actuar como mediador en los casos de sustracción internacional de niños. Los Capítulos 4 a 13 siguen el proceso de mediación en los casos de sustracción internacional de niños por orden cronológico desde las cuestiones relativas al acceso a la mediación hasta el resultado de la mediación y sus efectos

45 HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Mediación*, Publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado Oficina Permanente, La Haya, 2012 (<https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf> fecha de consulta diciembre 2023).

jurídicos. Los últimos Capítulos están dedicados al uso de la mediación a fin de evitar las sustracciones de niños (Capítulo 14), al uso de otros mecanismos alternativos de solución de controversias destinados a lograr acuerdos amistosos en los casos de sustracción internacional de niños (Capítulo 15) y, por último, a cuestiones especiales relativas al uso de la mediación en casos ajenos al Convenio (Capítulo 16)⁴⁶.

A los efectos de la Guía, se pretende distinguir la mediación de otros métodos análogos que también tienen como finalidad facilitar a una controversia una solución amistosa⁴⁷, proponiendo la siguiente definición: "proceso voluntario y estructurado mediante el cual un 'mediador' facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para este conflicto", entendiéndose por mediador a un tercero imparcial que lleva adelante la mediación⁴⁸. La mediación podrá ser proactiva, pero nunca directiva; es decir, el mediador solamente podrá ayudar a las partes a encontrar su propia solución⁴⁹. Finalmente cabe destacar el tratamiento que se realiza sobre los principios que han de guiar a la mediación en un supuesto de sustracción internacional de menores. En términos generales los principios que analiza son: 1) la naturaleza voluntaria de la mediación; 2) consentimiento informado; 3) evaluación de la aptitud para la mediación; 4) el respeto y la salvaguarda de los principios generales de neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia; 5) confidencialidad; 6) consideración del interés y del bienestar del niño; 7) toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico; 8) competencia intercultural de los mediadores; y por último 9) los mediadores deben tener una formación específica en esta materia⁵⁰.

No cabe duda de que los conflictos más graves, y de más difícil solución, se plantean cuando la sustracción del menor se realiza trasladándolo a un Estado no contratante del Convenio de la Haya —principalmente países africanos y asiáticos— y con el que no exista tampoco un instrumento bilateral. En estos casos, la mediación se presenta como el mejor mecanismo, tal vez el único, para solucionar el conflicto⁵¹.

46 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 20.

47 Distingue la mediación de la conciliación, del asesoramiento, el arbitraje, de la evaluación temprana neutral, del derecho colaborativo y del derecho cooperativo (Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 7-9).

48 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 7.

49 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., p. 8.

50 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas*, cit., pp. 61-68.

51 CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C.: "Mediación transfronteriza y secuestro internacional de menores", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, junio, núm. 6, versión electrónica sin paginar. Sobre la idoneidad de crear Tribunales transnacionales, arbitrales o judiciales, para la resolución de los conflictos que se generan en familias transnacionales ver ROMANO, G.P.: "Hacia la creación de tribunales transnacionales para las familias transnacionales: el ejemplo de la responsabilidad parental", *La Ley Mediación y Arbitraje*, 2020, núm. 3, julio-septiembre, versión digital sin paginar.

Al respecto merecen especial atención los países musulmanes, que en general no son partes contratantes del Convenio, salvo excepciones como Marruecos⁵² —con el que España también tiene un Convenio bilateral⁵³— ya que nos encontramos con varias dificultades: 1) las diferencias religiosas y culturales que existen entre Europa y el mundo árabe y que se traducen en un ordenamiento jurídico en ciertos aspectos difícil de coordinar con el Derecho de familia europeo; 2) las dificultades que se plantean para localizar a los menores, ya que sus autoridades no colaboran⁵⁴; 3) la aplicación de lo que se conoce como el “nacionalismo jurídico”, entendiéndose por tal la tendencia a amparar al sustractor por parte de las autoridades de su misma nacionalidad por entender que el menor en el país de recepción va a estar mejor, dificultando el retorno.

Este tema no podía pasar desapercibido, y en el año 2004⁵⁵ se inició un proyecto denominado Proceso de Malta organizado por el Gobierno de este país y por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, y cuyo objetivo principal es mediante la celebración de Conferencias buscar el diálogo entre los Estados parte del CH80 y aquellos Estados que no lo son, principalmente los islámicos, ya que en estos supuestos la mediación puede jugar un papel esencial para buscar una solución a estos conflictos tan complejos.

V. LAS ADR EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: SU TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA UE.

I. El tratamiento en general de las ADR en el ámbito de la UE.

Tal y como y como hemos visto, el apoyo a las ADR en el ámbito europeo ha sido una constante desde el principio. Buena prueba de ello la encontramos en el hecho de que ya en 1987 se creara la figura del “Mediador del Parlamento Europeo para Casos de Sustracción Internacional de Menores”, denominada actualmente desde 2018, Coordinador del Parlamento Europeo para los Derechos

52 Marruecos se adhirió al Convenio de la Haya de 1980 el 10 de marzo de 2010, entrando en vigor el 1 de junio de ese mismo año <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (fecha de la consulta diciembre 2023)

53 Con la adhesión de Marruecos al Convenio de la Haya de 1980, el Convenio bilateral se aplica de forma residual en todo aquello que sea más favorable para lograr el retorno del menor, CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, marzo, vol. 3, núm. 1, p. 61.

54 DÍAZ GONZÁLEZ, M.: “La sustracción internacional de menores: análisis normativo y jurisprudencial en aplicación del Convenio de la Haya de 1980 y del Acuerdo bilateral entre España y Marruecos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, núm. 12, diciembre, versión digital sin paginar.

55 Conferencia judicial de Malta sobre las cuestiones transfronterizas del Derecho de familia bajo los auspicios del Gobierno de Malta en colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en particular en el punto 3 de esta Declaración se señala que “Deben ser tomadas medidas para facilitar, a través de la mediación, de la conciliación, del establecimiento de una Comisión de Buenos Oficios, o de medidas similares, soluciones para la protección del menor que sean acordadas entre los padres” (https://assets.hcch.net/upload/maltadecl_s.pdf (fecha de consulta diciembre 2023)).

del Niño. Entre sus responsabilidades se encuentra la promoción de la mediación transfronteriza en los litigios familiares internacionales, sirviendo, además, de punto central de información para los ciudadanos de la UE que se ven envueltos en casos de sustracción internacional de menores⁵⁶.

De entre las distintas medidas adoptadas en el ámbito europeo puede destacarse el artículo 13 de la Convención Europea Sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. El citado precepto, bajo la rúbrica "Mediación y otros sistemas de resolución de controversias", señala con carácter genérico que con "el fin de prevenir o de resolver las controversias y de evitar los procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial, las Partes fomentarán la práctica de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución de controversias y su utilización para llegar a un acuerdo en los casos oportunos que las Partes determinen". Por otro lado, también ya tuvimos ocasión de analizar la Recomendación N^o R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros en Mediación Familiar adoptada por el comité de Ministros el 21 de enero de 1998 en la 616^a sesión de los Delegados de los Ministros. Poco tiempo después, los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere, tuvo lugar una sesión especial del Consejo Europeo sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. Una las conclusiones recogidas en el documento y que figura en su parágrafo 30 fue que "Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos"⁵⁷. Este fue el germen que originó la elaboración en 2002 del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil⁵⁸, iniciándose con ello una auténtica política comunitaria de fomento de las ADR, en especial de la mediación. Sobre la base de estos cimientos se elaboraría finalmente la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE-L-2008-80899).

En el ámbito de los conflictos familiares el apoyo a las ADR, y en particular a la mediación, se pone de manifiesto en la adopción de varios Reglamentos. Así, el Reglamento (CE) n^o 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Uno

56 Sobre esta figura:

<https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/coordinator-on-children-rights#:~:text=Nombrada%20en%20julio%20de%202019,para%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o> fecha de consulta diciembre 2023.

57 https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm fecha de consulta diciembre 2023.

58 En el Libro Verde se señalan los tres motivos por los que las ADR suscitan interés renovado en la UE: 1) se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR; 2) las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados; 3) las ADR representan una prioridad política para las instituciones de la UE. file:///C:/Users/Admin/Downloads/libro%20verde%20sobre%20las%20modalidades%20alternativas%20de-com2002_0196es01.pdf p. 5, fecha de consulta diciembre 2023.

de los Reglamentos más importantes por la relevancia y complejidad del tema a tratar fue el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DOUE-L-2003-82188) (Reglamento de Bruselas II Bis). En su artículo 55, insta a las Autoridades Centrales para que adopten todas las medidas adecuadas a fin de cumplir con los objetivos del Reglamento, y entre ellas señala en su apartado e) “facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza”. Este apoyo a las ADR ha quedado reforzado en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE-L-2019-81122) (Reglamento Bruselas II Ter), que entró en vigor el 1 de agosto de 2022, derogando al anterior.

2. Especial referencia al tratamiento de las ADR en el Reglamento Bruselas II Ter.

El legislador de la UE consciente de la complejidad y problemática que genera la sustracción internacional de menores intentó mejorar su regulación con el nuevo Reglamento Bruselas II Ter. Este Reglamento, que entró en vigor el 1 de agosto de 2022, derogó al anterior Reglamento Bruselas II Bis. El Reglamento se aplica cuando la sustracción del menor se produce entre países pertenecientes a la Unión Europea. Los cambios que introduce son tanto de estructura como de carácter sustantivo. En cuanto a la estructura, una de las principales novedades es la introducción de un Capítulo específico (Capítulo III artículos 22 al 29), dedicado exclusivamente a la sustracción internacional de menores, frente a la anterior regulación donde solamente se destinaba un artículo. Destaca también como novedad la preocupación del legislador por intentar aclarar la relación de esta normativa de la Unión Europea con el Convenio de la Haya de 1980, señalando expresamente que el Reglamento lo complementará. También ahora se clarifica la edad de los menores, señalando expresamente que se ha de tratar de menores de 16 años, en línea con el CH80, ya que antes se podía plantear la duda de si se aplicaba a todos los menores de 18 años. Por otro lado, como hemos apuntado, el CH80 establece un plazo de 6 semanas para solucionar el problema, sin embargo, en la práctica este plazo se incumple de forma sistemática. Por ese motivo, el legislador de la UE ha introducido un plazo más largo, pero más realista, así señala que se deberá de resolver en 6 semanas para cada instancia, y 6 semanas para la ejecución, por tanto, en total 18 semanas.

Sin duda, una de las principales novedades es el protagonismo que se le concede al menor en este procedimiento, manifestando expresamente la necesidad de dar audiencia al menor en todos los casos, no solamente cuando se apliquen las excepciones de retorno, como ocurría antes. Además, y de forma completamente novedosa, se introduce la posibilidad de que el menor pueda mantener contacto en cualquier fase del procedimiento con la persona que solicita su restitución, condicionado por supuesto, a satisfacer su interés superior. Con ello se pretende paliar los efectos perjudiciales que genera el transcurso del tiempo en estos procedimientos, asegurando la continuidad del vínculo entre el menor y la persona que solicita su restitución.

Ahora bien, uno de los cambios más significativos que ha introducido el legislador es la inclusión expresa en el artículo 25 de formas alternativas de resolución de litigios, señalando que “Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios, a menos que ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento”. Por tanto, de la redacción se desprende que de forma general el órgano jurisdiccional ha de realizar la invitación para someter el conflicto bien a la mediación, nombrada expresamente, o a cualquier otra ADR, sin embargo, no se desarrolla cómo ha de hacerse esta invitación. Únicamente esta invitación no procederá en las tres excepciones que recoge el precepto. Ahora bien, consideramos que se trata de una enumeración ejemplificadora y no exhaustiva, ya que en definitiva las ADR no tendrán lugar en general cuando sean contrarias al interés superior del menor, que es el que debe marcar la pauta a seguir⁵⁹. Por otra parte, ya hemos tenido ocasión de analizar la importancia del transcurso del tiempo en este tipo de conflictos, por ese motivo habrá que ser muy cauteloso para detectar si, principalmente el progenitor sustractor, está empleando las ADR como una táctica dilatoria, y por ese motivo se ha querido dejar constancia expresamente de esta excepción. Al respecto hay que tener en cuenta también lo que señala el Considerando 43 del Reglamento Bruselas II Ter, “En todos los asuntos que afecten a menores, y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, cuando corresponda, de las redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental. No obstante, tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en

59 En este sentido, CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “Nuevo impulso a la mediación en el Reglamento Bruselas II ter y las dificultades de su implementación en la práctica”, *La Ley digital. La Ley mediación y arbitraje*, 2023, núm. 16, sección Doctrina, p. 3.

virtud del Convenio de La Haya de 1980. Por otra parte, la mediación puede no resultar siempre apropiada, en especial en los casos de violencia sobre la mujer...”.

Uno de los temas más problemáticos en la práctica que produce la aplicación de las ADR y que ha generado preocupación en los distintos instrumentos internacionales es la ejecución del acuerdo adoptado por las partes del conflicto en los distintos Estados intervinientes. Al respecto, con la finalidad de dar una solución, el Reglamento Bruselas II Ter dedica los artículos 64 a 68 al reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos⁶⁰.

En definitiva, con este Reglamento Bruselas II Ter se ha dado un nuevo impulso en la utilización de la mediación, y en general de las ADR, para la resolución de los conflictos familiares de carácter transnacional que se originan entre Estados pertenecientes a la UE, el tiempo dirá si será suficiente para incrementar el paupérrimo porcentaje de los casos sometidos a estos mecanismos.

VI. CONCLUSIONES.

La sustracción internacional de un menor tal vez sea el conflicto familiar transnacional de más compleja solución, puesto que intervienen distintos factores jurídicos, culturales, idiomáticos... que exigen un alto grado de cooperación entre los Estados implicados. Además, por la grave situación que se genera con esa actuación, el sufrimiento y la carga emocional impregnarán el conflicto, lo que contribuye a que las soluciones no sean fáciles. Cuando un menor es trasladado ilícitamente a otro Estado por el progenitor sustractor, se produce una quiebra en las relaciones paterno-filiales con el progenitor perjudicado que debe ser solucionada a la mayor brevedad posible, pues cuando hablamos de menores el tiempo es un factor esencial a tener en cuenta, para evitar que se convierta en un auténtico extraño. Además, si ha transcurrido un año se podrá alegar y justificar el arraigo en el nuevo lugar de residencia evitando así el retorno.

Más allá de la resolución por vía jurisdiccional, que en términos generales resulta muy lenta y puede dañar el interés superior del menor y del progenitor perjudicado, el recurso a las ADR, especialmente a la mediación, se presenta como una alternativa muy ventajosa en la resolución de estos conflictos. Así lo evidencia el impulso que desde la Conferencia de la Haya de Derecho Privado se les ha dado a estos mecanismos, principalmente a través del Convenio de la Haya de Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre

60 A pesar de estos avances se considera que todavía quedan pendientes ciertos retos y hay problemas que no quedan los suficientemente resueltos. Al respecto, CHELIZ INGLÉS, M.C.: “Nuevo impulso”, cit. pp. 9-12; ESPLUGUES MOTA, C.: “El Reglamento Bruselas II Ter”, cit., pp. 172-173.

de 1980. De igual forma en el seno de la UE donde últimamente se ha hecho una clara apuesta en el Reglamento Bruselas II Ter.

Sin embargo, a pesar de la labor de apoyo por parte de los distintos instrumentos internacionales, y de que ahorran tiempo y costes, lo cierto es que en la práctica las ADR, y en particular la mediación, tienen en la práctica una eficacia mínima, pues son todavía muy pocos los asuntos que se resuelven por esta vía. Tal vez, el entusiasmo y confianza que despiertan en los organismos internacionales no se haya sabido trasladar a las partes de un conflicto, que siguen prefiriendo acudir a la vía judicial para dirimir sus disputas y que sea un tercero el que les imponga la solución.

BIBLIOGRAFÍA.

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, ed. Dykinson, Madrid, 2015.

ARGUDO PÉREZ, J.L.: “Marco jurídico de la mediación civil y mercantil en Aragón”, en AA.VV.: *Materiales jurídicos para una Guía de la Mediación en Aragón* (coord. J. L. ARGUDO PÉREZ), Editores Gobierno de Aragón: Universidad de Zaragoza: Comuniter, Zaragoza, 2020, pp. 17-126.

BELLOSO MARTÍN, N.: “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad de la mediación familiar”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2017, núm. 10, pp. 1-42.

BROSCH, M., MARIOTTINI, *EUFAMS II. Facilitating cross-border family life: towards a common european understanding. Report on the international Exchange seminar 20 december 2019*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Universität Heidelberg Zukunft seit 1386, 2019 (https://pure.mpg.de/rest/items/item_3250282_1/component/file_3250283/content fecha de consulta diciembre 2023)

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, marzo, vol. 3, núm. 1, pp. 47-62.

CALVO BABÍO, F.: “La mediación en la sustracción internacional de menores”, en AA.VV.: *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (coord. I. BAZAGA FERNÁNDEZ, M. GONZALO QUIROGA Y R. VENTAS SASTRE), Dykinson S.L., Madrid, 2006, pp. 165-178.

CANO HURTADO, M^a D.: “Interferencias en el ejercicio del derecho de relación paterno-filial por cambio de domicilio del progenitor custodio”, en AA.VV.: *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales* (editora A M^a PÉREZ VALLEJO, coord. por M^a P. ANTÓN MORENO), Dykinson S.L., Madrid, 2019, pp. 19-45.

- “International child abduction. Special reference to the cases generated by religious disagreement between parents”, en AA.VV.: *Entre persona y familia* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE Y G. CARAPEZZA FIGLIA), Reus, Madrid, 2023, pp. 411-430.

CARRILLO LERMA, C.: “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2015, núm. 19, pp. 185-196.

CASO SEÑAL, M.: "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación*, 2011, núm. 8, 2^o semestre, pp. 20-27.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C.: "Mediación transfronteriza y secuestro internacional de menores", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, junio, núm. 6, versión electrónica sin paginar.

CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: "Nuevo impulso a la mediación en el Reglamento Bruselas II ter y las dificultades de su implementación en la práctica", *La Ley digital. La Ley mediación y arbitraje*, 2023, núm. 16, sección Doctrina, pp. 1-24.

CLIFFORD WALLACE, J.: "Judicial Reform and Pound Conference of 1976", *Michigan Law Review*, 1982, vol. 80:592, pp. 592-596.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Evolución legislativa y jurisprudencial del delito de sustracción de menores", en AA.VV.: *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (dir. A. MONGE FERNÁNDEZ), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 291-322.

DÍAZ GONZÁLEZ, M.: "La sustracción internacional de menores: análisis normativo y jurisprudencial en aplicación del Convenio de la Haya de 1980 y del Acuerdo bilateral entre España y Marruecos", en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, núm. 12, diciembre, versión digital sin paginar.

ESPLUGUES MOTA, C.: "El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MASC en material de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, octubre, vol. 13, núm. 2, pp. 132-173.

- "El fomento de la mediación y otros medios alternativos de justicia (también en relación con la sustracción de menores en Europa", *Revista Boliviana de Derecho*, 2021, núm. 32, pp. 482-525.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M.: "Derecho de relación con el menor y derecho de visitas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 4, versión electrónica BIB 2011\1015, pp. 1-5.

GANDÍA SELLENS, M.A.: "La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, núm. 17, pp. 799-820.

GARCÍA GARNICA, M^a C.: "El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre, 2009, núm. 23, pp. 201-248.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez)", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2015, núm. 29, pp. 1-37.

LAUROBA, E.: "Mediación familiar y civil en España: una institución (¿reciente?) que ha llegado para quedarse", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2016, núm. 98, pp. 47-76.

MACHO GÓMEZ, C.: "Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa", *ADC*, 2014, tomo LXVII, fasc. III, pp. 931-996.

MALLANDRICH MIRET, N.: "El procedimiento de restitución o retorno de menores ilícitamente sustraídos en la LEC", *Justicia*, 2019, núm. 1, pp. 267-320.

MARÍN VELARDE, A., MORENO MOZO, F.: "El interés del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (dir. A. MONGE FERNÁNDEZ), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 193-244.

MIRANZO DE MATEO, S.: "Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto de mediación", *Revista de Mediación*, 2010, núm. 5, pp. 8-15.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson S.L., Madrid, 2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos sobre interferencias parentales tras la ruptura de pareja", en AA.VV.: *Separación y Divorcio: interferencias parentales* (coord. F. FARIÑA, RAMÓN ARCE, M. NOVO Y D. SEJO), NINO, Centro de Impresión Digital, Santiago de Compostela, 2010, pp. 21-56.

http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/Separacion_y_Divorcio_Interferencias_parentales.pdf (fecha de consulta diciembre 2023)-

ROMANO, G.P.: "Hacia la creación de tribunales transnacionales para las familias transnacionales: el ejemplo de la responsabilidad parental", *La Ley Mediación y Arbitraje*, 2020, núm. 3, julio-septiembre, versión digital sin paginar.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: “Mediación en el proceso especial de restitución de menores internacionalmente sustraídos”, *La Ley Digital, Práctica de los Tribunales*, 2019, núm. 137, marzo-abril, pp. 1-21.

SOTO RODRÍGUEZ, M.L.: “La mediación en la sustracción internacional de menores en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, 2018, enero-junio, núm. 71, pp. 149-170.

VELARDE D’AMIL, Y.: “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, *Revista de Derecho UNED*, 2015, núm. 17, pp. 1279-1301.

ZEMANS, A.R.: “La investigación emergente de la mediación en casos de secuestro parental internacional”, *Revista de Mediación*, 2015, 8, 2, e4, pp. 1-8.

NOTAS SOBRE LA UTILIDAD DE LA DONACIÓN-
PARTICIÓN Y DE LA PARTICIÓN BILATERAL EN EL
DERECHO CIVIL COMÚN

*NOTES ON THE USEFULNESS OF DONATION-PARTITION AND
BILATERAL PARTITION IN SPANISH COMMON CIVIL LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 288-319

José María
CARDÓS
ELENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: En este artículo se expone un supuesto de hecho real judicializado, que concluyó con una Sentencia firme cuyas consecuencias fueron indeseables en términos prácticos y económicos. A pesar de ello, la decisión judicial fue correcta, a la vista de la interpretación jurisprudencial existente sobre la partición unilateral de la herencia por parte del testador conforme al art. 1056 CC. Se valoran las posibles interpretaciones del documento, concluyendo que la intención de las partes involucradas fue alcanzar los resultados característicos de la donación-partición, carente de regulación positiva, aunque el incumplimiento de los requisitos formales y la revocación del testamento por la causante antes de fallecer provocaron una situación de difícil solución. Por ello, se analiza la posibilidad de que la testadora y sus herederos hubiesen acordado una partición bilateral o contractual de la herencia con base en el art. 1271 CC. El artículo finaliza enfatizando la insuficiencia del Derecho positivo para dar una solución satisfactoria a supuestos de hecho como el tomado en consideración, en el que el deterioro de las relaciones humanas terminó afectando negativamente a situaciones posesorias consentidas durante años, cuyo único fundamento radicaba en la expectativa de una herencia futura, y que aparentemente solo podrían resolverse adecuadamente a través de un contrato sucesorio.

PALABRAS CLAVE: Herencia; partición de herencia; partición unilateral; partición bilateral o contractual; donación-partición; contratos sucesorios.

ABSTRACT: *This article describes a real situation that escalated to court, and which resulted in a final judgement with undesirable consequences in practical and economic terms. However, the judicial decision was correct, in view of the case law of the unilateral partition of the inheritance by the testator in accordance with article 1056 of the Spanish Civil Code. The possible interpretations of the document are assessed, concluding that the intention of the parties involved was to achieve the characteristic results of the donation-partition, lacking positive regulation, although the non-compliance with the formal requirements and the revocation of the will by the testatrix before her death led to a situation that was difficult to resolve. Therefore, an analysis is conducted to explore the possibility that the testatrix and her heirs had agreed a bilateral or contractual partition of the inheritance based on article 1271 of the Spanish Civil Code. This article concludes by emphasizing the insufficiency of positive law to provide a satisfactory solution to factual cases such as the one under consideration, in which the deterioration of human relations ultimately negatively affected situations of possession that had been consented for years, whose only basis lied in the expectation of a future inheritance, and which apparently could only be adequately resolved through a succession agreement.*

KEY WORDS: *Inheritance; partition of the inheritance; unilateral partition; bilateral or contractual partition; donation-partition; succession agreements.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. UN SUPUESTO REAL CON DISCUTIBLE ENCAJE EN EL CÓDIGO CIVIL.- 1. Los hechos que motivaron el litigio.- 2. El recorrido judicial.- 3. El insatisfactorio resultado de la decisión judicial.- III. LA PARTICIÓN CONVENCIONAL DE LA HERENCIA PATERNA.- IV. LA IMPOSIBLE PARTICIÓN DE LA HERENCIA MATERNA EN VIDA.- 1. La partición del testador en el art. 1056 CC.- A) Acto unilateral.- B) Convalidación testamentaria.- C) Efectos mortis causa de la partición efectuada inter vivos.- 2. La revocación de la partición por un testamento posterior incompatible.- A) Diversidad de supuestos.- B) Especial atención a la revocación como consecuencia del posterior nombramiento de contador-partidor.- 3. ¿Cuál fue la verdadera intención de los firmantes del documento privado?- A) Entrega posesoria de bienes sin transmisión dominical.- B) Donación inter vivos con efectos *post mortem*.- C) Donación inter vivos.- D) Donación-partición.- V. ¿Y SI LA MADRE NO HUBIESE VARIADO SU TESTAMENTO (Y REVOCADO LA PARTICIÓN) ANTES DE MORIR?- 1. Partición bilateral del testador y de los herederos al amparo del art. 1271 CC.- 2. Régimen jurídico de la partición bilateral.- A) Sujetos.- B) Forma.- C) Convalidación testamentaria.- D) Irrevocabilidad directa y revocabilidad indirecta.- E) Efectos *post mortem*.- F) Limitación de las causas de impugnación.- VI. REFLEXIONES FINALES.-

I. INTRODUCCIÓN.

En ocasiones, los profesionales del Derecho se enfrentan a supuestos de hecho reales que no terminan de encajar con los esquemas de las instituciones regulados en la ley. Tales situaciones suelen acabar judicializadas, y generalmente, culminan con resultados indeseados para los particulares.

Una salida cómoda, sencilla y muy manida ante tales situaciones consiste en argumentar que los sujetos involucrados no actuaron con arreglo a Derecho, por lo que las consecuencias negativas derivan exclusivamente de su mal hacer. Y aunque efectivamente tal argumento pueda ser cierto, limitarse a constatar cuán deficientemente actuaron los interesados ni resuelve los problemas detectados ni evita el perjuicio causado a los intereses económicos involucrados.

En efecto, si los particulares actuaron en un determinado sentido con la finalidad de obtener un resultado, y el negocio que pactaron no termina de amoldarse a algunas de las figuras o negocios tipificados por la ley, con consecuencias prácticas indeseadas, los operadores jurídicos no deberían limitarse a manifestar si la solución alcanzada por los Tribunales fue correcta o incorrecta. Por el contrario, sería conveniente dar un paso más: cuestionar si el Derecho vigente ofrece soluciones óptimas ante esa necesidad a la que los particulares intentaron dar cauce.

Si la ley no ofrece una solución adecuada, procederá que los operadores jurídicos se planteen si es posible interpretar las normas en un sentido que dé satisfacción adecuada a esas necesidades sociales; o alternatively, se concluirá que la regulación legal es insuficiente y/o insatisfactoria, y que por ello procedería

• José María Cardós Elena

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil. Universitat de València. Correo electrónico: jose.maria.cardos@uv.es

modificar las leyes para dar acomodo y ofrecer soluciones razonables a situaciones huérfanas de apoyo normativo, poniendo fin a la inseguridad jurídica.

II. UN SUPUESTO REAL CON DISCUTIBLE ENCAJE EN EL CÓDIGO CIVIL.

Las anteriores consideraciones vienen al caso como consecuencia de un supuesto de hecho real, en el que tuve la ocasión de intervenir profesionalmente varios años atrás, en el que la correcta aplicación de la legislación vigente, conforme a consolidada jurisprudencia, condujo a una situación anómala e indeseada¹.

I. Los hechos que motivaron el litigio.

Los elementos fácticos que acabaron siendo analizados en sede judicial fueron los siguientes:

Diversas fincas agrícolas pertenecían a un matrimonio casado en régimen de gananciales. Todas las fincas eran trabajadas por el padre.

El padre falleció relativamente joven. En su testamento, había instituido herederos por partes iguales a sus nueve hijos, y legó a la viuda el usufructo universal de la herencia.

Sin embargo, pocos años después, la viuda y todos los hijos suscribieron un documento privado, también firmado por el contador-partidor nombrado por el padre, en el que se dividieron conjuntamente la herencia del difunto padre, los bienes gananciales y el patrimonio de la madre. Se adjudicó en exclusiva a cada uno de los hijos la totalidad del pleno dominio de cada una de las fincas rústicas previa formación de lotes, con la finalidad de garantizar la igualdad en el reparto. Además, la viuda se adjudicó el usufructo universal vitalicio de la casa del pueblo donde vivía, cuya nuda propiedad se adjudicó en proindiviso a los nueve hijos. Finalmente, los hijos se comprometieron a abonar a la madre una pensión vitalicia para garantizar su subsistencia.

El acuerdo plasmado en el documento privado era compatible con el testamento de la madre, quien había designado herederos a sus nueve hijos por partes iguales.

Durante bastantes años, los hijos ocuparon y explotaron las fincas rústicas en calidad de dueños, con fundamento en el documento privado de reparto.

¹ Por razones deontológicas y éticas, omito toda referencia que permita identificar a los litigantes, por lo que el lector no hallará ni nombres ni topónimos. Tampoco se hará mención del Juzgado de Primera Instancia ni de la Audiencia Provincial que conoció del recurso de apelación. Con todo, tal omisión no supone ningún inconveniente, toda vez que las resoluciones judiciales fueron bastante parcas al abordar la complejidad jurídica del asunto, que será analizada y desarrollada a lo largo de este artículo.

Con el paso de los años, las relaciones familiares se deterioraron. La mayoría de los hijos dejaron de abonar la pensión a la madre, quien vivió los últimos años de su vida gracias a la atención y cuidados de su hija menor.

Poco antes de morir, la madre otorgó un testamento incompatible con el documento particional, puesto que designó a un contador-partidor para que ejecutase la división de su herencia, sin mencionar el documento privado de división de su patrimonio.

2. El recorrido judicial.

Tras el fallecimiento de la madre, la hija menor interpuso una demanda judicial contra sus hermanos, en la que solicitó la división conjunta de los bienes gananciales y de la herencia de los progenitores, con el argumento de que nunca se habían partido. Los demás herederos se opusieron, argumentando que las dos herencias y la sociedad de gananciales habían sido divididas a través del documento privado de formación de lotes.

La Sentencia del Juzgado declaró que la herencia del padre y su mitad de gananciales ya había sido partida de común acuerdo por todos los herederos, en virtud del documento privado. Sin embargo, también consideró que la mitad de gananciales y la herencia de la madre no podían haber sido partidas, porque ella aún vivía cuando se suscribió el documento.

Ambas partes recurrieron en apelación la Sentencia del Juzgado: la hija menor, interesando que se declarase no partida la herencia del padre y su mitad de gananciales, y que se procediese a su división; y los demás herederos, interesando que se declarasen partidas ambas herencias, y que se pusiese fin al procedimiento de división de patrimonios.

La Audiencia Provincial desestimó ambos recursos y confirmó la Sentencia de Juzgado, cuyos razonamientos confirmó íntegramente. Además, la Sala añadió que, si la madre pretendía haber transmitido en vida su patrimonio a sus hijos, debió de haberlo hecho a través de donaciones plasmadas en escritura pública, requisito que no había cumplido.

Ninguna de las partes recurrió la Sentencia de segunda instancia en casación, por lo que la decisión judicial devino firme.

3. El insatisfactorio resultado de la decisión judicial.

Las consecuencias del procedimiento judicial resultaron claramente indeseables. Como consecuencia de la división de la herencia del padre y su mitad

de gananciales, cada uno de los herederos se convirtió en dueño exclusivo de una mitad indivisa de la finca rústica que le había sido adjudicada en el documento privado. Sin embargo, el resultado de la indivisión de la herencia de la madre y su mitad de gananciales fue que todos los herederos debían repartirse las otras mitades indivisas de esas mismas fincas rústicas, que habían venido ocupando y disfrutando durante muchos años, así como el pleno dominio de la casa del pueblo.

Parece evidente que esa no fue en absoluto la voluntad que se plasmó en la firma del documento privado, que no era otra que partir la herencia del padre, así como partir en vida el patrimonio de la madre, adoptando al mismo tiempo medidas para garantizar su subsistencia.

En el supuesto de hecho descrito afloran multitud de cuestiones relacionadas con el fenómeno sucesorio de indudable interés: la partición convencional de la herencia; los requisitos y efectos de la partición de la herencia hecha por el testador; la transmisión en vida de la herencia futura; la posible partición bilateral o contractual de la herencia... La compleja problemática del supuesto de hecho, y el indeseable desenlace judicial, permitirán desarrollar estas cuestiones a lo largo de este artículo.

III. LA PARTICIÓN CONVENCIONAL DE LA HERENCIA PATERNA.

En el supuesto examinado, los Tribunales consideraron que la herencia del padre sí que había sido partida, pero la de la madre no. A primera vista, la decisión puede parecer extraña. Sin embargo, la conclusión a la que se llegó en sede judicial tenía sentido.

Por lo que se refiere a la herencia del padre, el documento privado que suscribieron los hijos, la viuda y el contador-partidor designado en el testamento paterno (en el que los nueve hijos fueron nombrados herederos a partes iguales) reunía los requisitos característicos de una partición convencional, a la que se refiere el art. 1058 CC cuando señala que “si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”.

Según la STS 19 febrero 2014², “la partición convencional, partición realizada por los herederos (artículo 1058 del Código civil) es decir, por los propios interesados por sí mismos (...) se ha considerado de naturaleza contractual (sentencias de 8 febrero 1996, 19 junio 1997) o negocio jurídico plurilateral (sentencia de 20 enero

2 STS 19 febrero 2014 (RJ 2014, 2505).

2012), y en todo caso obliga a los herederos partícipes de la misma a aceptar y cumplir lo pactado¹³.

Por tanto, en la medida en que todos los herederos del padre acordaron por escrito⁴ la partición de los bienes del causante, los Tribunales acertaron al considerar que la herencia del padre y su mitad de gananciales había sido dividida convencionalmente por todos los interesados. La circunstancia de que los hijos hubiesen trabajado y explotado los campos durante años confirmaba la partición de la herencia paterna.

IV. LA IMPOSIBLE PARTICIÓN DE LA HERENCIA MATERNA EN VIDA.

En el litigio que constituye el hilo conductor de este artículo, los Tribunales consideraron que la herencia del padre y su mitad de gananciales habían sido divididas en virtud del documento privado suscrito por los hijos, la viuda y el contador-partidor designado por el padre. Sin embargo, al mismo tiempo, declararon que la herencia de la madre no había podido ser dividida en vida de esta última. Este pronunciamiento entronca con la compleja interpretación del art. 1056 CC.

I. La partición del testador en el art. 1056 CC.

El art. 1056 CC dice que “cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”.

- 3 Lo que, según la referida Sentencia, no impide que los herederos puedan impugnar la partición por causa de lesión en más de la cuarta parte, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1074 CC. Ya la STS 29 marzo 1958 (RJ 1958, 1460) dijo que “las operaciones de partición de herencia, una vez concluidas por convenio unánime de todos los herederos, pueden ser impugnadas posteriormente (...) por existencia de lesión en determinados supuestos de montante económico”.
- 4 Ni siquiera es preciso que la partición de la herencia sea acordada por los interesados por escrito, siendo suficiente el pacto verbal. La STS 18 marzo 1999 (RJ 1999, 1859) dijo que “el acuerdo particional, de notoria naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante”. La SAP Castellón (Sección 1ª) 15 marzo 2006 (JUR 2006, 185128) afirmó expresamente la validez de la partición convencional acordada verbalmente: “La prueba sobre este acuerdo verbal particional es clara y evidente, y refleja la común voluntad de ambas hermanas de distribuir el bien heredado en los términos expuestos. El convenio particional no lo constituye el citado documento, como parece sostener la recurrente, sino el acuerdo verbal alcanzado por ambas hermanas con anterioridad y concretado finalmente en la Gestoría Administrativa a la que acudieron para viabilizar administrativa y registralmente aquella distribución del inmueble. Este acuerdo verbal de partición alcanzado el día 17.10.2003 resulta válido y eficaz al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfeccionó con la concurrencia de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses, y que plasma la libertad jurídica de los herederos a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tuvieron por conveniente (art. 1058 CC), sin limitaciones ni condicionamientos, y desde luego no por tratarse de un acuerdo verbal, puesto que por ser notoria su naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante”. En parecidos términos, la SAP Las Palmas (Sección 4ª) 15 febrero 2007 (JUR 2007, 152883) dijo que “el negocio particional no se halla legalmente sometido a ningún requisito esencial de forma, ni cabe excluir, por tanto, la válida posibilidad de su práctica mediante informales pactos privados”. Cuestión distinta, evidentemente, es que la ausencia de documento impida acreditar la existencia de una partición verbal: SAP Madrid (Sección 19ª) 31 marzo 2000 (JUR 2000, 203428); SAP Madrid (Sección 9ª) 3 junio 2005 (JUR 2005, 168791); SAP Córdoba (Sección 2ª) 27 abril 2006 (JUR 2006, 230907).

A) *Acto unilateral.*

En la doctrina⁵ es común la idea de que el art. 1056 CC no se refiere a un contrato suscrito por el testador y sus herederos, sino a que el testador puede ordenar la partición de sus bienes unilateralmente, bien “por última voluntad” (es decir, en testamento⁶) o “por acto entre vivos” (por decisión del testador en vida, aunque sea fuera del testamento).

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. La STS 23 febrero 1999⁷ dijo que “el hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instrumente por un acto «inter vivos» no le confiere cariz contractual”. Por ello, la STS 6 marzo 1945⁸ aseveró que “la concurrencia de los hijos no tiene más trascendencia que la de prestar (...) su asentimiento moral”⁹.

En el supuesto de hecho, los hijos de la causante firmaron el documento de partición, circunstancia que, con arreglo a esta interpretación, carecería de toda trascendencia jurídica¹⁰, más allá de impedir que los herederos puedan impugnar posteriormente la partición, en virtud del principio de los actos propios¹¹.

5 Para una enumeración exhaustiva, vid. ALBALADEJO GARCÍA, M: “Sólo el testador puede partir su herencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 1954, núm. 71, p. 50; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: “Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos”, *Revista de Derecho Privado*, 1954, núm. 447, pp. 499-501; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador: Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999”, *Anuario de Derecho Civil*, 2000, vol. 53, p. 274; y LÓPEZ PELÁEZ, P: “La partición realizada por el propio testador en acto inter vivos y su problemática”, *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol. 10, pp. 161-162.

6 A diferencia de la partición hecha fuera del testamento, la partición testamentaria ha dado lugar a escasa litigiosidad. Merece la pena reproducir la STS 4 febrero 1994 (RJ 1994, 909): “Esta Sala no puede compartir la postura dubitativa del Tribunal de Apelación en cuanto a la dimensión jurídica del acto dispositivo testamentario que otorgó en fecha 28 de marzo de 1972, la causante doña María-Josefa A. S. Se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1056 del Código Civil autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarlo no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados”.

7 STS 23 febrero 1999 (RJ 1999, 1851).

8 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272).

9 En el mismo sentido, negando la existencia de contrato a pesar de que lo firmen los herederos, REQUEIXO SOUTO, X. M.: “Pactos de atribución particular post mortem. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 2012, núm. 65, pp. 1746-1747.

10 Por el contrario, si se admitiese la validez y eficacia de una partición bilateral, suscrita entre el testador y sus herederos, el visto bueno de estos últimos debería ser calificado como aceptación contractual. Vid. *infra*, V.

11 RUBIO GARRIDO señaló que “de darse alguna aquiescencia de los sucesores, no tienen más virtualidad que la de rechazar conductas o impugnaciones posteriores que pudieran considerarse contradictorias con tal actitud inicial, en virtud del principio que prohíbe ir contra los actos propios” (RUBIO GARRIDO, T.: *La partición de la herencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 445). En el mismo sentido, DIEZ SOTO, C.M.: “La partición realizada por el propio testador en el Código Civil”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Vol. I* (coord. por F.P. BLASCO GASCÓ, M.E. CLEMENTE MEGRO, F.J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y R. VERDERA SERVER), Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, p. 887; y LÓPEZ PELÁEZ, P: “La partición”, *cit.*, p. 159.

B) *Convalidación testamentaria.*

De conformidad con este planteamiento, la intención del art. 1056 CC sería facilitar que el testador, personalmente¹², pueda partir por sí mismo su herencia al margen del testamento, dispensando a la partición el cumplimiento de las formalidades testamentarias.

Así las cosas, la validez de la partición del testador dependerá de la existencia de un testamento que la convalide¹³, dado que “la partición es secuela y complemento de un testamento”¹⁴. La necesidad de un testamento constituye un requisito constantemente exigido por la jurisprudencia. La STS 13 junio 1903¹⁵ dijo que “el texto del art. 1056 no autoriza para entender que una persona pueda hacer por acto entre vivos la partición de sus bienes, á que se refiere la sección en que figura dicho artículo, sin que exista la norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad de aquélla (...) la partición así hecha había de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria ó legal á cuyas reglas fundamentales y llamamientos de los interesados deberá acomodarse la partición”. La STS 6 marzo 1917¹⁶ aludió a “la convalidación testamentaria ulterior (...) condición, antes excusable, no hoy, por el texto de antiguos precedentes legales como el Código Teodosiano y la Novela 107 de Justiniano”. La STS 9 julio 1940¹⁷ mencionó “la partición practicada por acto «inter vivos», al amparo del artículo 1056 del Código Civil, ajustada a la norma de un testamento”. La STS 6 marzo 1945¹⁸ dijo que “la facultad que concede el artículo 1056 supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley”. La STS 6 mayo 1953¹⁹ señaló que el acto particional “debería estar respaldado por un testamento anterior o posterior conforme a cuyas cláusulas se hubiera efectuado”. Y la STS 19 octubre 1960²⁰ condicionó la validez de la partición a que “se hall[e] respaldada por una disposición testamentaria, con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que, por de ella derivar y traer causa, ha

12 Se trata de un acto personalísimo, por lo que es inviable la partición hecha por representante o por mandatario del testador. La STS 17 mayo 1974 (RJ 1974, 2068) señaló al respecto: “Ni el causante otorgó la partición en nombre de su esposa, a la vez que lo hacía en nombre propio, ni podía haberlo hecho, porque la partición a que se refiere el artículo 1.056 es un acto personalísimo del testador que no puede efectuarse por medio de representante, como se infiere de su propia naturaleza, en relación con lo dispuesto en el artículo 670 del repetido Código”. Vid. DIEZ SOTO, C.M.: “La partición”, cit., p. 880; y RUBIO GARRIDO, T.: *La partición*, cit., p. 453.

13 Por tanto, si quien hace la partición fallece intestado, el acto particional sería ineficaz, al no cumplirse el requisito del que depende la producción de efectos jurídicos.

14 ROCA SASTRE, R.M.: “Partición de herencia por actos «inter vivos»”, en *Estudios de Derecho Privado. II, Sucesiones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 380.

15 STS 13 junio 1903 (JC, t. 96, 174).

16 STS 6 marzo 1917 (JC, t. 139, 108).

17 STS 9 julio 1940 (RJ 1940, 693).

18 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272).

19 STS 6 mayo 1953 (RJ 1953, 1631).

20 STS 29 octubre 1960 (RJ 1960, 3447).

de supeditarse, ya que al no ser la partición, sino la ejecución o puesta en práctica de lo en testamento dispuesto, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de éste”.

Aunque por lógica sería aconsejable que el testamento sea anterior a la partición del testador²¹, la jurisprudencia no ha puesto impedimento alguno para que el testamento pueda ser “previo o ulterior” a la partición²². Tampoco se cuestiona que la partición hecha por el testador puede constar en documento privado²³.

Ciertamente, la interpretación del art. 1056 CC conforme a los antecedentes legislativos (art. 3.1 CC) aporta una razón de peso, destacada por la doctrina²⁴ y por la jurisprudencia²⁵, que avala la exigencia de que la partición esté respaldada por un testamento; o lo que es lo mismo, que sea ineficaz la partición efectuada por el difunto que muere intestado²⁶. El actual art. 1056 CC se corresponde con el art. 1073 del anteproyecto de CC de 1882-1889, de redacción era idéntica, cuyo origen radica en el art. 899 del proyecto de CC de 1851, que aludía al ‘difunto’ en lugar de al ‘testador’²⁷. La diferencia no es baladí, y todo hace pensar que la modificación de la redacción del precepto fue consciente²⁸, dado que la sustitución de la palabra ‘difunto’ por ‘testador’ se extendió igualmente a los arts. 1058 y

21 RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “La partición hecha por el testador”, *Revista de Derecho Notarial*, 1970, p. 224.

22 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945\272); STS 6 mayo 1953 (RJ 1953, 1631); STS 28 junio 1961 (RJ 1961, 2747).

23 Según la STS 6 marzo 1945 (RJ 1945\272), “la forma solemne que el recurrente cree indispensable en la partición por acto «inter vivos» ni aparece reconocida por la tradición del derecho romano y del derecho patrio (...) ni es, dentro del Código Civil, una exigencia impuesta por los criterios de interpretación lógica y sistemática, ya que la ausencia en dicho Cuerpo Legal de formas específicas para la partición por acto entre vivos es perfectamente explicable por cuanto, si la partición «inter vivos» es una propia partición regida por el artículo 1056, había de tener su apoyo, según prescribe la jurisprudencia de esta Sala antes aludida, en un testamento del que sea complemento, de tal modo que habrá de entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)”. En el mismo sentido, STS 6 marzo 1917 (JC, t. 139, 108); STS 28 junio 1961 (RJ 1961, 2747).

24 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948, vol. I, pp. 924-926; DIEZ SOTO, C.M.: “La partición”, cit., p. 888; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: “Naturaleza y eficacia”, cit., pp. 508-509; MONEDERO GIL, F. J.: “La partición practicada por el testador”, *Pretor*, 1971, núm. 64, pp. 43-44; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “La partición”, cit., p. 224; SANCINIENA ASURMENDI, C.: *La partición hecha por el testador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 134.

25 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272): “La doctrina científica patria más generalizada, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la dicción de éste, referida premeditadamente al testador (no al difunto, como decía el artículo 899 del proyecto de 1851), entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica siempre un acto de última voluntad”.

26 Esta fue la tesis de ROCA SASTRE, quien sostuvo que podía hacer la partición de su herencia quien había muerto intestado. Vid. ROCA SASTRE, R.M.: “Partición de herencia”, cit., pp. 379-380.

27 “Cuando el difunto hizo por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”. Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, pp. 327-328.

28 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: “La partición de herencia por el propio testador”, *Revista de Derecho Notarial*, 1960, p. 174.

1070 CC, que también aluden al 'testador', a diferencia de sus correspondientes del anteproyecto, en los que se utilizaba la palabra 'difunto'²⁹.

En el litigio quedó acreditado que el documento privado firmado por todos los hijos y por la madre era compatible con el testamento de la progenitora entonces vigente, dado que en ambos documentos se manifestaba la voluntad de que los nueve hijos heredasen por partes iguales. De hecho, con la finalidad de asegurar la igualdad en el reparto, al documento privado se anexaba una relación de lotes en la que constaban las valoraciones de los bienes que se adjudicaban a los hijos.

C) *Efectos mortis causa de la partición efectuada inter vivos.*

Como corolario del razonamiento expuesto, la partición realizada por el testador no puede tener efecto en vida del testador: solo tendrá eficacia una vez el causante haya fallecido³⁰.

En este punto la jurisprudencia también es unánime³¹. Quizá la STS 23 febrero 1999³² haya sido la Sentencia que ha explicado con mayor claridad expositiva que la denominada partición inter vivos surte efectos post mortem: "Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión «mortis causa». Sólo puede producir efectos distributivo-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. Ya proclamaron elocuentemente las fuentes que «viventis non datur hereditas». No se puede adquirir «mortis causa» de una persona viva. Es preciso, para ello, esperar a su óbito. (...) Pese a su forma, este acto entre vivos hay que incluirle entre los negocios «mortis causa» porque está destinado a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio y sobre esta base la división del patrimonio es fundamentalmente un acto «mortis causa», que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio artículo al poner en todo caso como límite de eficacia de la partición que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos".

29 ALBALADEJO GARCÍA, M: "Sólo el testador", cit., p. 55; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El anteproyecto*, cit., pp. 328-329.

30 RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La partición", cit., p. 224; CREMADES GARCÍA, P.: "La partición hecha por el testador con acto «inter vivos»", *Revista de Derecho Privado*, 2015, núm. 99, pp. 22-23.

31 La STS 13 junio 1903 (JC, t. 96, 174) dijo que al art. 1056 CC no "se le puede dar más alcance que el de prever y dejar hecho en vida lo que de otra suerte habría de practicar á la muerte del testador para realizar la división del caudal entre los interesados". La STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272) señaló que "la división del patrimonio es fundamentalmente un acto «mortis causa», que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio artículo 1056 de nuestro Código Civil, al poner en todo caso como límite a la eficacia de la partición hecha por el testador el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos, siquiera se permita que este acto «mortis causa» vaya ligado, por una especie de yuxtaposición de elementos, a una declaración de voluntad emitida dentro del molde propio de los actos «inter vivos»". La STS 29 octubre 1960 (RJ 1960, 3447) dijo que la finalidad de la partición hecha por el testador "se proyecta a la muerte, en cuyo momento se producirán sus definitivos efectos". Y la STS 20 mayo 1965 (RJ 1965, 2602) enfatizó que "la partición verificada conforme a lo previsto en el artículo 1.056 del Código Civil, tiene naturaleza de un acto de última voluntad".

32 STS 23 febrero 1999 (RJ 1999, 1851).

2. La revocación de la partición por un testamento posterior incompatible.

Si la partición que realiza el testador depende siempre de la existencia de un testamento que la convalide, y el testamento es un acto esencialmente revocable (art. 737 CC), resulta lógico que la partición hecha por el testador quede sin efecto si posteriormente se otorga un nuevo testamento incompatible con la partición anterior.

De nuevo se trata de una cuestión pacífica en la jurisprudencia. La STS 13 junio 1903³³ afirmó que “una mera partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo si se ajusta á un testamento que á las reglas de un abintestato, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de aquél para testar en cualquier tiempo, variando ó modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición, por ser esta facultad inherente á la testamentifacción activa”. Según la STS 9 julio 1940³⁴ “la partición practicada por acto «inter vivos», al amparo del artículo 1056 del Código Civil, ajustada a la norma de un testamento o a la de ley, y bien se haya llevado a efecto por los interesados, bien con intervención del dueño del caudal en ningún caso puede coartar la libre voluntad de éste para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición”. La STS 6 marzo 1945³⁵ señaló que “la facultad que concede el artículo 1056 (...) no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada”. La STS 29 octubre 1960³⁶ dijo que la partición del art. 1056 CC “ha de ser -como el testamento en que se funda- esencialmente revocable”. La STS 28 junio 1961³⁷ afirmó que la partición no puede obstaculizar “la posible variación de la voluntad del causante durante su vida mediante otro testamento que deje sin efecto el anterior”. Y la STS 23 febrero 1999³⁸ de nuevo expresó con brillantez la revocabilidad de la partición hecha por el testador: “En cualquier momento puede el que repartió cambiar de decisión, otorgar nuevo testamento, cambiar el destinatario de sus generosidades (en la parte de la herencia de libre disposición) y consecuentemente invalidar la partición que, en situación de pendencia hasta que sobrevenga la defunción del testador, estará siempre amenazada de un cambio de voluntad del titular patrimonial y que sólo se consolidará definitivamente cuando sobrevenga su muerte”.

33 STS 13 junio 1903 (JC, t. 96, 174).

34 STS 9 julio 1940 (RJ 1940, 693).

35 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272).

36 STS 29 octubre 1960 (RJ 1960, 3447).

37 STS 28 junio 1961 (RJ 1961, 2747).

38 STS 23 febrero 1999 (RJ 1999, 1851).

A) *Diversidad de supuestos.*

Dado el carácter unilateral de la partición hecha por el testador fuera del testamento al amparo del art. 1056 CC, puede ser revocada de distintas maneras, en función de las circunstancias concurrentes³⁹:

La partición puede ser dejada sin efecto mediante su revocación, sin ser sustituida por una nueva partición, y sin necesidad de modificar el testamento que le daba cobertura.

Puede ordenarse una nueva partición que revoque la anterior, bien de manera expresa, bien de manera tácita, sin necesidad de modificar el testamento.

Puede otorgarse un nuevo testamento que resulte incompatible con la partición convalidada por el testamento anterior⁴⁰.

Puede otorgarse un nuevo testamento que contenga una nueva partición que resulte expresa o tácitamente incompatible con la partición anterior.

B) *Especial atención a la revocación como consecuencia del posterior nombramiento de contador-partidor.*

A los anteriores supuestos cabe añadir otro, que posee características especiales. Consiste en que el testador otorgue un testamento en el que, sin revocar de manera expresa la partición hecha en un documento privado de fecha anterior⁴¹, designe contador-partidor para que se encargue de la partición de su herencia.

Para la doctrina, en este caso no existe partición hecha por el testador ex art. 1056 CC. En este sentido, CREMADES GARCÍA afirmó que “la existencia de contador-partidor designado por el testador, resulta un signo evidente de que no estamos en presencia de partición realizada por el propio testador”⁴².

39 RUBIO GARRIDO, T.: *La partición*, cit., p. 453.

40 Fue el supuesto que al que se refirió la STS 9 julio 1940 (RJ 1940, 693): “Aun en el supuesto de poder ser calificado el convenio de 6 de febrero de 1927 como acto de división de la herencia realizado por el padre entre sus hijos -de conformidad con lo dispuesto en el citado precepto y con lo establecido en el Capítulo VII de la Novela XVIII de Justiniano-, dicho acto tendría siempre el esencial carácter de revocable; y habiendo otorgado don G. A. en fecha posterior, cual es la de 27 de mayo de 1934, un testamento cuya validez no ha sido impugnada y en el que modifica la distribución de sus bienes contenida en aquel convenio, resultaría indudable la revocación de la partición anterior”.

41 Si la partición constase en un testamento anterior, no se trataría de la partición “inter vivos” a la que se refiere el art. 1056 CC; y en todo caso, tal partición testamentaria quedaría revocada en virtud del art. 739 CC, a no ser que el contenido de la partición testamentaria anterior se incluya expresamente en el nuevo testamento, o que el testador manifieste expresamente en el nuevo testamento su voluntad de que la revocación del testamento anterior no se extienda a la partición testamentaria de fecha anterior.

42 CREMADES GARCÍA, P.: “La partición”, cit., p. 8.

En la jurisprudencia también está asentada la idea de que la designación de un contador-partidor excluye la existencia de una partición efectuada por el propio testador⁴³. La STS 25 enero 1971⁴⁴ dijo: “Se denuncia respectivamente la violación de los artículos 1.075 y 1.056, párrafos primero y segundo, del Código Civil y la interpretación errónea del 675, párrafo primero, del mismo Cuerpo legal, en cuanto al primero, porque para justificar la alegada infracción parte en su desarrollo del supuesto de que la partición fue realizada por el propio testador y ello es totalmente inexacto, puesto que éste se limita [a] adjudicar algunos de los bienes hereditarios, nombrando un contador partidor para realizar las operaciones particionales y por ello no se da el supuesto contemplado en los artículos 1.056 y 1.075 que en consecuencia al no ser de aplicación no han podido ser violados”. En parecidos términos, la STS 8 marzo 1989⁴⁵ aseveró que “cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica, de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto”.

También se evidencia este planteamiento en la RDGRN 11 octubre 1982⁴⁶: “No resulta la existencia de partición testamentaria hecha por el causante desde el momento en que éste encargó su realización a un Contador-Partidor, si bien ordenándole que determinados inmuebles se adjudicasen en la forma y al heredero que señala mandato al que se ha atendido el Partidor (...) al no tratarse de una partición comprendida en el art. 1056, del C. Civ., sino la que se regula en el art. 1057”.

A mi entender, como regla general es correcto concluir que cuando el testador nombra a un contador-partidor está excluyendo la partición anterior hecha por el propio testador. No en vano, en el supuesto real analizado, los Tribunales entendieron que la partición que constaba en el documento privado quedó sin efecto porque la testadora, poco tiempo antes de morir, otorgó un nuevo testamento en el que designaba contadores-partidores sin mencionar la partición contenida en el documento privado suscrito años atrás.

43 La calificación de la partición como hecha por el testador (art. 1056 CC) o por el contador-partidor (art. 1057 CC) no es baladí, ya que del juego combinado de los arts. 1074 y 1075 CC resulta que en la primera los herederos no pueden impugnar la partición más que por lesión a la legítima (art. 1075 CC), mientras que en la segunda los herederos también pueden impugnar por lesión en más de la cuarta parte.

44 STS 25 enero 1971 (RJ 1971, 288).

45 STS 8 marzo 1989 (RJ 1989, 2023).

46 RDGRN 11 octubre 1982 (RJ 1982, 6301).

Sin embargo, cabe imaginar un supuesto límite, en el que el testador nombre contador-partidor para la división de su herencia, pero ordenando al mismo tiempo que la partición se realice con arreglo a lo ordenado por el propio testador en el documento privado anterior. A mi entender, en este supuesto sí que existirá una partición hecha por el testador al amparo del art. 1056 CC. Este planteamiento fue asumido por la STS 6 marzo 1945⁴⁷, que corroboró la existencia de una partición realizada por el testador fuera del testamento, a pesar de que el causante designó contadores-partidores para que ejecutasen el reparto conforme a aquella partición. El mismo criterio es apreciable en la STS 24 febrero 1968⁴⁸.

3. ¿Cuál fue la verdadera intención de los firmantes del documento privado?

Es obvio que en el supuesto litigioso la madre decidió dejar sin efecto el documento privado de asignación de bienes a sus hijos cuando posteriormente otorgó un nuevo testamento incompatible con la partición. No obstante, tal decisión fue implementada escasos días antes de su fallecimiento, en un contexto personal y familiar muy diferente al que existía al tiempo de la firma del documento particional.

Así las cosas, resulta conveniente plantearse, en primer lugar, cuál fue la intención de los firmantes del documento cuando lo suscribieron; y, en segundo lugar, si tal intención fue correctamente perfilada jurídicamente, o si la ley no permitía alcanzar el resultado pretendido.

47 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272). En la Sentencia constan los siguientes antecedentes: "Son hechos y antecedentes fundamentales, de los que hay que partir para el examen y resolución del presente recurso, los que siguen: Primero: Que el causante don José T. V., con conocimiento, acuerdo y aquiescencia de sus cuatro hijos y herederos suscribió, en 27 de julio de 1931, un documento privado, firmado por él, por sus hijos Cristóbal, Teresa y Adelaida y por el marido de la otra hija Genoveva, en el que, con intención de distribuir su patrimonio, señaló las fincas y compensaciones en dinero con las que habían de ser formados los respectivos lotes. Segundo: Que dicho causante murió bajo testamento abierto otorgado el 8 de febrero de 1939, en cuya cláusula tercera instituye «herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, a sus cuatro hijos Cristóbal, Teresa, Adelaida y Genoveva T. N., por partes iguales, pero en la forma acordada entre padres e hijos en convenio que todos suscribieron con fecha 27 de julio de 1931». Tercero: Que los albaceas partidores nombrados en el propio testamento formalizaron las operaciones particionales, basándolas en la referida cláusula tercera del testamento y en el convenio, también referido, de 27 de julio de 1931".

48 STS 24 febrero 1968 (RJ 1968, 1213). En una de las cláusulas del testamento se reguló la distribución de los bienes del causante, asignando los necesarios para el pago de los gananciales y cuota usufructuaria de la segunda esposa, y la herencia de los cuatro hijos habidos del primer matrimonio. La Sala consideró que "para llevar a cabo esta mentada distribución de los bienes hereditarios, el testador está haciendo uso de las facultades que la Ley le confería en especial en el artículo 1.056 del Código Civil a cuyo tenor "cuando el testador hiciere por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos" a todo lo que dijeron atenerse los albaceas contadores-partidores nombrados solidariamente en el testamento cuando llevan a cabo las operaciones particionales". Pese al nombramiento de albaceas contadores-partidores, la Sala consideró que se trataba de una partición hecha por el testador. Aunque en el supuesto de hecho de esta Sentencia la partición constaba en el testamento, y no fuera del mismo, la misma solución es extrapolable mutatis mutandis a una partición del testador hecha fuera del testamento, ya que ambas están reguladas en el art. 1056 CC, y la ratio de la decisión es la misma.

A) *Entrega posesoria de bienes sin transmisión dominical.*

La doctrina⁴⁹ ha puesto de manifiesto que en las zonas rurales es relativamente común que los padres entreguen en vida a los hijos la posesión de los bienes que heredarán en el futuro. Tales cesiones de bienes suelen estar motivadas por la avanzada edad de los testadores, quienes ya no están en condiciones de trabajar las tierras, favoreciendo que sus herederos puedan trabajar, explotar y obtener un rendimiento de los bienes que, en un futuro mediato, pasarán a titular en propiedad, tras el fallecimiento de sus progenitores. Estas situaciones posesorias, esencialmente revocables, carecen de respaldo legal⁵⁰, hasta el punto de que han llegado a ser calificadas como precarios fundamentados en costumbres o usos *praeter legem*⁵¹.

El caso real analizado tuvo lugar en un entorno rural, y desde la firma del documento los hijos pasaron a explotar los bienes relacionados en el documento. Sin embargo, parece evidente que con el citado documento privado no se pretendía simplemente que los hijos poseyesen y explotasen las tierras, ya que la posesión de bienes en precario es difícilmente conciliable con la firma de un documento de formación de lotes, en el que incluso constaba una valoración de los bienes que se adjudicaban, con la finalidad de asegurar la igualdad en el reparto.

Por tanto, el documento parecía tener la clara finalidad de transmitir conjuntamente a los hijos la propiedad de los bienes que integraban la comunidad postganancial de los padres, la herencia del difunto padre y el patrimonio de la madre viva. Solo así cobra sentido que el acuerdo privado reconociese a la madre el usufructo vitalicio de la casa del pueblo donde vivía, y que los hijos se obligasen a pagar a su madre una pensión mientras siguiese con vida, con la finalidad de asegurar su subsistencia.

La anterior conclusión obliga a preguntarse si realmente se pretendía que la partición de los bienes relacionados en el documento privado produjese efectos

49 GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: "Naturaleza y eficacia", cit., p. 495; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Algunos aspectos", cit., pp. 286-287; LÓPEZ PELÁEZ, P.: "La partición", cit., p. 173; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: "La partición", cit., pp. 206-210.

50 La STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272) manifestó que estas situaciones fácticas se producían antes de la aprobación y entrada en vigor del CC, aunque es evidente que tales prácticas han perdurado hasta la actualidad: "si bien los escritores más autorizados y seguidos, en el Derecho anterior al Código Civil, admitían como lícita, por no haber ley que la prohibiera, la división mediante entrega en vida a los hijos de los bienes que había de corresponderles, es de observar, de un lado, que dichos autores no exigían formalidades especiales para esa partición, cuyo efecto se ligaba, más que al título contractual, a la «traditio» de los bienes, y de otro, que esa partición se consideraba revocable, salvo disposición expresa en contrario, pues se estimaba que no equivalía a una donación simple, sino a una disposición última que era revocable hasta la muerte".

51 GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: "Naturaleza y eficacia", cit., p. 495; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Algunos aspectos", cit., pp. 286-287; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: "La partición", cit., pp. 208-209.

traslativos inmediatos, desde el momento de su firma, o si por el contrario se perseguía una transmisión de la propiedad diferida a la muerte de la madre.

B) *Donación inter vivos con efectos post mortem.*

A pesar de que la donación, tal y como está regulada en el CC, transmite con su perfección la propiedad de los bienes donados al donatario, sin necesidad de entrega o tradición⁵², se reconoce sin dificultad la posibilidad de pactar donaciones inter vivos con efectos post mortem⁵³. Tales donaciones son irrevocables, y aunque transmiten inmediatamente la propiedad al donatario, la entrega de los bienes donados se produce con la muerte del donante⁵⁴, quien en muchas ocasiones se reserva el usufructo vitalicio. En todo caso, las donaciones inter vivos con efectos post mortem deben cumplir los requisitos formales esenciales exigidos por el art. 632 CC para las donaciones de bienes muebles y por el art. 633 CC para las donaciones de bienes inmuebles.

En el supuesto real examinado, las circunstancias descritas no concuerdan con una donación inter vivos con efectos post mortem. Para comenzar, el pacto se instrumentó en documento privado, y no en escritura pública, con lo que la pretendida donación de las fincas rústicas habría carecido de validez. Además, la madre no se reservó el usufructo de los bienes donados, como suele ser usual en esta clase de donaciones. Y en todo caso, los hijos pasaron a poseer y explotar de inmediato los bienes inmuebles, actuando como sus propietarios, sin diferirse la entrega posesoria a la muerte de la madre.

C) *Donación inter vivos.*

Dado que los hijos tomaron posesión inmediata de los bienes con la firma del documento, cabría plantearse si lo que se pactó fue una donación inter vivos, con inmediata traslación del dominio.

A favor de esta hipótesis cabría argumentar que la madre se reservó el usufructo universal de la casa donde vivía, y que los hijos se comprometieron a abonarle vitaliciamente una pensión, lo que apuntaría a la intención de dar cumplimiento al art. 634 CC, a tenor del cual “la donación podrá comprender todos los bienes

52 STS 22 diciembre 1986 (RJ 1986, 7795); STS 25 septiembre 1993 (RJ 1993, 7654); STS 14 octubre 2002 (RJ 2002, 10171); STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4530); STS 24 marzo 2023 (RJ 2023, 2130).

53 ALBIEZ DOHRMAN, K.J.: *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 53-56, 61-64; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Donación “inter vivos”, “mortis causa” y donación “inter vivos” con entrega “post mortem”. Comentario a la STSJ Navarra de 26 octubre 2002”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2004, núm. 13, pp. 146-151; SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición*, cit., pp. 237-243.

54 Por esta razón, a diferencia de las donaciones mortis causa, las donaciones inter vivos con efectos post mortem son inscribibles en el Registro de la Propiedad: RDGRN 20 febrero 2017 (RJ 2017, 3391); RDGRN 27 marzo 2019 (RJ 2019, 1455); RDGSJFP 29 octubre 2020 (RJ 2020, 5477); RDGSJFP 29 octubre 2020 (RJ 2020, 5484); RDGSJFP 25 abril 2022 (RJ 2022, 2502).

presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”.

Sin embargo, la respuesta al interrogante planteado ha de ser evidentemente negativa, dado que la eventual donación de bienes inmuebles se plasmó en un documento privado, no en una escritura pública, como exige el art. 633 CC, y por tanto habría carecido de toda eficacia y validez. Así lo recalcó la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación.

A estos efectos, en la jurisprudencia es pacífico que si el donante pretende realizar donaciones con cierta trascendencia sucesoria, a modo de reparto o adelanto de la herencia futura en vida, no queda dispensado el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en los arts. 632 y 633 CC⁵⁵.

A mayor abundamiento, cabría argumentar que si lo que pretendía la madre era hacer una donación de los bienes a sus hijos, no habría tenido sentido confeccionar un documento que contenía los lotes de los bienes donados, incluyendo sus valoraciones, con la finalidad de asegurar una igualdad de trato hacia los donatarios.

D) Donación-partición.

La donación-partición ofrece una solución jurídica a los ascendientes que, al llegar a una edad avanzada, pretenden desentenderse de la administración o explotación de sus bienes. Se trata de un acuerdo plurilateral, pues ha de ser aceptado por los ascendientes y por los descendientes. En su virtud, los ascendientes donan todos o algunos de sus bienes a sus hijos o descendientes, haciendo en ese mismo momento la partición entre ellos. La donación-partición tiene una naturaleza jurídica compleja, pues constituye un pacto irrevocable que produce

55 La STS 13 junio 1903 (JC, t. 96, 174) dijo que la partición hecha por el testador conforme a lo dispuesto en el art. 1056 CC “es muy diferente de las consecuencias que en Derecho producen las disposiciones libres que en vida toman los padres donando á sus hijos el todo ó parte de sus bienes”. La STS 9 julio 1940 (RJ 1940, 693) concluyó que “las razones expuestas conducen a la consecuencia de no poder ser estimado el convenio de 6 de febrero de 1927, como ejecución de lo estipulado en los capítulos matrimoniales ni hallarse en éstos la causa de aquél, de donde, al no existir la supuesta causa, el acto de liberalidad de que se trata constituye una donación pura y simple en la que es manifiesto faltan los requisitos de forma necesarios para su validez, pues excediendo el valor de lo donado de la suma de 300 ducados, deberían haber mediado el otorgamiento de escritura pública y la insinuación o el juramento; y al no concurrir estos requisitos, resultan evidentes la nulidad de la donación”. Y la STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272) afirmó: “Si, por el contrario, no se trata de una genuina partición como acto independiente, sino de la distribución y adjudicación de bienes que, por vía indirecta, vaya envuelta o embebida en actos «inter vivos» de esencia dispositiva y régimen jurídico propio y especial (donaciones, dotes, mejoras, etc.), la exigencia de forma será consecuencia obligada de la aplicación de las normas por las que hayan de regirse las respectivas liberalidades”.

En el mismo sentido se han pronunciado las Audiencias Provinciales; valga como ejemplo la SAP Málaga (Sección 4ª) 28 abril 2011 (AC 2011, 1398): “Una partición con efectos en vida, o sea, como transmisión inmediata de bienes, es cosa extraña al art. 1056 citado; el causante que quiera desprenderse en vida de sus bienes, puede distribuirlos entre quienes desee sean sus sucesores, mediante otorgamiento de las correspondientes donaciones inter vivos, pero ello es ajeno al supuesto del art. 1056”.

a la vez los efectos de la donación y los de la partición, ya que los descendientes pasan a ser no solo donatarios, sino también copartícipes.

La donación-partición está expresamente regulada en Francia⁵⁶, donde es denominada “donation-partage”; en Bélgica⁵⁷, donde recibe el nombre de “partage d’ascendants”; en Luisiana⁵⁸, donde es llamada “partitions made by parents and other ascendants among their descendants”; y en Argentina⁵⁹, donde se regula con la denominación de “partición por donación entre vivos”.

Con las notables excepciones de MARÍN LÁZARO⁶⁰ y de RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE⁶¹, la práctica totalidad de doctrina ha negado que el art. 1056 CC dé cabida a la donación-partición⁶². En el mismo sentido negativo se pronunció la STS 6 marzo 1945⁶³, recalando que la partición del art. 1056 CC produce efectos mortis causa, y no transmite la propiedad de los bienes a los herederos hasta que el testador no haya fallecido⁶⁴.

56 Arts. 1075 a 1078 del Código Civil francés.

57 Arts. 4229 a 4231 del Código Civil belga.

58 Arts. 1724 a 1733 del Código Civil luisiano.

59 Arts. 3514 a 3538 del Código Civil y Comercial argentino.

60 MARÍN LÁZARO, R.: “La partición de la herencia hecha por actos “inter vivos””, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, pp. 213-238.

61 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: “Efectos de la partición inter vivos que regula el artículo 1056 del Código civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, pp. 307-347.

62 ROCA SASTRE, R.M.: “Partición de herencia”, cit., pp. 386-392; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: “La partición”, cit., pp. 174-175; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “La partición”, cit., pp. 223-224; DIEZ SOTO, C.M.: “La partición”, cit., p. 888; RUBIO GARRIDO, T.: *La partición*, cit., pp. 449-451; SANCIÉNA ASURMENDI, C.: *La partición*, cit., p. 292.

63 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272): “El Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés. (...) Si bien el artículo 1056, aludido, del Código español, admite que el causante pueda realizar partición de sus bienes de dos modos distintos, por acto «inter vivos» o por disposición de última voluntad, no se remite, como el Código napoleónico lo hace, en cuanto a la primera de estas modalidades, al régimen específico de las donaciones «inter vivos». (...) Siquiera se permita que este acto «mortis causa» vaya ligado, por una especie de yuxtaposición de elementos, a una declaración de voluntad emitida dentro del molde propio de los actos «inter vivos», sin perder por ello su naturaleza ni dar siquiera al negocio particional (complejo en cuanto a sus elementos integrantes, mas no en cuanto a su naturaleza sustancial) el carácter mixto que suelen atribuir a la donación-partición los intérpretes del Código francés y del italiano de 1865, cuando, tratando de fijar la fisonomía de esa institución (que alguna vez ha sido calificada de paradoja jurídica) dicen que en ella se descubren los caracteres sustanciales de la donación «inter vivos» estrechísimamente combinados con los propios de la sucesión hereditaria que le sirve de causa”.

64 Sin embargo, extrañamente, algunas Audiencias Provinciales han aceptado la virtualidad de la figura con base en el art. 1056 CC (aunque a meros efectos dialécticos, y sin constituir la ratio decidendi del fallo). Es el caso de la SAP Toledo (Sección 1ª) 2 septiembre 2003 (JUR 2004, 116424) y de la SAP Valencia (Sección 6ª) 14 marzo 2005 (JUR 2009, 23897), de idéntico tenor literal: “Conviene hacer una breve referencia a la posibilidad que contempla el artículo 1056 del Código Civil de que la partición hereditaria pueda realizarse por acto “entre vivos”. Dicho precepto determina que el causante y sus herederos puedan realizar por anticipado la partición, lo que otorgaría a dicho acto naturaleza contractual y si mediare efectiva entrega de bienes nos encontraríamos ante una institución híbrida de donación y partición, la cual hallaría igualmente amparo en la excepción que contempla el artículo 1271 del Código Civil cuando expresa que sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056 del Código Civil”. Por el contrario, la SAP Asturias (Sección 5ª) 1 diciembre 2022 (JUR 2023, 11454) se planteó una posible interpretación del art. 1056 CC que dé cobijo a la donación-partición, lo que terminó descartando a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: “La doctrina científica estuvo dividida sobre si el dicho

Volviendo al supuesto de hecho real que ha servido de base para el desarrollo de este artículo, la conclusión más razonable es que lo que pretendieron los firmantes del documento fue realizar una donación-partición: transmitir de manera inmediata a los hijos la propiedad de los bienes que integraban la herencia del difunto padre, los bienes de la madre (que permanecía con vida) y los bienes de la sociedad postganancial de los progenitores. Múltiples circunstancias así lo atestiguan: la relación de los lotes de bienes que se adjudicaron a todos los hijos, con sus correspondientes valoraciones, para asegurar la igualdad en el reparto; los hijos actuaron de manera pública y notoria como propietarios de los inmuebles rústicos desde la firma del documento; y la reserva que hizo la madre del usufructo vitalicio de la casa donde vivía, junto al compromiso que asumieron los hijos de abonarle una pensión mientras viviese, medidas tendentes a garantizar la digna subsistencia de una progenitora que se desprendía de la totalidad de su patrimonio (art. 634 CC).

Ahora bien, ¿era válido tal pacto? La primera dificultad radica en que la donación-partición no está expresamente regulada en el CC, y la jurisprudencia y casi toda la doctrina no la admiten. Pero incluso superando tal escollo⁶⁵, existiría un problema insalvable: el incumplimiento de los requisitos formales. Como la donación-partición comporta una disposición inmediata y gratuita de los bienes a favor de los descendientes, todos los ordenamientos que la regulan exigen que se respeten las reglas formales de las donaciones⁶⁶. En la medida en que todos los bienes relacionados en los lotes eran inmuebles, y que el pacto analizado constaba en documento privado, y no en escritura pública, las disposiciones gratuitas sobre

precepto admite la posibilidad de que los herederos y su causante realicen en vida de éste y por anticipado la partición de sus bienes, que en el caso de mediar entrega conformaría una institución híbrida entre donación y partición, o si, por el contrario, el hecho de que el art. 1056 confiera la facultad de hacer la partición al "testador" presupone que encuentra fundamento en un testamento, tesis la segunda que es la acogida por T.S. en su ya añeja sentencia de 6-3-1945, de manera que la partición inter vivos practicada al amparo del art. 1056 del CC sólo es eficaz en tanto en cuanto exista un testamento, sea anterior, simultaneo o posterior que aluda a la partición hecha o le dé sustento".

65 Cabría plantearse la posibilidad de configurar la donación-partición en el Derecho civil común como una figura negocial atípica. Tal fue el planteamiento de LÓPEZ PELÁEZ, para quien la STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272) no habría dicho que la donación-partición no es admisible, sino que no está regulada en el art. 1056 CC (LÓPEZ PELÁEZ, P: "La partición", cit., pp. 175-176). A mi entender, la donación-partición no es admisible como negocio atípico; y no porque no pueda ser embebido en el art. 1056 CC, ni porque la STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272) no la prohibiese expresamente, ni tampoco porque pueda ser (fundadamente) calificada como un pacto sucesorio proscrito por el art. 1271.II CC; sino porque constituiría una vía especial para heredar que resultaría incompatible con las líneas maestras que regulan la sucesión en el CC, dado que el art. 658 CC solo permite la sucesión testamentaria y la sucesión legal. A mayor abundamiento, el negocio atípico que LÓPEZ PELÁEZ propuso como 'donación-partición' consistiría en un acuerdo único alcanzado por el testador con todos sus herederos en el que se realizaría el reparto de sus bienes entre ellos, constando la voluntad de cada uno de los partícipes tanto de aceptar los bienes que se les donan como de no impugnar las donaciones realizadas a los otros donatarios; sin embargo, aunque dicho acuerdo pudiese comportar la toma de posesión de los bienes por los herederos, la transmisión de la propiedad se produciría con el fallecimiento del donante (LÓPEZ PELÁEZ, P: "La partición", cit., pp. 174-179). En cambio, en la genuina donación-partición, la transmisión de la propiedad se produce a favor de los donatarios-herederos desde el momento de la aceptación, y no con la muerte del donante-causante.

66 Art. 1075 del Código Civil francés; art. 4.229.II del Código Civil belga; art. 1726 del Código Civil louisiano; y art. 3523 del Código Civil y Comercial argentino.

los bienes de la madre y su mitad de gananciales fueron inválidas⁶⁷, al no constar en escritura pública, tal y como exige el art. 633 CC.

La conclusión resulta un tanto decepcionante: los firmantes del documento intentaron obtener un resultado perfectamente definido, pero la normativa vigente impedía alcanzar los efectos pretendidos. De ahí que la decisión adoptada por los Tribunales en el procedimiento judicial, aunque totalmente correcta desde el punto de vista jurídico, resultase inconveniente, tanto desde el punto de vista fáctico como económico.

V. ¿Y SI LA MADRE NO HUBIESE VARIADO SU TESTAMENTO (Y REVOCADO LA PARTICIÓN) ANTES DE MORIR?

A la vista de la situación descrita, cabría preguntarse cuál hubiese sido la calificación jurídica del documento privado si la testadora no hubiese otorgado antes de morir un testamento incompatible. Como tal documento fue suscrito no solo por la madre, sino también por todos los hijos, ¿podría haberse entendido que la partición no tenía carácter unilateral, sino bilateral? Y en caso afirmativo, ¿cuál habría sido la eficacia y régimen jurídico de esa partición contractual?

I. Partición bilateral del testador y de los herederos al amparo del art. 1271 CC.

El planteamiento de esta cuestión no obedece a una mera disquisición teórica, pues tiene fundamento a la vista de la remisión que el art. 1271.II CC efectúa al art. 1056 CC. El art. 1271 CC dice: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”.

Este artículo sufrió una importante modificación entre la primera y segunda versión del CC⁶⁸. En la primera versión⁶⁹, el art. 1271 CC decía que “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona

67 La invalidez formal no afectó a la disposición de los bienes de la herencia del padre y su mitad de gananciales, pues el documento privado es suficiente para convenir una partición por todos los herederos ex art. 1058 CC. Así lo entendieron los Tribunales que conocieron del litigio. Vid. supra, III.

68 LÓPEZ LÓPEZ, J., y MELÓN INFANTE, C.: *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 348.

69 La primera versión del CC fue publicada en virtud del Real Decreto de 6 de octubre de 1888. El art. 1271 de la primera versión del CC fue publicado en la Gaceta de Madrid de 29 de noviembre de 1888.

de cuya sucesión se trate". Sin embargo, en la segunda versión⁷⁰, el art. 1271 CC introdujo una innovación fundamental⁷¹, dando un giro de 180 grados⁷², pues pasó a permitir celebrar contratos sobre la herencia futura "cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056". Muchos años después, la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, añadió a la división de un caudal la realización de "otras operaciones particionales", también con fundamento en el art. 1056 CC.

El art. 1271 CC, en su primera versión, tenía una redacción muy parecida a la del art. 1284 del anteproyecto de CC de 1882-1888, que decía: "Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aunque sean futuras. Se exceptúa la herencia futura; acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate"⁷³. Su origen radica en el art. 994 del proyecto de CC de 1851, cuyo contenido era prácticamente idéntico: "Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aunque sean futuras. Se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier pacto, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate"⁷⁴.

En el Derecho castellano anterior al CC, la regla general era la prohibición de los contratos sobre la división de la herencia futura suscritos en vida con los herederos. Sin embargo, como excepción, se entendía que tales contratos eran válidos y eficaces cuando fuesen aceptados por el causante, siempre que antes de su muerte no hubiese cambiado de parecer⁷⁵. Un contrato de tal naturaleza fue aceptado por la STS 10 febrero 1961⁷⁶, que dirimió una herencia cuya delación fue

70 La segunda versión del CC fue publicada en virtud del Real Decreto de 24 de julio de 1889. El art. 1271 de la segunda versión del CC fue publicada en la Gaceta de Madrid de 26 de julio de 1889.

71 GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: "Naturaleza y eficacia", cit., pp. 508-509.

72 SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición*, cit., p. 210-211.

73 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El anteproyecto*, cit., p. 389.

74 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El anteproyecto*, cit., p. 389.

75 P 5.5.13 decía: "Esperança han los omes a las vegadas, de heredar los vnos, los bienes de los otros. E esta esperança puede ser en dos maneras. La vna es, quando alguna ha fuizia de heredar los bienes de algun su pariente: seyendo tan propinco, que haya de heredar le: si acaesciere que fine sin testamento, todo lo suyo. La otra es quando han fuizia que le establecera alguno por heredero. E por que y ha algunos omes que qeren vender tal esperança como esta sobre dicha, o derecho que atienden auer: dezimos que lo non pueden fazer, si nombrassen las personas de aquellos que han fuizia de heredar. Fueras ende, si fuere la vendida con otorgamiento, e complazer dellos mismos, e que duren toda via en este plazer fasta que mueran". Por su parte, P 6.15.9 aludía a la hipótesis de que "el padre o el testador partiese el mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento".

76 STS 10 febrero 1961 (RJ 1961, 885): "Los negocios jurídicos concluidos sobre una herencia todavía no abierta la delación, válidos, en general, según las legislaciones de tipo germánico, y prohibidos, con excepciones, en las de inspiración romana no pasaron desapercibidos a nuestro Derecho histórico, pues el de Partidas (Ley XIII, Título V, Partida V), rectamente aplicado por la Sala sentenciadora en su fallo (considerando tercero) admite y consagra la validez y consiguiente eficacia jurídica de dichos negocios sucesorios si viniesen otorgados con el consentimiento del titular del hereditario, perdurando en él hasta su muerte, ya que en este especial caso o modalidad del contrato, según expone la glosa gregoriana, se manifiesta la confianza del que consiente de que "no se atentarán contra su vida", temor que patrocinaba la prohibición

anterior a la entrada en vigor del CC. Incluso la STS 3 diciembre 1868⁷⁷ consideró que tales contratos tenían carácter irrevocable, por lo que las adjudicaciones de bienes acordadas entre el causante y sus herederos no podían ser dejadas sin efecto unilateralmente por el testador.

No se conocen los motivos ni las justificaciones que motivaron que la segunda versión del CC modificase el art. 1271 CC, excepcionando de la prohibición de los contratos sucesorios aquellos que se celebren sobre la división del caudal conforme a lo dispuesto en el art. 1056 CC⁷⁸. Desde luego, la Real Orden de 29 de julio de 1889, en la que los miembros de la Comisión de Códigos expresaron los fundamentos de las enmiendas y adiciones de la edición reformada del Código Civil, no mencionó en ningún momento la innovación introducida en el art. 1271 CC⁷⁹.

En cualquier caso, la remisión que el art. 1271 CC realiza al art. 1056 CC no fue fruto de la casualidad, y la modificación normativa introducida en la segunda y definitiva versión del CC no puede ser tildada de intrascendente⁸⁰. Así las cosas, la única interpretación razonable es que cuando el art. 1271 CC se remite al art. 1056 CC está admitiendo la posibilidad de que el testador y sus herederos celebren un contrato en el que pacten de común acuerdo la partición de los bienes de la herencia futura. Si la partición del art. 1056 CC es un acto unilateral del testador, y el art. 1271.II CC permite celebrar un contrato para la división del caudal conforme

“porque los compradores detal esperanza o de tal derecho... non ayan razón de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes, por codicia de los aver”; dato recogido en la sentencia con declaración de que el consentimiento aludido se mantuvo invariablemente durante la vida, hecho no combatido en casación”.

77 STS 3 diciembre 1868 (JC, t. 18, 319): “Considerando que es un principio fundamental de derecho que el contrato es ley para los contratantes, siendo por tanto para ellos ineludible su cumplimiento; y que como acto bilateral no se puede invalidar por testamento ó codicilo, ni por otro acto unilateral. Considerando que es potestativo á los padres partir su herencia por sí mismos en vida y distribuirla entre los que han de ser sus herederos á su finamiento, como declara la ley 9.ª, tit. 15, Partida 6.ª, y que de esta facultad hizo uso la madre del demandante y demandado, según aparece de la escritura de 13 de Mayo de 1860, en que se consigna el convenio que con dichos sus hijos habia celebrado, cediéndoles todos sus bienes con adjudicación á cada uno de los correspondientes á su respectiva legitima desde aquel día para siempre jamás. Considerando por lo espuesto que el codicilo de 21 de Noviembre de 1861 no ha podido anular, ni contrariarlo establecido en el precitado contrato, siendo por consiguiente ineficaz aquella disposición testamentaria, en cuanto al legado de la finca objeto de la demanda, puesto que por la citada escritura de convenio anterior, se hallaba adjudicada en pago de su legitima materna al demandado”.

78 ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Algunos aspectos”, cit., p. 277; REQUEIXO SOUTO, X. M.: “Pactos de atribución”, cit., pp. 1775.

79 Ante tal tesis, resultaría de sumo interés analizar las actas de la Comisión de Códigos que diesen cuenta de esta modificación, pero ello no es posible, dado que las actas posteriores a octubre de 1882 se encuentran extraviadas, sin que se hayan podido encontrar, a pesar de los múltiples intentos realizados hasta la fecha (LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Volumen I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978, pp. 543-544; BARO PAZOS, J.: *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 259). Queda abierta, en todo caso, la línea de investigación consistente en analizar con detalle los debates parlamentarios que se celebraron en el Congreso de los Diputados y en el Senado con motivo de la aprobación de la primera versión del CC y su ajuste a la Ley de bases de 11 de mayo de 1888, para verificar si pudiesen arrojar alguna luz acerca de la versión definitiva del art. 1271 CC.

80 GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: “Naturaleza y eficacia”, cit., p. 510.

al art. 1056 CC, la única manera de conciliar ambos preceptos es permitir que el testador y sus herederos suscriban un contrato con finalidad particional; de lo contrario, el art. 1271.II quedaría completamente vacío de contenido, lo que carecería de sentido⁸¹.

Se trata de un planteamiento asumido por una parte relevante de la doctrina, con diversos matices, que por razón de espacio no pueden ser desarrollados en este artículo⁸². En la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden encontrarse algunos razonamientos que apuntarían a una posible partición bilateral suscrita por el testador y sus herederos⁸³. Y también existen algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales proclives a una partición bilateral⁸⁴.

En apoyo de la viabilidad de la partición bilateral, cabe señalar que no parece que pueda ser calificado como un supuesto de sucesión contractual, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo ha reducido significativamente el ámbito de aplicación de la prohibición de los pactos sucesorios. A modo de ejemplo, la STS 22 julio 1997⁸⁵ consideró que el art. 1271 CC proscribía “única y exclusivamente (...) los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante”. Las características de la partición bilateral⁸⁶ no encajan en el ámbito de la prohibición de la sucesión contractual⁸⁷. Y en todo caso, incluso considerando que la partición bilateral pudiese constituir un

81 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: “La partición”, cit., p. 180.

82 GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: “Naturaleza y eficacia”, cit., pp. 495-499, 509-532; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: “La partición”, cit., pp. 171-173, 179-180, 206-210, 220; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “La partición”, cit., p. 225; MONEDERO GIL, F. J.: “La partición”, cit., pp. 62-66; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Algunos aspectos”, cit., pp. 272-274, 279-282, 291-293; CREMADES GARCÍA, P.: “La partición”, cit., pp. 18-23; SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición*, cit., pp. 207-226.

83 La STS 13 junio 1903 (JC, t. 96, 174) aludió a “una mera partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal”. La STS 8 octubre 1915 (JC, t. 134, 28) dijo que “se consigna el compromiso del Calvo de testar en la forma que se expresa y que podrá llevar á efecto hasta su muerte, llegada la cual es cuando nacerá el derecho de Doña Peregrina Barcia de reclamar contra los sucesores del mismo si aquél no hubiese cumplido tal convención”. La STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272) se refirió al “alcance jurídico del documento de referencia, toda vez que, en realidad, de su letra misma y de su espíritu se infiere claramente que el objeto de él era hacer don José T., por su libre y exclusiva voluntad, la partición hereditaria de sus bienes, sin que de sus cláusulas resulte que pretendiera dar a la misma carácter irrevocable ni contenido contractual”, de donde se desprende implícitamente que cabría tal posibilidad. Igualmente, la STS 6 mayo 1953 (RJ 1953, 1631) afirmó que “un convenio particional de bienes hereditarios hecho en vida del causante (...) para ser válido, eficaz e irrevocable (...) debería estar respaldado por un testamento anterior o posterior conforme a cuyas cláusulas se hubiera efectuado”.

84 Puede verse una relación de estas Sentencias de las Audiencias Provinciales en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La partición convencional*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, pp. 79-81.

85 STS 22 julio 1997 (RJ 1997, 5807).

86 Vid. *infra*, V.2.

87 SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición*, cit., pp. 212-214.

pacto sucesorio⁸⁸, estaría expresamente exceptuado de la prohibición general por el propio art. 1271.II CC⁸⁹, como apunta la STS 29 octubre 1960⁹⁰.

A mayor abundamiento, y como argumento de cierre, si se admiten las donaciones inter vivos con efectos post mortem, no parece que exista impedimento para reconocer la validez y eficacia de un contrato particional bilateral suscrito por el testador y los herederos que surta efectos tras el fallecimiento del causante⁹¹.

En el supuesto litigioso comentado, si la madre no hubiese testado poco antes de su fallecimiento, dejando sin efecto la partición convenida años atrás en documento privado, dicho negocio hubiese surtido los efectos jurídicos característicos de una partición bilateral, suscrita por la testadora y por sus herederos, dado que los hijos ocuparon y explotaron los inmuebles rústicos con una clara vocación de permanencia, a consolidar tras la muerte de la progenitora.

2. Régimen jurídico de la partición bilateral.

Una vez sentado que el art. 1271.II CC solo tiene sentido si permite que el testador y los herederos pacten convencionalmente una partición bilateral de la herencia futura, resulta de interés señalar algunas cuestiones básicas sobre su régimen jurídico.

A) Sujetos.

La partición debe ser aceptada por el testador y todos los herederos. No es posible que alguno de los interesados en la herencia futura pueda ser orillado, en la medida en que sus intereses se verán indefectiblemente afectados por el contrato particional⁹². Por tanto, se trata de un negocio plurilateral, sin que la bilateralidad particional pueda conllevar carácter sinalagmático⁹³.

Una cuestión interesante consiste en distinguir correctamente en la práctica las particiones unilaterales (art. 1056 CC) de las bilaterales (art. 1271.II CC).

88 GONZÁLEZ ENRIQUEZ, M.: "Naturaleza y eficacia", cit., pp. 524-525; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La partición", cit., p. 225; CREMADES GARCÍA, P.: "La partición", cit., p. 23.

89 Se uniría así a los supuestos excepcionales permitidos por el CC: promesa de mejorar en capitulaciones matrimoniales (art. 826 CC), mejora contractual irrevocable (art. 827 CC) y donación de bienes futuros en capitulaciones matrimoniales (art. 1341 CC).

90 STS 29 octubre 1960 (RJ 1960, 3447): "Pr[o]scritos con carácter general los pactos sucesorios por el artículo 1271 del Código Civil, ha de entenderse la excepción que el propio precepto establece relativa a la partición de bienes, en el sentido de autorizar al testador para practicar entre vivos la división de un caudal, por la que, conforme al artículo 1.056, ha de pasarse, en tanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos".

91 ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Algunos aspectos", cit., p. 293.

92 Así se desprende explícitamente del art. 1257 CC, e implícitamente de los arts. 1058 y 1059 CC, referentes a la partición convencional acordada por los herederos.

93 SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición*, cit., p. 216.

Evidentemente, en todas las particiones bilaterales debe constar la aceptación de los herederos; pero pueden existir particiones hechas unilateralmente por el testador en las que también comparezcan e incluso firmen los herederos. Es obvio que en una partición bilateral la aceptación de los herederos tiene carácter contractual, mientras que en una partición unilateral no cabe hablar ni de contrato ni de aceptación, sino de mero conocimiento o "asentimiento moral"⁹⁴ de los herederos.

La conclusión a la que se llegue dependerá de las concretas circunstancias del caso y del contenido e interpretación del documento particional. Si los herederos firman a los meros efectos de tomar conocimiento de la voluntad del testador, existirá una partición unilateral. Si por el contrario en la partición se incluyen términos que denoten la existencia de una negociación, con expresiones tales como que 'los comparecientes han pactado', 'han acordado', 'se han comprometido a dividir la herencia futura en los siguientes términos', o expresiones similares, no cabrá sino hablar de partición bilateral, en cuyo caso no existirá asentimiento moral, sino la prestación de un genuino consentimiento contractual. Parece claro que si el documento incluye una cláusula de renuncia futura de acciones entre los herederos, el carácter contractual de la partición será aún más evidente.

B) *Forma.*

La partición bilateral está presidida por el principio de libertad de forma, por lo que cabe reiterar en este punto lo expuesto en relación con la forma de la partición unilateral⁹⁵. Así y todo, a pesar de ser posible una partición oral, evidentes razones prácticas aconsejan a que conste por escrito, con la finalidad de poder acreditar la existencia del contrato particional.

C) *Convalidación testamentaria.*

El art. 1271.II se remite al art. 1056 CC, que alude al testador, y no al difunto. Como consecuencia de ello, la partición bilateral también precisa de un testamento que la convalide, ya que es en el testamento y no en la partición donde se centra el elemento dispositivo⁹⁶. Si el causante muere intestado, la partición bilateral carecerá de validez.

D) *Irrevocabilidad directa y revocabilidad indirecta.*

En la relación interna entre los herederos, la partición bilateral tiene carácter irrevocable, lo que es consustancial a su carácter contractual (arts. 1091 y 1256 CC).

⁹⁴ STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272).

⁹⁵ Vid. supra, IV.I.B), nota 23.

⁹⁶ GONZÁLEZ ENRIQUEZ, M.: "Naturaleza y eficacia", cit., p. 519.

Sin embargo, la irrevocabilidad contractual del pacto particional no goza de excesiva firmeza, pues el testamento en el que la partición se fundamenta sigue siendo esencialmente revocable (art. 737 CC), y el testador siempre podrá otorgar un testamento posterior incompatible con el contenido de la partición bilateral.

Por ello, la partición bilateral no es directamente revocable, pero sí que es indirectamente revocable por parte del testador, al ser accesoria al acto dispositivo, que es el testamento, y no el contrato particional⁹⁷. Si el testamento se revoca y queda vigente una regulación de la sucesión sustancialmente diferente de aquella en la que se asentó la partición, esta deviene ineficaz, y quedará revocada de manera indirecta⁹⁸. Por tanto, la irrevocabilidad de la partición se restringe al ámbito en que no contradiga la esencial revocabilidad de la disposición testamentaria⁹⁹.

E) Efectos post mortem.

La partición bilateral solo produce efectos mortis causa, pues se limita a regular el modo y la forma de practicar la partición de la herencia una vez el testador haya fallecido; pero no transmite la propiedad de los bienes del causante en vida.

Ello no constituye impedimento para que, en el mismo contrato, el causante pueda ceder anticipadamente la posesión de los bienes a los herederos, en cuyo caso sería razonable y conveniente la adopción de cautelas para garantizar la digna subsistencia del testador (a modo de ejemplo, el compromiso de pago de una pensión vitalicia, o la prestación de los cuidados que sean precisos hasta el fallecimiento).

F) Limitación de las causas de impugnación.

Sin duda, una de las grandes ventajas de la partición bilateral es la limitación de las causas de impugnación de la partición que se materializará tras el fallecimiento del causante. Los herederos no pueden cuestionar el reparto que aceptaron en el contrato particional, dado que constituye un acuerdo vinculante¹⁰⁰; y ello, aunque no se incluya una cláusula de renuncia futura de acciones entre herederos.

Al aceptar la partición, los herederos saben que, si al tiempo de la muerte del testador subsiste la institución, en la misma cuota o en una cuota no esencialmente distinta, recibirá los bienes que en la partición bilateral le fueron adjudicados. En consecuencia, fuera de las causas generales (vicios en el consentimiento,

⁹⁷ RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La partición", cit., p. 225.

⁹⁸ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: "Naturaleza y eficacia", cit., pp. 529.

⁹⁹ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: "Naturaleza y eficacia", cit., pp. 519.

¹⁰⁰ Dado que la partición bilateral posee valor contractual, no cabe aludir a la doctrina de los actos propios, como sucede con la partición unilateral, sino al principio pacta sunt servanda. Vid. supra, IV.1.A), nota 11.

complemento o adición de bienes hereditarios, preterición de algún heredero), la única causa de impugnación que podría ejercitar válidamente el heredero contra la partición bilateral estaría fundada en la lesión a la legítima (art. 1075 CC), sin que resulte viable la rescisión de la partición por causa de lesión en más de la cuarta parte, a no ser que el testador desee que subsista tal causa de impugnación (arts. 1074 y 1075 CC)¹⁰¹.

VI. REFLEXIONES FINALES.

Tras un detenido análisis jurídico del supuesto de hecho, la conclusión a la que se llega es claramente insatisfactoria. La decisión adoptada por los Tribunales que conocieron del litigio fue correcta desde el punto de vista jurídico: hubo una partición que la testadora revocó bastantes años después, poco antes de morir, al otorgar un testamento incompatible con la partición contenida en documento privado. Por ello, incluso aunque se hubiese considerado que la partición tenía carácter bilateral (opción perfectamente viable a la luz del art. 1271.II CC, aunque no demasiado destacada por la doctrina y por la jurisprudencia¹⁰²), y no unilateral (art. 1056 CC), la solución hubiese sido la misma: la revocación de la partición por un testamento posterior. Sin embargo, la decisión judicial resultó inconveniente desde el punto de vista práctico y económico.

Todo parece indicar que la madre y todos sus hijos pretendieron suscribir un negocio que produjese los efectos característicos de la donación-partición, con la finalidad de transmitir los bienes de la futura herencia en vida del causante. Sin embargo, se trata de una figura que no tiene cabida en el CC, y, además, los firmantes del documento no habrían cumplido los requisitos formales exigibles. Así las cosas, cabría reflexionar sobre la conveniencia de implementar una reforma de la normativa sucesoria para permitir la donación-partición: ha sido recientemente regulada en bastantes países, lo que acredita el buen estado de salud de la institución¹⁰³; y sería útil, pues contribuiría a regular de manera

101 Podría argumentarse que el art. 1075 CC solo resultaría aplicable a la partición unilateral hecha por el testador, pero no a la partición bilateral suscrita por el testador y por los herederos, en cuyo caso estos últimos podrían impugnar la partición por lesión en más de la cuarta parte al amparo del art. 1074 CC. En mi opinión, el art. 1075 CC también limita las posibilidades de impugnación del heredero que ha suscrito la partición bilateral, dado que en esta clase de partición contractual el testador también hace la partición. Además, resultaría un contrasentido, carente de toda lógica, que en una partición bilateral las posibilidades impugnatorias del heredero (que acepta la partición) fuesen más amplias que en una partición unilateral (en la que el heredero ni presta su consentimiento ni participa en la configuración del resultado particional).

102 En palabras de SANCIÑENA ASURMENDI, “esta posibilidad legal de hacer la partición del art. 1271.2 CC no parece haber tenido la acogida debida ni en la doctrina científica ni en la jurisprudencia” (SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición*, cit., p. 207).

103 La donación-partición en el Código Civil francés de 1804 fue objeto de una importante reforma aprobada en 2006. Un buen resumen del régimen jurídico de la donación-partición en el vigente Derecho francés puede verse en SANCIÑENA ASURMENDI, *La partición*, cit., pp. 282-292. El antiguo Código Civil belga, de 1804, regulaba la donación-partición, que ha sido incluida en el nuevo Código Civil de 2022. La regulación de la donación-partición en Luisiana fue parcialmente reformada en 1871, 1982 y 2004. Finalmente, el actual Código Civil y Comercial argentino, de 2014, regula la donación-partición, previamente reconocida en el

ordenada situaciones como la analizada, bastante más habituales de lo que sería deseable, en las que los herederos poseen durante años los bienes de la futura herencia con la aquiescencia los progenitores, y el deterioro de las relaciones humanas, con el consiguiente cambio de criterio de los testadores, ponen fin a las expectativas de los herederos, abocando a una situación jurídica realmente compleja con imposible solución satisfactoria en sede judicial.

Con todo, no hay que perder de vista que, a fin de cuentas, proponer la regulación de la donación-partición no sería más que introducir en el CC una nueva excepción a la prohibición de la sucesión contractual. Y ello enlaza con una de las grandes cuestiones pendientes del Derecho de Sucesiones en el Derecho civil común: la admisión de los contratos sucesorios¹⁰⁴. No tiene sentido que en pleno siglo XXI continúe vigente la prohibición contenida en el art. 1271 CC, que obedece a razones paternalistas muy alejadas de las necesidades inherentes a la realidad socioeconómica actual. Tampoco tiene ningún sentido que los Derechos forales regulen con naturalidad los pactos sucesorios y que el CC los continúe considerando negocios proscritos. Con la regulación de la sucesión contractual se lograría superar la rigidez del sistema sucesorio vigente, explorando posibilidades alternativas basadas en la autonomía de la voluntad que ofrecerían soluciones óptimas a deseos y necesidades personales y económicas reales, que podrían ser reguladas satisfactoriamente y con plena seguridad jurídica.

Código Civil argentino de 1869. La introducción de la donación-partición en Códigos Civiles de nuevo cuño, y la actualización de su regulación en Códigos Civiles vigentes desde el siglo XIX, denotan la utilidad de la institución en el Derecho comparado.

104 SÁNCHEZ ARISTI, R.: "Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios", en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 477-485.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Dos aspectos de la partición hecha por el testador", *Anuario de Derecho Civil*, 1948, vol. I, pp. 922-980.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Sólo el testador puede partir su herencia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 1954, núm. 71, pp. 45-58.

ALBIEZ DOHRMAN, K.J.: *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: *La partición efectuada por el causante. Régimen del Código civil y aragonés, con breve referencia a otros Derechos forales*, Reus, Madrid, 2018.

BARÓ PAZOS, JUAN, *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

CLEMENTE MEORO, M.E.: "Los tipos de partición", en *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones* (coord. por A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, V.L. MONTÉS PENADÉS y E. ROCA I TRIAS), Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, pp. 631-666.

CREMADES GARCÍA, P.: "La partición hecha por el testador con acto "inter vivos"", *Revista de Derecho Privado*, 2015, núm. 99, pp. 3-33.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: "La partición de herencia por el propio testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 99-234.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Donación "inter vivos", "mortis causa" y donación "inter vivos" con entrega "post mortem". Comentario a la STSJ Navarra de 26 octubre 2002", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2004, núm. 13, pp. 131-151.

DÍEZ SOTO, C.M.: "La partición realizada por el propio testador en el Código Civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Vol. I* (coord. por F.P. BLASCO GASCÓ, M.E. CLEMENTE MEORO, F.J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y R. VERDERA SERVER), Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, pp. 879-896.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador: Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999", *Anuario de Derecho Civil*, 2000, vol. 53, pp. 269-295.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La partición convencional*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

GÓMEZ MORÁN, L.: "Testamento-partición", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, núm. 257, pp. 601-631.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: "Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos", *Revista de Derecho Privado*, 1954, núm. 447, pp. 494-538.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.: "Sobre particiones verificadas por el testador en actos inter vivos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1927, núm. 27, pp. 166-174.

LIASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Volumen I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978.

LÓPEZ LÓPEZ, J., y MELÓN INFANTE, C.: *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: "La partición realizada por el propio testador en acto inter vivos y su problemática", *Revista de Derecho Civil*, 2023, vol. 10, pp. 153-197.

MARÍN LÁZARO, R.: "La partición de la herencia hecha por actos "inter vivos"", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, pp. 213-238.

MONEDERO GIL, F.J.: "La partición practicada por el testador", *Pretor*, 1971, núm. 64, pp. 515-552.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

REQUEIXO SOUTO, X.M.: "Pactos de atribución particular post mortem. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, 2012, núm. 65, pp. 1745-1781.

ROCA SASTRE, R.M.: "Partición de herencia por actos «inter vivos»", en *Estudios de Derecho Privado. II, Sucesiones*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948, pp. 371-395.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La partición hecha por el testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1970, pp. 209-231.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: "Efectos de la partición inter vivos que regula el artículo 1056 del Código civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, pp. 307-347.

RUBIO GARRIDO, T.: *La partición de la herencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: "Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios", en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 477-541.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición hecha por el testador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

PACTOS DE CONVIVENCIA EN PAREJAS DE HECHO, EN
RECIPROCIDAD CON LAS UNIONES MATRIMONIALES:
OTRA “VUELTA DE TUERCA”*

COEXISTENCE AGREEMENTS IN DEFACT COUPLES, IN
RECIPROCITY WITH MARRIAGE UNIONS:
ANOTHER TWIST

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 320-349

* El presente estudio supone un compendio, extendido y actualizado, de dos trabajos anteriores de su autor: por un lado, el de «Parejas de hecho, pactos de convivencia y en previsión de posible ruptura, en España: "status quaestionis"», publicado en la obra colectiva internacional *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, que él mismo coordinaba con los profesores L. AGUILAR RUIZ Y J.L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, Navarra, 2014, pp. 61-81; y, por el otro, el más reciente titulado: "De nuevo, sobre las parejas de hecho y su pertinaz voluntad de someterse a un régimen económico matrimonial. Comentario a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública de 21 de junio de 2021", *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, núm. 113º, pp. 287-308.

Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: En este trabajo, su autor, conforme a la doctrina oficial española y frente a la doctrina científica mayoritaria, niega la posibilidad de que las parejas de hecho puedan mediante pacto someterse en bloque o por su simple nombre a cualquier régimen económico matrimonial, porque al no haber matrimonio, ni unión semejante, no puede haber los efectos económicos, ni personales, propios del matrimonio; aunque propone una solución más sutil, con igual resultado, si tal remisión se hace cláusula por cláusula, lo que también pueden hacer; a la recíproca, las uniones matrimoniales si quieren acordar alguna de las reglas que la leyes autonómicas prevén para las parejas no casadas. Todo ello fundado en el progresivo acercamiento que, desde la legislación autonómica y desde las más recientes reformas estatales, se ha producido entre ambos tipos de uniones, matrimoniales y extramatrimoniales.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; parejas de hecho; gananciales; régimen económico matrimonial; autonomía de la voluntad; seguridad jurídica; orden público.

ABSTRACT: In this work, its author, in accordance with the official Spanish doctrine and against the majority scientific doctrine, denies the possibility that de facto couples can, through an agreement, submit themselves in bloc or by their simple name to any marital economic regime, because by not There can be no marriage or similar union, there cannot be the economic or personal effects of marriage; although it proposes a more subtle solution, with the same result, if such referral is made clause by clause, which marital unions can also do, reciprocally, if they want to agree on any of the rules that the regional laws provide for unmarried couples. . All of this is based on the progressive rapprochement that, since regional legislation and the most recent state reforms, has occurred between both types of unions, marital and extramarital.

KEY WORDS: Marriage; couples in fact; earnings economic matrimonial regime; autonomy of the will; legal security; public order.

SUMARIO.- I. COMO DETONANTE: ¿PUEDEN LAS PAREJAS DE HECHO PACTAR SOMETERSE AL RÉGIMEN DE GANANCIALES, O A CUALQUIER OTRO?- II. COMO PREMISA: LAS PAREJAS DE HECHO Y SU CONSABIDA FALTA DE ANALOGÍA CON EL MATRIMONIO-III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DIMENSIÓN PERSONAL O CONVENCIONAL DE LAS PAREJAS DE HECHO: SU NATURAL MORALIDAD —¿JURIDIFICABLE CONVENCIONALMENTE?- IV. AUTONOMÍA PRIVADA EN LA DIMENSIÓN ECONÓMICA O PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO.- 1. Sus consabidas diversas opciones: entre comunidad y sociedad.- 2. La imposible remisión convencional —en bloque o por su “nomen”— al régimen económico matrimonial.- 3. La hipotética -y sutil- remisión convencional -cláusula por cláusula- a un régimen económico matrimonial.- 4. La matizable remisión —aceptada por el Tribunal Constitucional— al régimen legal autónomo sobre parejas de hecho y una posible última “vuelta de tuerca”: la remisión convencional de las parejas casadas al régimen patrimonial de las no casadas.

I. COMO DETONANTE: ¿PUEDEN LAS PAREJAS DE HECHO PACTAR SOMETERSE AL RÉGIMEN DE GANANCIALES, O A CUALQUIER OTRO?

En España¹, no hace mucho que la Dirección General de la Seguridad Jurídica y la Fe Pública (en adelante, DGSGyFP), vino a resolver en su Resolución de 21 junio 2021² un caso de una pareja de hecho registrada conforme a la legislación gallega sobre parejas no casadas, a que los convivientes estaban aforados, y que, conforme permite la propia legislación gallega (en su Disposición adicional 3^a), pretendía inscribir un inmueble adquirido por compraventa como ganancial, a lo que el Registrador de la Propiedad se había opuesto.

Idéntico caso, aunque referido a una pareja de hecho registrada en Andalucía, conforme a su legislación, fue hace un tiempo resuelto por el mismo organismo, por entonces llamada Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRyN), en su Resolución de 7 febrero 2013³, y luego, sobre un caso en que se aplicaba la ley vasca de parejas no casadas, en la RDGRyN 11 junio 2018⁴, cuya misma solución ha sido reiterada como doctrina oficial por la más reciente de 2021, todas ellas contrarias a la pretensión de inscribir un bien común como ganancial de una unión no casada.

1 Para una visión comparatista de la cuestión, entre otros, ALARCÓN PALACIO, Y.: “Capitulaciones y rupturas de pareja en Colombia: una revisión de la autonomía privada y sus límites frente al desarrollo en España, Estados Unidos e Inglaterra”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 39, 2019, pp. 45-108.

2 Resolución 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021).

3 Resolución 3 febrero 2013 (RAJ 2013, 2908).

4 Resolución 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586).

• Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

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

No es, sin embargo, tal doctrina oficial la mayoritaria aún hoy en la doctrina científica⁵, lo que abunda en la necesidad de su estudio a fin de saber cuál de ambas, en nuestra opinión, parece la más acertada.

II. COMO PREMISA: LAS PAREJAS DE HECHO Y SU CONSABIDA FALTA DE ANALOGÍA CON EL MATRIMONIO.

Existe aún hoy en España un problema no resuelto satisfactoriamente, al menos en mi opinión, que por extensión también afecta al matrimonio y, por tanto, al propio concepto de familia nuclear: el fenómeno de las parejas no casadas.

Ya hace tiempo que la práctica unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional⁶, niega esa analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho, y niega también, por ello, que se deban equiparar en sus efectos⁷.

- 5 Según puede verse, recientemente expuesta, por BARRIO GALLARDO, A.: "Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico-matrimonial", en AA.VV.: *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017, pp. 127-142; y en su otro trabajo, del mismo año, «La organización económica de las parejas de hecho y sus límites institucionales», *RGLJ*, núm. 3, 2017, pp. 447-482; mostrándose en ambos conforme a que por pacto la pareja no casada se someta a un régimen económico matrimonial (vgr., en pp. 473-475).
- 6 Para una visión de conjunto sobre la jurisprudencia constitucional en materia de uniones de hecho, vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a.A.: "Las parejas de hecho y el Tribunal Constitucional", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (dir. por C. BAYOD LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 91-106.
- 7 Adviértase, así mismo, la elephantiasis doctrinal habida sobre el tema -entonando por ello el *mea culpa*-, de la que, sin embargo, merecen recordarse aquí, al menos, citados trabajos pioneros, a veces ya hoy olvidados, en la materia. Entre otros, y todo ello sin demérito de las obras omitidas injustamente, por nuestro olvido o ignorancia: ALONSO PÉREZ, M.: "La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil", en *Actualidad Civil*, 1998; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Las parejas de hecho", en *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 1823-1837; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., en sus dos trabajos: "Hacia una nueva concepción del matrimonio", *La Ley*, 1983-2; y "Lo que sí es y lo que no es el matrimonio", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1996, pp. 259-280; ESPINAR VICENTE, V.: "Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio", en *Actualidad Civil*, 2003, pp. 477-493; ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1991; GAVIDIA SÁNCHEZ, J., con sus múltiples trabajos: "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?", *RJN*, 1999, pp. 199-235; *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; "Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)", *La Ley*, 2001; y "Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales", *La Ley*, 2003; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., en sus obras: *La familia, el Derecho y la libertad*, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba Córdoba, 1987; "La familia sin matrimonio...", *Actualidad Civil*, 1990; *Uniones de hecho y pensiones de la seguridad social*, Trivium, Madrid, 1992; y "El matrimonio y la familia en la sociedad actual", en *RDP*, 2003, pp. 147-165; JORDANO BAREA, J.B.: "Matrimonio y unión libre", *Actualidad Civil*, 1999, pp. 181-198; LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Convivencia «more uxorio». Estipulaciones y presunciones", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil, Tomo I*, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 1990, pp. 1061-1069; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1995; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, C.: "Las uniones de hecho: Derecho aplicable", en *Actualidad Civil*, 1999; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, CGPJ, Madrid, 1998; PANTALEÓN PRIETO, A.F.: *La autorregulación de la unión libre*, en Poder Judicial, 1986, pp. 119-125; PUIG PEÑA, F.: "Las uniones maritales de hecho", *Revista General de Derecho*, 1949; ROCA I TRIAS, E.: "Familia, familias y Derecho de familia", *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 1055-1091; TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: "La institucionalización de las uniones homosexuales en España", *La Ley*, 2001; y *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001.

Dentro de la jurisprudencia constitucional, pueden citarse, entre otras, para casi todo lo que a continuación se va a decir, las SSTC 15 noviembre 1990, 14 febrero 1991, 14 diciembre 1992, 18 enero 1993, 8 febrero 1993, 17 junio 1999, 15 febrero 2001, o, más recientemente, la STC 23 abril 2013, que, precisamente por negar la semejanza entre las uniones de hecho y las casadas, acepta la constitucionalidad de la Ley navarra. Dentro del Tribunal Supremo, se pueden citar, entre muchísimas otras, las SSTS 18 mayo 1992, 21 octubre 1992 y 11 diciembre 1992, 18 febrero y 22 julio, ambas de 1993; las SSTS 27 mayo, 12 octubre y 24 noviembre, las tres de 1994, 18 marzo 1995, de 27 octubre 1997, de 27 mayo y 4 junio, ambas de 1998, 22 enero 2001, 17 enero 2003, ... O, como las más importantes, dictadas ambas en Pleno (aunque no exenta de votos particulares la primera), la STS 12 septiembre 2005⁸, y, más recientemente, ante la terquedad de muchos de los juzgados inferiores, la STS (también en Pleno) 15 enero 2018⁹.

Ciertamente, no se puede cifrar ya la diferencia en la licitud del matrimonio frente a la ilicitud de las parejas no casadas por su inmoralidad (por ser ilícitos en su causa ex art. 1275 CC¹⁰), como antes de nuestra Constitución de 1978 (en adelante,

8 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148).

9 STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 76). No fue, sin embargo, esta posición unánime en el Tribunal Supremo desde un principio. Hubo, al comienzo, algunos pronunciamientos que, sobre todo, para resolver las consecuencias económicas tras la ruptura de la pareja, permitieron aplicar, ora directamente, ora por analogía, determinadas normas del matrimonio a las parejas de hecho. Así, por ejemplo, la STS 27 marzo 2001 aplicó el régimen económico matrimonial de separación de bienes, aplicando en concreto, por analogía "legis", la compensación del trabajo doméstico del art. 1438 CC. La STS 16 diciembre 1996, por su parte, tras negar la aplicación por analogía de los regímenes matrimoniales, aplicaría en cambio, por analogía "legis", el art. 96.3 CC, sobre vivienda familiar. Por otro lado, las SSTS 5 julio 2001 y 16 julio 2002 aplicarían, también por analogía "legis", el art. 97 CC sobre pensión compensatoria prevista para el caso de separación o divorcio conyugal. Finalmente, las SSTS 10 marzo 1998 y la ya citada STS 27 marzo 2001, al amparo de los arts. 1 y 4 del art. 1 CC, establecerán una compensación económica a favor de uno de los convivientes separados por aplicación del principio general del Derecho «de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho», que extraen, por analogía *iuris*, de los principios constitucionales de dignidad (art. 10 CE), de igualdad (art. 14 CE), y de protección de la familia (art. 39 CE), y, descendiendo, de los arts. 96 CC y 16.1.b) LAU-1994 (y de la jurisprudencia constitucional -antes citada- que aplicaba el art. 58.1 LAU-1964 al conviviente "more uxorio").

También hoy hay algunos pronunciamientos dentro del propio Tribunal Supremo que aún hablan de la aplicación analógica, cuando rectamente se trata de aplicar directamente ciertas normas, no tanto a las parejas de hecho como tales, sino como progenitores, tratándose, entonces, de aplicar directamente tales normas a los hijos habidos en tales parejas, todo lo cual resulta ser así no por una supuesta analogía habida entre parejas casadas y no casadas, sino por la exigencia de igualdad y no discriminación de filiación, sea esta matrimonial o extramatrimonial, que imponen los arts. 14 y 39 de nuestra Constitución española (en adelante, CE), y así refleja el art. 108 CC, y que exigen la aplicación directa y sin más de tales normas a todo tipo de hijos cualquiera que sea el estado civil y la relación entre sí de sus progenitores. Aplíquese, por ejemplo, lo dicho en materia de atribución del uso de la vivienda tras la ruptura de la pareja "ex" art. 96 CC, donde, al principio, la jurisprudencia hablaba de su aplicación analógica a las parejas de hecho con hijos (así, las SSTS 16 diciembre 1996 y 10 marzo 1998, recurriendo esta, no a la analogía, sino a la aplicación supletoria de un -pretendido- principio general del Derecho de protección del conviviente más débil perjudicado por la ruptura), para luego entender que se aplicaba analógicamente a los hijos habidos en tales uniones no maritales (así, según las SSTS 28 marzo 2008, 1 y 14 de abril 2011 y 6 octubre 2011, entre otras), para, finalmente, dejar ya de hablar de analogía (según puede verse, por ej., en las SSTS 31 mayo 2012, 16 enero 2015 y 25 abril 2016). Para mayor detalle al respecto, me remito a mi estudio, actualizado y completado en su referencia al Derecho foral por GARCÍA MAYO, M.: "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pp. 239-276.

10 Cuando dice: "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

CE) se decía¹¹. Actualmente, el matrimonio no es ya la única vía legal, ni lícita para la cohabitación y la procreación. Equiparada hoy toda filiación (matrimonial, extramatrimonial y adoptiva), y permitidas la adopción y la reproducción asistida a matrimonios y a uniones de hecho, cualquiera que sea el sexo, o el género, de sus componentes, dice el Tribunal Constitucional que la posibilidad de fundar una unión extramatrimonial, en cuanto posible comunidad de vida diversa del matrimonio, constituye una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE¹²) y, también, una manifestación de la libertad en general (art. 16 CE¹³), y, en particular, del derecho —o la libertad— a no casarse que, como integrante del “*ius connubi*” en sentido pleno, consagra el art. 32.1 CE¹⁴, interpretado este “*a contrario sensu*». Hoy no sólo el matrimonio sirve para fundar una familia; no sólo existe ya la familia matrimonial, amén de la parental y la afín. Cierto que el art. 32 CE se refiere a la familia fundada en el matrimonio. Pero no es la única. Separado, no por casualidad, de esa norma, el art. 39 CE hace referencia a una familia más amplia en su referencia, a.e., a las madres, cualquiera que sea su estado civil, a los hijos habidos fuera del matrimonio, que en sus derechos y deberes deben equipararse a los hijos matrimoniales¹⁵. Y más allá de su letra, hay también otros vínculos familiares, que ni siquiera menciona: como la afinidad, el parentesco, ... Cabría hoy, pues, como legítima, la posibilidad de una familia extramatrimonial. Y es ahí donde tienen encaje según el Tribunal Constitucional las parejas no casadas, como fundamento de una familia extramatrimonial. Nuestro Derecho, pues, puede “familiarizar” las uniones de hecho como vía alternativa —cohabitadora y procreadora, si se quiere— al matrimonio; pero no debe también “matrimonializarlas” sin más, esto es, equipararlas como tales uniones al matrimonio, porque, como dice el propio Tribunal Constitucional, el matrimonio y las parejas no casadas no son situaciones idénticas, ni siquiera equivalentes. Es

11 En la jurisprudencia preconstitucional, amén de estimarse que tales uniones eran de suyo ilícitas por su inmoralidad y por ser contrarias al Orden Público, también los pactos que en ellas se acordasen se estimaban nulos, por igual razón, por ser ilícitos en su causa “*ex*” art. 1275 CC (así, entre otras, las SSTs 16 octubre 1906, de 8 marzo 1918 y 2 abril 1941).

12 Que dice: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

13 Que dispone íntegramente: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. (...) 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. (...) 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

14 Que dice en sus dos apartados: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. (...) 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

15 Que —recuérdese— dispone: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. (...) 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. (...) 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. (...) 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

su consideración como familia, como comunidad de vida, lo único que identifica el matrimonio con las parejas no casadas; todo lo demás, se dice, son diferencias:

En primer lugar, el matrimonio es una institución constitucional, y el “ius connubi” es un derecho —una libertad— constitucional, reconocidos ambos de forma expresa (en el art. 32.1 CE). Tan es así que al respecto se consagra un principio de reserva legal; sólo por ley puede, debe, regularse el matrimonio (art. 32.2 CE). Nada de esto sucede con las parejas no casadas, porque, aunque expresen la libertad de no casarse (32.1 CE), y se amparen genéricamente en aquellos arts. 10, 16 y 39 CE, no hay para ellas un reconocimiento constitucional expreso, ni un principio de reserva de ley que obligue a regularlas. Así lo vuelve a recordar la STC 23 abril 2013, estableciendo que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2) mientras que nada de ello ocurre con la unión de hecho «more uxorio», que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. Sería, por tanto, una cuestión de política legislativa el legislar, o no, sobre ellas¹⁶. De ahí, incluso, —como dice la STS 30 diciembre 1994— el peligro de que por vía jurisprudencial se llegue a crear un régimen completo para las parejas de hecho.

Y la segunda gran diferencia. El matrimonio se caracteriza por someterse a una formalidad y solemnidad —que la ley debe regular—, a una serie de requisitos, no sólo en su constitución, sino también en los supuestos de crisis, de separación o de disolución por divorcio (art. 32.2 CE y cfr., arts. 49 y ss. y 81 y ss. CC). Y es esa formalidad la que “ope legis” va a generar —o a extinguir en caso de divorcio— un estatuto jurídico, una serie de derechos y deberes —personales y económicos— que los cónyuges —en igualdad— contraen —o dejan de contraer, en caso de disolución— entre sí, de forma recíproca e imperativa (cfr., entre otros, los arts. 66 a 70, 90 a 106 y 1315 a 1324 CC). Nada de esto sucede de suyo con las parejas no casadas. De ahí la denominación que muchas veces se les da: como uniones de hecho, parejas libres o matrimonios sin papeles. Se caracterizan por su libertad, por su informalidad —dicho esto sin tono peyorativo—, tanto en su creación como en su posible ruptura. Ciertamente que en su formación puede haber un compromiso de comunidad plena y estable de vida; pero ese compromiso es, a lo más, moral o natural, pero aformal, extrajurídico, no contractual, ni vinculante¹⁷. Dicho compromiso no genera “natura sua” un estatuto jurídico-civil parecido

16 Aun admitiendo, sin agrardarle, que no hay tal deber constitucional, a GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: “Matrimonio y uniones libres”, *ult. loc. cit.*, le parece conveniente una ley estatal de parejas de hecho ex arts. 9.2, 39.1 y 53.3 de la Constitución española.

17 Es un compromiso jurídicamente irrelevante, advierte, desde hace tiempo, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: “Pactos entre convivientes”, *cit.*, pp. 1849-1855.

al del matrimonio; no impone de suyo derechos y deberes, ni personales, ni económicos, para los convivientes de hecho¹⁸. ¿Acaso cabría acaso pactarlos? Lo veremos en seguida (en el siguiente epígrafe).

Como última diferencia destacable entre ambas uniones, en las extramatrimoniales en cualquier momento cabe su disolución o la ruptura de la pareja sin necesidad de formalidad alguna, por mutuo acuerdo o incluso por voluntad unilateral -mediante el abandono- de uno de los convivientes, sin que ello deba generar consecuencias jurídicas. En el matrimonio, en cambio, al margen de la posible separación de hecho, la legal y, en todo caso, el divorcio, por muy "agilizado" que haya quedado tras sus últimas reformas en 2005 y en 2015 (con su "descausalización" y "desjudicialización", respectivamente), sigue sujeto a un control y a unas formalidades (judicial, notarial y registrales) que responden a las exigencias de seguridad jurídica, precisamente por la relevancia jurídica que tales actos, como el antagónico de las nupcias, tiene para los terceros.

Cierto es que a veces la ruptura de una pareja de hecho puede generar un desequilibrio económico para uno de los convivientes. Pero para dar solución justa a tal caso no es necesario acudir a las normas que regulan el matrimonio. De esas normas (como son los arts. 97, 1438 CC, ...) puede extraerse un principio general del Derecho, pero sin necesidad de crearlo "ex novo" (como aquel pretendido principio de protección del conviviente más perjudicado), sino uno ya consolidado desde hace siglos y que hoy se extrae con alcance general del art. 1901 CC: el principio del enriquecimiento injusto, sin causa o torticero. ¿No se llega así a la misma solución -justa-, pero por el camino más recto (derecho o justo)? No en vano, forman -cada vez más- legión las SSTs que aplican esta doctrina del enriquecimiento injusto para solucionar los casos de ruptura de las parejas de hecho, en que se hace necesario compensar o resarcir al conviviente de hecho que tras la separación sufre un perjuicio económico, otorgándole una indemnización por el servicio, por el trabajo o por el dinero que gratuitamente -o en menor medida que lo retribuido- ha prestado -o sacrificado por no obtenerlo- durante la convivencia en el trabajo del otro conviviente, en el hogar (en las tareas domésticas) o en el cuidado de los hijos de ambos o de este¹⁹.

18 Ni siquiera puede llegar a estimarse como estado civil, según defiende fervientemente RAMOS CHAPARRO, E.: *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, CEDECS, Barcelona, 1999.

19 Así lo ha mantenido últimamente nuestra jurisprudencia, en SSTs como las de 17 enero y 17 junio, ambas de 2003, que precisamente por aplicación del -supuesto- principio general de protección del conviviente económicamente perjudicado acuden a la doctrina del enriquecimiento injusto. Como recopiladora de tal jurisprudencia, resulta de imprescindible lectura la STS, aprobada en pleno (aun con votos particulares, de la propia ROCA I TRIAS), 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148); así como la STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 76), también aprobada en Pleno (aunque también con algún voto particular). De hecho, como luego veremos, así lo prevén casi todas las leyes autonómicas en lo que llaman "compensación económica por enriquecimiento injusto", aunque como acumulable a la "pensión periódica". Tan sólo las leyes andaluza y extremeña, con acierto en este extremo, aluden únicamente al enriquecimiento injusto. Y en la doctrina, entre otros muchos, así opinaban desde hace tiempo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Las parejas de hecho", cit., pp. 1823-1837, y GAVIDIA SÁNCHEZ, J., de entre sus múltiples trabajos: "¿Es la unión libre", ult. loc. cit.), para quien

* * *

A la vista de todas las diferencias -indicadas- que existen entre el matrimonio y las parejas no casadas, concluirá la jurisprudencia, casacional y constitucional, que no debe haber igualdad de trato entre ellos. Así lo imponen razones de justicia, de igualdad proporcional (art. 14 CE), porque al ser situaciones desiguales, de desigual forma han de tratarse. Más aún. Por estar el matrimonio consagrado constitucionalmente (en el art. 32 CE), dice el TC que su trato ha de ser más favorable y beneficioso, más proteccionista, que el otorgado a las parejas no casadas, lo que, con buen sentido, demuestra que aunque la CE indirectamente, por interpretación amplia de los arts. 32 y 39 CE, permita uniones no casadas como familiares, no las ansía. Esto, por supuesto, no quiere decir que éstas sean reprobadas, prohibidas o perseguibles, ni que la mayor protección dispensada a las uniones matrimoniales sea caprichosa o arbitraria. Lo impiden los arts. 10 y 39 CE, pues la represión de las parejas no casadas o la ultraprotección injusta de las casadas iría contra la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y contra la libertad de fundar una familia dentro o fuera del matrimonio.

No sólo razones de justicia imponen esa desigualdad no discriminatoria de trato. También lo aconsejan razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Tratándose de uniones fácticas o de hecho, que no se someten a formalidad, ni a publicidad segura y cierta ninguna, ni para su constitución, ni para su disolución, ¿cómo equipararlas al matrimonio en sus efectos frente a terceros, si éstos no tienen medio fiable para conocerlas? Sería un atentado contra el principio de seguridad jurídica. Ni siquiera gozan de estricta publicidad aquellas parejas que acceden a los Registros de Parejas de Hecho que en todas las leyes autonómicas se instaura (según insistiremos luego). Son tales unos registros públicos, pero más administrativos que civiles, que ningún efecto de validez ni de eficacia u oponibilidad tienen frente a terceros, frente a los particulares -sólo lo tienen frente a la Administración pública autonómica o municipal-. Son, podría decirse, el “catastro» de las uniones de hecho²⁰.

tal principio del enriquecimiento injusto habrá de ser respetado en caso de que los convivientes lleguen a un acuerdo -previo o coetáneo- para el caso de ruptura. No obstante, por la necesaria concurrencia de todos los requisitos propios del enriquecimiento injusto, hay quien opone objeciones a esta solución (como M^a.P. GARCÍA RUBIO); pero todas ellas son superables, pues sólo demuestran que el enriquecimiento injusto no siempre se aplicará a los casos de ruptura de las parejas no casadas. Será o no ello posible según las circunstancias de cada caso. Para una visión reciente y -meramente- expositiva de la cuestión, FARIÑA FARIÑA, R.: “Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° extra-8, 2018, pp. 275-288.

20 Así lo dijo hace ya una década la STC 81/2013, 11 abril, al declarar solo parcialmente inconstitucional la Ley madrileña de parejas de hecho, dejando como válida su regulación sobre el Registro de uniones de hecho al tratarse, precisamente, de un registro meramente administrativo, cuya regulación no es por tanto competencia exclusiva del Estado “ex” art. 149.1. 8° CE.

Por último, como termina diciendo nuestro TC, la equiparación entre matrimonio y unión libre iría también en contra de la propia libertad en general (art. 16 CE) y, en concreto, de la libertad de casarse o no (art. 32.1 CE), como expresión ésta del libre desarrollo de la personalidad. ¿Por qué vincular -casar- por obra de la ley (autonómica) o por la del juez a los que pudiendo casarse por su propia voluntad, no quisieron casarse? ¿Por qué legalizar lo querido como alega? ¿Por qué coartar legalmente la libertad -el libre albedrío, incluso- que la propia Constitución reconoce? En palabras de LACRUZ (p. 1063), “se institucionalizaría lo que, en sí, no constituye una institución”. O como dice JORDANO BAREA (p. 190), “hay que respetar esa quasi-ajenidad al Derecho que algunos legítimamente desean”. Incongruente sería que los convivientes de hecho, pudiendo, no se hayan casado, pero luego reclamen -sin legitimidad- los derechos y las ventajas propias del matrimonio. Si las quieren, que se casen con todas las consecuencias, como hace tiempo decía con su gracejo JORDANO, para las duras (los deberes) y las maduras (los derechos)²¹. No cabe, en fin, admitir un matrimonio a la carta o “ad gustum”. Pues, como al parecer dijo NAPOLEÓN del Code: “Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux”.

Aunque en “obiter dictum”, la famosa ya y acertadísima STS 12 septiembre 2005²², que asienta la radical diferencia entre el matrimonio y las parejas no casadas y defiende la aplicación del principio del enriquecimiento injusto para los casos de ruptura de tales parejas, dice en parte de su Fundamento de Derecho 3º: “Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”, y para así concluir diciendo: “Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”²³.

21 O como decía GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “El matrimonio y la familia”, cit., p. 163: “Es demasiado, creo, pues por una parte rechazan con todas sus fuerzas que el Derecho entre en sus vidas y lo estiman como una invasión ilegítima y no constitucional que limita su libertad individual y los diferencia. Pero por otra parte exigen al Gobierno que su unión... tenga relevancia jurídica y piden la protección del Estado y de sus leyes; piden eso mismo que rechazan”. También interesantes eran las reflexiones al respecto de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Las parejas de hecho”, cit., pp. 1834-1836.

22 STS 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148).

23 Esta sentencia ha sido seguida por otras, especialmente por las SSTS 22 febrero 2006, 19 octubre 2006, 27 marzo 2008, así como la de 6 octubre 2011, de la que, como en el caso de la anterior citada, fue su Ponente ROCA I TRIAS, a pesar de que en su día suyo fue uno de los votos particulares a aquella STS de 2005, aprobada en Pleno. En esta última, terminará diciéndose: “De acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama «disímiles», para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio”.

* * *

Al margen de estas genuinas -por auténticas- parejas de hecho, en nuestra abundante legislación autonómica existe una especie de “tertium genus”, híbrido entre aquellas uniones y las matrimoniales, de parejas no casadas pero sometidas, a veces, a ciertas formalidades²⁴:

En efecto, en la mayoría de las leyes autonómicas, para constituir una pareja de hecho basta con la convivencia por un tiempo ininterrumpido (de 1 o 2 años, según cada ley), o, en su defecto, con la tenencia de descendencia común; previéndose la forma escrita (en documento público o notarial, generalmente), como algo voluntario y “ad probationem” (para la “acreditación”, se suele decir), pues en general cabe cualquier medio de prueba. De ahí que también la posible inscripción en los Registros de Parejas de Hecho suela regularse como voluntaria y declarativa, y sólo con efectos administrativos (“inter partes” y frente a la Administración Pública), pero sin eficacia civil “erga omnes”. En este punto, sin embargo, la STC 23 abril 2013 declaró en buena parte inconstitucional la Ley navarra por someter a su régimen aquellas uniones no casadas, ni registradas, por la sola convivencia anual de sus integrantes o por tener una descendencia común, lo que, según entiende el Tribunal Constitucional, es contrario a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (que consagra, recuérdese, el art. 10 CE), por no respetar que tales uniones se sometan o no voluntariamente a dicha Ley. Son menos, en cambio, las leyes autonómicas que imponen una formalidad constitutiva, por escritura pública o por inscripción en aquellos Registros, aunque sin dejar de ser meramente administrativa (vgr., Aragón, Valencia y Extremadura).

Por lo que a su posible extinción afecta, para casi todas las leyes autonómicas, junto a la disolución o extinción de la pareja de hecho por matrimonio o por muerte o declaración de fallecimiento (en cuyo caso suelen concederse unos derechos sucesorios y una especie de predetracción iguales a los del cónyuge

24 En España, hace mucho ya que muchas Comunidades Autónomas se habían apresurado a establecer, casi a calcar las unas de las otras anteriores (siendo pionera la catalana), un régimen legal, más o menos completo, de las parejas no casadas, equiparándolas casi plenamente a las uniones matrimoniales. Al respecto, destacaron en un principio las Comunidades Autónomas de tradición foralista, como Cataluña, Aragón, Navarra. Pero también muchas Comunidades Autónomas sin tradición foral han terminado legislando sobre esta materia (razón por la cual algunas ha sido declaradas inconstitucionales, como la madrileña o la valenciana). Por puro orden cronológico son: la Ley foral 6/2000, de 3 julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra; la Ley 11/2001, de 19 diciembre, de uniones de hecho, de Madrid; la Ley 18/2001, de 19 diciembre, de parejas estables, de las Islas Baleares; la Ley 4/2002, de 23 mayo, de parejas estables, de Asturias; la Ley 5/2002, de 16 diciembre, de parejas de hecho, de Andalucía; la Ley 5/2003, de 6 marzo, para la regulación de las parejas de hecho, de Canarias; la Ley 5/2003, de 20 marzo, de parejas de hecho de Extremadura; la Ley 2/2003, de 7 mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco; la Ley 1/2005, de 16 mayo, de parejas de hecho de Cantabria; la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; los arts. 234.1 a 234.14 del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 julio; los arts. 303 a 315 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 marzo, por el que se aprueba el -llamado- “Código de Derecho Foral de Aragón”; la Ley 5/2012, de 15 octubre, de uniones de hecho formalizadas, de Valencia; o, más recientemente, la Ley de parejas de hecho de 3 julio 2028, de Murcia. A todo lo cual se han de unir los Reglamentos de las Ciudades Autónomas de Ceuta reguladores del Registro Público de parejas de hecho residentes en tales municipios.

viudo), también cabe la extinción por separación de hecho (por un período que, según cada ley, oscila entre seis meses, 1 ó 2 años), por mutuo acuerdo, o incluso por voluntad unilateral, exigiéndose en este último caso la notificación —muchas veces, fehaciente— al otro conviviente. A veces incluso, como sucede en las leyes navarra y asturiana, cabe que los propios convivientes regulen las causas de disolución. Y sólo en el caso de haberse documentado públicamente o inscrito la constitución de la pareja de hecho en el Registro administrativo existente al efecto, por ser o no ello obligatorio, será necesario dejar sin efecto aquel documento y proceder a la cancelación registral.

Este acercamiento de las parejas no casadas previstas en esa legión de leyes autonómicas a la institución matrimonial, antes que negar la falta de analogía habida entre ambas, demuestra la ilegitimidad e innecesidad de las primeras. Pero sin entrar, aquí y ahora, en tal cuestión, que no es la que aquí nos ocupa, agudiza la cuestión -que aquí se trata- de si por tal acercamiento en tal tipo de uniones paramatrimoniales cabría, tal vez con más razón, pactarse el sometimiento a algún régimen económico matrimonial. Veámoslo.

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DIMENSIÓN PERSONAL O CONVIVENCIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO: SU NATURAL MORALIDAD —¿JURIDIFICABLE CONVENCIONALMENTE? —

Es muy común en las leyes autonómicas, muy laxas en este asunto, conceder a los convivientes libertad para regir su convivencia y su posible cese, imponiéndose, sólo a veces, como límites: la ley y el respeto a los derechos fundamentales de los cónyuges (sobre todo, a su igualdad e intimidad), así como al de los menores. Sólo algunas leyes impiden el pacto sobre los aspectos personales de la convivencia, ora en términos absolutos (como sucede en Valencia, o en Madrid), ora cuando dicho aspecto sea contenido exclusivo del acuerdo (como sucede en Canarias, o en Extremadura). En defecto de pacto, nada se dice en esas leyes autonómicas sobre lo personal; sólo se regula el aspecto económico de la pareja de hecho, para presumir —“iuris tantum” o “iuris et de iure”, según cada ley— una especie de régimen de separación de bienes —según la ley vasca— sujeto a los deberes de alimentos y de contribución proporcional al levantamiento de las cargas familiares, imponiendo al respecto una responsabilidad “solidaria” (conjunta), y exigiendo, a veces, la gestión también conjunta de la vivienda común.

Sin entrar en mayores pormenores, la cuestión de fondo que aquí interesa ante tal abanico de opciones es preguntarse: ¿son legítimas, y factibles, tales previsiones legales autonómicas? Y, ¿qué sucede, más allá de tal previsión autonómica, para el Derecho común, o para las verdaderas parejas de hecho que ni se casan ni se registran ni someten voluntariamente a la legislación autonómica prevista para ellas?

A tal respecto, conforme a lo que empieza a ser ya opinión común, no hace mucho, aunque antes de ser Magistrada del TS, M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN²⁵, vino a defender la posibilidad de que las parejas de hecho se obliguen convencionalmente a los deberes propios del matrimonio (cfr., arts. 66 ss. CC²⁶), incluso con la opción de excluir alguno de ellos (permitiendo, por ejemplo, la infidelidad), modalizando en general el pacto (sometiendo, por ejemplo, la relación a término o a condición), o, en el extremo opuesto, pactando penas o sanciones (como pudiera ser una indemnización), para el caso de incumplimiento de las obligaciones voluntariamente asumidas (como pudiera suceder, sin más, en caso de ruptura, o de abandono de la convivencia por parte de uno solo de los convivientes).

No me parece, en cambio, aceptable sin más que las uniones de hecho puedan pactar sobre tales aspectos personales (que los arts. 66 y ss. del CC refieren de modo imperativo, sin ningún margen para su disposición, al matrimonio), pues éstos sólo se originan como deberes jurídicos, por imperativo legal y al amparo del art. 32.2 CE, mediante el contrato de matrimonio. Como hace tiempo dijo el maestro LACRUZ²⁷: “No pueden determinar los convivientes con eficacia jurídica su propio estatuto personal, al no ser ello posible en el matrimonio. Los partidarios agresivos de la unión libre se niegan a tener en cuenta esta verdad insoslayable: que si en el matrimonio los deberes de fidelidad, ayuda y socorro impuestos por la ley se hallan sustraídos al pacto, menos se podrían pactar fuera de él, de donde tales deberes, al no ser posible su creación voluntaria, no pueden tener eficacia jurídica en la unión libre”.

Además²⁸, tales pactos serían nulos por ser contrarios a los arts. 1271 y 1275 del CC (sobre el objeto y la causa de los contratos, respectivamente²⁹), e incluso por ser inconstitucionales -inmorales- al afectar a la indisponibilidad de los derechos fundamentales de la persona (la dignidad, la intimidad, la libertad, ...), especialmente, como advierte hace tiempo también ESTRADA ALONSO, por ir “en contra de la

25 “Autonomía de la voluntad y el Derecho de la familia”, en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado (Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado)*, Tomo I: Derecho de la persona, familia y sucesiones, Wolters Kluwer España, Madrid, 2012.

26 Art. 66: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”. Art. 67: “Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”. Y art. 68: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

27 En su conocido trabajo “Convivencia «more uxorio». Estipulaciones y presunciones”, en AA.VV.: *Centenario del Código Civil*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 1990, pp. 1061-1069 y con él otros, como ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1991; MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

28 Y, siguiéndome en todo cuanto sigue, GARCÍA MAYO, M.: *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, JM Bosch Editor, Madrid, 2023, pp. 61 y 62.

29 Art. 1271: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras... Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”. Y art. 1275: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

libertad individual y de la libertad para contraer matrimonio” (art. 32 CE), o por separarse y romper la pareja, habría que añadir (art. 32.I CE “a contrario sensu”), si pensamos en las penalizaciones fundadas en el incumplimiento de algún deber o por el simple hecho de romper la unión³⁰.

Así también, la STS 8 marzo 1998, que declaró nulo un contrato de unión libre por ilicitud -inmoralidad (arts. 1255 y 1275 CC)- de su causa, pues en él se había acordado la prestación de una pensión periódica a cambio de prestaciones sexuales, igualmente periódicas. El sexo pudiera ser motivo subjetivo, pero jamás la causa —ni el motivo causalizado, siquiera— de un contrato. Además, como ya advirtiera tiempo ha EMMANUEL KANT (en sus *Principios metafísicos del Derecho*), el concubinato, como supuesto contrato de alquiler, momentáneo o duradero, de una persona (“pactum fornicationis”, “pactum torpe” o “locatio-conductio”)³¹, sería en cualquier caso incoercible si se incumple y, en todo caso, libremente resoluble.

Máxime si solo se acuerda la asunción de algunos de los deberes del matrimonio, rechazando o condicionando otros (como el deber de fidelidad, o que el consentimiento sea puro y libre, según exigen, para el matrimonio, los arts. 45 y 66 CC; una prohibición a condición o a término que también para las parejas no casadas recogen -tan solo- algunas leyes autonómicas, como la aragonesa y la vasca). De lo contrario, se estaría permitiendo un claro pacto en fraude de ley, un pacto constitutivo de un pseudo-matrimonio “ad gustum”, a la carta, probablemente siempre más flexible que el verdadero matrimonio, lo que, además, resultaría discriminatorio, porque en la desigualdad que aquellos pactos generan entre las uniones pseudo-libres y el matrimonio, este siempre quedaría perjudicado, discriminado, cuando, al contrario, como tal institución, ha de ser privilegiada frente a aquéllas. Es, recuérdese, una exigencia constitucional, según interpretación que el propio Tribunal Constitucional hace a la vista de todas las diferencias —indicadas antes— que existen entre el matrimonio y las parejas no casadas, concluyendo por ello mismo que no debe haber igualdad de trato entre ellos. Así lo imponen razones de justicia, de igualdad proporcional (impuestas por el art. 14 CE), porque al ser situaciones desiguales, de desigual forma han de tratarse.

30 Así también, ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales*, cit., p. 159 y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 11, p. 48.

31 Aunque OSSORIO SERRANO, J.M.: “Relaciones y otros efectos puramente personales o no patrimoniales que se derivan de la convivencia de parejas de hecho”, en AA.VV.: *Parejas de hecho: cursos de verano de la Universidad Complutense en Almería*, (coord. por R. HERRERA CAMPOS), Ilustre Colegio Notarial, Madrid, 1996, p. 44, parece insinuar tal posibilidad, aunque pareciendo también negarla por tratarse de un arrendamiento hecho de forma vitalicia, en contra, por tanto, del art. 1583 CC.

Más aún. Por estar el matrimonio consagrado constitucionalmente (en el art. 32 de nuestra Constitución), dice el Tribunal Constitucional que su trato ha de ser más favorable y beneficioso, más proteccionista, que el otorgado a las parejas no casadas, lo que, con buen sentido, demuestra que aunque la Constitución permita indirectamente, por interpretación amplia de sus arts. 32 y 39, uniones no casadas como familiares, no las desea. Esto, por supuesto, no quiere decir que dichos modos de convivencia “more uxorio” deban de ser reprobados, prohibidos o perseguidos, ni que la mayor protección dispensada a las uniones matrimoniales pueda ser caprichosa o arbitraria. Lo impiden los arts. 10 y 39 de la Constitución, pues la represión de las parejas no casadas o una desmedida protección de las casadas iría contra la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y contra la libertad de fundar una familia dentro o fuera del matrimonio.

En definitiva, y así las cosas, cualquier acuerdo habido entre los convivientes relativo a su propia convivencia habría de ser admitido para permanecer tan solo en el ámbito de la moralidad (de las obligaciones naturales, a lo más), pero fuera del estricto Derecho. De ahí que cualquier penalización acordada para el caso de incumplir los deberes pactados —que no dejan de ser éticos, incoercibles jurídicamente— o resultante del simple hecho de romper la pareja resultaría estéril. Diverso es que, producida la ruptura, esta provoque algún perjuicio o daño reparable o compensable (según habría que ver según cada caso, ex arts. 1901 o 1902 CC³²), o que previamente se hayan adoptado acuerdos en previsión de compensaciones por desequilibrios tras la ruptura (según ha dicho recientemente la STS 15 enero 2018). Solo como equivalente a tal indemnización o a tal compensación cabría admitir la validez de un pacto penal, pero jamás previéndose la pena como consecuencia inmediata o automática por el mero hecho de la ruptura de la pareja, derivado de incumplir un deber —solo— natural de convivencia, fidelidad, ... que, como tal obligación natural, solo voluntariamente puede observarse y que solo moralmente resulta reprochable en su inobservancia³³.

IV. AUTONOMÍA PRIVADA EN LA DIMENSIÓN ECONÓMICA O PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO.

I. Sus consabidas diversas opciones: entre comunidad y sociedad.

En lo estrictamente económico, al margen de las leyes autonómicas (antes vistas), las posibilidades en el Derecho estatal español, al amparo del principio de

32 Art. 1901: “Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa”. Y at. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

33 Según ya decía LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Convivencia «more uxorio»”, cit., p. 1067 y hoy, con detalle y cita de numerosos y diversos casos tomados de la jurisprudencia, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Pactos de carácter patrimonial”, cit., pp. 48-53.

autonomía privada (que consagra el art. 1255 CC³⁴ —sin necesidad de apoyarse en su trasunto el art. 1328 CC³⁵—), son muchas; mas como algo adicional, añadido, que no es innato a la unión. Así lo advierte nuestro Tribunal Supremo³⁶, así como nuestro Tribunal Constitucional³⁷, señalando expresamente alguna de tales posibilidades, como son las que siguen:

Una opción de los convivientes es someterse al régimen de sociedad universal de los arts. 1665 y 1675 CC³⁸ (al que expresamente alude la ley andaluza de parejas de hecho); y ello, aunque los bienes estén a nombre de uno sólo de ellos, pues en tal caso se estimará que tal titularidad es fiduciaria (según aclaran las SSTs 18 mayo 1982 y 3 julio 1984)³⁹.

Otra alternativa es pactar la aplicación del régimen de copropiedad (arts. 392 y ss. CC); precisamente, es éste el acuerdo aconsejado por la casi unanimidad de la doctrina (desde el propio LACRUZ hasta ESTRADA ALONSO, que incluso aconseja su presunción judicial «iuris tantum»), y así indicada por la STS 18 febrero 2003, porque es difícil que en las parejas no casadas se den la “affectio societatis” —¿comparable tal vez con la “affectio maritalis”?— y la contribución de bienes y

34 Art. 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

35 Que dice: “Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

36 Según han venido a recordar las RRDGRyN 7 febrero 2013 (RAJ 1013, 2908) y 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586), así como la Resolución de la DGSJyFP 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021). Así lo indicó la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución 11 de junio de 2018, recordando que ya el Tribunal Supremo, en la STS 27 de mayo de 1988, confirmada por otras posteriores (como son las SSTs 18 febrero 1993, 12 septiembre 2005, 8 mayo 2008, o 15 enero 2018), ya afirmó: “Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 CC; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter pateticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes”.

37 En efecto, en el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 23 abril 2013, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, que declara expresamente: “[...] consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público» [...] Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión —conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción”.

38 Art. 1665: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.» Y art. 1675: «La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad. (...) Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo”.

39 Para mayores detalles al respecto, ANGUIA RÍOS, R.M^a: “Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2025, 2006, pp. 4801 ss.

servicios con el ánimo de lucro propios de cualquier sociedad, cuando normalmente en las uniones de hecho subyace una economía doméstica y consumista. Aunque tal vez el inconveniente de aquella opción, la de la comunidad de bienes, sea que no constituye un pacto general en previsión futura, para toda posterior adquisición, siendo tan solo actualmente hábil caso por caso. Buena prueba de tal inconveniente es la insuficiencia de cualquier documento público (como pudiera ser una homologación judicial del acuerdo de separación de la pareja), para inscribir la disolución y liquidación de la copropiedad, al ser, en cambio, necesario una particular escritura pública dirigida a tal efecto (según declaró hace ya un tiempo la RDGRyN 16 junio 2010).

Por último, como compendio de las dos fórmulas anteriores —según nos dice la STS 18 marzo 1995—, también cabría pactar el régimen de sociedad irregular universal del art. 1669 CC⁴⁰.

También quedaría, a fin de cubrir las necesidades cotidianas, la posibilidad de celebrar un contrato de alimentos (arts. 1791 ss. CC)⁴¹.

En fin, y como ha venido a decir la STS 26 enero 2006, “es posible que, por la voluntad de los convivientes, se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos para el matrimonio o bien se utilicen otras fórmulas para hacer comunes todos o algunos de los bienes que se adquieran durante la convivencia. Es también posible crear comunidades sobre bienes determinados”.

* * *

En cualquiera de los casos, en principio, no es necesario que el acuerdo, cualquiera que sea su contenido, sea expreso, ni siquiera formal, ya que, al no constituir convencionalmente un estricto régimen económico matrimonial, ni tratarse de estrictas capitulaciones matrimoniales (cuya escrituración exige “ad solemnitatem” el art. 1327 CC⁴²), no ha de elevarse a escritura pública, salvo que las partes convivientes decidan tal formalización (art. 1279 CC⁴³). No parece admisible entender aplicable por analogía el art. 1327 CC ante la semejanza que se pretende ver entre el pacto entre convivientes y las capitulaciones matrimoniales

40 Art. 1669: “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. (...) Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”.

41 O de pactar una renta vitalicia, según ANGUIA RÍOS, R.M^a: “Autorregulación de las relaciones patrimoniales”, cit., p. 4800, aunque pensando más para el caso de extinción de la pareja.

42 Al decir que “Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública”.

43 Cuando dice: “Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

(como, entre otros, pretende REBOLLEDO VARELA⁴⁴, cuando, previa y radicalmente, no hay analogía entre la unión de hecho y la matrimonial. Negada, pues, la premisa mayor, debe ser también negada la menor: Salvo el posible caso, advertido hace tiempo por ESTRADA ALONSO, de la sociedad universal de gananciales, en que, no obstante el art. 1667 CC⁴⁵, pudiera ser conveniente la forma escrita para dejar clara la voluntad de constituir tal sociedad (difícilmente deducible tan solo de la mera convivencia o cohabitación), y, sobre todo, para fijar la proporción de las aportaciones (y de sus posibles consecuentes beneficios); de lo contrario, no fijada dicha proporcionalidad, los repartos, hechos al modo de una sociedad de gananciales, serán igualitarios, por mitad, lo que podría suponer: por un lado, el enmascaramiento del régimen matrimonial de gananciales, y, por otro, un enriquecimiento injusto a favor del conviviente que menos haya aportado a la unión.

No obstante tal conveniencia de formalizar el pacto por escrito, en general cabe que el pacto entre convivientes sea tácito, siempre que se deduzca de los "facta concludentia", de hechos concluyentes e inequívocos (por ejemplo, mediante la aportación de ganancias o trabajo al acervo común, por la cotitularidad de cuentas bancarias -no ya si la cuenta es individual y el otro conviviente aparece en ella solo como autorizado-, por la compra conjunta de un bien, por el trabajo conjunto en la misma actividad profesional, empresarial o industrial para deducir que hay sociedad civil, o que hay simple comunidad de bienes si no se comparte tal actividad en iguales condiciones, y solo se hace como mera ayuda por uno de los convivientes,...⁴⁶); aunque en ningún caso sin poderse presumir ninguno de tales regímenes, ni siquiera el de copropiedad, debiendo ser cada cual así probado para regir efectivamente en la pareja⁴⁷.

44 En su trabajo: "El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos", en *Revista de derecho de familia*, núm. 43, 2009, pp. 23-54. En contra, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Pactos de carácter patrimonial", cit., p. 34, nota 57), afirma, con contundencia: "No estamos ante capitulaciones matrimoniales, por lo que no es aplicable el art. 1327 CC".

45 Art. 1667: "La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública".

46 Para un estudio pormenorizado, y con cita de abundantes casos tomados de la propia jurisprudencia y de numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, véase DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Pactos de carácter patrimonial", cit., pp. 26 a 33), así como a BARRIO GALLARDO, A.: "La organización económica de las parejas de hecho", cit., pp. 462 a 468.

47 Como así lo advertía hace tiempo ANGUIA RÍOS, R.M³: "Autorregulación de las relaciones patrimoniales", cit., p. 4797. No obstante, como ella misma advierte (en la nota 6), para el caso de cuentas corrientes bancarias la STS 21 noviembre 1994 establece un criterio especial para las parejas de hecho, ya que, si bien es doctrina general que las titularidades indistintas en las cuentas bancarias permiten disponer del saldo pero no determinan la existencia de una comunidad, que sólo existirá atendiendo a la originaria pertenencia de los fondos (STS 7 junio 1996), sí se presume la cotitularidad del saldo cuando existe una unión estable. Por otra parte, la jurisprudencia se suele mostrar reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias por el simple hecho de la convivencia "more uxorio", así, entre otras, las SSTS 11 diciembre 1992, 17 enero 2003 y 27 mayo 2004, según tomo de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Pactos de carácter patrimonial", cit., p. 25, con nota 33.

Con todo, ¿cabría, también como una opción más, acordar la sumisión “in abstracto” a un régimen legal económico matrimonial (de gananciales, de separación de bienes, ...)?

2. La imposible remisión convencional —en bloque o por su “nomen”— al régimen económico matrimonial.

En un inicio, la STS 18 mayo 1992 pareció insinuar aquella posibilidad (suscitada al final del epígrafe anterior, de poder someterse las uniones de hecho por pacto a un régimen económico matrimonial), aunque lo hizo en “obiter dictum”, al simplemente afirmar que “... no ha de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta”. La sentencia de 23 de julio de 1998 lo expresa de la siguiente forma: “Sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por «analogía legis», que aquí no se da, sino por «analogía iuris», de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio, regula el citado Título del CC, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo”. También de pasada pareció admitirlo la STS 16 junio 2011, al negar la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, “salvo que se haya pactado por los convivientes”, terminaba diciendo. Y así también algunos autores, cada vez más, parecen admitirlo⁴⁸, destacando incluso que se pacte un régimen de gananciales, con inclusión del régimen primario (como, por ejemplo, el relativo a la potestad doméstica o de las llaves del art. 1319 CC⁴⁹, o la regla concerniente a la protección de la vivienda familiar del art. 1320 CC⁵⁰), cuya inscripción registral, en tanto el pacto se eleve previamente a escritura pública, asegurará la eficacia frente a terceros de dicho régimen pactado.

48 Como TORRES LANA, J.A.: “Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia «more uxorio»”, en AA.VV.: *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, vol. V, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988. Y en su otro trabajo: “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 9-23; BAYOD LÓPEZ, C.: “Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial”, *RCDI*, 1995, pp. 129-153; MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 125 y 126; BUSTOS GÓMEZ-RICO, M. DE: “La relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, p. 483; POU DE LA FLOR, M^a.P.: “Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho”, *RCDI*, núm. 712, 2009, p. 818; o los ya citados REBOLLEDO VARELA, MESA MARRERO, PARRA LUCÁN, o BARRIO GALLARDO.

49 Art. 1319 CC: “Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. (...) De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. (...) El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial”.

50 Art. 1320 CC: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. (...) La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

Hasta tiempos cercanos, sin embargo, la “*communis opinio*” había venido negando tal convención por ser contraria al Orden Público (art. 1255 CC), porque, aparte de la falta de analogía habida entre el matrimonio y las parejas no casadas, si los convivientes rechazaron su sujeción al matrimonio es porque rechazaron también con él su régimen económico-matrimonial. Admitir aquel pacto fuera del matrimonio sería como casarse sólo a medias, en lo económico, renunciando a los derechos y deberes personales que el matrimonio impone (sin permitir, por tanto, su renuncia, ni otra forma de disponibilidad). Así lo ha reiterado una más reciente -aunque minoritaria- doctrina⁵¹, y así lo ha terminado diciendo, clara y tajantemente, la DGRyN en sus Resoluciones de 7 febrero 2013⁵², y siguiéndola la de 11 junio 2018⁵³, así como la más reciente de 21 junio 2021⁵⁴, concluyendo aquella primera para subrayar la “imposibilidad de crear una sociedad de gananciales — que es un régimen económico del matrimonio— sin matrimonio”.

Íntegramente, se dice en tales Resoluciones: “Ciertamente no está regulada en las Leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico —no así desde el social—, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico matrimonial— sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales. Así pues, carece de sentido aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes”.

Añadirá, no obstante, la Resolución de 21 junio 2021⁵⁵: “Los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a los referidos límites generales -los consabidos del art. 1255 CC (Ley, Moral y Orden Público)-. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan,

51 Como MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Acuerdos entre convivientes «more uxorio»”, en AAMN, 2000, p. 36 ss.; o como LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho*, Aranzadi, Navarra, 2002; o DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Pactos de carácter patrimonial”, cit., pp. 34 ss.

52 Resolución 3 febrero 2013 (RAJ 2013, 2908).

53 Resolución 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586).

54 Resolución 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021).

55 Resolución 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021).

en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales”.

3. La hipotética -y sutil- remisión convencional -cláusula por cláusula- a un régimen económico matrimonial.

Aun pareciéndome aquella última solución (contraria a la remisión en bloque o por su nombre a un entero régimen económico matrimonial), la solución más acertada, según creo⁵⁶ hay que matizarla por lo burda que es la opuesta, que lo es por pretender una remisión genérica, en bloque y sin matices, ni salvedades, a un entero régimen económico matrimonial, lo que lógicamente no cabe al no tratarse de una pareja casada.

En parte recuerda tal pretensión a la que, precisamente, prohibía el Proyecto de CC de 1851, y así el CC de 1889 (hasta 1981), de que un matrimonio sometido al régimen común pactara someterse a un régimen económico foral por su solo nombre (especialmente, si ya estaba en desuso), aun careciendo de la pertinente vecindad civil. El propio GARCÍA GOYENA advertía que tan solo sería posible pactar tal sujeción si se trataba de pactos concretos y detallados, referidos a determinados aspectos o efectos patrimoniales del matrimonio, que no se contradijeran con el régimen económico común en lo que de éste resultara imperativo⁵⁷. Era el art. 1317 CC —hoy, tras 1981, ya derogado—, que decía: “Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos —matrimoniales o capitulares— las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código”. Tal precepto era fiel trasunto del artículo 1237 del Proyecto isabelino de Código Civil, de 1851, que decía: “No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino”.

56 Y siguiéndome, de nuevo, en esta propuesta tan particular, esperemos que más por convicción que por obediencia (que no me debe), mi discípulo GARCÍA MAYO, M.: *Pactos prematrimoniales*, cit., pp. 71 y 72.

57 Lo decía, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Madrid, 1852, p. 256, comentando el art. 1237 del Proyecto de CC de 1851 (que se reproduce a continuación en texto, y del que decía lo siguiente): “Referirse de una manera general á costumbres y Fueros abolidos, tendría visos de una resurrección: aquellos continuarían en el concepto vulgar como leyes del Estado; seguiría la misma confusión que hasta aquí, y quedaría frustrad el objeto de este Código, ó la unidad constitucional: sería echar nuevamente á los españoles al laberinto de que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el Código civil debe cerrar. No podrán, pues, los contrayentes pactar en términos generales que sus capitulaciones se regirán por los antiguos Fueros de esta o la otra provincia: si hay en ellos alguna disposición que se quiere que rija, habrán de pactarla especialmente y transcribirla”, terminaba diciendo, en lo que aquí más interesa destacar.

El contenido de ambos preceptos no debe, sin embargo, llevar al error, ni mucho menos al engaño. No se prohibía en ellos, en general, el sometimiento a un sistema económico-matrimonial foral. De haberse así interpretado el artículo 1317 CC-1889 —vigente hasta 1981—, entonces, el artículo 12 CC-1889 —actual art. 13 CC— y el respeto a los Derechos Forales en él consagrado serían pura ilusión o quimera. Según la común opinión doctrinal, incluido don FLORENCIO GARCÍA GOYENA en sus comentarios al Proyecto de 1851, en aquellas normas — art. 1317 del Código Civil de 1889 y su inspiradora de 1851— se prohibía que los cónyuges regularan los efectos económicos de su matrimonio de forma especial, o distinta a cómo se regulaba en el Código Civil, aludiendo sólo en su “nomen” o denominación a un fuero que, tras la entrada en vigor del Código Civil, estuviese ya abolido o derogado por su desuso; por el contrario, hubiera sido necesario escriturar el contenido completo de dicho fuero abrogado.

“Mutatis mutandis” algo parecido, me parece, sucede con el caso que nos ocupa, relativo a las parejas de hecho: cabría por ellas pactar efectos económicos que son los propios, aunque “ex lege”, del matrimonio, aunque, cuando menos, respetando dos límites: el primero, que no cabría sin más remitirse a todo un régimen económico matrimonial, sino tan solo a aquellas normas que, según cada caso, sean trasladables a una pareja no casada, y que tal remisión sea puntual en cuanto al fondo de la norma, no a la norma misma (a tal o cual precepto), sino redactando su contenido en el propio acuerdo; de tal modo que no se pacte, sin más, un efecto matrimonial, sino un efecto patrimonial con entidad propia, estén o no casados entre sí los que así lo acuerdan.

Como muestra de lo dicho, un par de ejemplos: si, como algunos pretenden mediante una remisión al art. 1319 CC, se quiere pactar el régimen de responsabilidad doméstica, siguiendo la opinión de LACRUZ y ESTRADA ALONSO, convendría más bien pactar una especie de mandato recíproco, que incluso en su caso podría estimarse tácitamente (cfr., art. 1710 CC); o para proteger la vivienda de la pareja, no cabría sin más remitirse a lo dispuesto en el art. 1320 CC (o al art. 96 CC, para el caso de ruptura), sino que más bien habría que pactar una especie de prohibición de disponer (o también de administrar, si también se quiere cubrir el caso del arrendamiento).

Y es en tales ejemplos donde brota el segundo límite a respetar en tales pactos: el de su posible eficacia frente a terceros, que no parece tan sencillo asegurar como propone aquella doctrina favorable a la remisión en bloque al régimen económico matrimonial y simplemente pactada en documento público. Para empezar, dicho documento carece de acceso al Registro Civil, al no formar matrimonio quienes así han pactado. Sabido es, por otra parte, que no gozan de estricta publicidad aquellas parejas que acceden a los Registros de Parejas de

Hecho que en todas las leyes autonómicas se instaura. Son tales unos registros públicos, pero más administrativos que civiles, que ningún efecto de validez ni de eficacia u oponibilidad tienen frente a terceros, al menos frente a los particulares—sólo lo tienen frente a la Administración pública autonómica o municipal—(según dicen insistentemente las RRDGRyN 7 febrero 2013⁵⁸ y 11 junio 2018⁵⁹, así como la Resolución 21 junio 2021⁶⁰ que venimos citando reiteradamente⁶¹). Son, como dijimos arriba, el “catastro” de las uniones de hecho. Es la propia seguridad jurídica, y la del tráfico jurídico como expresión de Orden Público, lo que está en juego⁶². Así lo dijo hace ya una década la STC 81/2013, 11 abril, al declarar solo parcialmente inconstitucional la Ley madrileña de parejas de hecho, dejando como válida su regulación sobre el Registro de uniones de hecho al tratarse, precisamente, de un registro meramente administrativo, cuya regulación no es por tanto competencia exclusiva del Estado “ex” art. 149.1.8° CE⁶³.

Solo quedan, por tanto, el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad (o el de Bienes Muebles, en su caso), pero siempre que se cumplan sus más elementales condiciones: para el primero, que al menos uno de los miembros de la pareja de hecho sea empresario, y para el segundo, la trascendencia real del pacto documentado públicamente (cfr. arts. 2.2°, 9 LH, 7 y 51.6ª RH), cuando, en efecto, en cada caso lo tenga (lo que difícilmente sucederá, por ejemplo, en el caso de la prohibición de disponer de la vivienda, al no parecer que sean aplicables por analogía los arts. 26 y 27 LH⁶⁴, tanto por su necesaria interpretación restrictiva, al

58 Resolución 3 febrero 2013 (RAJ 2013, 2908).

59 Resolución 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586).

60 Resolución 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021).

61 Y en la doctrina ya advertido por ANGUIA RÍOS, R.Mª.: “Autorregulación de las relaciones patrimoniales”, cit., p. 4796.

62 Según advirtió GALLEGO VEGA, J.A., en su lacónico, pero brillante “Comentario a la RDGRyN 7 febrero 2013 (RAJ 1013, 2908)”, en AA.VV.: *Autonomía privada, Familia y Herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 83-90. Y, por supuesto, déjese el problema de la publicidad del estado posesorio, pues, ¿es hoy estado civil el del conviviente de hecho? Lo niega RAMOS CHAPARRO, E.: *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, CEDECS, Barcelona, 1999, quien incluso, en contra de LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: *La posesión de estado familiar*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1971, cuestiona para el matrimonio la viabilidad probatoria de la posesión de estado.

63 Que dice en su integridad: “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

64 Artículo 26: “Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: (...) Primera. Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio. (...) Segunda. Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva. (...) Tercera. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez”. Y art. 27 LH: “Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso

tratarse de cargas que limitan la libertad del dominio, como por la falta de analogía habida entre los pactos celebrados entre convivientes y las estrictas capitulaciones matrimoniales a que se refiere el art. 27 LH, cuando, previa y radicalmente, no hay -según venimos diciendo- analogía entre la unión de hecho y la matrimonial).

4. La matizable remisión —aceptada por el Tribunal Constitucional— al régimen legal autonómico sobre parejas de hecho y una posible última “vuelta de tuerca”: la remisión convencional de las parejas casadas al régimen patrimonial de las casadas.

Como otra “vuelta de tuerca”, por lógica, lo dicho sobre la sumisión pactada y puntual de las parejas de hecho a parte de un régimen matrimonial, cabe aplicarlo recíproca e inversamente al matrimonio, que podría tomar como modelo algún aspecto de los regímenes legales autonómicos sobre parejas de hecho. Lo permiten en abstracto los arts. 1315 y 1328 CC⁶⁵ siempre que, en particular, tales regímenes respeten los mínimos imperativos del régimen matrimonial, especialmente, en lo que afecta a su régimen primario, común a todo matrimonio (contenido en los arts. 1317 ss CC), así como a su contenido personal (impuesto en los arts. 66 ss CC).

En efecto, ese acercamiento convencional (o “ex voluntate”) y recíproco entre ambos tipos de parejas, casadas y de hecho, no solo viene auspiciado por la configuración de las parejas de hecho a modo de para-matrimonios, aunque más libres y menos solemnes (que, según vimos antes, han venido a regularizar la legión legislativa autonómica), sino también por el mayor grado de libertad y el menor de solemnidad, o de rigurosidad cuando menos, que el propio legislador estatal, en este caso, ha conferido a la institución matrimonial misma, facilitando no solo el acceso a ella a parejas integradas por personas del mismo sexo (con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio), permitiendo su celebración, en todo caso, ante otras muy diversas autoridades diversas de la judicial, sino, sobre todo, facilitando su separación o su disolución mediante divorcio, primero descausalizándolo, con el -mal- llamado divorcio “express” (en la Ley-2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio), y, luego, desjudicializándolo al permitir el divorcio notarial por mutuo acuerdo (con la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio); reformas todas ellas que han aproximado aún más las uniones de hecho en su regulación

al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento”.

65 Art. 1315: “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código». Art. 1328 CC: «Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

contenida en la legislación autonómica a la institución matrimonial estatal por acercamiento de esta a aquellas. Con tales reformas, en efecto, ha sido el matrimonio el que se ha asimilado, o aproximado cuando menos, a las uniones no casadas, dando por resultado, entre ambos legisladores, estatal y autonómico, un acercamiento mutuo y recíproco que, a nuestro parecer, justifican también este acercamiento voluntario entre sus regímenes -al menos- patrimoniales. Todo ello sin que la aproximación desdibuje la existencia de dos instituciones con sus diferencias, ya muy tenues, que, mantenidas intencionadamente por la ley, sigan impidiendo el recurso a la analogía entre ellas (como así sucede con otras figuras, muy próximas, pero no análogas “*stricto sensu*”, como por ejemplo sucede con la prescripción y la caducidad, con la fianza y la hipoteca dada por tercero, o con el usufructo y el arrendamiento, ...) ⁶⁶.

Tal es la posible disponibilidad de los regímenes matrimonial y de las parejas de hecho, que la STC 93/2013, 23 abril, tras declarar en buena parte inconstitucional la Ley navarra por someter a su régimen aquellas uniones no casadas, ni registradas, por la sola convivencia anual de sus integrantes o por tener una descendencia común, lo que, según entiende el Tribunal Constitucional, es contrario a la libertad (que consagra el art. 10 CE), por no respetar que tales uniones se sometan solo voluntariamente a dicha Ley, añade que el régimen legal autonómico, previsto como imperativo en la Ley navarra —solo— para las parejas no casadas registradas y sometidas expresa y voluntariamente a dicha ley, debe entenderse como meramente dispositivo para las parejas no casadas, ni registradas, que podrán someterse a él mediante pacto al amparo del principio de autonomía de la voluntad (que, en general, consagra el art. 1255 CC), hasta el punto de que cabría admitir, según ejemplifica el propio Tribunal Constitucional, que la unión se acuerde sometida a término o a condición, contra la prohibición que al respecto establece la Ley navarra para las parejas no casadas registradas (o el art. 45 CC impone al matrimonio, habría que añadir). Considera incluso el Tribunal Constitucional que de haber una ley estatal de parejas de hecho, debería contener un régimen dispositivo, por respeto a la libertad y la dignidad que impone el art. 10 CE. Así, en efecto, lo hacía la Ley valenciana de parejas de hecho, previendo un régimen como dispositivo, en cuanto supletorio, para las propias uniones formalizadas (una ley, no obstante, que fue también declarada inconstitucional en la STC 110/2016, 9 junio). Y es solución que desde hace un tiempo defendía también PARRA LUCÁN ⁶⁷.

En mi opinión, con ello el Tribunal Constitucional llega demasiado lejos en la concesión de juego a la autonomía privada. ¡No se percata, acaso, aquella sentencia

66 Y que yo mismo he estudiado en diversas ocasiones, que pueden verse compendiadas en mi libro *Analogía e interpretación: sus confines conceptuales y su realidad práctica en Derecho privado*, con prólogo de L.B. PÉREZ GALLARDO, Ediciones Olejnik, Chile-Argentina, 2017.

67 En “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, *La Ley*, 2011-3, p. 1800, y que reitera posteriormente en su colaboración en el 150 aniversario de la Ley del Notariado, *cit.*, pp. 297 y 298.

del Tribunal Constitucional de que, con su interpretación, frente a lo que ha sido la propia jurisprudencia constitucional, se privilegia a las uniones de hecho, no solo frente a las matrimoniales, sino también frente a las no casadas pero registradas debidamente; todo ello en contra de una mínima exigencia de seguridad jurídica? ¿No se contiene en aquella idea una discriminación, no solo frente al matrimonio, sino dentro de las propias parejas de hecho favoreciendo, precisamente, a las que no se sujetan a las formalidades de la Ley (autonómica)? Si una pareja decide voluntariamente no casarse ni registrarse como unión estable, ¿por qué permitir que por pacto se someta al régimen legal de las parejas registradas? La STC 23 abril 2013 lo admitió, cuando en cambio la coetánea RDGRyN 7 febrero 2013⁶⁸, sobre un caso de pareja de hecho registrada en Andalucía, había afirmado, con toda razón, la “imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico del matrimonio— sin matrimonio”. ¿O acaso hay que rechazar esta última resolución por ser inconstitucional (contraria a la libertad que proclama aquella sentencia), y hay que admitir que las uniones libres pueden someterse por su simple voluntad al régimen matrimonial o al de parejas registradas sin necesidad de casarse ni de registrarse? En mi opinión, constituiría tal opción un flagrante atentado contra el Orden Público (en contra del límite que al respecto establece el art. 1255 CC). Con aquella última sentencia el Tribunal Constitucional ha trasladado al dilema entre pareja no casada registrada o no registrada el mismo que antaño se suscitó entre el matrimonio y las genuinas parejas de hecho, pero dándole ahora a aquel otro una solución diversa y, en mi consideración, equivocada, al no afirmar la falta de semejanza y negar la aplicación pactada de su régimen legal. Esa es, al menos, mi opinión que aquí, por fin, concluye.

68 Resolución 3 febrero 2013 (RAJ 2013, 2908).

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, R. M^a.: "Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2006, pp. 4793-4805.

BARRIO GALLARDO, A.: "Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico-matrimonial", en AA.VV.: *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017, pp. 127-142.

BARRIO GALLARDO, A.: "La organización económica de las parejas de hecho y sus límites institucionales", *RGLJ*, 2017, núm. 3, pp. 447-482.

BAYOD LÓPEZ, C.: "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1995, núm. 626, pp. 129-153.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Las parejas de hecho", *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 1823-1837.

BUSTOS GÓMEZ-RICO, M. DE.: "La relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", *Cuadernos de Derecho Judicial (Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho)*, 1997, pp. 419-498.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Parejas de hecho, pactos de convivencia y en previsión de posible ruptura, en España: «status quaestionis»", en AA.VV.: *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, (dir. por L. AGUILAR RUIZ Y JL. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO), Navarra, 2014, pp. 61-81.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "¿Pueden las parejas de hecho someterse convencionalmente a un régimen económico matrimonial? (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 2018)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2018, núm. 47.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "De nuevo, sobre las parejas de hecho y su pertinaz voluntad de someterse a un régimen económico matrimonial. Comentario a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública de 21 de junio de 2021", *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, núm. 113º, pp. 287-308.

DE VERDA Y BEAMONYE, J.R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, 2019, pp. 12-63.

ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1991.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995.

GALLEGO VEGA, J.A.: "Comentario a la RDGRyN 7 febrero 2013", en AA.VV.: *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, (dir. por L. AGUILAR RUIZ Y J.L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO), Navarra, 2014, pp. 83-90.

GARCÍA MAYO, M.: *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, JM Bosch Editor, Madrid, 2023.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?", *RJN*, núm. 32, 1999, pp. 199-235.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: "Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)", *La Ley*, núm. 7, 2001.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: "Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales", *La Ley*, núm. 4, 2003, pp. 1849-1855.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Convivencia «more uxorio». Estipulaciones y presunciones", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 1990, pp. 1061-1069.

LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho*, Aranzadi, Navarra, 2002.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Acuerdos entre convivientes «more uxorio»", *AAMN*, núm. 40, 2000, pp. 205-249.

MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2006.

OSSORIO SERRANO, J.M.: "Relaciones y otros efectos puramente personales o no patrimoniales que se derivan de la convivencia de parejas de hecho", en AA.VV.: *Parejas de hecho: cursos de verano de la Universidad Complutense en Almería*, (coord. por R. Herrera Camposo), Ilustre Colegio Notarial, Madrid, 1996, pp. 37-50.

PARRA LUCÁN, M^a.A.: “Autonomía de la voluntad y el Derecho de la familia”, en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado (Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado)*, Tomo I: Derecho de la persona, familia y sucesiones, Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pp. 97-454.

POUS DE LA FLOR, M^a.P.: “Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho”, *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 805-832.

REBOLLEDO VARELA, A.L.: “El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos”, *Revista de derecho de familia*, núm. 43, 2009, pp. 23-54.

TORRES LANA, J.A.: “Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia «more uxorio»”, en AA.VV.: *Homenaje a JB. Vallet de Goytisolo*, Vol. V, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 771-793.

TORRES LANA, J.A.: “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 9-23.



FUNZIONE COMPENSATIVO-PEREQUATIVA DELL'ASSEGNO
DIVORZILE, RILIEVO DELLA CONVIVENZA PRECEDENTE AL
VINCOLO E SACRIFICIO DI OPPORTUNITÀ PROFESSIONALI
DEL CONIUGE DEBOLE

*COMPENSATORY-EQUALISING FUNCTION OF THE DIVORCE
ALLOWANCE, IMPORTANCE OF THE COHABITATION PRIOR TO
THE BOND AND SACRIFICE OF PROFESSIONAL OPPORTUNITIES
OF THE WEAK SPOUSE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 350-385



Francesca CEREÀ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Come dimostrano le recenti decisioni della Suprema Corte la funzione compensativo-perequativa dell'assegno divorzile – consacrata con le Sezioni Unite del 2018 – è ancora oggetto di un costante lavoro ermeneutico. Da un lato, infatti, ha trovato spazio una interpretazione estensiva del criterio della “durata del matrimonio” di cui all’art. 5, comma 6, l. div., sì da consentire al giudice di tenere conto nella decisione sull’assegno di fatti verificatisi durante la convivenza precedente alla celebrazione del matrimonio o dell’unione civile. Dall’altro, sembra non esserci tuttora accordo attorno al rilievo da attribuire ai sacrifici professionali compiuti dal partner “debole” in favore della famiglia, vale a dire se gli stessi rappresentino requisito imprescindibile ai fini del riconoscimento del diritto all’assegno o se la loro dimostrazione sia idonea ad incidere solo sulla quantificazione dello stesso.

PALABRAS CLAVE: Assegno divorzile; funzione compensativo-perequativa; funzione assistenziale; convivenza prematrimoniale; sacrificio di opportunità professionali.

ABSTRACT: As the recent decisions of the Supreme Court show, the compensatory-equalizing function of the divorce allowance - consecrated with the 2018 United Sections - is still the subject of constant hermeneutic work. On the one hand, in fact, an extensive interpretation of the criterion of the «duration of marriage» referred to in art. 5, paragraph 6, l. div. shall be such as to enable the court to take account in its decision on the allowance of facts which occurred during the cohabitation prior to the celebration of the marriage or civil union. On the other hand, there seems to be still no agreement on the importance to be attributed to the professional sacrifices calculated by the “weak” partner in favor of the family, that is to say whether they are an essential requirement for the recognition of entitlement to the cheque or whether their proof is capable of affecting only the quantification of the cheque.

KEY WORDS: Divorce allowance; compensatory-equalizing function; welfare function; premarital cohabitation; sacrifice of professional opportunities.

SUMARIO.- I. LE “STAGIONI” DELL’ASSEGNO DIVORZILE. – I. Dalla finalità meramente assistenziale dell’assegno alla funzione compensativo-perequativa. Brevi cenni su un cammino lungo un trentennio. – 2. Natura composita dell’assegno e sua attuale applicazione. – 3. Modalità di corresponsione dell’assegno con funzione compensativa e necessità di una riforma legislativa conforme agli standard europei. – II. RILEVANZA DELLA CONVIVENZA PREMATRIMONIALE NELLA DECISIONE SULL’ASSEGNO DIVORZILE. – III. CONVIVENZA ANTERIORE ALLA L. N. 76/2016, SCIoglimento DELL’UNIONE CIVILE E COMPENSAZIONE DEL PARTNER “DEBOLE” – IV. IL SACRIFICIO DI OCCASIONI PROFESSIONALI IN FAVORE DELLA FAMIGLIA: PRESUPPOSTO NECESSARIO O EVENTUALE DEL DIRITTO ALL’ASSEGNO COMPENSATIVO?

I. LE “STAGIONI” DELL’ASSEGNO DIVORZILE.

I. Dalla finalità meramente assistenziale dell’assegno alla funzione compensativo-perequativa. Brevi cenni su un cammino lungo un trentennio.

È noto che, quando si ragiona di assegno divorzile, il riferimento normativo è rappresentato dall’art. 5, comma sesto, l. n. 898/1970, come modificato dalla legge di revisione n. 74/1987.

La disposizione e, più in generale, la regolamentazione in materia di crisi della coppia si scontra da sempre con la difficoltà di disciplinare un fenomeno sociale estremamente volubile quale quello della famiglia (*rectius* delle famiglie), peraltro nel suo momento di maggior conflittualità!. Dell’interpretazione – sovente sottoposta a tensioni – di tale normativa si è fatta carico la giurisprudenza, nel tentativo di offrirne una lettura compatibile con il principio costituzionalmente riconosciuto (art. 29 Cost.) della parità dei coniugi, anche sotto il profilo patrimoniale, la cui salvaguardia si fa ancor più necessaria nel momento dello scioglimento del vincolo.

In particolare, sulla scorta della formulazione dell’art. 5, comma 6 l. div. la giurisprudenza ha sin da subito distinto tra criteri attributivi dell’assegno di divorzio (inadeguatezza dei mezzi e oggettiva impossibilità di procurarseli) e criteri determinativi (condizioni dei coniugi, ragione della decisione, contributo personale ed economico, reddito di entrambi, in rapporto alla durata del matrimonio). In questa ottica, quindi, la decisione sull’assegno si è per lungo tempo articolata in due fasi logiche distinte: la prima avente ad oggetto l’accertamento dell’inadeguatezza dei mezzi della parte istante, in quanto unico presupposto richiesto per la corresponsione dell’assegno; la seconda volta alla quantificazione

I Sul tema v. QUADRI, E.: “La quarta stagione del divorzio: Le prospettive di riforma”, in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* (a cura di V. CUFFARO), Giuffrè, Milano, 2021, p. 79 ss.

• **Francesca Cerea**

Assegnista di ricerca, Università di Bergamo. E-mail: francesca.cerea@unibg.it

del suo ammontare, in ossequio ai criteri elencati nella prima parte dell'art. 5, comma 6, valutati al momento del divorzio.

Nella lettura fornita dalla Corte poco dopo la modifica della disposizione (1990) emerge chiaramente la natura eminentemente assistenziale dell'assegno di divorzio, avente quale solo presupposto l'insufficienza dei mezzi del coniuge richiedente. Tale opzione ermeneutica disconosce la tesi – sostenuta largamente in giurisprudenza e da certa parte della dottrina prima della legge di revisione del 1987² – che ravvisa nell'assegno di divorzio una natura composita, alla luce dei diversi criteri indicati dalla norma per la determinazione dell'assegno.

A tale proposito la giurisprudenza è presto stata chiamata a stabilire quale fosse il parametro da considerare per la valutazione dell'adeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente l'assegno. Secondo l'orientamento maggioritario, rimasto invariato per un trentennio, i mezzi di cui il coniuge dispone (comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità) possono dirsi adeguati laddove consentano allo stesso di mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio³. Tale tesi ha visto da subito contrapporsi la posizione – rimasta però isolata – di certa parte della giurisprudenza⁴ ad avviso della quale il coniuge dispone di mezzi adeguati nella misura in cui possiede risorse sufficienti per condurre una esistenza libera, dignitosa e economicamente autonoma, a prescindere dalle condizioni di vita matrimoniale e senza che sia necessario un accertamento comparativo della situazione economico-patrimoniale delle parti al momento dello scioglimento del vincolo.

Negli anni successivi l'orientamento legato al tenore di vita è rimasto pressoché pacifico sino all'arresto del 2017⁵ che – pur mantenendo la scissione del giudizio

- 2 Il riferimento è a DAGNINO, A.: "Appunti sull'assegno periodico in favore del coniuge divorziato", *Il Diritto di Famiglia delle Persone*, 1974, num. 1, p. 159 e CECCHERINI, G.: "Natura e funzione dell'assegno al coniuge divorziato", *Il Foro italiano*, 1977, parte V, 235. In giurisprudenza cfr. Cass., 17 ottobre 1977, n. 4425; Cass., 211981, n. 494; Cass., 12 luglio 1984, n. 4107; Cass. sez. un., 9 luglio 1974, n. 2008, con nota di DALL'ONGARO, F.: "Sulla controversa qualificazione giuridica dell'assegno di divorzio", *Il Diritto di Famiglia delle Persone*, num. 1, 1974, p. 635; v. già Cass., sez. un., 26 aprile 1974, n. 1194, *Il Foro italiano*, 1974, parte I, p. 1335.
- 3 Così Cass., sez. un., 29.11.1990, n. 11490, con note di QUADRI, E.: "Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", e di CARBONE, V.: "Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)", *Il Foro italiano*, 1991, parte I, p. 67 ss. Il criterio era più tardi stato condiviso anche da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 11, con nota di AL MUREDEN, E.: "Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità", *Famiglia e diritto*, 2015, num. 6, p. 537 ss.
- 4 Cass., 2 marzo 1990, n. 1652, così massimata: «Nel giudizio per l'attribuzione dell'assegno di divorzio, la valutazione relativa all'adeguatezza dei mezzi economici di cui dispone il richiedente deve essere compiuta con riferimento non al tenore di vita da lui goduto durante il matrimonio, ma ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso, quale, nei casi singoli, configurato dalla coscienza sociale».
- 5 Cass., 10 maggio 2017, n. 11504. AL MUREDEN, E.: "L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale" e DANOVÌ, F.: "Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti", *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 642 ss.; RIMINI, C.: "Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fenomeno assistenziale", *Giurisprudenza italiana*, 2017, num. 8-9, pp. 1799 ss.; Id., "Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fenomeno assistenziale", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, num. 9, pp. 1274 ss.. V. anche QUADRI, E.: "I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità":

in due fasi logiche (criteri attributivi (*an*) e criteri determinativi (*quantum*)) e la funzione prettamente assistenziale dell'assegno – ha mutato il parametro per la valutazione dell'adeguatezza dei mezzi. In particolare, è stato affermato che l'ex coniuge dispone di mezzi "adeguati", in ossequio al principio di autoresponsabilità, se questi sono tali da consentirgli l'«indipendenza o autosufficienza economica», a prescindere dal tenore di vita goduto durante il matrimonio.

Tale esito interpretativo viene rivisto – seppur parzialmente⁶ – l'anno successivo da parte delle Sezioni Unite che ritengono di abbandonare la rigida distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio, per aderire ad un criterio assistenziale-compensativo-perequativo che integra le due componenti. In questo senso, l'adeguatezza dei mezzi va valutata in modo oggettivo, considerando le condizioni economico-patrimoniali delle parti e verificando se la situazione di squilibrio economico e reddituale in cui le stesse si trovano al momento del divorzio sia causalmente ricollegabile agli altri indicatori contenuti nell'art. 5, comma 6, prima parte, da considerarsi in posizione equiordinata. Ciò impone, quindi, di accertare se la rilevante disparità di condizioni tra coniugi dipenda dalle scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise dalla coppia, con eventuale sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una parte in favore della famiglia. Tale accertamento deve tenere conto della durata del matrimonio (fattore cruciale per verificare la consistenza del contributo del coniuge debole) e dell'età dell'ex coniuge (elemento che consente di valutare la possibilità di un suo positivo ricollocamento occupazionale, alla luce della conformazione del mercato del lavoro in quel dato momento storico). Secondo le Sezioni Unite di fronte ad una richiesta di corresponsione di assegno di divorzio da parte del coniuge più debole è, quindi, necessario anzitutto accertare l'esistenza di uno squilibrio reddituale-patrimoniale tra le parti e, successivamente, indagare le cause di tale disparità, accertando se la stessa affondi le radici nelle scelte compiute dalla coppia in costanza di matrimonio, in nome delle quali uno dei partner ha rinunciato a coltivare una propria carriera professionale, sacrificando guadagni e una posizione previdenziale in favore dei bisogni della famiglia e/o contribuendo all'incremento del patrimonio del coniuge o di quello familiare. Se entrambi gli accertamenti ottengono risposta affermativa sarà allora necessario verificare l'insuperabilità

“persone singole” senza passato?”, *Corriere giuridico*, 2017, num. 7, pp. 885 ss.; SESTA, M.: “La solidarietà post-coniugale tra funzioni assistenziale ed esigenze compensatorie”, *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 516 ss.

6 Cass. sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287. PATTI, S.: “Assegno di divorzio: il “passo indietro” delle Sezioni Unite”, *Il Corriere giuridico*, 2018, num. 10, p. 1186; BIANCA, M.: “Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?”, *Il Foro italiano*, 2018, parte I, 2671; RIMINI, C.: “Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa”, *Giurisprudenza italiana*, 2018, num. 8-9, p. 1843. Rispetto all'orientamento dell'anno precedente la Corte osserva: «La valutazione svolta nella sentenza n. 11504 del 2017 è rilevante ma incompleta, in quanto non radicata sui fattori oggettivi e interrelazionali che determinano la condizione complessiva degli ex coniugi dopo lo scioglimento del vincolo».

di tale squilibrio alla luce delle condizioni soggettive del richiedente e, in caso positivo, riconoscere l'assegno⁷.

La S.C. – in parziale continuità con l'orientamento precedente – mantiene la funzione assistenziale dell'assegno, suggerendone, però, una più articolata lettura alla luce del principio di autoresponsabilità inteso nella sua continuità storica. Trova, così, spazio una visione dinamica dell'autoresponsabilità dei coniugi che – al fine della valutazione dell'adeguatezza dei mezzi – tiene conto non solo delle attuali e future capacità del coniuge di raggiungere un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza (criterio assistenziale in senso stretto applicato dalla Cassazione del 2017), ma anche del contributo offerto in concreto alla realizzazione della vita familiare che, sciolto il vincolo, rischia di produrre effetti vantaggiosi soltanto per una parte (le Sezioni Unite riferiscono di un contenuto perequativo-compensativo della funzione assistenziale dell'assegno)⁸.

La pronuncia sembra, così, in tensione tra la volontà di mantenere la funzione assistenziale dell'assegno e quella di riconoscere pari valore alla sua natura compensativo-perequativa. In questo tentativo la Corte oscilla – in modo da taluni definito contraddittorio⁹ – tra la proclamazione della «preminenza della funzione equilibratrice-perequativa dell'assegno di divorzio» e la descrizione della funzione compensativo-perequativa quale «componente (n.d.a. e quindi verrebbe da dire non avente rilievo autonomo né prevalente) di quella assistenziale»¹⁰.

-
- 7 SIMEONE, A.: "Il nuovo assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite: ritorno al futuro?", *Ilfamilarista.it*, 17 luglio 2018.
 - 8 Come sottolinea in più occasioni QUADRI, E.: "La quarta stagione del divorzio: Le prospettive di riforma", cit., p. : «la stessa assunzione del principio di autoresponsabilità quale direttiva di fondo nella definizione degli assetti economici post-coniugali può essere effettivamente considerata come ragionevole approdo in materia, ma, almeno ove s'intenda rispettare realmente il valore della pari dignità dei protagonisti dell'esperienza familiare, alla sola condizione, appunto, che sia garantita tra di loro, come base di partenza per la vita futura separata, una effettiva perequazione in ordine alla complessiva economia familiare, cui ciascuno abbia contribuito nel corso della convivenza, rimediando alle sperequazioni venutesi eventualmente a determinare nelle posizioni individuali dei coniugi». V. anche ID., "Gli effetti economici delle crisi coniugali", *Jus civile*, 2021, num. 5, p. 1353; ID., "L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, pp. 1261 e ss.
 - 9 RIMINI, C.: "Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano", *Rivista di Diritto civile*, 2020, num. 2, pp. 422 ss.; dello stesso avviso PORCELLI, M.: "L'assegno divorzile. Verso una nuova stagione", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 48.
 - 10 In effetti le Sezioni Unite già osservavano: «Il richiamo all'attualità, avvertito dalla sentenza n. 11504 del 2017, in funzione della valorizzazione dell'autoresponsabilità di ciascuno degli ex coniugi deve, pertanto, dirigersi verso la preminenza della funzione equilibratrice-perequativa dell'assegno di divorzio». Sostengono la pari ordinazione dei due criteri Cass., 30 agosto 2019, n. 21926 (noto come caso Lario-Berlusconi), con nota di AL MUREDEN, E.: "Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei big money cases", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 12, pp. 1077 ss.; Cass., 17 febbraio 2021, n. 4215.

2. Natura composita dell'assegno e sua attuale applicazione.

La giurisprudenza più recente, facendo applicazione della lettura interpretativa offerta dalle Sezioni Unite¹¹, sembra aver superato la funzione meramente assistenziale dell'assegno di divorzio, in favore del riconoscimento di una paritaria natura equilibratrice; esito che non impedisce, a seconda del caso concreto, di porre maggiore o minore enfasi su una delle due componenti¹².

In certe ipotesi, infatti, la finalità assistenziale può avere rilievo preponderante o assorbente rispetto a quella compensativa, come avviene qualora l'assegno sia essenzialmente destinato a supplire alla mancanza «di strumenti diversi che garantiscano all'ex coniuge, in condizioni di debolezza, un'esistenza dignitosa, ma ciò nell'ipotesi di effettiva e concreta non autosufficienza economica del richiedente, derivante da una situazione incolpevole, ad esempio a causa di una malattia o di uno stato di invalidità (Cass. n. 5055/2021; Cass. 13420/2023; Cass. 19306/2023)»¹³.

In questo caso «la quantificazione dell'assegno divorzile dovrà tendenzialmente effettuarsi sulla base dei criteri di cui all'art. 438 c.c., salvi gli opportuni adattamenti

-
- 11 Da taluni considerata in dottrina più una riscrittura che una rilettura dell'art. 5, comma 6, l. div. Di questo avviso BALESTRA, L.: "La crisi della comunione di vita", *Giustizia civile*, 2020, num. 1, pp. 30 ss.
- 12 In proposito osserva AL MUREDEN, E.: "Assegno divorzile e convivenza tra autoresponsabilità ed istanze compensative", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, num. 1, pp. 203 ss., che la pronuncia del 2018 «pur sottolineando la finalità compensativa dell'assegno divorzile non ne ha mutato il carattere sino a renderla autonoma e "scorporabile" rispetto alla funzione assistenziale». Concorde QUADRI, E.: "Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, num. 6, pp. 1390 ss.
- 13 Sul punto i giudici di legittimità (Cass., 7 luglio 2023, n. 19306, *One Legale*) hanno chiarito che «L'assegno divorzile, nella sua componente esclusivamente assistenziale, da quantificarsi, ove risulti dovuto, tendenzialmente sulla base dei criteri di cui all'art. 438 c.c. nei termini precisati, potrà essere riconosciuto nella ricorrenza delle seguenti e concorrenti condizioni: a) sussista un'effettiva e concreta non autosufficienza economica dell'istante, che non sia più in grado di provvedere al proprio mantenimento (fatto nuovo avente valore giuridico ai fini dell'accertamento della "crisi" del giudicato - o accordi equiparati - rebus sic stantibus); b) alla nuova situazione del richiedente non possano fornire ausilio strumenti alternativi di tutela, per l'assenza di soggetti a ciò legalmente tenuti o per la mancanza di forme di sostegno pubblico; c) l'ex coniuge onerando sia, all'attualità, in grado di sostenere economicamente l'esborso di cui trattasi ed abbia in passato ricevuto o goduto di apporti significativi da parte dell'ex coniuge richiedente». Nel caso portato all'attenzione della Corte l'ex moglie, durante il matrimonio (durato tre anni e dal quale non erano nati figli), aveva contratto una patologia oncologica, per la quale le era stata riconosciuta una invalidità permanente del 67%, cui era conseguita una malattia depressiva, con disturbi d'ansia e cefalea intensiva, con limitazione della capacità lavorativa, tanto che era stata assunta con contratto di lavoro part-time, anziché con il più remunerativo contratto a tempo pieno. Sulla scorta di tali circostanze il Tribunale riconosceva alla stessa un assegno in funzione assistenziale, determinato in € 200, poi confermato in secondo grado. Di diverso avviso la Cassazione che lamenta come la Corte d'appello: «ha dato unicamente rilievo alla ridotta capacità lavorativa della G., la quale era stata costretta a scegliere un lavoro part-time, in luogo di quello a tempo pieno, ma non ha compiuto alcuna verifica sulla effettiva non autosufficienza economica della stessa, sulla base delle complessive condizioni patrimoniali e reddituali, contestata dall'ex marito (il quale aveva dedotto che la stessa percepisce uno stipendio per effetto di nuovo impiego, di Euro 1.140,00 mensili, è titolare di un patrimonio immobiliare e mobiliare, proviene da "una facoltosa famiglia genovese", ha percepito indennizzo a titolo di incentivo all'esodo dall'ex datore di lavoro, di circa Euro 70.000,00)». In applicazione di tale principio la S.C. (Cass., 18 gennaio 2024, n. 1897, *One Legale*) ha recentemente rigettato il ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello di Trieste che confermava all'ex marito (invalido e con un reddito di circa 600 € mensili) un assegno divorzile pari a 200 € mensili da parte della ex moglie (il cui patrimonio era stato costruito con il contributo dell'ex marito, che è in possesso di redditi da lavoro (seppure modesti) e da locazione ed è proprietaria di diversi immobili).

a seconda della maggiore o minore importanza degli apporti ricevuti o goduti dall'ex coniuge onerando (v. Cass. 19306/2023 cit.)»¹⁴.

Nel complesso la natura assistenziale dell'assegno non esce di scena ma viene resa più coerente con una moderna visione dei principi di solidarietà e autoresponsabilità, in virtù dei quali non può più ammettersi una connotazione statica e passiva della solidarietà post-coniugale che consenta «all'ex coniuge di mantenere il pregresso tenore di vita solo perché ha contratto matrimonio a prescindere dal dovere di attivarsi per reperire o mettere a frutto mezzi che gli consentano di rendersi indipendente economicamente dopo il divorzio, e sempre che questi mezzi siano ragionevolmente alla sua portata»¹⁵. Sembra, dunque, di intravedere nei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità l'intenzione di accordare all'assegno di divorzio una funzione riabilitativa e, pertanto, di attribuire alla funzione assistenziale un ruolo di secondo piano, destinato ad entrare in gioco solo nella misura in cui nel caso concreto non vi sia la possibilità per il coniuge debole di divenire autosufficiente entro un congruo arco temporale, tenuto conto delle sue condizioni personali e del contesto sociale nel quale è inserito.

Resta fermo che l'accertamento del diritto del coniuge ad un assegno di divorzio con funzione prettamente assistenziale non può fondarsi unicamente sull'esistenza di uno squilibrio economico tra le parti o di un (più) alto livello reddituale di uno dei coniugi, essendo circostanze che potevano da sole avere rilievo, in passato, quando la giurisprudenza ricostruiva il tenore di vita matrimoniale, che oggi è, però, elemento irrilevante¹⁶. Ne deriva che per determinare la soglia dell'indipendenza economica bisogna avere riguardo alle indicazioni provenienti, nel momento storico determinato, dalla coscienza collettiva, e dunque né "bloccata" alla soglia della pura sopravvivenza né eccedente il livello della normalità¹⁷. Sulla scorta

¹⁴ Così Cass., 18 gennaio 2024, n. 1897, cit.

¹⁵ Cass., 18 gennaio 2024, n. 1897, cit. la quale sul punto osserva: «La solidarietà post-coniugale non può infatti essere intesa diversamente da come nella nostra Costituzione è disegnato il più generale dovere di solidarietà sociale e cioè come uno strumento volto a favorire l'evoluzione della persona in armonia con tutti gli altri valori costituzionali, tra i quali anche il diritto/dovere al lavoro e, perciò, di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società. Le misure di sostegno a chi si trovi in posizione di svantaggio sono quindi pensate, in linea di massima, non con finalità meramente assistenzialistiche, ma per superare lo svantaggio e mettere la persona in condizione di partecipare alla pari alla vita economica e sociale e fatto salvo, ovviamente, il caso delle persone totalmente inabili a provvedere a sé stesse. Con le debite differenze, questo ragionamento può applicarsi anche al caso della solidarietà post-coniugale onde evitare, da un lato, che la crisi matrimoniale produca una ingiustificata asimmetria economica tra le parti, dall'altro che si creino altrettanto ingiustificate rendite parassitarie».

¹⁶ Cass., 9 agosto 2019, n. 21234, *Guida al diritto*, 2020, num. 2, p. 62 osserva che l'attribuzione e la quantificazione dell'assegno «non può dipendere unicamente dall'alto (o dal più alto) livello reddituale di uno degli ex coniugi, non trovando alcuna giustificazione l'idea che quest'ultimo sia comunque tenuto a corrispondere all'altro tutto quanto sia per lui "sostenibile" o "sopportabile", quasi ad evocare un prelievo forzoso in misura proporzionale ai suoi redditi. Un esito interpretativo di questo genere si risolverebbe in una imposizione patrimoniale priva di causa, che sarebbe arduo giustificare in nome della solidarietà post-coniugale».

¹⁷ Cass., 7 febbraio 2018, n. 3015, secondo cui: «A giustificare l'attribuzione dell'assegno non è, quindi, di per sé, lo squilibrio o il divario tra le condizioni reddituali delle parti, all'epoca del divorzio, né il

di tale criterio, per esempio, la recente giurisprudenza¹⁸ ha escluso che alla ex moglie (insegnante di ruolo con un'entrata di 2100€ mensili, assegnataria della casa coniugale e nuda proprietaria di altro immobile) spettasse un assegno di divorzio in veste assistenziale (che la Corte d'appello – sulla scorta della differenza reddituale tra i coniugi – aveva quantificato in € 500, senza che vi fosse alcun profilo compensativo) da parte dell'ex marito (medico ospedaliero, con reddito mensile di 4300€ e proprietario dell'appartamento in cui vive) con cui era stata sposata dieci anni.

Vero è che, nella prassi, i casi più frequenti non sono quelli in cui viene in evidenza il profilo strettamente assistenziale dell'assegno, ma quelli in cui si riscontrano situazioni comparative caratterizzate da una sperequazione nella condizione economico-patrimoniale delle parti, di entità variabile. In questo contesto la valutazione dell'adeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge assume un contenuto prevalentemente perequativo-compensativo che non può limitarsi né a quello strettamente assistenziale né a quello dettato dal raffronto oggettivo delle condizioni economico-patrimoniali delle parti. In simili ipotesi, pertanto, la componente assistenziale dell'assegno fa spazio, talvolta anche affiancandosi, a quella compensativa¹⁹, laddove sia dimostrato che l'attuale inadeguatezza dei mezzi del coniuge debole è causalmente ricollegata al passato assetto matrimoniale che – al momento dello scioglimento del vincolo – mostra i suoi svantaggi. Si pensi al caso in cui il coniuge debole non più giovane (frequentemente la moglie) si trovi al momento del divorzio – dopo un'unione durata molti anni – ad avere entrate modeste (ad esempio la percezione della sola pensione minima pari a circa 600€) non avendo coltivato alcun percorso di studi né svolto alcuna professione ed essendosi dedicata all'attività di casalinga e madre per tutta la durata del matrimonio. In questa, non rara, ipotesi l'assegno di divorzio è chiamato a compensare la donna dei sacrifici e delle rinunce sopportati in costanza di matrimonio e in ragione dei quali ha attualmente a disposizione risorse significativamente inferiori a quelle del proprio coniuge (con cui potrebbe sì vivere autonomamente, ma la cui contenuta entità è conseguenza del significativo ruolo endofamiliare ricoperto nel corso del

peggioramento delle condizioni del coniuge richiedente l'assegno rispetto alla situazione (o al tenore) di vita matrimoniale, ma la mancanza della "indipendenza o autosufficienza economica" di uno dei coniugi, intesa come impossibilità di condurre con i propri mezzi un'esistenza economicamente autonoma e dignitosa. Quest'ultimo parametro va apprezzato con la necessaria elasticità e l'opportuna considerazione dei bisogni del richiedente l'assegno, considerato come persona singola e non come ex coniuge, ma pur sempre inserita nel contesto sociale. Per determinare la soglia dell'indipendenza economica occorrerà avere riguardo alle indicazioni provenienti, nel momento storico determinato, dalla coscienza collettiva e, dunque, né bloccata alla soglia della pura sopravvivenza né eccedente il livello della normalità, quale, nei casi singoli, da questa coscienza configurata e di cui il giudice deve farsi interprete, ad essa rapportando, senza fughe, le proprie scelte valutative, in un ambito necessariamente duttile, ma non arbitrariamente dilatabile».

18 Cass., 9 agosto 2021, n. 22499, *One Legale*.

19 In proposito LENTI, L.: "Diritto della famiglia", Giuffrè, Milano, 2021, p. 767: «Una volta acclarata l'esistenza di uno squilibrio economico rilevante, mi sembra che nella maggior parte dei casi tale funzione finisca in fatto con l'assumere un ruolo preminente – nonostante la declamata equidistribuzione - rispetto alle altre funzioni, da quella strettamente assistenziale a quella sanzionatoria».

rapporto a scapito di una propria posizione professionale, sacrificio che merita riconoscimento).

Quanto alla sua quantificazione la dottrina rileva che «il valore dell'attività prestata a favore dell'altro coniuge anche sotto forma di sacrifici e rinunce non può essere calcolato in termini assoluti, ma deve essere necessariamente correlato alla posizione economica della parte nei confronti della quale la richiesta dell'assegno post-matrimoniale viene avanzata»²⁰.

Per ciò che attiene al profilo probatorio, grava sul coniuge istante l'onere di dimostrare l'esistenza di un rapporto eziologico tra l'attuale squilibrio economico tra i coniugi e il sacrificio sopportato in costanza di rapporto, anche a favore della crescita professionale (e quindi reddituale) del partner. Il principio è stato applicato dalla Corte d'Appello di Venezia che ha recentemente confermato la decisione del Tribunale di Padova che riconosceva un assegno di 700€ alla ex moglie (di anni 75, proprietaria della casa familiare e con un unico reddito mensile di € 700 a titolo di pensione) la quale dopo i primi 15 anni di matrimonio (durato nel complesso 42 anni) aveva cessato la propria attività di operaia per occuparsi della famiglia e dei figli, consentendo al marito di dedicarsi interamente al proprio lavoro di imprenditore individuale e sacrificando le proprie aspettative lavorative.

L'esigenza perequativo-compensativa, infatti, può rinvenirsi ove l'attuale disparità reddituale tra i coniugi sia conseguenza della scelta – condivisa – di uno dei partner di svolgere un ruolo prettamente endofamiliare, dedicandosi ai bisogni della famiglia a scapito delle proprie aspettative di formazione e carriera. Laddove tali rinunce non siano state interamente compensate in corso di matrimonio – come accade nei casi in cui il coniuge debole disponga di un patrimonio quasi interamente costituito da spontanee elargizioni da parte dell'altro, oppure nell'ipotesi in cui i coniugi siano in regime di comunione dei beni e questa sia stata costituita e alimentata con l'apporto solidaristico prevalente di uno dei due, in vista della loro divisione in parti uguali²¹ - sarà necessario che nella decisione sul

20 AL MUREDEN, E.: "La solidarietà post-coniugale a cinquant'anni della legge sul divorzio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, num. 16 bis, p. 805. L'Autore è critico nei confronti della già citata Cass. 21234/2019, laddove la stessa osserva che l'assegno in veste compensativa dovrebbe «parametrarsi al contributo personale dato alla formazione del patrimonio comune e dell'altro coniuge e alle esigenze di vita dignitosa del coniuge richiedente» non potendo essere quantificato in una somma che consista «in una percentuale di redditi del coniuge più abbiente». Nel caso oggetto della decisione la S.C. censura la motivazione della Corte d'Appello di Genova che aveva riconosciuto alla moglie (55 anni, ex igienista dentale inattiva da 18 anni (cioè dalla nascita del primo figlio), in precarie condizioni di salute, proprietaria di una villa al mare del valore di € 750 mila euro donatale dal marito) un assegno mensile di € 20 mila solamente sulla base della circostanza che il marito fosse un top-manager, titolare di redditi estremamente elevati, sui quali l'incidenza di detto assegno sarebbe stata percentualmente irrisoria (intorno al cinque per cento), sicché il relativo onere economico sarebbe stato per lui sopportabile). In effetti, come si avrà modo di dire oltre, il riferimento al parametro dell'esistenza dignitosa nella determinazione dell'ammontare dell'assegno in veste compensativa non sembra particolarmente felice, laddove sembra appiattare la finalità perequativo-compensativa su quella assistenziale "minima".

21 Cass., 5 maggio 2021, n. 11787, *Il Foro italiano*, 2021, parte I, p. 3445. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la pronuncia di merito che, in sede di revisione delle condizioni divorzili, aveva confermato

diritto all'assegno e sulla sua quantificazione si tenga conto del contributo fornito da un partner alla formazione del patrimonio dell'altro e della famiglia, sacrificando eventualmente le proprie ambizioni professionali, garantendo il soddisfacimento di quella istanza di parità nei rapporti patrimoniali tra coniugi di cui lo stesso art. 5 l. div. è espressione²².

3. Modalità di corresponsione dell'assegno con funzione compensativa e necessità di una riforma legislativa conforme agli standard europei.

L'evoluzione che ha visto la giurisprudenza riconoscere all'assegno divorzile anche – e, talvolta, soprattutto – funzione compensativa ha, però, messo in luce alcuni dei limiti della disciplina in materia, in particolare per ciò che attiene alle modalità di corresponsione previste dall'art. 5 l. div. Invero, il riconoscimento di un assegno con funzione compensativa mal si concilia con la sua periodicità a tempo indeterminato stabilita dal comma 6°, anche tenuto conto della scelta degli ex coniugi – oggi sempre più frequente – di dare avvio durante o dopo il divorzio ad una nuova esperienza familiare.

L'inadeguatezza di tale modalità di corresponsione si rintraccia anzitutto – secondo la Cassazione – sotto il profilo di una equa quantificazione dell'assegno in veste compensativa, operazione che impone un calcolo «non proiettato verso il futuro, ovvero correlato alla previsione di vita della persona, ma rivolto al passato, ovvero volto a stimare il contributo prestato in quell'arco di tempo chiuso, circoscritto alla durata della vita matrimoniale»²³.

l'assegno di euro 2.000 mensili in favore dell'ex moglie, senza tener conto che a questa, all'esito del giudizio di divisione dei beni in comunione, era stato assegnato un appartamento in proprietà esclusiva, con conseguente almeno potenziale miglioramento della sua condizione economica; né era stata considerata la rinuncia a titolo gratuito, sempre da parte sua, alla eredità materna, condotta che pure può considerarsi indicativa di un miglioramento della condizione economica e patrimoniale, tale da giustificare la revisione delle condizioni di divorzio. Sul punto Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198 rileva che il fatto che l'esigenza di riequilibrio sia già, in tutto o in parte assolta, dal regime patrimoniale scelto dalle parti in costanza di matrimonio «è un esito infrequente, attesa l'attuale "fuga dalla comunione" e l'inesistenza, allo stato, nel nostro ordinamento, di una comunione degli incrementi, che potrebbe risolvere l'esigenza di retribuire il contributo da ciascuno dato alla formazione del patrimonio familiare senza l'apertura di una fase conflittuale al momento del divorzio». La giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2018, pur mantenendosi nel perimetro tracciato dalle stesse, sembra arricchire di dettagli il quadro in materia di assegno divorzile, restituendo la complessità che l'accertamento dell'intera condizione della coppia comporta e sottolineando l'importanza di elementi poco o affatto valorizzati dalla S.C. nella sua più alta composizione. In effetti la sentenza n. 18287/2018 (e lo stesso art. 5 l. div.) non contiene alcun riferimento al regime patrimoniale della famiglia, assenza criticata da RIMINI, C.: "Assegno divorzile e regime patrimoniale", cit. Sul ruolo delle attribuzioni compensative già avvenute prima del divorzio e sul loro "peso" quale fattore di moderazione dell'assegno v. anche Cass., 30 agosto 2019, n. 21926, cit.

- 22 Come osserva PORCELLI, M.: "L'assegno divorzile.", cit., p. 69 ciò risulta anche coerente con l'art. 143 c.c., lì dove, al comma 3, relativamente all'assolvimento del dovere di contribuire ai bisogni della famiglia, equipara espressamente il lavoro casalingo a quello professionale.
- 23 Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, num. 4, pp. 1657 ss. La pronuncia è commentata da DANOVÌ, F.: "Quale sorte per l'assegno divorzile dopo l'instaurarsi della convivenza? Tre opinioni a confronto I. Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza", *Famiglia e diritto*, 2022, num. 2, pp. 125 ss.; RIMINI, C.: "II. Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema", *ivi*, pp. 134 ss.; AL MUREDEN, C.: "III. Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive *de iure condendo*", *ivi*, 142 ss.; ROMA, U.: "Assegno di divorzio e nuova

Sul punto va, però, sottolineato che, in realtà, la funzione compensativa dell'assegno se in certi casi effettivamente può limitarsi ad una valutazione del passato della coppia e del contributo offerto dai coniugi in quell'intervallo temporale definito e trascorso (matrimonio durato molti anni e divorzio intervenuto tra coniugi in età avanzata con figli adulti e autonomi), in altri impone una valutazione più ampia che tenga conto del contributo che dopo lo scioglimento del rapporto un coniuge, tendenzialmente il genitore collocatario, offrirà in misura prevalente rispetto all'altro.

Tenuto conto che, ad oggi, in media i coniugi che divorziano non raggiungono i 45 anni e hanno figli con meno di 8 anni²⁴ è evidente che dopo la cessazione del rapporto uno dei due, quasi sempre la moglie²⁵, sarà chiamato a svolgere il proprio ruolo di genitore con una inevitabile significativa asimmetria rispetto all'altro. In tale ipotesi la funzione compensativa dell'assegno potrebbe, quindi, trovare spazio per valorizzare non solo e non tanto l'eventuale ruolo endofamiliare svolto durante il matrimonio, quanto piuttosto quello garantito successivamente al divorzio (si pensi alla madre che passi da un impiego a tempo pieno ad uno part-time per svolgere il ruolo di genitore collocatario, subendo una inevitabile contrazione delle proprie entrate).

In secondo luogo l'erogazione periodica a tempo indeterminato costringe gli ex coniugi a rimanere legati da un rapporto di debito-credito, il cui perdurare può essere fonte di contenzioso futuro e finisce col perpetuare situazioni di dipendenza economica, pur quando non vi sia alcuna componente assistenziale che giustifichi il protrarsi dei rapporti tra i due.

La corresponsione periodica e a tempo indefinito prevista dall'art. 5 l. div., se può accordarsi con un'esigenza assistenziale pura, volta a supplire alla irrimediabile precarietà delle condizioni economiche dell'ex coniuge così da assicurargli un'esistenza dignitosa, si attaglia faticosamente allo scopo compensativo dell'assegno, destinato a "ripagare" il partner dei sacrifici e delle rinunce sopportati durante il rapporto appena conclusosi e, eventualmente, anche dopo. La natura compensativa dell'assegno, infatti, è volta a bilanciare lo svantaggio che sul piano patrimoniale il coniuge più debole sconta al momento del divorzio in virtù del precedente assetto matrimoniale e del contributo offerto – durante e/o dopo lo scioglimento – attraverso il proprio trainante ruolo endofamiliare. Data questa sua funzione sarebbe più ragionevole che – una volta stimato il valore dell'apporto offerto dal coniuge al ménage familiare e alla formazione del patrimonio comune

convivenza tra inerzia legislativa, evoluzione interpretativa e mutamento sociale", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2022, num. 1, pp. 217 ss.

24 Rilevazioni dati Istat liberamente consultabili sul sito dell'Istituto.

25 Le statistiche dimostrano che nel 97% dei casi l'assegno divorzile viene corrisposto dal marito alla moglie. Si rinvia al sito dell'Istat per la consultazione delle rilevazioni.

e/o dell'altro coniuge – al coniuge debole venisse corrisposto un importo in un'unica soluzione oppure venisse stabilita una liquidazione a tempo definito, sì da evitare che l'assegno di divorzio in veste compensativa si tramuti in una rendita di posizione nei confronti del coniuge economicamente più forte.

Tuttavia, come è noto, la legge non consente l'attribuzione di un assegno temporaneo, essendone espressamente prevista all'art. 5, comma 6 l. div. la somministrazione periodica, a tempo indeterminato. Il comma 8 prevede, sì, la possibilità della corresponsione di un assegno *una tantum* ma soltanto in presenza dell'«accordo delle parti» (e, dunque, è da escludersi che possa essere imposta dal giudice nel corso del procedimento)²⁶, condizione difficilmente destinata a realizzarsi in un momento di crisi definitiva del rapporto, anche tenuto conto delle conseguenze che sul piano patrimoniale il legislatore ricollega alla scelta di tale modalità di corresponsione (perdita del diritto a percepire la pensione di reversibilità alla morte dell'ex coniuge (Sez. Un. 22434/2018), del diritto ad una quota del TFR, nonché della possibilità di un assegno a carico degli eredi per il percettore), pur caratterizzata da vantaggi sotto il profilo fiscale (l'importo corrisposto *una tantum* è netto e non è tassabile, mentre il coniuge onerato non ha diritto alla deduzione²⁷).

Il riconoscimento di una somma temporanea o in unica soluzione sarebbe, peraltro, più coerente con una moderna lettura della funzione compensativa dell'assegno di divorzio, anche alla luce dell'ormai chiaro tramonto del principio di indissolubilità del matrimonio e della tendenza – oggi sempre più diffusa – di dar vita, dopo la crisi matrimoniale, ad una nuova famiglia²⁸. Nello scenario attuale, infatti, l'obbligo di corresponsione periodica dell'assegno a tempo indeterminato all'ex coniuge «mal si presta a svolgere in maniera del tutto soddisfacente una funzione perequativa e partecipativa pienamente rispettosa della uguale dignità e libertà di ambedue i coniugi»²⁹ e ad esplicitare, dunque, quella finalità «riabilitativa» che vede nell'assegno divorzile il mezzo per condurre il beneficiario a conseguire

26 Osserva Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198: «Deve ritenersi che l'assegno temporaneo non possa, allo stato attuale della normativa, essere imposto per provvedimento del giudice, in quanto esso corrisponde pur sempre alla determinazione dell'importo dovuto in maniera unitaria, benché con una modalità di erogazione articolata in un arco di tempo: manca della periodicità a tempo indeterminato propria della previsione attuale della strutturazione dell'assegno disposto su ordine del giudice e appare più riconducibile ad una delle modalità attraverso le quali può tradursi la scelta di corrispondere l'assegno *una tantum* (nel senso che il versamento rateizzato dell'importo non faccia venir meno la natura di corresponsione *una tantum* dell'assegno, v. Cass. n. 12157 del 2007)».

27 In questo senso Cass., 28 giugno 2012, n. 11022.

28 Trattasi peraltro di un diritto riconosciuto sia dall'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, sia dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

29 QUADRI, E.: «Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio», *Famiglia e diritto*, 2018, num. 11, p. 981. Dello stesso avviso anche BALLARANI, G., «La solidarietà post coniugale tra proporzionalità dei sacrifici, ragionevolezza delle pretese ed equità del caso concreto. Note minime sull'esigenza della determinazione totale della componente perequativa-compensativa», AA.VV. *Il contributo economico divorzile tra parametri oggettivi e variabili soggettive* (a cura di G. BALLARANI e M. BIANCA), pp. 72 ss.

entro un tempo ragionevole una condizione di piena autonomia³⁰. Il principio di autoresponsabilità economica (su cui si reggeva l'orientamento del 2017 e che oggi ancora rappresenta – pur alla luce della lettura dinamica offertane dalle Sezioni Unite – uno dei pilastri delle decisioni in materia), inteso come necessità che i coniugi siano tesi alla reciproca autonomia e autosufficienza economica trova, peraltro, pieno riconoscimento nei *Principles of european family law* e già gode di applicazione in diverse legislazioni europee (Francia, Spagna, Germania) ove la liquidazione di un assegno *una tantum* non è subordinata al comune accordo delle parti, ma può essere disposta dallo stesso giudice, quale capitale di ripartenza a disposizione del coniuge debole a definitiva chiusura di tutti i rapporti patrimoniali tra ex coniugi³¹.

Nell'ordinamento spagnolo, ad esempio, l'art. 97, comma I del codice civil (come modificato dalla *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*) riconosce al coniuge «al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» un diritto a ricevere una «compensación», la quale può consistere in una somma periodica temporanea o a tempo indeterminato, nonché in una prestazione unica (nella forma della somma di denaro o dell'attribuzione di beni in proprietà o di un diritto di uso, di abitazione o di usufrutto a titolo temporaneo o permanente) determinata nella sentenza o nell'accordo dei coniugi («convenio regulador»). Da tempo la giurisprudenza spagnola è concorde nel ritenere che tale corresponsione abbia finalità compensativa, in quanto volta a riconoscere al coniuge economicamente debole quanto gli spetta in virtù dei sacrifici sopportati sul piano professionale e reddituale, in modo non dissimile da ciò che avviene nelle Corti italiane³².

La flessibilità della normativa spagnola non trova, tuttavia, eguali nella disciplina italiana, nonostante il tentativo – di poco successivo alla pronuncia della Cassazione

30 Funzione che trova spazio soprattutto nelle ipotesi di matrimoni non durati a lungo e che vedono la presenza di coniugi ancora giovani in grado di trovare una idonea collocazione nel mercato del lavoro. AL MUREDEN, E.: "Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionali ed esigenze di revisione", *Famiglia e diritto*, 2014, num. 7, 703; DANOVÌ, F.: "Quale sorte", cit., pp. 113 ss.

31 Delle esperienze straniere fa menzione anche Cassazione n. 32198/2021. Offre una panoramica delle normative straniere: SARTORIS, C.: "Assegno divorzile e convivenza di fatto del coniuge beneficiario", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 17 bis, pp. 276 ss.

32 V. STS, 19 gennaio 2010, RAJ, 2010, p. 417 «la pensión compensatoria pretende evitar que perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y pare ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge (...)» citata da SARTORIS, C.: "Assegno divorzile", cit. Sul tema anche: ARNAU MOYA, F.: "La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa" en AA.VV.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Reyes Barrada Orellana (aut.), Martín Garrido Melero (aut.), Sergio Nasarre Aznar (aut.), pp. 313 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, A.: "La temporalidad de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del tribunal supremo", *Revista Boliviana de Derecho*, num. 32, 2021, pp. 776 ss.

n. 11504 del 2017 – da parte del legislatore nazionale di apportare una serie di modifiche all'art. 5 l. 898/1970, iniziativa approvata dalla Camera dei deputati e arenatasi in Senato. Tra i vari interventi la proposta includeva appunto la possibilità per il tribunale di prevedere un assegno di carattere (solo) temporaneo, così da adattare la contribuzione post-coniugale alle concrete dinamiche familiari e allo squilibrio eventualmente derivante dalle stesse.

Proprio la rigida previsione di una corresponsione periodica e a tempo indefinito dell'assegno e la subordinazione dell'opzione *una tantum* all'accordo dei coniugi mettono in luce la limitata attitudine dell'assegno divorzile, così regolato, ad attuare la finalità perequativo-compensativa riconosciutagli dalle Sezioni Unite. Ciò ha spinto la giurisprudenza³³ a sollecitare i professionisti – laddove sussistano i presupposti per la liquidazione della sola componente compensativa dell'assegno – a suggerire la possibilità della corresponsione temporanea o in un'unica soluzione, anche nell'ottica di garantire la futura pacifica convivenza degli ex coniugi e delle eventuali nuove formazioni familiari.

II. RILEVANZA DELLA CONVIVENZA PREMATRIMONIALE NELLA DECISIONE SULL'ASSEGNO DIVORZILE.

Si è già avuto modo di accennare che tra i criteri da valorizzare – ai sensi dell'art. 5, comma 6, l. 898/1970 – nella valutazione circa il riconoscimento di un assegno divorzile in favore del coniuge debole rientra quello della «durata del matrimonio», definito dalle stesse Sezioni Unite del 2018 di «cruciale importanza». Trattasi, infatti, di un elemento alla luce del quale debbono essere lette e valutate tutte le altre circostanze stabilite dalla disposizione, in modo particolare con riferimento al contributo che ciascun coniuge ha dato alla formazione del patrimonio familiare e/o del patrimonio dell'altro e alla previsione circa le potenzialità professionali e reddituali del coniuge debole, tenuto conto della sua età e della conformazione del mercato del lavoro³⁴.

Peraltro, la già citata decisione del 2018 chiarisce che la durata del matrimonio non assume più rilievo esclusivamente ai fini della quantificazione dell'assegno, come ritenuto in precedenza³⁵, venendo in considerazione tale parametro,

33 Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198.

34 OLIVERO, L.: "Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni Unite", in *Giurisprudenza italiana*, 2023, num. 1, p. 33, che osserva: «La logica è intuitiva perché è normale che quanto più a lungo è durato il matrimonio tanto più a fondo abbiano inciso i criteri che precedono; mentre è ragionevole supporre che nei matrimoni brevi le variazioni di condizione e reddito siano state meno significative e anche i sacrifici e le rinunce in vista del progetto matrimoniale risultino più facilmente reversibili».

35 Di questo avviso Cass., 22 marzo 2013, n. 7295; Cass., 26 marzo 2015, n. 6164 che considerano la durata del matrimonio non un presupposto dell'assegno divorzile, bensì un criterio per la sua quantificazione.

unitamente agli altri criteri, anche ai fini dell'accertamento dell'an del relativo diritto all'assegno divorzile.

In particolare, per ciò che riguarda la corresponsione di un assegno in veste perequativo-compensativa, si rende necessario considerare se lo squilibrio economico della coppia al momento del divorzio tragga origine da sacrifici personali e professionali sopportati dal coniuge debole in costanza di rapporto; sacrifici che avranno maggiore rilievo – anche in ragione della loro irreversibilità – nelle ipotesi in cui l'unione abbia avuto una durata considerevole.

Tuttavia, nella attuale realtà sociale, sempre più frequentemente le coppie – prima di formalizzare la loro unione mediante la celebrazione del matrimonio – scelgono di convivere per un periodo di tempo più o meno lungo. Tale opzione in certi casi si deve al fatto che la convivenza è soluzione necessitata dalla mancanza di stato libero di uno o di entrambi i partner³⁶, non ancora formalmente liberatisi dal vincolo precedente; in altre ipotesi è semplicemente espressione della tendenza sempre più diffusa – in particolare tra le generazioni più giovani – di considerare la convivenza quale sorta di “banco di prova” del matrimonio, in cui stabilire e testare l'assetto della coppia (anche sul piano della divisione dei ruoli domestici e professionali) che troverà – in caso di esito positivo – il suo consolidamento con la formalizzazione del rapporto.

Questo costume solleva, sul piano giuridico, problemi interpretativi in relazione all'art. 5, comma 6, l. 898/1970, non essendo prevista alcuna regola che prenda in considerazione l'ipotesi in cui lo svantaggio economico patito da uno dei coniugi al momento del divorzio sia frutto delle scelte compiute nel periodo della convivenza prematrimoniale. La disposizione, invero, se intesa in senso formalistico, facendo riferimento all'elemento della «durata del matrimonio» impedirebbe di dare rilevanza a eventi e circostanze riferibili al periodo antecedente l'insorgere del vincolo, sicché l'eventuale convivenza precedente non andrebbe considerata ai fini della decisione sull'assegno³⁷. Chi sostiene tale tesi sottolinea, peraltro, che la disciplina dettata dal legislatore per l'ipotesi di cessazione della convivenza di fatto, prevista dalla L. n. 76 del 2016 al comma 65, stabilisce che all'ex convivente,

36 Fino a non molto tempo fa, infatti, trascorrevano quasi 7 anni tra la crisi della coppia e l'effettivo scioglimento del rapporto, circostanza che obbligava il coniuge separato che dava vita ad un nuovo legame sentimentale a convivere con il nuovo partner anche per lungo tempo. Oggi questo problema è sdrammatizzato dalla possibilità del c.d. “divorzio breve”, introdotto dalla legge 6 maggio 2015, n. 55.

37 L'argomentazione che fa leva sul tenore letterale della disposizione non convince laddove non sarebbe la prima volta, e nemmeno l'ultima, in cui la Corte, da un testo formalmente invariato faccia scaturire una norma nuova, attraverso una revisione critica dei propri orientamenti precedenti, alla luce della realtà sociale e del quadro costituzionale di riferimento. Sul punto *SESTA, M.*: “L'assegno di divorzio: in viaggio di ritorno al tenore di vita?”, *Famiglia e diritto*, 2021, num. 1, pp. 79 ss. osserva: «A ben vedere, infatti, in forza dell'intervento delle Sezioni Unite, da un testo formalmente invariato, sembra scaturire una norma nuova, alla quale la Corte perviene attraverso la revisione critica dei precedenti orientamenti e muovendo dalla rivalutazione del quadro costituzionale di riferimento, costituito dagli artt. 2, 3 e 29 Cost.». Dello stesso avviso *QUADRI, E.*: “Gli effetti economici delle crisi coniugali”, *Jus civile*, 2021, spec. 1352 e 1363.

in caso di fine del rapporto, spetta soltanto un assegno di natura puramente alimentare, previsione che dimostrerebbe che durante la convivenza le parti non nutrono alcuna reciproca aspettativa in ordine alla rinuncia a scelte di vita in nome dell'unione, dato anche il suo carattere più effimero³⁸.

La questione ermeneutica è stata sollevata dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 30671 del 2022³⁹ con cui ha rimesso alle Sezioni Unite (35385/2023) la decisione circa l'interpretazione dell'espressione "durata del matrimonio" di cui all'art. 5, comma 6, l. 898/1970 e, in particolare, il rilievo del rapporto di convivenza prematrimoniale ai fini della determinazione dell'assegno divorzile.

Per gran parte della pronuncia la S.C. offre una esaustiva disamina dell'attuale panorama normativo e giurisprudenziale in materia di convivenza prematrimoniale, con l'intento di evidenziare il rilievo che tale figura ha assunto nel corso del tempo, specialmente alla luce del nuovo contesto interpretativo in tema di assegno divorzile.

Nella più contenuta parte motiva, il Collegio osserva, in particolare, che l'avvento della funzione compensativo-perequativa dell'assegno impone una valutazione della storia familiare nella sua unitarietà, al fine di verificare se le condizioni economico-patrimoniali dei coniugi al momento del divorzio siano causalmente riconducibili alle scelte di indirizzo familiare assunte dalla coppia in un momento antecedente all'insorgenza del vincolo coniugale.

Non può, infatti, ignorarsi il fatto che laddove i partner decidano di iniziare una convivenza, ponendo le basi di un progetto di vita familiare condiviso, gli stessi sono chiamati a stabilire un assetto del loro vivere comune. Si pensi, ad esempio, alla scelta della casa familiare, da cui può derivare la necessità per uno dei due di trasferirsi altrove, anche eventualmente abbandonando un'occupazione stabile e ben remunerata e cercando un'altra posizione lavorativa; oppure alla necessaria divisione dei ruoli domestici (anche tenuto conto della presenza di eventuali figli) e alla partecipazione di ciascuno – in base all'attività (domestica o professionale) svolta o all'esistenza di risparmi personali – all'economia del nucleo familiare.

38 TROLLI, F.: "Convivenza prematrimoniale e assegno divorzile", AA. VV. *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano* (a cura di C. CAMARDI), Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, 267 ss. L'Autore è contrario alla computazione della convivenza prematrimoniale nel calcolo dell'assegno. Dello stesso avviso anche D'AURIA, M.: "Convivenza e assegno di mantenimento", *Accademia*, 2023, num. 1, pp. 253 ss. che osserva: «A nostro avviso, l'analisi parrebbe convalidare la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza che guarda con sfavore alla possibilità di rendere rilevanti vicende che si collochino in epoca antecedente alla formalizzazione del rapporto, sia esso tramite matrimonio o unione civile». Favorevole a riconoscere rilevanza alla convivenza prematrimoniale BENANTI, C.: "Vis attrattiva della funzione compensativa dell'assegno divorzile: la rilevanza dei sacrifici lavorativi compiuti durante la convivenza antecedente al matrimonio o all'unione civile", *Accademia*, 2023, num. 1, pp. 265 ss.

39 Per un commento all'ordinanza di remissione v. AL MUREDEN, E.: "Assegno divorzile e compensazione del contributo "prematrimoniale" al vaglio delle Sezioni Unite", *Famiglia e diritto*, 2023, num. 8-9, p. 757. La questione è stata affrontata da Cass., sez. un., 18 dicembre 2023, n. 35385, *Il Foro italiano*, 2024, parte I, 92.

È ben possibile che da tale fascio di scelte derivino degli scompensi economico-patrimoniali destinati a protrarsi anche nel corso del matrimonio e a manifestarsi in modo palese al momento del divorzio. Ciò è esattamente quanto avviene nel caso all'attenzione della Corte in cui la ex moglie chiede che venga valorizzato ai fini della decisione sull'assegno divorzile il contributo da lei fornito – sia mettendo a disposizione ricchezze provenienti dalla propria famiglia d'origine, sia attraverso il ruolo svolto di casalinga e madre – nel periodo settennale continuativo e stabile di convivenza prematrimoniale (nell'ambito del quale era nato anche un figlio).

Sembra a tale riguardo ragionevole ritenere che nella decisione sull'assegno non possa omettersi una valutazione complessiva dell'intera storia familiare della coppia, specialmente nei casi in cui non vi sia una netta soluzione di continuità tra la fase di vita anteriore al matrimonio e quella successiva. Anzi, proprio la scelta della coppia di dare veste formale ad un rapporto già in essere da tempo con caratteri di stabilità e continuità suggerisce di considerare la convivenza sotto una diversa luce, vale a dire non come arco temporale avulso dal successivo periodo matrimoniale, ma come parte integrante e, anzi, fondante della relazione coniugale.

Frequentemente, infatti, la relazione matrimoniale successiva ad una stabile convivenza si conforma, sul piano della definizione dei ruoli e dei compiti che ciascuno dei coniugi assume nella vita familiare, all'assetto liberamente adottato di comune accordo dalla coppia nel periodo anteriore alla formalizzazione del rapporto; assetto che, inevitabilmente, imprime alle condizioni personali e economiche dei coniugi un corso anche irreversibile, soprattutto in base alla effettiva durata della relazione considerata nel suo unitario svolgimento.

A tal riguardo sembra che il criterio composito individuato dalle Sezioni Unite del 2018 sia sufficientemente elastico per adeguarsi «alla pluralità di modelli familiari e alla conseguente molteplicità di situazioni personali conseguenti allo scioglimento del vincolo»⁴⁰, consentendo di dare l'opportuno rilievo, laddove ne ricorrano i presupposti, al periodo di convivenza prematrimoniale e agli squilibri economico-patrimoniali determinati dalle scelte compiute in quella fase del rapporto.

Resta fermo che computando la convivenza *more uxorio* ai fini della decisione sull'assegno divorzile non si intende riconoscere al rapporto di fatto lo stesso valore giuridico dell'unione matrimoniale, né estendere le tutele previste a favore del coniuge al convivente, o far derivare dalla cessazione della convivenza vantaggi patrimoniali diversi da quelli di natura meramente alimentare previsti dalla l. n. 76/2016. È, infatti, evidente – come osserva la stessa Cass. n. 35385/2023⁴¹ – che

⁴⁰ Cass. sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287.

⁴¹ Rispetto a tale ultimo profilo la S.C. sostiene che: «Non appare decisivo ad escludere il rilievo, ai fini patrimoniali che qui interessano, del periodo di convivenza prematrimoniale, il riferimento alla disciplina dettata dal legislatore nella L. n. 76 del 2016 (alla mancata previsione di un assegno del tipo di cui alla

tra le due figure intercorrono differenze significative, sia per quanto riguarda la, almeno tendenziale, stabilità del matrimonio, sia sul piano delle tutele che la legge garantisce nella fase fisiologica e soprattutto nella fase patologica del rapporto.

Tuttavia, la indubbia differente regolamentazione stabilita dal legislatore con la l. n. 76/2016 trova applicazione e valorizzazione nel confronto tra la condizione della coppia che ha sempre convissuto sino alla cessazione del rapporto e quella che ha, invece, sin da subito optato per il matrimonio. È chiaro che nel primo caso i conviventi sono consapevoli che al termine del rapporto non potrà esserci altro che un eventuale e temporaneo obbligo alimentare dell'uno in favore dell'altro, mentre nella seconda ipotesi la relazione è informata da un principio di solidarietà coniugale suscettibile di permanere anche oltre lo scioglimento del vincolo e di esprimersi nell'assegno divorzile. Nondimeno, quando la storia della coppia è unitaria – pur se divisa in due “capitoli” (convivenza, prima e matrimonio, poi) – sarebbe illogico considerare soltanto una delle fasi in cui si è articolato il progetto di vita familiare, come se i partner stabilmente conviventi dovessero al momento della formalizzazione del vincolo “dare un colpo di spugna” al passato.

Invero, se l'unione matrimoniale fino al momento del suo scioglimento ha avuto, sia sul piano patrimoniale che su quello della divisione dei ruoli, un assetto identico a quello già adottato nella fase della convivenza, si assiste ad una conformazione pressoché totale del vincolo formale al precedente rapporto di fatto, di cui il matrimonio rappresenta la logica e naturale prosecuzione. E, anzi, è proprio la scelta che dopo la convivenza i partner abbiano deciso di sposarsi che dimostra come vi fosse la comune volontà di consolidare l'assetto già esistente, che la coppia ha deciso di rinsaldare riconoscendogli una precisa veste formale⁴².

Sarebbe, pertanto, irragionevole non riconoscere rilevanza al substrato fattuale in cui affonda le radici lo squilibrio economico-patrimoniale tra coniugi al momento del divorzio, per il solo fatto che lo svantaggio del coniuge debole deriva dalle scelte compiute durante il periodo della convivenza prematrimoniale cui poi si è, peraltro, conformata la successiva unione. La decisione sull'assegno divorzile necessita, invero, di una visione il più possibile unitaria del vissuto della coppia e fedele al reale assetto matrimoniale esistente al termine del rapporto, tenuto conto delle scelte che a quell'assetto hanno dato origine, pena il rischio di fondare il diritto all'assegno su una visione parziale e formalistica del problema.

L. div., art. 5, in caso di cessazione della convivenza, salvo quanto pattuito in un eventuale contratto di convivenza), in quanto, nel caso in esame, si tratta di attribuire specifico peso a quel progetto di vita familiare, già attuato in una comunione di vita, di fatto, che si è poi “trasfuso” in un matrimonio».

42 Così si esprime la Corte: «Proprio la scelta della coppia di dare stabilità ulteriore all'unione di fatto attraverso il matrimonio, che rappresenta il fatto generatore della disciplina dell'assegno divorzile, vale a “colorare” e a rendere giuridicamente rilevante quel modello di vita, la convivenza di fatto o more uxorio, adottato nel passato, nel periodo precedente al matrimonio».

D'altra parte sarebbe piuttosto contraddittorio che dopo una convivenza pluriennale, che ha visto anche la nascita di figli e nel corso della quale inevitabilmente si sono prese delle scelte sul piano professionale, economico, di divisione e organizzazione del lavoro domestico, il coniuge che in virtù di tali scelte condivise si trovi in una posizione di debolezza non veda in alcun modo riconosciuti i sacrifici e le rinunce sopportati o gli apporti economici versati in costanza di rapporto; e ciò solo in virtù del fatto che queste circostanze risalgono al periodo precedente la celebrazione dell'unione matrimoniale, la quale altro non è che la prosecuzione di un legame formalmente più forte ma sostanzialmente identico.

È chiaro che un simile approdo ermeneutico richiede una interpretazione storico-evolutiva del criterio della «durata del matrimonio» e, più in generale, dell'art. 5, comma 6, l. n. 898/1970, in coerenza con la parziale riscrittura delle funzioni dell'assegno divorzile del 2018.

Ciò è quanto avviene con la sentenza n. 35385/2023 con cui la Corte si fa carico «dell'evoluzione del costume sociale nella interpretazione della nozione di "famiglia", concetto caratterizzato da una commistione intrinseca di "fatto e diritto", e nell'interpretazione dei vari modelli familiari», riconoscendo un significato parzialmente nuovo alla disciplina regolatrice della fattispecie.

Tale apertura lascia, comunque, inalterato lo sforzo probatorio richiesto al coniuge istante, il quale è tenuto alla previa allegazione e prova rigorosa delle circostanze poste a fondamento della domanda. In particolare, la S.C. precisa che la convivenza prematrimoniale verrà tenuta in considerazione ai fini del riconoscimento dell'assegno se connotata da stabilità e continuità, vale a dire se «i conviventi abbiano elaborato "un progetto ed un modello di vita in comune (analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio)", dal quale inevitabilmente discendono anche reciproche contribuzioni economiche».

Ai fini della corresponsione di un assegno con funzione compensativa, dovrà, inoltre, essere dimostrato – in applicazione dell'insegnamento delle Sezioni Unite del 2018 – il nesso causale tra l'accertata sperequazione fra i mezzi economici dei coniugi e il "contributo fornito dal richiedente medesimo alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno dei due, con sacrificio delle proprie aspettative professionali e reddituali".

A tale scopo – osserva la S.C. – sarà necessario verificare l'effettivo rapporto eziologico tra le scelte condivise dalla coppia nella fase di convivenza prematrimoniale, cui si sia conformata anche la vita matrimoniale, e i sacrifici e le rinunce sopportati dal coniuge economicamente debole, in particolare sul piano lavorativo e, dunque, reddituale.

III. CONVIVENZA ANTERIORE ALLA L. N. 76/2016, SCIoglimento DELL'UNIONE CIVILE E COMPENSAZIONE DEL PARTNER "DEBOLE".

La questione del rilievo della convivenza ai fini del calcolo dell'assegno divorzile si pone, in termini non dissimili da quanto appena visto, anche nel caso in cui la crisi riguardi una coppia unita civilmente⁴³.

È noto, infatti, che la disciplina in materia di scioglimento dell'unione civile fa espresso rinvio (l. n. 76/2016, art. 1, comma 25) all'art. 5, comma 6, l. n. 898/1970 che, come si è già chiarito, include il criterio della «durata del matrimonio» tra gli elementi portanti della valutazione sul diritto all'assegno.

Tale previsione solleva la necessità di capire se il legislatore abbia voluto rapportare gli effetti patrimoniali dell'unione civile unicamente al periodo in cui la stessa si è svolta, oppure se abbia preferito lasciare all'interprete la valutazione in ordine agli effetti della nuova disposizione attraverso il rinvio a quella dettata in materia di divorzio.

Il problema è stato recentemente oggetto dell'intervento delle Sezioni Unite che, a pochi giorni dalla sentenza n. 35385/2023, sono intervenute in via ermeneutica sull'estensione del criterio della «durata del matrimonio» (*rectius* dell'unione civile) al periodo di convivenza di fatto che abbia preceduto la formalizzazione del rapporto⁴⁴.

In parte la soluzione approntata dalla Corte si sovrappone a quella adottata in materia di convivenza prematrimoniale, laddove si ribadisce che la durata del rapporto riveste un ruolo chiave nella verifica sull'*an* e il *quantum* dell'assegno divorzile, in quanto «fattore di valutazione del contributo fornito da ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e di quello dell'altro coniuge, oltre che delle effettive potenzialità professionali e reddituali sussistenti al momento della cessazione del vincolo».

Attraverso il richiamo alla giurisprudenza precedente⁴⁵ la S.C sostiene che «il risalto conferito alla durata del vincolo ed alle scelte compiute dai coniugi, strettamente collegato proprio al riconoscimento della funzione non solo

43 V. Trib. Pordenone, 13 marzo 2019. Si tratta della prima pronuncia che ammette che se la convivenza anteriore alla costituzione dell'unione ha i medesimi caratteri del rapporto costituito e formalizzato successivamente, della stessa bisogna tenere conto nella decisione sull'assegno. TOMMASEO, F.: "Quale rilievo alla convivenza prematrimoniale ai fini dell'assegno di divorzio?", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 6, pp. 586 ss.

44 La questione è stata sollevata da Cass., 27 gennaio 2023, n. 2507.

45 Le Sezioni Unite fanno rinvio a Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9004 in materia di efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso. PASQUALI CERIOLO, J.: "La "resistenza" del giudizio sull'assegno divorzile al riconoscimento delle nullità canoniche: l'intervento delle Sezioni Unite e la difesa del "coniuge debole", *Famiglia e diritto*, 2021, num. 8-9, pp. 790 ss.

assistenziale, ma anche perequativa-compensativa dell'assegno divorzile, comporta un'indubbia valorizzazione del profilo fattuale del rapporto familiare».

Nel giudizio sul riconoscimento e sulla quantificazione dell'assegno assumono, dunque, significativo spessore le concrete modalità di svolgimento della vita familiare, con conseguente ridimensionamento della rilevanza esclusiva attribuita alla durata legale del rapporto⁴⁶. In questo modo si fa spazio ad una più ampia valutazione dei rapporti intercorsi tra i coniugi e delle scelte da questi ultimi compiute non solo durante il matrimonio, ma anche anteriormente all'instaurazione del vincolo, «ove le stesse appaiano idonee ad incidere sulla concreta ripartizione dei ruoli all'interno della famiglia, nonché, per il carattere duraturo delle loro conseguenze e per il momento in cui si verifica lo scioglimento del matrimonio, a proiettare i loro effetti anche sulla situazione economico-patrimoniale di ciascuno dei coniugi in epoca successiva».

A sostegno di tale ampliamento di prospettiva la Cassazione richiama altresì – come avvenuto nella pronuncia n. 35385/2023 – l'evoluzione del costume sociale che vede una diffusione sempre maggiore delle convivenze di fatto, «quale esperienza di vita prodromica all'instaurazione del vincolo coniugale». Naturale conseguenza di tale diffusa consuetudine è che la coppia debba anticipare alla fase della convivenza l'adozione di scelte di organizzazione della vita familiare, sicché il successivo matrimonio (o unione civile) si limita a conferire veste formale ad «un'unione familiare già costituitasi e consolidatasi nei fatti, magari anche con la nascita di figli». Ne discende che nella regolazione degli effetti economici derivanti dallo scioglimento di tale rapporto non possono essere trascurate «le rinunce ed i sacrifici compiuti dalle parti in vista del perseguimento di obiettivi comuni e l'apporto da ciascuna di esse fornito alla realizzazione delle aspirazioni individuali ed alla formazione e all'accrescimento del patrimonio dell'altra, nonché i benefici che quest'ultima ne ha tratto in termini sia personali che economico-professionali»⁴⁷.

Tale opzione interpretativa è stata da taluni (compreso il Procuratore Generale) ostacolata sostenendo che conferire rilevanza al periodo di convivenza *more uxorio*

⁴⁶ Trattasi, peraltro, di un profilo già emerso nella giurisprudenza di legittimità in materia di ripartizione della pensione di reversibilità tra ex coniuge e coniuge superstite, la quale già da tempo «ha preso in considerazione la possibilità di tenere conto della divergenza tra la durata legale del vincolo coniugale e quella della convivenza effettiva». Cfr. Cass., 26 febbraio 2020, n. 5268: «La ripartizione del trattamento di reversibilità tra coniuge divorziato e coniuge superstite, entrambi aventi i requisiti per la relativa pensione, va effettuata, oltre che sulla base del criterio della durata dei matrimoni, ponderando ulteriori elementi correlati alla finalità solidaristica dell'istituto, tra i quali la durata delle convivenze prematrimoniali, dovendosi riconoscere alla convivenza "more uxorio" non una semplice valenza "correttiva" dei risultati derivanti dall'applicazione del criterio della durata del rapporto matrimoniale, bensì un distinto ed autonomo rilievo giuridico, ove il coniuge interessato provi stabilità ed effettività della comunione di vita prematrimoniale». In senso conforme Cass., 7 dicembre 2011, n. 26358.

⁴⁷ Di tale fenomeno di emersione della convivenza di fatto, non solo come fenomeno a sé stante, ma anche quale figura a vario titolo collegata con il matrimonio, dà atto anche la già citata Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, occupandosi della persistenza del diritto all'assegno da parte dell'ex coniuge debole che intraprenda una nuova convivenza.

contrasterebbe con la l. n. 76 del 2016, art. 1, comma 65 che, come noto, nel disciplinare la cessazione della convivenza di fatto, limita l'obbligo di solidarietà dell'ex convivente alla corresponsione degli alimenti in favore del partner che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. L'argomentazione, come si è avuto modo di osservare (v. par. 2.1), era già stata sconfessata dalla precedente sentenza n. 35385/2023, le cui argomentazioni vengono di fatto riprese dalle Sezioni Unite⁴⁸, le quali valorizzano la circostanza che la convivenza in parola sia in realtà stata "ratificata" dal successivo vincolo formale, sicché osservata retrospettivamente mostra di esserne parte essenziale e, per certi versi, fondante.

Nell'ipotesi di scioglimento dell'unione civile, tuttavia, parte della dottrina e della giurisprudenza (tra cui la stessa Corte d'Appello di Trieste nel caso di specie) ritiene che – anche volendo considerare la convivenza ai fini della decisione sull'assegno – non dovrebbe essere accordata rilevanza al periodo di convivenza antecedente all'entrata in vigore della l. n. 76/2016, non avendo quest'ultima portata retroattiva.

La tesi, in realtà, si tradurrebbe in una discriminazione a danno dei medesimi soggetti che la legge intende tutelare, attraverso la limitazione dei relativi effetti al periodo successivo alla sua entrata in vigore. Va, infatti, considerato che la convivenza di fatto delle coppie omosessuali prima del 2016 era necessitata dalla impossibilità per le stesse – in mancanza di una disciplina – di contrarre un vincolo formale, circostanza che, come ampiamente noto, comportò una condanna dell'Italia da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁹.

La questione viene risolta dalle Sezioni Unite facendo applicazione dei precedenti e degli orientamenti a più riprese espressi dalla Corte EDU, secondo cui la nozione di "famiglia" ex art. 8 della CEDU non è limitata alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ma si estende anche ai legami familiari di fatto in cui le parti convivono al di fuori di un vincolo formale.

In questa prospettiva, osserva il Collegio, «negare rilevanza alla convivenza di fatto tra persone del medesimo sesso, successivamente sfociata nella costituzione

⁴⁸ Così si esprimono sul punto le Sezioni Unite: «La convivenza che sfoci nel matrimonio (ma il ragionamento non potrebbe essere diverso in riferimento a quella che conduca alla costituzione di un'unione civile) non può essere considerata come tutte le altre, in quanto, guardandola in modo retrospettivo, partecipa della natura del vincolo che l'ha seguita, la cui assunzione testimonia la volontà delle parti non solo d'impegnarsi reciprocamente per il futuro, a fronte dell'intrinseca precarietà del mero rapporto di fatto, ma anche di dare continuità alla vita familiare pregressa, inglobandone l'organizzazione all'interno delle condizioni di vita del matrimonio o dell'unione civile».

⁴⁹ Il riferimento è al caso Corte EDU, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia e poi al successivo Corte EDU, 14 dicembre 2017, Orlandi e altri c. Italia che ha visto la condanna dell'Italia per non aver trascritto, nel periodo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 76/2016, il vincolo coniugale contratto all'estero da coppie omosessuali, anche in forma diversa dal matrimonio.

di un'unione civile, per il solo fatto che la relazione ha avuto inizio in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. n. 76 del 2016, si tradurrebbe inevitabilmente in una violazione dell'art. 8 della CEDU, oltre che in un'ingiustificata discriminazione a danno delle coppie omosessuali, il cui proposito di contrarre un vincolo formale non ha potuto concretizzarsi se non a seguito dell'introduzione della disciplina delle unioni civili, a causa della precedente mancanza di un quadro giuridico idoneo ad assicurare il riconoscimento del relativo status e dei diritti ad esso collegati».

Vi è, peraltro, chi⁵⁰ – in attesa della pronuncia della S.C. – ha sostenuto l'opportunità di distinguere – ai fini della decisione sull'assegno divorzile – tra convivenza prematrimoniale e convivenza pre-unione civile *ante* 2016, proponendo di accordare rilievo solo alla seconda. Tale tesi si fonda sulla circostanza secondo cui la coppia eterosessuale avrebbe ben potuto in qualsiasi momento contrarre matrimonio invece di limitarsi ad una convivenza di fatto, diversamente dalla coppia *same sex* a cui era impedita l'instaurazione di un vincolo formale stante la mancanza di una disciplina in materia, assenza che rendeva la convivenza soluzione obbligata non imputabile alle parti.

Tuttavia, l'argomentazione proposta non tiene in considerazione alcune questioni.

Anzitutto vi sono casi in cui anche la coppia eterosessuale è sostanzialmente “obbligata” a convivere, come avviene nelle ipotesi in cui la convivenza sia necessitata dalla mancanza di stato libero di uno o entrambi i partner. Ciò non toglie che in quel periodo (spesso lungo anni) la coppia debba stabilire un assetto personale e patrimoniale della famiglia che proseguirà, senza soluzione di continuità, nel matrimonio. Anche in questo caso è la legge a vietare il matrimonio (art. 86 c.c.), non essendo ammesso che persone coniugate contraggano nuove nozze. Ma allora, perché non dare rilievo in questa fattispecie all'assetto adottato durante la convivenza prematrimoniale, quantomeno fino all'avvenuta acquisizione dello stato libero di entrambi?

In secondo luogo, la tesi anzidetta si risolverebbe in un trattamento deteriore dei partner (eterosessuali o, eventualmente, anche omosessuali con riferimento al periodo successivo all'entrata in vigore della l. n. 76/2016) che hanno preferito optare inizialmente per un rapporto di fatto, cui hanno scelto di attribuire più tardi veste formale. Tale esito si palesa piuttosto anacronistico in una società in cui – come testimoniano le statistiche – sempre più coppie optano per convivenze della

50 DI MARTINO, G.: “La rilevanza della convivenza prematrimoniale nella quantificazione dell'assegno divorzile: la parola alle Sezioni Unite”, *Famiglia*, 2023, num. 4, pp. 497 ss. Così l'Autore: «Lasciando nella totale irrilevanza le convivenze tra persone dello stesso sesso precedenti all'entrata in vigore della l. n. 76/2016, queste non verrebbero trattate come le convivenze tra coppie di sesso diverso, ma piuttosto sarebbero discriminate rispetto ad esse».

durata di qualche anno prima di contrarre un'unione formale, nell'ambito delle quali nascono sovente anche dei figli⁵¹.

Peraltro, riconoscere rilievo solo alle convivenze necessitate a discapito di quelle liberamente scelte rappresenta una soluzione che perde di vista l'elemento centrale della questione e cioè la circostanza che in entrambi i casi la coppia ha poi scelto di formalizzare l'unione e, quindi, il progetto di vita cui la famiglia ha dato avvio con la convivenza si è successivamente inverteo pienamente con l'unione matrimoniale o civile che a quel progetto ha dato continuità fino alla crisi del rapporto, crisi che costringe appunto a discutere di diritto all'assegno divorzile.

Le Sezioni Unite, invece, riconoscendo rilevanza alla convivenza di fatto offrono una lettura moderna del risalente dato normativo di cui all'art. 5, comma 6, l. 898/1970, attraverso un approccio storico-evolutivo coerente con l'esistenza di molteplici modelli familiari.

Peraltro, in un sistema in cui il principio di solidarietà coniugale informa, anche per un arco di tempo significativamente ampio, la fase successiva allo scioglimento del vincolo matrimoniale, ha ancora più senso che possa darsi rilievo al periodo di convivenza *more uxorio* antecedente alla formalizzazione del rapporto, con cui la coppia non solo "ratifica" quanto sino a quel momento vissuto, ma consolida l'unione accettando l'operatività, in caso di crisi, di sistemi di protezione della parte economicamente debole tra cui, *in primis*, l'assegno divorzile.

Sembra, quindi, rintracciabile nel sistema un collegamento immanente tra la fase di fatto e quella formale del medesimo rapporto, approdo che la giurisprudenza aveva già raggiunto in altri ambiti, nei quali si è assistito ad una anticipazione di alcuni dei doveri tipici del rapporto matrimoniale alla fase della convivenza/ fidanzamento. È il caso⁵² – richiamato anche da Cass. n. 35385/2023 – in cui uno dei partner ometta di riferire all'altro circostanze idonee a compromettere la comunione materiale e spirituale del successivo matrimonio (si pensi all'uomo che nasconde alla compagna la propria *impotentia coeundi* a causa di una patologia

51 V. la pubblicazione dell'Istat dal titolo "Famiglie, reti familiari, percorsi lavorativi e di vita", 2022 in cui, tra i vari aspetti, si sottolinea: «Il fatto che le libere unioni di celibi e nubili abbiano perso – almeno in parte – quel carattere di transitorietà al matrimonio che era proprio una peculiarità delle generazioni passate, per trasformarsi in convivenze effettive all'interno delle quali trovano posto anche progetti di genitorialità, può essere verificato tramite il dato sulla presenza dei figli: il 58,0 per cento delle persone celibi e nubili in libere unioni ha almeno un figlio».

52 Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, secondo cui: «Sussiste un obbligo reciproco di lealtà, correttezza e solidarietà fra le persone che hanno deciso di legarsi in matrimonio. Tale obbligo, esistente anche prima del matrimonio stesso, si sostanzia inoltre in un obbligo di informazione su ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche idonea a compromettere la possibilità di costituire quella comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto. L'inadempimento di tali obblighi di informazione può dar luogo, quando sia tale da compromettere uno dei diritti fondamentali della persona, quale il diritto ad una normale vita sessuale, alla responsabilità civile di uno dei futuri coniugi verso l'altro». SCARSO, A.P.: "Violazione dei doveri coniugali...prima del matrimonio ed estinzione del vincolo coniugale", *Famiglia, persone e successioni*, 2005, num. 5, p. 308.

a lui nota, inducendola a contrarre matrimonio; o alla donna che faccia credere al compagno, poi divenuto marito, di aspettare un figlio da lui, pur sapendo che il bambino è frutto di un tradimento avvenuto durante la convivenza). Anche sulla scorta di tali ipotesi la giurisprudenza ha chiarito che «sin dalla convivenza, sfociata poi nel matrimonio, le parti sono tenute all'adempimento degli obblighi di solidarietà morale e materiale, propri del matrimonio»⁵³.

Nondimeno la lettura della S.C. si mostra all'avanguardia se paragonata all'impostazione della Corti europee d'oltralpe che, per ora, escludono qualsiasi rilievo della convivenza *more uxorio* ai fini del diritto all'assegno divorzile. È il caso, per esempio, della Francia in cui – dopo una prima apertura da parte della Corte di Cassazione nel 2006, fondata su una interpretazione estensiva dei requisiti di cui all'art. 271 del codice civile – la giurisprudenza maggioritaria si è orientata nel ritenere irrilevante la convivenza prematrimoniale ai fini della decisione sulla «*prestation compensatoire*» richiesta dal coniuge economicamente più debole⁵⁴.

IV. IL SACRIFICIO DI OCCASIONI PROFESSIONALI IN FAVORE DELLA FAMIGLIA: PRESUPPOSTO NECESSARIO O EVENTUALE DEL DIRITTO ALL'ASSEGNO COMPENSATIVO?

Tra i pur numerosi profili di rilevanza, ciò che le sentenze “gemelle” in materia di convivenza prematrimoniale sembrano voler dire è che l'impegno endofamiliare dimostrato dalla parte economicamente debole non deve necessariamente essere iscritto all'interno di un rapporto formale, che pur deve in un certo momento essere stato celebrato, per avere rilevanza nella decisione sull'assegno con funzione compensativa.

Ciò a cui, però, le pronunce sembrano – in apparenza – non derogare è la necessaria dimostrazione da parte del richiedente l'assegno di aver sopportato nel corso del rapporto rinunce o sacrifici professionali da cui dipende lo squilibrio reddituale esistente tra i partner al momento del divorzio. In entrambe, infatti, si fa frequentemente richiamo all'importanza delle aspettative lavorative sacrificate dalla parte debole, nonostante solo in Cass. 35969 sia, effettivamente, rinvenibile

⁵³ Cass., sez. un., 18 dicembre 2023, n. 35385.

⁵⁴ Nella giurisprudenza francese si veda, ad esempio, Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 5 décembre 2018, 17-28.345, inedita che cassa parzialmente Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 19 octobre 2016 (i giudici d'Appello avevano riconosciuto rilevanza ai 6 anni di convivenza antecedenti ai 2 di matrimonio, ma la Cassazione nega tale tesi); dello stesso avviso Cass. civ 1, 16 décembre 2020, 19-20.732. Nel 2006, la Corte di Cassazione (1° civ. 14/03/2006 n°04-20.352) ritenendo che l'enumerazione dell'articolo 271 del codice civile non fosse esaustiva, ha ammesso che i giudici di merito potevano tener conto della durata della convivenza prematrimoniale per la determinazione della “*prestation compensatoire*”. Tuttavia, due anni più tardi, la Corte di Cassazione, in una sentenza del 16 aprile 2008 (Cass. civ. Iè, n°07-12.814) da allora ampiamente e più volte confermata, ha affermato che «i giudici di merito non devono tener conto della convivenza prima del matrimonio per determinare i bisogni e le risorse dei coniugi». Secondo Cass. Ire civ., 13 janv. 2016, no 15-13602: «Viole les articles 270 et 271 du Code civil, la cour d'appel qui tient compte de la vie commune antérieure au mariage pour déterminer les ressources et les besoins des époux en vue de la fixation de la prestation compensatoire».

una rinuncia della partner ad un lavoro più stabile e redditizio per trasferirsi e intraprendere altrove la convivenza con la compagna⁵⁵.

Nella sentenza n. 35385, a ben vedere, non vi è alcuna dimostrazione della rinuncia a occasioni lavorative da parte della moglie, tanto è vero che ella stessa censura, in uno specifico motivo di ricorso, la non corretta interpretazione da parte del giudice di merito del profilo compensativo dell'assegno, sostenendo che per il suo riconoscimento non sia «necessario che il coniuge economicamente più debole abbia sacrificato “aspettative lavorative”; occorrendo piuttosto che costui abbia dato un fattivo contributo al ménage domestico ed alla formazione del patrimonio comune».

Il motivo viene dichiarato assorbito per effetto dell'accoglimento della rilevanza della convivenza prematrimoniale ai fini della decisione sull'assegno e, però, la questione sembra tutt'altro che risolta. Al riguardo gode di un certo peso la censura della Cassazione nei confronti della Corte d'appello riformata per non aver considerato «il contributo al ménage familiare dato dalla [moglie], *anche con il ruolo svolto di casalinga e di madre* [enfasi della scrivente]» durante la stabile e continuativa convivenza settennale. Sollecitando i giudici del rinvio a decidere del diritto all'assegno valorizzando il significativo contributo endofamiliare della moglie – pur in mancanza di occasioni professionali perdute – la Corte sembra ammettere che la corresponsione dell'assegno compensativo possa avvenire anche in quei casi in cui uno dei coniugi si sia dedicato in modo prevalente (o esclusivo) rispetto all'altro alla cura della famiglia.

Questa impostazione è, peraltro, chiaramente sostenuta dalla sentenza n. 35434/2023⁵⁶ con cui la Cassazione è chiamata a risolvere la questione – di cui si è disposto la trattazione in pubblica udienza proprio in ragione del suo «rilevo nomofilattico»⁵⁷ - se «la c.d. perdita di *chance* costituisca un requisito imprescindibile ai fini dell'*an* dell'assegno di divorzio o incida solo, in senso più favorevole al coniuge debole, sulla determinazione del *quantum* dell'assegno divorzile».

55 «Non può condividersi la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso la possibilità di tenere conto, ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno in favore della ricorrente, della perdita di chances da quest'ultima asseritamente subita a causa del trasferimento da Venezia a Pordenone e delle scelte professionali compiute in funzione dell'instaurazione del rapporto familiare con la controricorrente, in quanto risalenti all'epoca in cui fu intrapresa la convivenza di fatto con quest'ultima, anteriore sia alla costituzione dell'unione civile che all'entrata in vigore della L. n. 76 del 2016, non avente portata retroattiva e, ad avviso della Corte territoriale, non recante una disciplina specifica della fattispecie».

56 Cass., 19 dicembre 2023, n. 35434, *Il Foro italiano*, 2024, parte I, p. 92.

57 L'ordinanza di rimessione da cui trae origine la pronuncia è Cass., 17 aprile 2023, n. 10152, *One Legale* avente ad oggetto una fattispecie caratterizzata da «un'organizzazione familiare condivisa in cui la cura della famiglia (comprensiva della casa) e del figlio era “gravata” solo sulla moglie (la quale aveva, peraltro, cumulato tali attività con la professione di insegnante), che aveva così consentito al marito di svolgere per un lungo periodo (la convivenza è durata circa vent'anni), nelle migliori condizioni, sostanzialmente in via esclusiva ed assorbente, la propria attività imprenditoriale, suscettibile di incrementarne il patrimonio (come effettivamente avvenuto)».

Nel caso di specie la S.C. conferma l'assegno divorzile (pari a 600 euro mensili) riconosciuto dalla Corte d'Appello in favore della moglie, insegnante precaria, la quale – pur non avendo rinunciato a occasioni professionali-reddituali in nome dei bisogni della famiglia – durante il matrimonio aveva assunto su di sé il peso prevalente della cura della casa e del figlio, così da consentire al marito di dedicarsi alla propria carriera di medico.

Secondo il Collegio il significativo contributo endofamiliare della moglie – la cui dimostrazione può essere fornita anche tramite presunzioni – aveva consentito al marito di concentrarsi sulla propria attività professionale, incrementando le proprie entrate e poteva, quindi, ritenersi la causa dello squilibrio reddituale esistente tra i coniugi al momento del divorzio.

Effettivamente a seguito dell'orientamento delle Sezioni Unite del 2018 si è registrato un certo contrasto in giurisprudenza circa la rilevanza del sacrificio di aspettative professionali e reddituali da parte del coniuge debole. Ciò è, probabilmente, dipeso anche dall'ambiguità della motivazione della Corte che talvolta sembra considerare la perdita di *chances* lavorative come presupposto necessario del riconoscimento della componente compensativo-perequativa dell'assegno, talaltra sembra indicare tale elemento come solo eventuale⁵⁸.

La maggioranza delle pronunce ritiene che in quella decisione il Supremo Collegio abbia valorizzato la funzione perequativo-compensativa dell'assegno, la cui corresponsione dipende, però, dalla necessaria dimostrazione da parte del coniuge debole del sacrificio sopportato per aver rinunciato a realistiche occasioni professionali-reddituali in favore della famiglia, contribuendo, in tal modo, alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge durante la vita matrimoniale.

Ne deriva un'interpretazione formalmente aderente all'arresto del 2018, ma sostanzialmente piuttosto stringente laddove riduce in modo significativo la possibilità di riconoscere l'assegno divorzile in veste compensativa, limitandola ai soli casi in cui si dia prova delle concrete *chances* lavorative perdute. A questo proposito si segnala un'ordinanza con cui la Cassazione⁵⁹ riforma la decisione di merito che aveva riconosciuto alla moglie – pur in assenza dell'allegazione della perdita di concrete prospettive professionali e di potenzialità reddituali – un assegno in veste compensativa per essersi dedicata prevalentemente alle cure

58 Segnala la non univocità della sentenza sul punto Sesta, M.: "L'assegno di divorzio", cit., pp. 86 ss.

59 Cass., 13 ottobre 2022, n. 29920, *One Legale*. La pronuncia richiama, a sostegno, Cass., 8 settembre 2021, n. 24250, seguita poi qualche mese più tardi da Cass., 21 aprile 2022, n. 12800, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2022, num. 6, pp. 1250 ss., con nota di BENANTI, C.: "L'assegno divorzile con funzione perequativo-compensativa interviene soltanto per correggere uno spostamento patrimoniale ingiustificato".

domestiche e dei figli, con ricadute positive sull'affermazione professionale e reddituale del marito.

In quella circostanza il Collegio ha avuto l'occasione di precisare che «Il riconoscimento dell'assegno divorzile in funzione perequativo-compensativa non si fonda sul fatto, in sé, che uno degli ex coniugi si sia dedicato prevalentemente alle cure della casa e dei figli, né sull'esistenza in sé di uno squilibrio reddituale tra gli ex coniugi - che costituisce solo una precondizione fattuale per l'applicazione dei parametri di cui all'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970 - essendo invece necessaria un'indagine sulle ragioni e sulle conseguenze della scelta, seppure condivisa, di colui che chiede l'assegno, di dedicarsi prevalentemente all'attività familiare, la quale assume rilievo nei limiti in cui comporti sacrifici di aspettative professionali e reddituali, la cui prova spetta al richiedente».

Tale lettura interpretativa ha, peraltro, trovato spazio nella giurisprudenza successiva, sia di merito⁶⁰ che di legittimità⁶¹, anche se la gran parte delle pronunce si limita a richiamare – senza argomentarla in modo particolare – l'esigenza di accertare l'effettiva rinuncia a prospettive professionali o di miglioramento della propria condizione da parte del coniuge istante.

Per converso, altra parte della giurisprudenza⁶² considera l'elemento delle opportunità professionali perdute come non dirimente ai fini della corresponsione dell'assegno, potendo semmai incidere sulla sua più contenuta quantificazione. In questi casi i giudici riconoscono rilievo alla circostanza per cui il coniuge economicamente più forte – giovandosi del maggior tempo dedicato dall'altro alla

60 V. Trib. Salerno, 10 gennaio 2024; Trib. Catanzaro, 11 maggio 2023, n. 743; Trib. Parma, 18 gennaio 2023, n. 54; App. Milano, 3 febbraio 2023, n. 392.

61 V. Cass., 13 aprile 2023, n. 9817 (l'estensore è il medesimo di Cass. n. 29920/2022); Cass., 16 maggio 2023, n. 13316; Cass., 15 giugno 2023, n. 17144; Cass., 24 novembre 2023, nn. 32680 e 32669; Cass., 7 marzo 2024, n. 6106, secondo cui: «Il riconoscimento dell'assegno divorzile in funzione perequativo-compensativa non si fonda sul fatto, in sé, che uno degli ex coniugi si sia dedicato prevalentemente alle cure della casa e dei figli, né sull'esistenza in sé di uno squilibrio reddituale tra gli ex coniugi - che costituisce solo una precondizione fattuale per l'applicazione dei parametri di cui all'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970 - essendo invece necessaria un'indagine sulle ragioni e sulle conseguenze della scelta, seppure condivisa, di colui che chiede l'assegno, di dedicarsi prevalentemente all'attività familiare, la quale assume rilievo nei limiti in cui comporti sacrifici di aspettative professionali e reddituali, la cui prova spetta al richiedente». Una parte delle decisioni della Corte sostiene, inoltre, che «nel caso in cui il matrimonio sia stato causa di uno spostamento patrimoniale dall'uno all'altro coniuge, "ex post" divenuto ingiustificato, [tale] spostamento patrimoniale [...] deve essere corretto attraverso l'attribuzione di un assegno, in funzione compensativo-perequativa». In questo caso «l'assegno deve essere adeguato a compensare il coniuge economicamente più debole, in funzione perequativo-compensativa, del sacrificio sopportato per aver rinunciato a realistiche occasioni professionali-reddituali - che il coniuge richiedente l'assegno ha l'onere di dimostrare nel giudizio - al fine di contribuire ai bisogni della famiglia». Così, *ex multis*, Cass., 8 marzo 2024, n. 6263; Cass., 12 marzo 2024, n. 6433; Cass., 12 marzo 2024, n. 6624.

62 Prima della decisione in parola già Cass., 20 ottobre 2021, n. 29195 osservava: «il mancato sacrificio di aspettative professionali ed economiche del coniuge cd. debole può incidere, riducendola, sulla componente perequativa-riequilibratrice dell'assegno di mantenimento, ma non azzerarla, ove risulti - come nel caso di specie (secondo la ricostruzione del giudice di merito) - che il coniuge abbia con le proprie maggiori incombenze familiari comunque contribuito, oltre alla realizzazione della vita familiare, al successo professionale (ed economico) dell'altro coniuge e, conseguentemente, alla formazione del patrimonio familiare e personale di tale coniuge». In senso conforme App. Milano, 9 maggio 2023.

cura e all'organizzazione famiglia – ha potuto investire la gran parte delle proprie energie nello sviluppo di una carriera professionale, incrementando così i propri guadagni e raggiungendo una situazione patrimoniale più favorevole di quella del partner.

Questa lettura interpretativa risulta, inoltre, ripresa in una recentissima decisione⁶³ in cui la Cassazione riconosce alla moglie – occupata nelle mansioni di bidella – un assegno mensile (pari a 350 euro) a titolo di compensazione per l'impegno familiare profuso in misura maggiore rispetto al coniuge, da cui quest'ultimo aveva tratto vantaggio sul piano professionale. Il marito, infatti, durante l'unione ventennale aveva potuto svolgere l'attività di ferroviere capotreno, «con orari anche notturni e viaggi lontani» raggiungendo «livelli professionali e reddituali di tutto rispetto», grazie al prevalente contributo della moglie nella cura della casa e del figlio.

Da tale definizione dei ruoli all'interno della coppia discende – secondo il Collegio – l'opportunità di un «adeguato riconoscimento del contributo (esclusivo o prevalente) fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e, conseguentemente, alla formazione del patrimonio familiare e personale dell'altro coniuge (anche sotto forma di risparmio)». A tale proposito la pronuncia ammette esplicitamente che, in presenza della precondizione di una rilevante disparità della situazione economico-patrimoniale dei coniugi, l'assegno può essere riconosciuto a prescindere dalla concordata rinuncia a occasioni professionali nell'interesse familiare.

L'ordinanza, peraltro, si pone nel solco di Cass. n. 35434/2023 anche per quanto riguarda l'onere della prova gravante sul coniuge istante, laddove ammette che l'assegno divorzile può essere riconosciuto «anche nelle ipotesi di conduzione univoca della vita familiare, la quale (salvo prova contraria) esprime una scelta comune, anche se tacita, compiuta nei fatti dai coniugi»⁶⁴. Come già osservava il precedente arresto «l'accordo [sulla divisione] dei ruoli reciproci dei coniugi nell'organizzazione della vita familiare non viene di regola espresso in forma scritta» e ciò, a maggior ragione, consente di poter provare il contributo offerto dal coniuge debole mediante il ricorso a presunzioni.

63 Cass., 19 febbraio 2024, n. 4328.

64 Di diverso avviso Cass., 9 agosto 2019, n. 21228 ove si precisa che il coniuge debole è tenuto a provare di aver sacrificato concrete aspettative professionali in nome della famiglia e che tale scelta ha inciso sulla formazione del patrimonio personale degli ex coniugi e su quello comune. Il richiedente può «se del caso avvalersi del sistema delle presunzioni, purché nel rispetto del paradigma di gravità, precisione e concordanza, sicché non potrà il giudice di merito presumere, così e semplicemente, che il non avere un coniuge svolto alcuna attività lavorativa sia da ascrivere ad una concorde scelta comune ad entrambi i coniugi, e men che meno che abbia senz'altro contribuito al successo professionale dell'altro».

Secondo questa lettura interpretativa laddove vi sia la dimostrazione di un «incremento di benessere (attuale o potenziale, in atto o spendibile)⁶⁵ concentratosi su uno solo dei due ex coniugi» e di una prevalente (o esclusiva) dedizione alla famiglia da parte dell'altro, è possibile ritenere dimostrato mediante presunzioni il rapporto eziologico tra lo squilibrio economico-patrimoniale esistente e il contributo fornito dal coniuge debole alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio del partner e di quello comune (anche sotto forma di risparmio⁶⁶).

Tuttavia – nonostante nessuna delle due recenti pronunce vi faccia riferimento – ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno dovrà accertarsi che il coniuge debole non sia già stato compensato in corso di matrimonio o in sede di separazione mediante la scelta del regime della comunione legale o per mezzo di trasferimenti patrimoniali idonei, nel caso concreto, a ridurre o escludere l'esigenza di riequilibrio⁶⁷.

Circa il profilo della quantificazione dell'assegno in veste compensativa va, però segnalata la contraddittorietà dell'argomentazione di Cass. 35434/2023. Quest'ultima, infatti, ammette la corresponsione di un assegno perequativo al coniuge che si è prevalentemente occupato della famiglia, avvantaggiando l'altro sul piano patrimoniale, però, forse per timore di “inciampare” in una riedizione del criterio del “tenore di vita matrimoniale”, sostiene che tale assegno può dirsi «giustificato soltanto da una esigenza assistenziale, la quale tuttavia consente il riconoscimento dell'assegno se il coniuge più debole non ha i mezzi sufficienti per un'esistenza dignitosa».

Ma se – come sostenuto dalla S.C. qualche riga precedente – per ammettere la corresponsione dell'assegno in veste compensativa è sufficiente l'esistenza di un nesso causale tra l'attuale squilibrio reddituale dei coniugi e il preponderante ruolo familiare svolto da uno in favore dell'altro, il cui patrimonio ne ha beneficiato, non si vede perché il suo ammontare debba limitarsi ad un (più contenuto) valore idoneo a consentire un'esistenza dignitosa del partner e non debba, invece, essere parametrato all'effettivo contributo prestato e al reddito di cui dispone il coniuge forte⁶⁸.

L'assegno che in questa ipotesi viene corrisposto, infatti, non deve assolvere ad una funzione assistenziale “minima” nella quale l'adeguatezza dei mezzi del

65 Così scrive Cass., 19 dicembre 2023, n. 35434.

66 Cass., 19 febbraio 2024, n. 4328.

67 Cass., 5 maggio 2021, n. 11787; Cass. 9 agosto 2019, n. 21228.

68 Peraltro, a ben vedere, nel caso di specie il presupposto della mancanza di mezzi adeguati non sembra nemmeno integrato, laddove la moglie percepisce un'entrata di € 1.680 mensili netti ed è proprietaria al 50% dell'abitazione coniugale in cui vive con il figlio della coppia (per il cui mantenimento percepisce un assegno di 1.000€ mensili).

richiedente viene parametrata all'autosufficienza economica intesa come esistenza «dignitosa e libera dal bisogno», ma ad una più ampia funzione compensativa, quale riconoscimento per il contributo fornito alla situazione di maggiore agio in cui si trovi l'altro.

Come opportunamente osservato in dottrina, la compressione della funzione compensativa «entro il limite del livello di benessere parametrato in ragione di un'esistenza libera e dignitosa condurrebbe al paradosso per cui l'assegno attribuito a colui che si trovi in condizione di incapacità di procurarsi redditi adeguati a conseguire la mera autosufficienza – concesso un ossequio alla funzione assistenziale “minima” – coinciderebbe con quello riconosciuto a colui che dimostri di aver contribuito all'accrescimento professionale dell'altro e nondimeno veda la propria aspirazione alla compensazione dei sacrifici effettuati circoscritta entro gli angusti confini di un assegno parametrato in funzione della capacità di condurre un'esistenza libera e dignitosa»⁶⁹.

Difficile prevedere se l'orientamento di Cass. 35434/2023 e 4328/2024 avrà seguito e solleciterà una più ampia lettura della funzione compensativo-perequativa. Certo è che il coniuge debole cui dovesse essere riconosciuto il diritto all'assegno per il contributo offerto con le proprie maggiori incombenze familiari godrà, di fatto, di un tenore di vita migliore di quello che le sue personali risorse gli consentirebbero.

Ora, è evidente che l'accertamento che oggi giustifica la corresponsione dell'assegno divorzile con funzione compensativa è del tutto diverso da quello che il giudice effettuava nello scrutinare il tenore di vita. In quest'ultimo caso, infatti, era necessario e sufficiente stabilire quale fosse il tenore di vita della coppia in costanza di matrimonio e quale fosse il tenore di vita che poteva permettersi l'ex coniuge richiedente dopo il divorzio. Oggi, invece, è essenziale stabilire, se, stante l'esistenza di una rilevante sperequazione patrimoniale tra i coniugi, il partner debole meriti – a fronte del significativo contributo offerto al *ménage* familiare – di vivere secondo uno standard più elevato e conforme a quello dell'ex coniuge⁷⁰.

69 AL MUREDEN, E.: “La solidarietà”, cit., p. 806.

70 SESTA, M.: “L'assegno di divorzio”, cit., p. 87.

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN, E.: "Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionali ed esigenze di revisione", *Famiglia e diritto*, 2014, num. 7, 703;

AL MUREDEN, E.: "Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità", *Famiglia e diritto*, 2015, num. 6, p. 537 ss.;

AL MUREDEN, E.: "L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale", *Famiglia e diritto*, 2017, num. 7, pp. 636 ss.;

AL MUREDEN, E.: "Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei big money cases", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 12, pp. 1077 ss.;

AL MUREDEN, E.: "Assegno divorzile e convivenza tra autoresponsabilità ed istanze compensative", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, num. 1, pp. 203 ss.;

AL MUREDEN, E.: "La solidarietà post-coniugale a cinquant'anni della legge sul divorzio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, num. 16 bis, p. 805;

AL MUREDEN, C.: "III. Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive *de iure condendo*", *Famiglia e diritto*, 2022, num. 2, 142 ss.;

AL MUREDEN, E.: "Assegno divorzile e compensazione del contributo "prematrimoniale" al vaglio delle Sezioni Unite", *Famiglia e diritto*, 2023, num. 8-9, p. 757;

ARNAU MOYA, F.: "La temporalidad de la prestación compensatoria. Una evolución jurisprudencial y legislativa" en AA.VV.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Reyes Barrada Orellana (aut.), Martín Garrido Melero (aut.), Sergio Nasarre Aznar (aut.), pp. 313 ss.;

BALESTRA, L.: "La crisi della comunione di vita", *Giustizia civile*, 2020, num. 1, pp. 30 ss.;

BALLARANI, G.: "La solidarietà post coniugale tra proporzionalità dei sacrifici, ragionevolezza delle pretese ed equità del caso concreto. Note minime sull'esigenza della determinazione totale della componente perequativa-compensativa", AA.VV. *Il contributo economico divorzile tra parametri oggettivi e variabili soggettive* (a cura di G. BALLARANI e M. BIANCA), pp. 72 ss.

BENANTI, C.: "Vis attrattiva della funzione compensativa dell'assegno divorzile: la rilevanza dei sacrifici lavorativi compiuti durante la convivenza antecedente al matrimonio o all'unione civile", *Accademia*, 2023, num. 1, pp. 265 ss.;

BENANTI, C.: "L'assegno divorzile con funzione perequativo-compensativa interviene soltanto per correggere uno spostamento patrimoniale ingiustificato", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2022, num. 6, pp. 1250 ss.;

BIANCA, M.: "Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?", *Il Foro italiano*, 2018, parte I, 2671;

CECCHERINI, G.: "Natura e funzione dell'assegno al coniuge divorziato", *Il Foro italiano*, 1977, parte V, 235;

D'AURIA, M.: "Convivenza e assegno di mantenimento", *Accademia*, 2023, num. 1, pp. 253 ss.;

DAGNINO, A.: "Appunti sull'assegno periodico in favore del coniuge divorziato", *Il Diritto di Famiglia delle Persone*, 1974, num. 1, p. 159;

DALL'ONGARO, F.: "Sulla controversa qualificazione giuridica dell'assegno di divorzio", *Il Diritto di Famiglia delle Persone*, num. 1, 1974, p. 635;

DANOVI, F.: "Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti", *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 642 ss.;

DANOVI, F.: "Quale sorte per l'assegno divorzile dopo l'instaurarsi della convivenza? Tre opinioni a confronto I. Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza", *Famiglia e diritto*, 2022, num. 2, pp. 125 ss.;

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, A.: "La temporalidad de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del tribunal supremo", *Revista Boliviana de Derecho*, num. 32, 2021, pp. 776 ss.;

DI MARTINO, G.: "La rilevanza della convivenza prematrimoniale nella quantificazione dell'assegno divorzile: la parola alle Sezioni Unite", *Famiglia*, 2023, num. 4, pp. 497 ss.;

LENTI, L.: "Diritto della famiglia", Giuffrè, Milano, 2021;

OLIVERO, L.: "Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni Unite", in *Giurisprudenza italiana*, 2023, num. 1, p. 33;

PASQUALI CERIOLI, J.: "La "resistenza" del giudizio sull'assegno divorzile al riconoscimento delle nullità canoniche: l'intervento delle Sezioni Unite e la difesa del "coniuge debole"", *Famiglia e diritto*, 2021, num. 8-9, pp. 790 ss.;

PATTI, S.: "Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite", *Il Corriere giuridico*, 2018, num. 10, p. 1186;

PORCELLI, M.: "L'assegno divorzile. Verso una nuova stagione", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020;

QUADRI, E.: "La quarta stagione del divorzio: Le prospettive di riforma", in AA.VV.: *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva* (a cura di V. CUFFARO), Giuffrè, Milano, 2021, p. 79 ss.;

QUADRI, E.: "I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?", *Corriere giuridico*, 2017, num. 7, pp. 885 ss.;

QUADRI, E.: "Gli effetti economici delle crisi coniugali", *Jus civile*, 2021, num. 5, p. 1353;

QUADRI, E.: "Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, num. 6, pp. 1390 ss.;

QUADRI, E.: "L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, pp. 1261 ss.;

QUADRI, E.: "Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 11, p. 981;

QUADRI, E.: "Gli effetti economici delle crisi coniugali", *Jus civile*, 2021, spec. 1352 e 1363;

RIMINI, C.: "Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fenomeno assistenziale", *Giurisprudenza italiana*, 2017, num. 8-9, pp. 1799 ss.;

RIMINI, C.: "Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fenomeno assistenziale", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, num. 9, pp. 1274 ss.;

RIMINI, C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa", *Giurisprudenza italiana*, 2018, num. 8-9, p. 1843;

RIMINI, C.: "Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano", *Rivista di Diritto civile*, 2020, num. 2, pp. 422 ss.;

RIMINI, C.: "Il. Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema", *Famiglia e diritto*, 2022, num. 2, pp. 134 ss.;

ROMA, U.: "Assegno di divorzio e nuova convivenza tra inerzia legislativa, evoluzione interpretativa e mutamento sociale", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2022, num. 1, pp. 217 ss.;

SARTORIS, C.: "Assegno divorzile e convivenza di fatto del coniuge beneficiario", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 17 bis, pp. 276 ss.;

SESTA, M.: "La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie", *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 516 ss.;

SESTA, M.: "L'assegno di divorzio: in viaggio di ritorno al tenore di vita?", *Famiglia e diritto*, 2021, num. 1, pp. 79 ss.;

SIMEONE, A.: "Il nuovo assegno di divorzio dopo le Sezioni Unite: ritorno al futuro?", *Ilfamiliarista.it*, 17 luglio 2018;

TOMMASEO, F.: "Quale rilievo alla convivenza prematrimoniale ai fini dell'assegno di divorzio?", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 6, pp. 586 ss.;

TROLLI, F.: "Convivenza prematrimoniale e assegno divorzile", AA. VV. *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano* (a cura di C. CAMARDI), Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, 267 ss.

EL CUIDADO Y ASISTENCIA DE PERSONAS
MAYORES COMO OBLIGACIÓN FAMILIAR Y COMO
RESPONSABILIDAD PÚBLICA*

*THE CARE AND ASSISTANCE OF ELDERLY PEOPLE AS A FAMILY
OBLIGATION AND AS A PUBLIC RESPONSIBILITY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 386-417

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación: "Nuevos desafíos del Derecho Biomédico en la protección jurídico-civil de las personas mayores", PID 2022-1398990B-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación, IIPP Esther Algarra Prats/Javier Barceló Domenech.

Purificación CREMADES GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Los cambios demográficos y sociales, están produciendo un aumento progresivo de población mayor con problemas de dependencia en las últimas etapas de su vida. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, reconoce precisamente un derecho subjetivo de ciudadanía a las mismas y una clara asunción de responsabilidad para el Estado en materia de cuidados. Sin embargo, la realidad evidencia que las demoras en la evaluación del grado de dependencia a las que debemos sumar el retraso en la concesión de la correspondiente prestación, dan lugar en un número importante de casos, al fallecimiento del peticionario antes de recibir cualquier ayuda. En este contexto los cuidados tienen que recaer necesariamente en la familia y en especial en las mujeres, por ello y ante la referida situación, resulta oportuno replantear los derechos de cuidado y asistencia a las personas mayores.

PALABRAS CLAVE: Derecho subjetivo de ciudadanía; derecho de cuidado y asistencia; dependencia; obligación de alimentos; personas mayores; solidaridad familiar.

ABSTRACT: *Demographic and social changes are producing a progressive increase in the elderly population with dependency problems in the last stages of their life. The Spanish Law 39/2006, of December 14, about Promotion of the Personal Autonomy and Attention to people in dependence situation, precisely recognizes a citizenship subjective right to them and a clear assumption of responsibility for the State in matters of care. However, reality shows that delays in evaluating the degree of dependency, to which we must add the delay in granting the corresponding benefit, lead, in a significant number of cases, to the death of the petitioner before receiving any help. In this context, care must necessarily fall on the family and especially on women, for this reason and in light of the aforementioned situation, it is appropriate to rethink the rights of care and assistance to elderly people.*

KEY WORDS: *Citizenship subjective right; care and assistance right; dependency; maintenance obligation; elderly people; family solidarity.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. PERSPECTIVA INTERNACIONAL.- III. EL CUIDADO Y ASISTENCIA DE LAS PERSONAS MAYORES.- I. Solidaridad familiar. De los alimentos entre parientes.- 2. Derecho subjetivo de ciudadanía.- 3. Responsabilidad pública y privada.- IV. LEY DE LA DEPENDENCIA Y DESPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES.- I. Valoración de la LAPAD.- 2. Alternativas de urgente ejecución en el SAAD.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Los europeos viven más tiempo que nunca y la pirámide de la edad de la sociedad está evolucionando rápidamente. Se calcula que en 2060 la esperanza media de vida aumentará en 8,5 años para los hombres (hasta los 84,5 años) y en 6,9 años para las mujeres (hasta los 89 años)¹. Como resultado del cambio demográfico, cada vez habrá más pacientes mayores que padezcan enfermedades crónicas y en muchos casos múltiples. Los efectos del cambio climático, los desastres naturales y la degradación y contaminación ambientales tienden a aumentar de forma desproporcionada la presión sobre la salud de las personas mayores, lo que producirá el aumento de la necesidad de asistencia sanitaria y de otros servicios asistenciales y de apoyo. Se espera que el número de personas que puedan necesitar cuidados de larga duración aumente desde los 19,5 millones en 2016 hasta 23,6 millones en 2030 y 30,5 millones en el 2050 en la UE-27. Dependiendo de los cuidadores no profesionales ya no es sostenible, dado que cada vez resulta más difícil garantizar la ayuda de los familiares, y las familias tienen menos hijos, viven aún más separadas y las mujeres participan más en el mercado laboral².

La exposición de motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LAPAD) ya alertaba del importante crecimiento de población de más de 65 años que se había duplicado en España, al pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por ciento de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 por ciento). A lo que se añadía el fenómeno demográfico denominado “envejecimiento del envejecimiento” o el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que también se había duplicado en un periodo de veinte años.

La entrada en vigor de la referida Ley supuso la asunción de responsabilidades por el Estado en materia de cuidados, teniendo en cuenta además, que las

1 Conclusiones del Consejo de la UE sobre la integración del envejecimiento en las políticas públicas, Bruselas 12-3-2021, p. 2. Disponible en <https://goo.su/MIFZ0R> el 15-5-2024

2 Libro Verde sobre el envejecimiento de la Comisión Europea, Bruselas 27-1-2021, pp. 18 y 19. Disponible en <https://goo.su/DNMAB> el 15-5-2021.

• Purificación Cremades García

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: p.cremades@umh.es

referidas prestaciones de atención y cuidados van dirigidas a paliar las necesidades de personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, resulta preocupante la demora en la evaluación del grado a la que deberemos sumar el retraso en la concesión de la consiguiente prestación, además del plazo que trascurre, en muchos casos, para la percepción del servicio solicitado, dando lugar en un número importante, al fallecimiento del peticionario, antes de recibir cualquier ayuda³. En este contexto o como se ha venido a denominar “limbo de la dependencia”⁴, los cuidados tienen que recaer necesariamente en la familia y especialmente en las mujeres, provocando situaciones verdaderamente insostenibles, no sólo para las personas de avanzada edad, sino también para sus cuidadores y cuidadoras.

La fragante situación requiere de una acometida estatal urgente. Sin duda se trata de asumir las previsiones del aumento considerable de población en situación de dependencia en personas muy mayores, que pese a los avances en la medicina con tratamientos que consiguen mayor supervivencia, no impiden secuelas discapacitantes, tanto físicas como psíquicas o de salud mental, y al mismo tiempo la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, hasta el momento cuidadoras informales de nuestros mayores, obliga inexorablemente a replantear los derechos de cuidado y asistencia de las personas mayores.

II. PERSPECTIVA INTERNACIONAL.

El Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento de 1982, fue el resultado de la Asamblea Mundial, en principio llamada “sobre las personas de edad”, después “sobre el envejecimiento” respaldado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982, constituyéndose en el primer instrumento internacional que sentó las bases para la formulación de políticas y programas sobre envejecimiento. El objetivo del Plan de acción era fortalecer la capacidad de los gobiernos y la sociedad civil, para abordar eficazmente el envejecimiento de la población, el potencial de desarrollo y las necesidades de dependencia de las personas mayores⁵.

3 Según la Información Estadística del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia del IMSERSO-SAAD, a 29 de febrero de 2024, de 2.070.352 solicitudes registradas por ayudas a la dependencia, 1.083.795 corresponden a mayores de 80 años. Y del número total de solicitudes presentadas, causan baja por fallecimiento respecto al mes anterior 24.966, siendo las altas por solicitudes respecto al mes anterior de 32.616. El tiempo medio desde la solicitud de la dependencia hasta la resolución de la prestación es de 327 días. Disponible en <https://goo.su/LB9FrF> el 9-5-2024.

El 30 de abril de 2021 se aprueba por el Consejo Territorial el Plan de reducción de las listas de espera en el SAAD. Según dicho documento, este proceloso recorrido presentaba a finales de 2020 un promedio de tiempos en España, desde la presentación de la solicitud hasta la percepción del servicio, superior a 450 días.

4 El dato negro de la dependencia: muere una persona cada 12 minutos sin ser atendida. Disponible en <https://goo.su/AhL2c> el 10-5-24.

5 Disponible en <https://goo.su/VTjXIUU> el 27-2-2024.

Los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 46/91) el 16 de diciembre de 1991. Se exhortó a los gobiernos a que incorporasen estos principios en sus programas nacionales cuando fuera posible. Respecto a los cuidados, se considera que tienen que poder disfrutar de los referidos cuidados y la protección de la familia y la comunidad, de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad; tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional; tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado; tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro; poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida⁶.

Habiéndose convocado una conferencia internacional sobre el envejecimiento los días 15 y 16 de octubre de 1992, con ocasión del décimo aniversario de la aprobación del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, se aprueba por la Asamblea General de Naciones Unidas, la Proclamación sobre el Envejecimiento, reconociendo expresamente que, con la edad, algunas personas necesitaran considerables cuidados de la comunidad y de la familia.

El Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento y la Declaración Política, fueron aprobados por la Segunda Asamblea Mundial del Envejecimiento en abril de 2002⁷. En relación con la asistencia y apoyo, ya sea prestada por personas de edad o destinada a ellas, corre a cargo principalmente de la familia o la comunidad. Cuando quienes prestan asistencia son personas de edad, deben tomarse medidas para ayudarlas, y cuando son esas personas las que reciben la asistencia, es necesario establecer y reforzar los recursos humanos y las infraestructuras de salud y sociales, como medida ineludible para lograr unos servicios eficaces de prevención, tratamiento, asistencia y apoyo. Este sistema de asistencia, deberá ser respaldado y reforzado por políticas públicas a medida que aumenta la proporción de población necesitada de esa asistencia. En los dos decenios últimos, la atención comunitaria y el envejecimiento en el seno de la propia comunidad, ha pasado a ser un objetivo de las políticas de muchos gobiernos, quizás por un motivo financiero y partiendo de que las familias prestarán la mayor parte de la atención, se espera que la asistencia comunitaria

6 Disponible en <https://goo.su/jU76op6> el 27-2-2024.

7 El punto 1.7 reconoce que el grupo de personas que crece más rápidamente es el de los más ancianos, es decir, el de 80 años o más. En el año 2000 su número llegaba a 70 millones, y se proyecta que en los próximos 50 años esa cifra aumentará más de cinco veces.

cueste menos que la residencial. Se sigue afirmando que, si no se les presta una ayuda suficiente a los miembros de la familia encargados de atender a las personas de edad, pueden verse superados por esa carga. Además, aun en los casos de que existan sistemas estructurados de asistencia comunitaria, éstos suelen carecer de la capacidad suficiente porque tienen escasos recursos y están mal coordinados. Por ello, la asistencia residencial puede ser la solución preferible para las personas de edad enfermas y para los encargados de atenderlas, de esta forma, sería conveniente disponer de diversas soluciones económicamente asequibles, que abarquen desde la asistencia familiar hasta la institucional⁸.

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, y con la pretensión, entre otras, de incorporar y dar prioridad al tema del envejecimiento en las políticas públicas, así como destinar y gestionar los recursos humanos, materiales y financieros para lograr una adecuada implementación y evaluación de las medidas especiales puestas en práctica, reconoce en su art. 6, el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez. Los Estados Parte adoptarán en este sentido, todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días. El art. 12 referido a los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo, establece que los Estados Parte, deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión⁹.

La Década del Envejecimiento Saludable 2020-2030 declarada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2020 se constituye en la principal estrategia para construir una sociedad para todas las edades. Se trata de "añadir vida a los años", puesto que las oportunidades que se abren con el aumento de la longevidad, dependen en gran medida del envejecimiento saludable; sin embargo, si estos últimos años adicionales están dominados por la mala salud, el aislamiento social o la dependencia de cuidados, las implicaciones para las propias personas mayores y para el conjunto de la sociedad resultan mucho más negativas. La Década del Envejecimiento saludable se centra en cuatro ámbitos de actuación: 1) cambiar nuestra forma de pensar, sentir y actuar con respecto a la edad y el envejecimiento; 2) asegurar que las comunidades fomenten las capacidades de las personas mayores; 3) ofrecer una atención integrada y centrada en las personas, y servicios de salud primarios que respondan a las necesidades de las personas

⁸ Disponible en <https://goo.su/jx30NUP> el 27-2-24.

⁹ Disponible en <https://goo.su/uFMNMg> el 27-2-24.

mayores; 4) proporcionar acceso a la atención a largo plazo para las personas mayores que lo necesiten.

Hay que tener en cuenta en relación a este último ámbito de actuación, que dado que las personas, al llegar a ese punto en sus vidas en el que ya no pueden cuidarse a sí mismas sin contar con apoyo y asistencia, requieren del acceso a una atención de calidad, fundamental para que las mismas conserven su capacidad funcional, disfruten de los derechos humanos básicos y lleven una vida digna. Por ello, todos los países deben contar con un sistema capaz de atender las necesidades de las personas mayores de cuidados a largo plazo, y en particular unos servicios de asistencia y apoyo social que les ayuden en la vida cotidiana y el cuidado personal y les permitan mantener sus relaciones, envejecer en un lugar adecuado, no ser víctimas de maltrato, acceder a los servicios comunitarios y participar en actividades que den sentido a sus vidas. Ello puede requerir una amplia gama de servicios tales como atención diurna, servicios de descanso en el cuidado, que deben estar vinculados a su vez con la atención de la salud, y con amplias redes y servicios comunitarios. El apoyo a los cuidadores informales y el fortalecimiento de su capacidad debería ser una prioridad, a fin de remediar la inequidad y aliviar la carga que soportan las mujeres.

Por ello la Década del Envejecimiento saludable considera a los Estados miembros responsables, entre otras actividades, de garantizar la existencia de marcos jurídicos y mecanismos financieros sostenibles para la prestación de cuidados a largo plazo, elaborando normas, directrices, protocolos y mecanismos de acreditación nacionales para la prestación de apoyo y atención social a nivel comunitario, con arreglo a principios éticos y que promuevan los derechos humanos de las personas mayores y sus cuidadores, estableciendo servicios comunitarios ajustados a dichas normas, para llevar a cabo las labores de atención y apoyo social y sanitario desde un enfoque integrado y centrado en las personas¹⁰.

Teniendo en cuenta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Decenio del Envejecimiento Saludable de las Naciones Unidas, se presenta por la Comisión Europea el Libro Verde sobre el Envejecimiento¹¹, con el objetivo de iniciar un amplio debate político sobre el envejecimiento, para discutir opciones sobre cómo anticiparse y responder a los desafíos que plantea y las oportunidades que brinda. Entre los referidos desafíos, en materia de cuidados de larga duración se encuentran: garantizar el acceso, la asequibilidad y la calidad de dichos cuidados, así como una fuerza laboral adecuada. Muchas personas que necesitan cuidados no pueden acceder a ellos debido a carencias en la oferta, los elevados costes y la falta de protección social adecuada o de cobertura de seguro para garantizar

¹⁰ Disponible en <https://goo.su/k2Vei3R> el 27-2-2024.

¹¹ Bruselas 27-1-2021. Disponible en <https://goo.su/nl3tdgY> el 27-2-2024.

la asequibilidad. Los cuidados de larga duración de calidad son importantes para garantizar la dignidad personal, la capacidad de elección, el bienestar, así como para evitar hospitalizaciones innecesarias. Asimismo, hay que tener en cuenta que contratar y retener a personal cualificado para que trabaje en el sector de los cuidados de larga duración, resulta difícil debido a los bajos salarios y a las exigentes condiciones laborales. A ello hemos de añadir que los cuidadores no profesionales, normalmente mujeres, luchan por conciliar asistencia y trabajo remunerado, a menudo con costes para la sociedad, como los efectos negativos para la salud y el bienestar, una menor participación en el mercado laboral y unos ingresos menores.

En las conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la integración del envejecimiento en las políticas públicas¹², se exhorta a los Estados miembros a que, de acuerdo con sus competencias, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales y respetando el cometido y la autonomía de los interlocutores sociales, mejoren el acceso y la calidad de la asistencia sanitaria y de los cuidados de larga duración, en particular ampliando y garantizando el acceso a servicios que presten asistencia integrada y centrada en las personas de edad avanzada, y fomentando una mayor integración entre los servicios sanitarios y sociales para mantener y mejorar las capacidades físicas y cognitivas de las personas de edad avanzada. Además de que se sigan modernizando los sistemas de protección social, garantizando el equilibrio entre la cobertura adecuada de todos los riesgos relacionados con la edad y la sostenibilidad financiera, asegurando así la dignidad a lo largo de toda la vida.

La V Conferencia Ministerial sobre el envejecimiento de la Comisión económica para Europa de Naciones Unidas (CEPE) celebrada del 16 al 17 de junio de 2022 en Roma, con el reconocimiento de que existen desafíos que deben ser abordados, y necesarias mejoras en las políticas que deben ser realizadas, como seguir desarrollando sistemas de protección social sostenibles, accesibles y adecuados que cubran la seguridad social, atención sanitaria universal, servicios sociales inclusivos y de calidad, en particular los servicios de cuidados de larga duración, que ayuden a mitigar las desigualdades acumulativas y a prevenir la pobreza y la exclusión entre las personas mayores. Para ello se proponen las siguientes acciones, entre otras:

1) Aplicar un enfoque de la atención centrado en la persona y adaptado a las personas mayores, garantizando el más alto nivel de independencia, autonomía, y dignidad a través del acceso universal y equitativo a los servicios sanitarios, sociales y de cuidados de larga duración.

¹² Bruselas 12-3-2021. Disponible en <https://goo.su/irNc> el 27-2-2024.

2) Continuar promoviendo inversiones sostenibles en todos los servicios sanitarios y asistenciales, en particular para desarrollar y mejorar continuamente los servicios de cuidados de larga duración en cooperación con autoridades locales y otras partes interesadas relevantes.

3) Adoptar las medidas adecuadas para prepararse ante el aumento previsto de la demanda de servicios de cuidados de larga duración, mediante una planificación estratégica integral, que permita disponer de suficientes capacidades tanto en términos cuantitativos como cualitativos, sobre la base de una financiación equitativa y sostenible. Ello supondrá garantizar la disponibilidad de un personal sanitario y de cuidados asistenciales debidamente cualificado, mejorar la gestión de los centros dedicados a los cuidados y cooperar con todas las partes interesadas, incluidas las autoridades sanitarias, sociales y de los cuidados a nivel nacional, subnacional y local.

4) Priorizar e invertir en el desarrollo de habilidades y competencias y en la formación continua del personal sanitario y de servicios sociales en materia de competencias geriátricas, gerontológicas y digitales, para cumplir con las necesidades cambiantes de calidad e innovación en los cuidados, invertir en investigación e innovación, incluyendo sensibilización y formación sobre el edadismo y el derecho de las personas mayores.

5) Reconocer y apoyar el papel continuado de los cuidados informales y familiares como una parte importante de la prestación de cuidados, proporcionando asesoramiento, ayuda y protección social, adoptando medidas para ayudar a equilibrar el trabajo remunerado, los cuidados y la vida privada, y reforzando la solidaridad intergeneracional, así como un reparto más equitativo del trabajo de cuidados entre mujeres y hombres.

6) Desarrollar, actualizar regularmente e implementar planes nacionales y subnacionales que aborden la demencia, así como prestación de servicios sanitarios, sociales y de cuidados de larga duración de calidad para garantizar la participación, la dignidad y la calidad de vida de las personas con deterioro cognitivo y mental, así como el apoyo a sus familiares y personas cuidadoras informales.

7) Por último, abordar la creciente necesidad de servicios adecuados de cuidados paliativos a través de su integración en el cuidado y apoyo, y garantizar un final de vida digno¹³.

Para finalizar con este apartado y a modo de conclusión del mismo, no podemos dejar de mencionar el principio 18 del Pilar Europeo de Derechos Sociales sobre

13 Disponible en <https://goo.su/w7f4DH> el 5-3-2024.

Cuidados de Larga Duración (CLD): “Toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios”.

III. EL CUIDADO Y ASISTENCIA DE LAS PERSONAS MAYORES.

I. Solidaridad familiar. De los alimentos entre parientes.

El art. 50 de la CE establece: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”. De esta forma, y dado su encuadre en el texto constitucional, se sitúa específicamente como principio rector de la política social y económica. Sin embargo, resulta especialmente significativa, la concurrencia de obligación familiar y promocional del bienestar de las personas mayores por parte de los servicios sociales, y por tanto responsabilidad pública.

Los hijos deben respetar siempre a sus padres (art. 155-1º CC), es decir, cualquiera que sea la edad que aquéllos tengan, ahora bien, donde parece concretarse más esa obligación familiar para con las personas mayores, es en el deber legal y recíproco de alimentos entre ascendientes y descendientes en general¹⁴. La deuda alimenticia se puede definir como “la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir”, basándose en este sentido en el “derecho a la vida configurado como un derecho a la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual”¹⁵. Sin embargo, fundamentar el derecho de alimentos entre parientes en el derecho a la vida, no justificaría que la obligación recaiga precisamente en dichos parientes, puesto que podría recaer, si fuera así, también en el Estado o en otro grupo de ciudadanos. La protección de la vida es finalidad de la norma, no el fundamento de la obligación¹⁶. Por ello la obligación legal de alimentos tiene su

14 También parece implícitamente desprenderse la obligación familiar, en la corresponsabilidad de los cónyuges no sólo en las tareas domésticas, sino expresamente en el cuidado y atención de ascendientes del art. 68 del CC. Dicha redacción fue dada en este sentido 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, con la pretensión, en último término, de evitar el sesgo de género en los cuidados informales.

15 STS 23 febrero 2000 (RJ 2000, 1169).

16 SIERRA PÉREZ, I: “Comentario al art. 142 del Código Civil”, en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 752-753.

verdadero fundamento en el principio de solidaridad familiar¹⁷, y de esta forma la referida finalidad resulta de garantizar el derecho a la supervivencia de quien lo reclama, al carecer éste de recursos para procurar su propia subsistencia¹⁸.

El estado de necesidad constituye el elemento básico y esencial de la obligación de alimentos¹⁹, a pesar de que el Código Civil se refiera a ello de forma indirecta al tratar el nacimiento de la obligación “desde que los necesitare, para subsistir” (art. 148 CC), o cuando recaiga entre dos o más personas la obligación de prestar alimentos, y el Juez pueda obligar a una sola de ellas a prestarlos en caso de “urgente necesidad y en circunstancias especiales” (art. 145.II). Ello conlleva la previa valoración del referido requisito concurrente en el alimentista, al mismo tiempo que se requiere evaluar las posibilidades económicas del alimentante.

En cuanto al contenido de la obligación de alimentos, se circunscribe al sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, a la que se añade la educación e instrucción del alimentista, en caso de que proceda (art. 142 del CC). Si bien para el caso de alimentos entre hermanos, el art. 143 del CC refiere el auxilio necesario para la vida, pareciendo en este sentido que tiene un contenido inferior al que tendría en las mismas circunstancias frente a otro pariente, es decir, cónyuge, descendiente o ascendiente, pudiendo entenderse que en cualquier caso, la referida obligación de alimentos entre hermanos, según señala la doctrina, no se ajustará a la fortuna y posición del alimentante, sino sólo a las necesidades del alimentista²⁰.

Por lo tanto, los presupuestos para la obligación de alimentos serían en primer lugar, la necesidad del alimentista, en segundo lugar, la disponibilidad del alimentante, y en tercer lugar y de forma recíproca, la relación conyugal o de parentesco entre ascendientes y descendientes o entre hermanos. Al trasladar dichos presupuestos específicamente al contexto de las personas mayores, en situación de dependencia, con necesidades de cuidado y asistencia, y con la urgencia que pueda marcar precisamente ese grado de dependencia, pero en cualquier caso, sin demora, la necesidad del alimentista, en este caso la persona mayor, y por tanto el devengo de la obligación de alimentos, no resulta tanto del contenido material del sustento, la habitación o el vestido, como del tratamiento médico, asistencia, apoyo y atención en cuidados a largo plazo. En último término, la prestación será de asistencia integral y centrada o especializada en las personas de

17 STS I marzo 2001 (RJ 2001, 2562).

18 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Derecho de Familia y obligación de alimentos”, en AA.VV.: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 22.

19 CUENA CASAS, M.: “Comentario al art. 146 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, p. 1477.

20 SIERRA PÉREZ, I.: “Comentario al art. 142 del Código Civil”, cit., pp. 756 y 757.

edad avanzada. Por supuesto que, en estas circunstancias, el estado de necesidad resulta evidente, pero además, en la mayoría de los casos, irá unido al calificativo de urgente, puesto que estamos en presencia del disfrute en el goce efectivo del derecho a la vida y a hacerlo con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días.

Si la obligación de alimentos surge precisamente porque el alimentista está en una situación de necesidad económica y se requiere que el alimentante tenga un patrimonio suficiente para atender tanto sus propias necesidades como las del alimentista, ello conlleva la previa consideración evaluativa del patrimonio del alimentante, que incluirá tanto las rentas, frutos e intereses que perciba, como el capital. De esta forma se ha llegado a mantener que el alimentista deberá gastar primero todo su patrimonio, hasta un nivel que no permita su propio mantenimiento, incluso cuando la venta de bienes sólo sea posible en condiciones desventajosas²¹. Ahora bien, qué ocurre si el alimentista es una persona mayor, con patrimonio inmobiliario como vivienda donde habita, con exigua pensión contributiva o no contributiva y con necesidades de cuidado y asistencia. Las alternativas ante la falta de políticas sociales destinadas a proveer de cuidados a los mayores, pasan sin duda, por la utilización de instrumentos contractuales²², donde la valoración del consentimiento por parte de la persona a la que hay que alimentar o cuidar, es fundamental. Los principios de la autonomía decisoria después de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, obligan sin lugar a dudas, a adoptar medidas no exentas de dificultades en el ámbito familiar²³.

En un contexto de ancianidad, resulta fundamental el estudio en situación concurrencial de alimentantes, es decir, cuando el ascendiente requiere servicios de cuidado y asistencia, siendo dos o más descendientes los obligados a la prestación de alimentos. Para dicho supuesto, el Código Civil prevé en su art. 145 que la obligación de dar alimentos se repartirá entre todos ellos en proporción a su caudal respectivo, salvo en caso de urgente necesidad o por circunstancias especiales en

21 JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, nº 2, 2006, pp. 754 y 766 y los que allí se citan. En el mismo sentido CUENA CASAS al considerar que el carácter improductivo de un bien, no puede justificar una pretensión de alimentos y lo desventajoso de la venta del mismo, no debe constituir una razón que justifique la reclamación de alimentos con el objeto de llevar a cabo enajenaciones rentables, a propósito de la SAP Zaragoza 15 abril 2002 (JUR 2002, 154820), que considera no existe base legal alguna para imponer a una anciana la venta de bienes de su propiedad, con el fin de pagar un geriátrico donde se encontraba ingresada y que estaban pagando sus hijos, "Comentario al art. 146 del Código Civil", cit., p. 1480.

22 Venta de inmuebles, hipoteca inversa o incluso la contratación de servicio a domicilio, entre otros.

23 Al respecto ver los trabajos de ASCENSIÓN LECIÑENA IBARRA: "Breve apunte sobre la implementación de estrategias contractuales como alternativa a la cobertura familiar de los cuidados", *IDIBE. Tribuna*, 13 octubre 2023, disponible en <https://idibe.org/tribuna/breve-apunte-la-implementacion-estrategias-contractuales-alternativa-la-cobertura-familiar-los-cuidados/> y "La contratación de servicios asistenciales por parte de las personas de edad: un reto para la ley 8/2021", *Revista de Derecho Privado*, Año nº 107, Mes 5, 2023, pp. 59-93.

que podrá el Juez obligar a uno solo de ellos a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a poder reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda. Parece por lo tanto lógica la regla establecida, por cuanto que se refiere a la corresponsabilidad de la deuda, salvo en circunstancias de urgencia o especiales, y siempre con la posibilidad de reembolso en este último caso.

Sin embargo, la STS 7 marzo 2017²⁴ no parece seguir la referida regla²⁵. Los hechos que sustentan la demanda se basan en el ingreso y estancia de la madre del demandante en una residencia geriátrica hasta su fallecimiento, debido a su estado de salud y dependencia como consecuencia de un infarto cerebral. El demandado, hermano del demandante, se niega a pagar los costes de la referida residencia, a pesar de los requerimientos de este último. Por dicho motivo le reclama la mitad de los referidos gastos que ascienden a 22.507,76.-€. La sentencia de la Audiencia confirma el fallo de primera instancia y considera que el actor ejercita una acción de repetición de aquellos gastos de auxilio económico, realizados en exclusiva como consecuencia del ingreso de la madre en una institución geriátrica, porque había una obligación común de hacer frente a estos gastos, que el demandado no llegó a pagar, y que “nace de un auxilio económico prestado por uno solo de los hermanos que a ambos incumbe”. Por el contrario, el recurso de casación es estimado en base a que la sentencia recurrida no aplica correctamente el art. 1158 del CC, pues considera el TS que la acción de repetición nace de un auxilio económico prestado por uno solo de los hermanos, pago que no fue hecho por cuenta ajena, sino por cuenta de quien lo hacía y de una forma voluntaria en beneficio de su madre, como es el que resulta de una obligación alimenticia por lo gastos de alojamiento, manutención y asistencia en una residencia²⁶.

Ciertamente unos hechos, los de la sentencia, cada vez más frecuentes. Tras el infarto cerebral sufrido por la madre en 2009 y dado su estado de salud y probablemente absoluta dependencia, el demandante ingresó a la misma, en una residencia de servicios socio-sanitarios por la que pagaba al mes 2.700.-€, cantidad ocasionalmente incrementada por gastos generados por cuidados especiales. Los ingresos de la madre eran una pensión de jubilación de 553.-€ en 14 pagas, careciendo de otros bienes y derechos, por haber hecho donación de sus bienes

24 STS 7 marzo 2017 (RJ 2017, 837).

25 Titular: «El Tribunal Supremo dice que la decisión de un hijo de pagar los gastos de la residencia de su madre no obliga a sus hermanos». Autor: Comunicación Poder Judicial, 13 marzo 2017. Disponible en <https://goo.su/M6mIzXh> el 23-2-2024.

26 Se estima que la deuda contraída, por lo tanto, era propia, como es la de prestar alimentos a su madre en la forma que mejor le convenía, en este caso mediante el ingreso de la misma en una residencia. En este sentido faltan los presupuestos necesarios para el éxito de la acción, como es el pago de una deuda ajena, ni tampoco se trata de una deuda solidaria que hubiera permitido fundar la pretensión en el art. 1145.II del CC, dado que se trata de una deuda que no responde a criterios de igualdad y solidaridad, sino al caudal y medios de quien los da en relación de las necesidades de quien los recibe, según el art. 146 del CC. Concluye reconociendo que puede haber, sin duda, una obligación natural a cargo de quien no colaboró al sostenimiento alimenticio de su madre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase en la forma que ha sido interesada.

a sus dos hijos, demandante y demandado, dieciocho años atrás. Y además, el demandado se niega a colaborar en el pago de los gastos generales por la estancia en la residencia, pese a los requerimientos del demandante en tal sentido, manifestado su desacuerdo con la referida estancia de su madre en una residencia que no fuera pública, y preferir la atención domiciliaria por periodos sucesivos en casa de cada hermano, lo que nunca puso en práctica.

El TS identifica sin ningún género de dudas como obligación de alimentos, los gastos de alojamiento, manutención y asistencia en una residencia, por lo que los obligados serían sus dos hijos, que a tenor del art. 145 CC se repartirían en cantidad proporcional a su caudal respectivo, y que en caso de necesidad y por circunstancias especiales podría el Juez obligar a uno solo de ellos a prestarlo provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda. La situación acontecida resulta sin duda de extrema urgencia y gravedad, concurriendo circunstancias especiales, que hacían inviable la atención domiciliaria por periodos sucesivos en casa de cada hermano como pretendía el demandado. El coste económico que ello hubiera supuesto, muy superior a los gastos de la residencia, unido a la necesidad de cuidados profesionales requeridos por la madre, obligaron al hijo a tomar la determinación de proceder en el sentido que lo hizo.

De manera que no podemos compartir, tal y como se refleja en la sentencia que, el auxilio económico prestado por uno solo de los hermanos, se hiciese de una forma voluntaria, sino más bien forzado por el devenir de circunstancias realmente extremas. Situación urgente y grave al que no podía ser ajeno el demandado, máxime cuando el auxilio económico que se le debía prestar o el estado de necesidad en el que se encontraba la madre venía provocado, no sólo por la ínfima pensión de jubilación que percibía, sino por haberse desprendido de todos sus bienes años atrás, en forma de donaciones para sus dos hijos²⁷.

Reconocido por lo tanto que estamos en presencia de una deuda de alimentos, y que como tal, cabe la posibilidad de que pueda ser pagada por uno de los obligados, pudiendo *a posteriori* interponer la acción de reembolso, mal se entiende que el pronunciamiento judicial del Alto Tribunal, trate hasta en dos ocasiones de elevar a la categoría de deuda moral, la obligación del hijo moroso²⁸. Además,

27 Debe tenerse presente que si bien el donante tiene que reservarse lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 CC), con frecuencia, el generoso desprendimiento de su patrimonio que realizan los padres respecto a sus hijos, hace que sea al final de sus vidas, y cuando por cuestiones de salud, requieran de auxilio económico, al encontrarse en una situación realmente precaria. Ante una negación de alimentos, no siempre se acude o se puede acudir a la revocación de la donación por ingratitud, en el caso de negación indebida de alimentos (art. 648.3º CC). Esta última posibilidad no hace sino reforzar la idea del deber no sólo moral, sino también legal de la prestación de alimentos.

28 "...sin perjuicio de las consideraciones que pudieran hacerse de orden moral respecto a la posición del demandado...". "Puede haber, sin duda, una obligación natural a cargo de quién...no colaboró al sostenimiento alimenticio de la madre". En opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO, en esta sentencia el TS realiza

en el art. 226 del Código Penal y dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares, se establece como tipo penal, dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge que se hallen necesitados, ¿qué sentido tendría prever una condena penal para el hijo que no presta a su madre la asistencia necesaria legalmente establecida?

Resulta incuestionable el carácter jurídico civil de la obligación de alimentos de los hijos respecto a los padres, lo que no impide su vertiente eminentemente moral²⁹, puesto que su base es sustentada por la solidaridad familiar. Cuestión diferente es si la obligación de alimentos, tal y como fue concebida y por tanto recogida en el Código Civil, es compatible con la posición jurídico social reconocida, de los ascendientes en la unidad familiar del siglo XXI. El papel como guardador de hecho, medida de apoyo informal recogida explícitamente en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que debe ejercer el hijo respecto a sus ascendientes, junto a la jurisprudencia reciente sobre la falta de relación de padres e hijos en cuanto a motivo de desheredación, o extinción de la pensión alimenticia respecto al hijo mayor de edad, si la falta de dicha relación es imputable a este último, nos lleva a pesar de una necesaria acometida legal de las relaciones paterno filiales en la ancianidad³⁰.

Las dificultades antes apuntadas de la propia definición legal de alimentos y su identificación con los servicios de cuidado y asistencia integrales al anciano, la estricta e indeterminada regla del estado de necesidad del alimentista, además de la toma en consideración de las posibilidades de los alimentantes, no parecen el mejor escenario para la efectividad en el ejercicio de unos derechos, precisamente

una relectura del CC que no es de recibo, puesto que retuerce lo preceptuado en el art. 143 CC como si dijera que las personas mencionadas en el mismo tienen el deber moral de darse recíprocamente alimentos, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017", *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 9, 2017, URL: <http://uva.es/handle/10324/40610>.

- 29 "...la obligación de dar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el art. 39 de la Constitución española, y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el artículo 154.1º del Código Civil, y de aquellos otros casos en que, conforme al art. 142 del mismo texto legal, se prestan entre familiares en situación de ineludible necesidad alimenticia" (STS 14 octubre 2014, RJ 2014, 4754). Sin dudar en el carácter legal de la obligación de alimentos, la SAP Málaga 9 junio 2005 (JUR 2005, 238619) contiene una clara amonestación ética fundamentada en la prestación de la madre al hijo en su minoría de edad, sin que esa solidaridad haya funcionado correctamente en sentido contrario, cuando la primera "llegada su tercera edad", necesita de medios para ser atendida.
- 30 Además, cabría preguntarse si dicha falta de relación entre padres e hijos, no debería suponer también una forma de incumplimiento de la obligación de alimentos, ALKORTA IDIAKEZ, I. Y AIZPURUA ESNAOLA, M.: "Relaciones familiares. Las nuevas relaciones de las personas mayores en el ámbito familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (coord. por C.M. ROMEO CASABONA) Fundación Mutualidad Abogacía-Wolters Kluwer España, 2021, p. 238.

durante el último trayecto de la vida de una persona. El cuidado y la asistencia se convierten de esta manera en una necesidad urgente en cuanto a su satisfacción³¹.

2. Derecho subjetivo de ciudadanía

Si tenemos en cuenta la redacción del art. 50 de la CE en favor del reconocimiento de derechos respecto a las personas mayores, resulta evidente que los legisladores constitucionales no podían imaginarse entonces, la situación social española medio siglo después, en un contexto de mayor longevidad y renovadas relaciones familiares, siendo significativa, en cualquier caso, la referencia al estado del bienestar, como objetivo a lograr de inmediato³². Su precedente, el art. 43 de la Constitución española de 1931, resulta ser a su vez, el primer texto constitucional donde aparece una mención expresa a las personas mayores, tercera edad, o como dice el propio texto “ancianos”³³. Si bien, a diferencia del actual art. 50 CE en el que el Estado debe promover el bienestar de las personas mayores mediante un sistema de servicios sociales, amén de las obligaciones familiares, la Constitución Española de 1931 establece claramente el deber estatal de asistencia a los ancianos.

Hay que tener en cuenta que el epígrafe del capítulo en el que se encuentra ubicado el art. 50 CE es el “de los principios rectores de la política social y económica” y que por tanto, carecerían en principio de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, puesto que a tenor del art. 53.3 CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de los mismos informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan. Y en este sentido se ha entendido que los derechos sociales exigen para su disfrute efectivo, la actuación de los poderes públicos a través de medidas que comportan ineludiblemente disposición de recursos económicos, por lo tanto, los

31 En la SAP Asturias 22 enero 2001 (AC 2001, 1449) se reconoce que la obligación de los hijos de prestar alimentos a su madre, se impone tanto como obligación legal como moral, en atención al carácter necesario y en cierto modo urgente, desde las expectativas de vida por su avanzada edad y enfermedades de la alimentista. Y es que encontrándose la madre en el domicilio de la hija, y teniendo en cuenta las necesidades asistenciales de la primera, en particular las derivadas de su edad y estado de salud, considera el tribunal que no puede desconocerse por ser de común conocimiento, el esfuerzo agotador que supone la prestación de dichos servicios diariamente, por lo que parece necesario contar con la colaboración de un servicio de asistencia domiciliaria, público o privado, caso de no optar por el ingreso en una residencia.

32 GARCÍA CANTERO, G.: “La senectud ¿Estado civil de la persona?”, *Revista Jurídica del Notariado* n° 106, abril-junio 2018, p. 114.

33 ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: “La protección de las personas mayores en la CE”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Mayores* (dir. por S. ADROHER BIOSCA), Aranzadi, Madrid, 2024, p. 154.

Dentro del capítulo segundo referido a la Familia, Economía y Cultura del Título III denominado “Derechos y deberes de los españoles”, el art. 43 se dedica particularmente a la familia, proclamando que la misma se encuentra bajo la salvaguardia especial del Estado, a la igualdad de derechos para ambos sexos en el matrimonio, así como su posible disolución. También refiere que los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos y que el Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Y tras tratar diversas cuestiones sobre la paternidad, concluye: “El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la «Declaración de Ginebra» o tabla de derechos del niño”.

derechos sociales no serían directa e inmediatamente amparables por los órganos jurisdiccionales a partir del enunciado constitucional, y las previsiones del legislador en cuanto a la prestación correspondiente, estarían condicionadas a disponibilidad presupuestaria³⁴.

Con base en la jurisprudencia constitucional, se debe entender que el art. 53.3 CE impide considerar a los principios rectores como normas sin contenido, bien al contrario, obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes, imponiendo a los poderes públicos, el despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, y a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, dejando al legislador ordinario un margen muy amplio. Los principios rectores poseen una naturaleza muy diversa, teniendo algunos de ellos, los de naturaleza prestacional, la función de identificar grupos de personas necesitadas de especial protección, como el caso de personas con discapacidad (ar. 49) y personas mayores (art. 50)³⁵.

Ahora bien, la interdependencia de los derechos también se ha puesto de manifiesto en algunas resoluciones del TC, estableciendo evidente conexión entre principios rectores y derechos fundamentales, permitiendo de este modo que los derechos sociales alcancen mayor efectividad; así ha ocurrido por ejemplo con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) en conexión con el derecho a la vida (art. 15 CE), con el derecho a la igualdad y no discriminación por circunstancias personales (art. 14 y 9.2 CE) y en último término con una vida digna (art. 10 CE)³⁶. Sin embargo, ha tenido que ser la LAPAD, con la creación del derecho subjetivo de ciudadanía, la que ha venido a desarrollar la acción normativa necesaria para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional, no en balde, en su art. 1 establece que la presente Ley tiene por objeto, regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

La Ley reconoce explícitamente la nueva realidad social en cuanto al aumento considerable de la población mayor, que conlleva inexorablemente problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida y de que hasta el momento, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha venido en llamarse cuidado informal. A ello se debe añadir, el cambio en el modelo de

34 HOLGADO GONZÁLEZ, M.: "Dependencia y derecho a los cuidados desde una perspectiva de género", *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, Vol. 9, enero-junio 2019, pp. 51 y 52.

35 ALONSO SECO, J.M.: *La política social como realización de derechos sociales*, Tirant Humanidades, Valencia, 2019, pp. 389-391.

36 HOLGADO GONZÁLEZ, M.: "Dependencia", cit., p. 54.

familia y la incorporación progresiva de la mujer al mercado de trabajo, lo que justificaría la reforma de la LAPAD. La misma consistiría en la revisión tradicional de atención, para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que lo necesitan, teniendo presente los arts. 49 y 50 CE y el sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos³⁷.

La principal novedad de la LAPAD es, por lo tanto, el establecimiento de un derecho subjetivo de ciudadanía en el ámbito de los servicios sociales, y precisamente por ese sobrenombre que no debe llevar a confusión³⁸, más bien se da la categoría de derechos a determinados servicios sociales, convirtiendo a su titular en sujeto activo de un derecho directamente ejercitable, y no de sujeto pasivo mero receptor de una acción pública social³⁹. Y es que la circunstancia de la calificación de dependencia, convierte a la persona en titular de un derecho subjetivo exigible a través de procedimientos administrativos y judiciales. La Ley en este sentido, construye y reconoce un auténtico derecho subjetivo con específicas medidas para hacerlo eficaz, sin poder calificarse como derecho fundamental, en tanto no exista una incorporación expresa en la Constitución, y a pesar de que ciertas manifestaciones de este derecho se refieren a derechos fundamentales recogidos en la misma⁴⁰.

Lo cierto es que, al garantizarse un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección por dependencia, se convierte en un derecho de ciudadanía social, entendida en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas, que cada ciudadano expresa frente al Estado o poder público para obtener la garantía de seguridad necesaria en la vida, con el fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. Por ello los derechos sociales, son derechos básicos de las personas y así quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos. Desde un punto de vista formal, la ciudadanía hace referencia a la condición de miembro de una determinada comunidad política y desde un punto de vista sustancial constituye la ciudadanía, la atribución al propio ciudadano de un conjunto de derechos reconocidos por el Estado⁴¹.

Hay que tener en cuenta que los poderes públicos han de dar pasos para avanzar progresivamente en los derechos sociales, pero les está prohibido retroceder o

37 Exposición de motivos LAPAD.

38 Así lo considera GARCÍA CANTERO, para el que hubiera sido mejor referirse simplemente a “derechos sociales de los dependientes”, “La senectud”, cit., p. 120.

39 HOLGADO GONZÁLEZ, M.: “Dependencia”, cit., p. 58.

40 MORETÓN SANZ, M.ª F.: “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconociendo de la situación de dependencia en España”, *Revista sobre la infancia y adolescencia*, sept. 2011, p.61.

41 MONEREO PÉREZ, J.I.: “El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, *Documentación Administrativa* n° 276-277, sept-dic. 2006 y enero-abril 2007, p. 588.

empeorar la situación de estos derechos, y precisamente esta obligación de no regresividad puede ser uno de los elementos justiciables que permitan denunciar aquellas actuaciones de los poderes públicos, que comportan una manifiesta reducción de los niveles de protección alcanzados en relación con algunos derechos sociales⁴², lo que como después veremos resultaría plenamente aplicable en los retrasos de evaluación y aprobación de la situación de dependencia⁴³.

Según Monereo nos encontramos en presencia de un riesgo social emergente o una nueva situación de necesidad, conformado por el envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de las bajas tasas de natalidad y la mejora de las expectativas de vida de los ancianos por los avances médicos, a lo que hay que sumarle la quiebra del modelo familiar de cuidados, fundamentalmente llevado a cabo por las mujeres, con la nueva configuración de la familia, por su incorporación al mercado laboral. Y a dicho contexto hemos de sumar, sin duda, la insuficiencia de las políticas de servicios sociales⁴⁴. No resulta cuestión baladí, sino bien al contrario, una situación de necesidad agravada, cuando el cuidador es también persona mayor, fundamentalmente el cónyuge o pareja de hecho. Dependerá evidentemente del grado de dependencia de ambos, pero su vulnerabilidad en este sentido, no deja de ser digno de considerar.

Ante dicho escenario es necesario replantearse la antigua ecuación de cuidados familiares o informales y cuidados institucionalizados o formales, pero partiendo de la perspectiva siempre, del apoyo o del interés de la persona mayor, con la exigible y adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que lo necesitan para una vida digna.

3. Responsabilidad pública y privada.

La reforma del artículo 49 de la CE, del pasado 15 de febrero, de la protección de las personas con discapacidad, ha tenido por objeto no sólo una actuación en su lenguaje, sino también en su contenido, para reflejar los valores que inspiran la protección de este contenido, tanto en el ámbito nacional como internacional. Y es que la sociedad civil articulada en torno a las personas con discapacidad, ha venido planteando a los poderes públicos, la necesidad de acomodar el art. 49

42 HOLGADO GONZÁLEZ, M.: "Dependencia...", cit., p. 57.

43 La reciente STS 4 abril 2024 (JUR 2024/107243) reconoce el derecho de los herederos de una persona dependiente a que le sean devueltos los gastos adelantados. Se trataba de una mujer en situación de dependencia reconocida, que fallece sin que la Agencia de Asuntos Sociales y Dependencia andaluza aprobara la propuesta de PIA de ingreso en una residencia, que habían realizado los Servicios Sociales de Dos Hermanas (Sevilla), y ello porque según reconoce en la referida sentencia: "si estando pendiente la aprobación del Programa Individual de Atención fallece el que ya es titular del derecho derivado de ser persona en situación de dependencia, cabe aceptar que nazca en favor de sus causahabientes un derecho de crédito si es que, entre tanto, han venido sosteniendo con sus medios lo que habría sido la prestación declarada como derecho, pero aún no concretada".

44 "El Modelo", cit. p. 595.

de la CE a la realidad social y a la normativa internacional. Asimismo, en el seno de la sociedad española, avanza claramente el reconocimiento de las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad, tal y como se reconoce en el preámbulo de la reforma. En realidad, se vuelve a reiterar el amparo y la protección a los derechos y deberes fundamentales de las personas con discapacidad, con la necesidad de impulsar por parte de los poderes públicos, políticas que garanticen la autonomía personal y la inclusión social de las mismas. Lo novedoso en cuanto a su contenido resulta de una mención especial a las mujeres y menores con discapacidad, ya que se atenderán particularmente las necesidades específicas de ambos grupos. Se ha perdido con ello una oportunidad excepcional dentro de esa atención especial, en cuanto a la mención también a las personas mayores, siguiendo por lo tanto como hasta el momento respecto a su tratamiento constitucional en el art. 50.

De esta forma, sólo dicho art. 50 CE alude específicamente a los ancianos, pues ni siquiera el art. 39 CE, referido a la protección de la familia, los menciona. Se considera de esta manera que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, para a continuación referirse a menores y madres de menores en la relación paterno filial. Por lo tanto, nos encontramos por un lado la necesaria protección social, económica y jurídica de la familia por parte de los poderes públicos y por otro lado, respecto a las personas mayores, lo único que se garantiza son unas pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, puesto que por lo demás, exclusivamente se tiene que promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio, y ello con independencia de las obligaciones familiares.

La alusión a unas supuestas obligaciones familiares para con las personas mayores, y la ausencia de mención alguna en el resto del articulado constitucional, puede parecer, y en este sentido se debe valorar la posibilidad de que se esté supeditando esa acción de favorecer su bienestar, a la inexistencia de respuesta en cuanto a las obligaciones familiares. Obsérvese al respecto que en el Código Civil no se refiere a la obligación familiar de alimentos, sino que la rúbrica del título VI del libro primero dice: "De los alimentos entre parientes"⁴⁵. Sin embargo, hacer dicha afirmación sin más, es decir, que cuando no se cumple por los obligados familiares, es cuando la obligación pública se debe materializar, sería dejar de reconocerles su necesaria protección como colectivo especialmente vulnerable.

45 Así lo señalan DIEZ PICAZO Y GULLÓN, para los que el motivo de ello es que, al no existir la familia como grupo jurídicamente organizado ni un verdadero patrimonio familiar, la obligación de alimentos se tiene que resolver con obligaciones particularizadas puestas a cargo de individuos determinados y sus patrimonios particulares, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006, p. 49.

Sólo tiene la condición de constitucional, la obligación de los padres de sostener a sus hijos menores y el deber recíproco de socorro mutuo de los cónyuges, y salvo estos supuestos, la CE nada ha decidido acerca de las posibles obligaciones recíprocas de los miembros de su misma familia en caso de necesidad. Lo único que parece entenderse es que la familia cumple funciones constitucionales relevantes, y por ello merece la protección social, económica y jurídica de los poderes públicos⁴⁶. Y precisamente esa protección social como tarea pública que el Estado garantiza a la familia, coexiste con una obligación civil de alimentos, cuyos presupuestos esenciales, han permanecido inalterados desde la promulgación del Código Civil. El fundamento de dicha obligación basado precisamente en la solidaridad familiar, cabría entenderse como que la condición del bienestar que a las personas mayores se les reconoce, no podrá llegar a ser efectiva, si no es por la propia intervención estatal.

Muestra de esas incoherencias a las que se puede llegar en la regulación legal de alimentos entre parientes, y el bienestar como meta a alcanzar por el Estado para con las personas mayores, resulta de la interpretación que pueda darse al párrafo 3° del art. 148 CC, al autorizar al Juez a tomar medidas cautelares urgentes para garantizar el cumplimiento de la obligación de alimentos, entendido por lo tanto que nadie estuviera proveyendo los referidos alimentos. Y en la garantía para la recuperación de prestaciones anticipadas por terceras personas, hace referencia de manera expresa y en primer lugar, a las que pueda haber hecho una Entidad pública, por ello y para entender la posición estatal en la referida obligación de alimentos, a tenor de lo establecido en el art. 50 CE, se ha venido a considerar que en algunas prestaciones, en concreto las de la Seguridad Social, la aportación familiar es subsidiaria, mientras que es principal en las asignaciones de tipo asistencial, por eso serán estas últimas, las que las Entidades públicas pueden reclamar del familiar que deba proporcionarlas⁴⁷. Sin embargo, no creemos que esta forma de resolver la cuestión se avenga con la identificación del derecho subjetivo de ciudadanía. Sólo partiendo de que el derecho de alimentos entre parientes es subsidiario de las ayudas públicas, se puede entender que la Entidad pública exclusivamente podrá recuperar las cantidades cuando realmente se trate de anticipos, y no de prestaciones sociales a las que tuviera derecho el alimentista⁴⁸.

Y por qué no entender que la obligación existente en los hijos de prestar alimentos a sus ascendientes tiene un fundamento eminentemente natural, base de la reciprocidad obligacional. Ciertamente la obligación paterna de cuidar y alimentar a sus hijos y como consecuencia de ello, el deber de los hijos de

46 RIBOT IGUALADA, J.: "El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, n°3, 1998, p. 1133.

47 Como apunta SIERRA PÉREZ según la doctrina mayoritaria, "Comentario al art. 148 del Código Civil", cit., pp. 773-774.

48 En dicho sentido CUENA CASAS, M.: "Comentario al art. 148 del Código Civil", cit., p. 1501.

ocuparse y auxiliar a los padres cuando éstos los necesiten, como sería el caso de que las prestaciones y ayudas públicas que reciban no sean suficientes⁴⁹, sean éstas provenientes de la Seguridad Social o como prestaciones sociales, podría ser la clave a esa respuesta voluntaria. Y es que es precisamente esa apreciación como obligación natural de retorno, la que también conciben los ascendientes respecto a sus descendientes, cuando son ellos los que requieren de cuidados y asistencia. Y lo mismo ocurriría en la mayoría de los casos respecto a los hijos, al considerarlo como una responsabilidad que les incumbe, cumpliendo de forma espontánea e inconsciente⁵⁰.

Ahora bien, el componente legal de esta obligación sigue siendo necesario ante determinadas circunstancias, como la concurrencia de varios obligados y la negativa de uno de ellos a ese cumplimiento espontáneo, según hemos visto antes. Y es que la realidad presenta a la familia como protagonista principal del cuidado de sus ascendientes, con la carga o coste no sólo económico, sino también emocional que eso conlleva, siendo la participación estatal de colaboradora en mayor o menor medida, pero sin aparente asunción de total responsabilidad en estos momentos.

Se ha venido a considerar que, consecuente con la crítica a la fundamentación tradicional de la obligación legal de alimentos entre parientes, habría que reducirla a la obligación de los padres para con sus hijos, hasta que estos pudieran llevar una vida autónoma. El amparo de cualquier otra persona adulta que, por los riesgos propios de la vida social como vejez, enfermedad o situación de dependencia, no sea autosuficiente, es una responsabilidad que debe corresponder a toda la sociedad⁵¹. Hay que tener en cuenta que la única manera de que la obligación de alimentos a nuestros mayores quede en el estricto orden moral, sería que el Estado del Bienestar garantizase íntegramente, el cumplimiento de los derechos de los ancianos y la cobertura de todas sus necesidades, hasta ese momento debe ser la familia, la que tiene que seguir desempeñando esa labor protectora⁵². En último término si el presupuesto estricto de la obligación legal de alimentos radica en la situación de necesidad, la misma existe cuando las instituciones sociales no cumplen las funciones que tienen encomendadas, decantando a una posición subsidiaria, la obligación familiar de alimentos a las personas mayores⁵³.

49 MONDEJAR PEÑA, M.ª I.: "La obligación de alimentos y las políticas de la Administración española sobre la protección de los mayores y dependientes", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2006, p. 151.

50 RIBOT IGUALADA, J.: "El fundamento", cit., p. 1144.

51 *Ibidem*, p. 1152

52 ZURITA MARTÍN, I.: *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 53.

53 DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: "Sistema", cit., p. 48.

La vulnerabilidad del menor justifica la protección y sustento por parte de los padres derivada legalmente, en este caso, de la patria potestad. En el supuesto de las personas mayores, con independencia de que los hijos puedan actuar movidos por un afán de agradecimiento, o en contraprestación por lo que recibieron de sus padres cuando eran niños, o asumiendo el perfil legal de los alimentos entre parientes, lo cierto es que precisamente por esa condición suya de adultos vulnerables, los hacen merecedores de preferencia estatal en cuanto a su protección, obligación pública sin duda, lo que supondría, dejar a la familia de cuidadora inmediata, con la imprescindible asistencia estatal que garantice el bienestar integral de sus ascendientes.

IV. LEY DE LA DEPENDENCIA Y DESPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES.

I. Valoración de la LAPAD.

La LAPAD que tuvo como objetivo principal un nuevo derecho de ciudadanía en España, universal y subjetivo, el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, también supuso un hito en la consolidación y mejora de nuestro Estado del Bienestar, con especial repercusión en los servicios sociales para personas mayores como primeros destinatarios de la referida Ley⁵⁴. Con la misma se produjo la cristalización de la nueva política pública de bienestar social teniendo en cuenta las dimensiones, por una parte, de su entronque con el acervo comunitario en esta materia por la convergencia en cuanto a las políticas europeas de cuidados de larga duración, y por otra parte, su comprensión dentro de la tradición protectora española, contributiva y asistencial, y su nueva formulación como política de orientación universalista⁵⁵.

La Ley crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) con el fin de garantizar las condiciones básicas y el contenido común a que se refiere la misma; sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia; optimiza los recursos públicos y privados disponibles, y contribuye en último término, a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. El mismo se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, tanto públicos y como privados (art. 6). La necesaria

54 ALONSO TIMÓN, A.: "Recursos residenciales, centros de día y atención a domicilio para mayores dependientes", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de los Mayores* (dir. por S. ANDROHER BIOSCA), Civitas, Madrid, 2024, p. 818.

55 RODRÍGUEZ CABRERA, G.: "La protección social de la dependencia en España. Un modelo *sui generis* del desarrollo de los derechos sociales", *Política y Sociedad*, Vol. 44, n°2, 2007, p. 71.

cooperación entre Administraciones se concreta en la creación de un Consejo Territorial del Sistema, en el que podrán participar las Corporaciones Locales y la aprobación de un marco de cooperación interadministrativa a desarrollar mediante convenios con cada una de las Comunidades Autónomas. Asimismo, se regulan las prestaciones del Sistema y el catálogo de servicios, los grados de dependencia, los criterios básicos para su valoración, así como el procedimiento de reconocimiento del derecho a las prestaciones.

Lo cierto es que el nuevo sistema de protección social, el SAAD, en el que colaboran o participan todas las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias (art. 1.1 y 6.1 LAPAD) creó grandes expectativas, especialmente en aquellas personas necesitadas de cuidados de larga duración y sus familias, con su atención informal, que hoy se presentan claramente insatisfechas.

La construcción institucional de ese nuevo paradigma de protección social planteaba tras su inmediata instauración, algunas cuestiones claves, que actualmente, transcurridos diecisiete años de vigencia de la LAPAD se nos antojan premonitorias. Y es que, desde un punto de vista de eficiencia y sostenibilidad futuras, era necesario conocer el volumen de personas en distintas situaciones de dependencia que precisaban de ayuda, así como el modelo de prestaciones a adoptar, y las combinaciones entre prestaciones técnicas y servicios y prestaciones monetarias. Por otro lado, resultaba fundamental la coordinación entre distintas Administraciones Públicas, tanto respecto al sistema de servicios sociales y el sistema sanitario, como entre los servicios sociales comunitarios y residenciales, teniendo en cuenta el coste y financiación del nuevo sistema por parte de las Administraciones Públicas y de los usuarios, y finalmente la coordinación entre el cuidado formal y el cuidado informal⁵⁶.

Es evidente que el sistema creado en la LAPAD no garantiza actualmente la suficiencia de servicios y prestaciones previstas en la misma, aun cuando su implementación se desarrolló en un contexto de crisis económica, lo cierto es que urge actuar, ante todo, en la financiación del SAAD. De no producirse una mejora notable en la referida financiación en un plazo razonable, no se podrán incorporar las personas que están en la lista de espera, ni generar puestos de trabajo entorno a los cuidados, ni comenzar a dar prestaciones de una mayor calidad. Y es que es necesario abordar sin falta, un amplio desarrollo de infraestructuras, de servicios y de prestaciones⁵⁷.

⁵⁶ *Ibidem*, pp.76 y 77.

⁵⁷ RODRÍGUEZ CASTEDO, A.: "El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo. Atención a la dependencia", en AA.VV.: *El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo* (coord. por R. TENA ARREGUI), Consejo General del Notariado, 2023, p. 514.

La asunción de competencias en materia de dependencia por parte de las Comunidades Autónomas, ha provocado diferentes marcos normativos, heterogéneos, procedimientos administrativos complejos, excesiva burocracia, problemas varios que se presentan a beneficiarios que se desplazan de una comunidad autónoma a otra. Especial consideración hay que tener al tiempo que transcurre para valorar y hasta conseguir acceder al servicio reconocido o al pago de prestación económica, que comienza con la obtención de una cita en los servicios sociales de la Administración local, para pasar después a reconocer la situación de dependencia, después el derecho a prestaciones, y finalmente el acceso efectivo al servicio⁵⁸. Sin duda habría que evitar las desigualdades provocadas por la territorialidad, avanzando en cualquier caso a la desburocratización del proceso, lo que requiere no sólo de una armonización legal, sino de una adecuada financiación al respecto. Por último, resulta imprescindible una rigurosa coordinación socio-sanitaria⁵⁹, sin perjuicio de que la misma pueda suponer además una optimización interna de recursos⁶⁰.

2. Alternativas de urgente ejecución en el SAAD.

El día 14 de diciembre de 2016, con motivo del décimo aniversario de la Ley 39/2006, la Asociación de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales de España presentó a los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, una propuesta de Pacto de Estado por el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, que recogía los compromisos mínimos y que firmaban los portavoces de los grupos parlamentarios, a excepción del PP y PNV. Desde ese consenso mayoritario habría que establecer las propuestas y estrategias a seguir de manera inmediata. Posteriormente, el PP solicitó sumarse al Pacto, y el PNV ha mostrado explícitamente su acuerdo con los contenidos, si bien no contempló la firma del mismo por otros motivos⁶¹.

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y de Autonomía Personal y Atención a la Dependencia aprobó, en sesión de 15 de enero de 2021, el denominado Plan de Choque en Dependencia 2021-2023⁶², cuya pretensión fundamental fue

58 Por ejemplo, si lo que se quiere es el ingreso a centro residencial, habrá que esperar a que exista plaza libre. Es lo que ALONSO SECO califica de “carrera de obstáculos para el solicitante”, *La política social*, cit., p. 658.

59 Ver en este sentido las propuestas de DEL CORRAL TÉLLEZ referidas a los mayores en centros residenciales, “Propuesta de nuevo acuerdo sobre criterios comunes de acreditación y calidad para prestar servicios del SAAD”, en AA.VV.: *El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo* (coord. por R. TENA ARREGUI), Consejo General del Notariado, 2023, p. 531.

60 RODRÍGUEZ CASTEDO, A.: “El envejecimiento”, cit., p. 515.

61 XXIV Dictamen del Observatorio Estatal de la Dependencia realizado por la Asociación Estatal de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales, 11-3-2024, disponible en <https://goo.su/t8m9xU> el 2-5-2024. El pasado 10-2-2020 también la Junta de Andalucía aprueba propuesta de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación para que se inste al Gobierno central, a promover un Pacto de Estado en defensa y garantía del Sistema de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (SAAD), disponible en <https://goo.su/uPaeBK> el 2-5-2024.

62 Disponible en <https://goo.su/g4DoF> el 2-5-2024.

un aumento de la financiación del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia (SAAD) por parte de la Administración General del Estado, para que este incremento de financiación revierta en la adopción de medidas concretas de mejora del SAAD, orientadas a tres objetivos principales. En primer lugar, reducir sustancialmente la lista de espera y los tiempos de tramitación de las solicitudes. En segundo lugar, asegurar que las condiciones laborales y profesionales de las personas que trabajan en el SAAD son adecuadas, como garantía de la calidad de la atención que reciben las personas beneficiarias del sistema. Y en tercer lugar, introducir mejoras en los servicios y prestaciones para garantizar la atención adecuada de las personas dependientes, preferiblemente mediante servicios profesionales de calidad.

Tal y como estaba previsto en el plan de choque, en septiembre de 2022 se llevó a cabo el Informe de evaluación del Sistema⁶³. En este resumen ejecutivo se destacan los resultados de la evaluación del SAAD. Entre otras cuestiones, se reconoce que el acceso al SAAD en sus diferentes fases y procesos es manifiestamente mejorable. También que la reducción de los tiempos de espera comprometido en el Plan de Choque de 2021 se debe intensificar, puesto que se trata de un proceso excesivamente lento y que incumple las previsiones de la ley, además la falta de oferta suficiente de servicios hace que la asignación de éstos se retrase, con el recurso a las prestaciones por cuidados en el entorno familiar como alternativa⁶⁴.

En cuanto a la suficiencia, adecuación y calidad de las prestaciones y servicios, consideradas como reto permanente para el desarrollo del bienestar de las personas beneficiarias del SAAD, el Informe sigue reconociendo que la cartera de servicios actual, no es suficiente para atender a la demanda y necesidades reales de las personas en situación de dependencia⁶⁵, por lo que es necesario seguir aumentando la cobertura del SAAD, con la ampliación y reforma del catálogo de prestaciones y un mayor compromiso financiero por parte del Sector Público.

63 Disponible en <https://goo.su/XhMtOFW> el 2-5-2024.

64 En este sentido se sigue afirmando en el Informe, que la complejidad institucional del SAAD es fuente de ineficacias. Con un marco de gobernanza central (la AGE), la responsabilidad principal en manos de las CCAA y una parte significativa de los servicios en manos de diversas Entidades locales, el SAAD está repartido por la totalidad de los niveles de gobierno, lo que aumenta la complejidad de la gestión y los costes derivados de la coordinación y el intercambio de información entre Administraciones. Tiene, además, como efecto, la aparición de incentivos a desplazar o eludir responsabilidades, o la posibilidad de que algunos actores bloqueen el desarrollo de determinadas acciones. Además, la insuficiencia de recursos profesionales en diversos ámbitos contribuye a la lentitud de los procesos, bien al hacer más lenta la valoración, reconocimiento y personalización, por falta de valoradores o gestores de la atención, bien al retrasar la personalización efectiva por falta de servicios disponibles.

65 Muestra de ello, según se recoge en el Informe, es que el 80% de las personas con dependencia que residen en hogares particulares, deben complementar los servicios y prestaciones del SAAD con cuidados informales o servicios contratados de forma particular.

El 30 de abril de 2021 se aprueba por el Consejo Territorial el Plan de reducción de las listas de espera en el SAAD⁶⁶; en el mismo se recoge un conjunto de medidas, la mayoría de aplicación inmediata, que cada Comunidad Autónoma había presentado a la Secretaría de Estado de Derechos Sociales para dicha finalidad. Las referidas medidas se dividen en ocho bloques concretos, a saber, medidas generales de simplificación procedimental; medidas de integración de procedimientos administrativos y técnicos; medidas dirigidas a sistemas y desarrollos de soportes informáticos; medidas dirigidas al reforzamiento de recursos humanos en los procesos de gestión; medidas organizativas dirigidas al reforzamiento de recursos humanos en los procesos de valoración; incremento de inversión en recursos técnicos y materiales; medidas dirigidas a la ampliación de la disponibilidad real de servicios y prestaciones; medidas dirigidas a la calidad de datos SISAAD.

En el año 2023 se suscriben los convenios entre la Administración General del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, como desarrollo del Marco de Cooperación Interadministrativa, y se establecen los compromisos y aportaciones de ambas partes en relación con la financiación del nivel acordado de protección. Estos convenios tienen por objeto financiar los gastos de inversión y funcionamiento del Sistema, y en especial los dirigidos a la implementación de las medidas contenidas en el “Plan de choque” acordado por el Consejo Territorial del SAAD, dirigidas a la disminución de listas de espera y mejora de la agilidad administrativa; a la mejora de la calidad de los servicios y de las condiciones laborales de las personas que trabajan en el SAAD; y a la mejora de las intensidades de los servicios y prestaciones. Asimismo, se recogen los objetivos, actuaciones, medios y recursos para la mejora de los servicios y prestaciones del Sistema, que componen el compromiso asumido por cada una de las Comunidades Autónomas para el año 2023, así como los indicadores que resulten necesarios que permitan verificar su cumplimiento⁶⁷.

Sin embargo, al parecer, el incremento de financiación estatal entre el 2020 y 2023, ha tenido un impacto mucho menor de lo esperado en la mejora del sistema. El plan de choque marcaba como objetivo reducir en el 2021 el limbo de la dependencia hasta 12,7% y no ha sido hasta dos años después, cuando se ha conseguido. No obstante, las cifras siguen siendo preocupantes, puesto que el pasado año fallecieron 40.447 personas esperando a ser valoradas o atendidas, cifrándose el tiempo de tramitación de un expediente de dependencia en 324 días

66 Disponible en <https://goo.su/LBhK> el 2-5-2024.

67 El pasado 18 de abril se produjo una contestación del Gobierno a pregunta planteada por el GVOX, en relación a las medidas adicionales al Plan de Choque que se van a impulsar para mejorar el sistema nacional de dependencia, disponible en <https://goo.su/T28zRz> el 2-5-2024.

de media⁶⁸. Muestra de lo inaplazable de la situación, en febrero del presente año, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, presentaba tres Proposiciones no de Ley referidas a la LAPAD y a las personas mayores. La primera de ellas con el objeto de garantizar el cumplimiento de la Ley de Dependencia en los próximos Presupuestos Generales Estado. La segunda para desarrollar una Estrategia Marco de Atención Sociosanitaria. Y la tercera Proposición no de Ley, versa sobre medidas de envejecimiento activo destinadas a garantizar los derechos de los mayores y reforzar su papel y protagonismo social⁶⁹.

La primera Proposición no de Ley, tras comenzar reconociendo en su exposición de motivos que, la atención a la dependencia constituye el cuarto pilar de nuestro Estado de Bienestar, y un área clave en un escenario de progresivo envejecimiento de la población española y de un aumento de la esperanza de vida, se insta al Gobierno en primer lugar, a cumplir con la financiación del 50% del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia, tal y como establece la Ley, y en segundo lugar, a garantizar su aportación económica en tiempo y forma para que se puedan prestar estos servicios básicos⁷⁰. En la segunda Proposición no de Ley referida, "se insta al Gobierno a desarrollar, en coordinación con las Comunidades Autónomas y las Entidades del Tercer Sector, una Estrategia Marco de Atención Sociosanitaria, para afrontar las necesidades sociales y sanitarias de las personas mayores que garantice una mejora en su atención, así como la continuidad del servicio prestado a través de la coordinación entre las Administraciones sanitarias y sociales. Dicha Estrategia, acordada en el marco del Consejo Territorial de los Servicios Sociales y la Dependencia, deberá contemplar criterios homogéneos de actuación para todas las Administraciones competentes, con medidas de innovación social y tecnológica, que preserven la independencia y autonomía de nuestros mayores y les presten los apoyos que precisen en cada momento, de acuerdo con sus necesidades, criterios de proximidad y la calidad de los servicios".

Resulta evidente no sólo el esfuerzo presupuestario, sino también el apoyo al cambio de modelo de las fuerzas políticas, sin embargo, la premura con que se deben acometer las medidas oportunas, convierte a los cuidados de larga duración de las personas mayores, en obligación pública prioritaria en estos momentos. La dignidad y los derechos de las personas, no pueden verse disminuidos y menoscabados cuando se alcanza una avanzada edad, sino que deben ser protegidos y garantizados. La reconocida universalidad del cuidado supone a su vez, el reconocimiento de un derecho de atención integral de nuestros mayores.

68 Nota de prensa XXIV Dictamen del Observatorio Estatal de la Dependencia realizado por la Asociación Estatal de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales, 11-3-2024, disponible en <https://goo.su/4V5OO> el 2-5-2024.

69 BOCG. Congreso de los diputados 27-2-2024.

70 Ha sido aprobada por la Comisión de Derechos Sociales y Consumo, en su sesión del día 21 de marzo de 2024 (BOCG. Congreso de los diputados 17-4-2024).

Se trata en último término de conformar la sociedad que pretendemos ser⁷¹, identitaria del respeto y agradecimiento a nuestros mayores.

71 Para PILAR RODRÍGUEZ: “No tendremos una sociedad decente si no somos capaces de cuidar y ofrecer buen trato a las personas cuando atravesamos el último tramo de nuestra vida”, ¿Por qué necesitamos un pacto de Estado en materia de cuidados a las personas mayores?, noticia 23-7-23, PMP-Plataforma de Mayores y Pensionistas, disponible en <https://goo.su/GIVTWh> el 14-4-23. Según RODRÍGUEZ CASTEDO, y en relación con la actividad económica y el bienestar de la población, se trata de saber el tipo de país que queremos ser, cit., p. 515. Para TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO entre las necesarias normas y políticas públicas que permitan su correcta aplicación, resultan especialmente relevantes las educativas o formativas, para conseguir una sociedad mejor, especialmente porque la actual tiene como principios rectores el utilitarismo y la juventud, “¿Un Derecho Internacional de protección de las personas mayores?”, *AFDUAM. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 25(2021), p.79.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I. Y AIZPURUA ESNAOLA, M.: "Relaciones familiares. Las nuevas relaciones de las personas mayores en el ámbito familiar", en AA.VV.: *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (coord. por C.M. ROMEO CASABONA) Fundación Mutualidad Abogacía-Wolters Kluwer España, 2021.

ALONSO SECO, J.M.: *La política social como realización de derechos sociales*, Tirant Humanidades, Valencia, 2019.

ALONSO TIMÓN, A.: "Recursos residenciales, centros de día y atención a domicilio para mayores dependientes", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de los Mayores* (dir. por S. ANDROHER BIOSCA), Civitas, Madrid, 2024.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: "La protección de las personas mayores en la CE", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Mayores* (dir. por S. ANDROHER BIOSCA), Aranzadi, Madrid, 2024.

LECIÑENA IBARRA, A.: "Breve apunte sobre la implementación de estrategias contractuales como alternativa a la cobertura familiar de los cuidados", *IDIBE. Tribuna*, 13 octubre 2023, disponible en <https://idibe.org/tribuna/breve-apunte-la-implementacion-estrategias-contractuales-alternativa-la-cobertura-familiar-los-cuidados/>.

LECIÑENA IBARRA, A.: "La contratación de servicios asistenciales por parte de las personas de edad: un reto para la ley 8/2021", *Revista de Derecho Privado*, Año nº 107, Mes 5, 2023.

CUJENA CASAS, M.: "Comentario al art. 146 del Código civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Derecho de Familia y obligación de alimentos", en AA.VV.: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

DEL CORRAL TÉLLEZ, M.: "Propuesta de nuevo acuerdo sobre criterios comunes de acreditación y calidad para prestar servicios del SAAD", en AA.VV.: *El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo* (coord. por R. TENA ARREGUI), Consejo General del Notariado, 2023.

DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017”, *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 9, 2017, URI: <http://uva.es/handle/10324/40610>.

GARCÍA CANTERO, G.: “La senectud ¿Estado civil de la persona?”, *Revista Jurídica del Notariado* n° 106, abril-junio 2018.

HOLGADO GONZÁLEZ, M.: “Dependencia y derecho a los cuidados desde una perspectiva de género”, *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, Vol. 9, enero-junio 2019.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, n° 2, 2006.

MONDÉJAR PEÑA, M.^a I.: “La obligación de alimentos y las políticas de la Administración española sobre la protección de los mayores y dependientes”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 14, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.I.: “El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, *Documentación Administrativa* n° 276-277, sept.-dic. 2006 y enero-abril 2007.

MORETÓN SANZ, M.^a F.: “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconociendo de la situación de dependencia en España”, *Revista sobre la infancia y adolescencia*, sept. 2011.

RIBOT IGUALADA, J.: “El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, n°3, 1998.

RODRÍGUEZ CABRERA, G.: “La protección social de la dependencia en España. Un modelo *sui generis* del desarrollo de los derechos sociales”, *Política y Sociedad*, Vol. 44, n°2, 2007.

RODRÍGUEZ CASTEDO, A.: “El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo. Atención a la dependencia”, en AA.VV.: *El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo* (coord. por R. TENA ARREGUI), Consejo General del Notariado, 2023.

SIERRA PÉREZ, I.: “Comentario al art. 142 del Código civil”, en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: “¿Un Derecho Internacional de protección de las personas mayores?”; *AFDUAM. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 25(2021).

ZURITA MARTÍN, I.: *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004.

LOS PACTOS SUCESORIOS DE TRANSMISIÓN DE
PRESENTE DE BIENES Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL
REGLAMENTO EUROPEO EN MATERIA DE SUCESIONES
“MORTIS CAUSA” CON REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA

*THE AGREEMENTS AS TO SUCCESSION INVOLVING THE
TRANSFER OF PRESENT ASSETS AND THE SCOPE OF APPLICATION
OF THE EUROPEAN REGULATION IN MATTERS OF CROSS-
BORDER SUCCESSIONS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 418-429

Pau
CUQUERELLA
MIRALLES

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La Resolución de 20 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, obiter dicta, interpreta el concepto de “pacto sucesorio” a los efectos del Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, en el sentido de excluir de dicho concepto los pactos sucesorios de transmisión de presente de bienes. Dicha interpretación carece de apoyo normativo y jurisprudencial y debe ser refutada.

PALABRAS CLAVE: Pacto sucesorio; ley aplicable; sucesiones internacionales.

ABSTRACT: *The Decision of the Directorate General of Legal Certainty and Public Faith, of 20 January 2022, interprets obiter dicta the concept of ‘agreement as to succession’ for the purposes of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012. This interpretation excludes from the aforesaid concept all agreements involving the transfer of present assets. Such an interpretation lacks normative and jurisprudential support and should be challenged.*

KEY WORDS: *Agreements as to succession; applicable law; international successions.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y COORDENADAS NORMATIVAS.- II. LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO AUTÓNOMO DE “PACTO SUCESORIO”: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.- III. LA INTERPRETACIÓN DERIVADA O LA INTERPRETACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN: LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA. IV. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL.- 1. La entrega de presente como efecto excluido de los pactos sucesorios.- 2. El fraccionamiento de la sucesión.- 3. La norma de conflicto y la determinación de la ley aplicable.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y COORDENADAS NORMATIVAS.

Los pactos sucesorios son un tipo de disposición *mortis causa* cuya admisibilidad y aceptación varían de un Estado miembro a otro. Con el fin de facilitar que los derechos sucesorios adquiridos como consecuencia de un pacto sucesorio sean aceptados en los Estados miembros, el Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, determina qué ley ha de regir la admisibilidad de esos pactos, su validez material y sus efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución (considerando 49 del Reglamento).

A los efectos del Reglamento, se entenderá por pacto sucesorio “todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo” (artículo 3.1.b). Se configura así el pacto sucesorio como un tipo de disposición *mortis causa* (artículo 3.1.d) en cuya virtud puede deferirse la sucesión (artículo 3.1.a).

En este contexto, la Resolución de 20 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad jurídica y Fe pública¹, *obiter dicta*, ha suscitado un problema atinente a la delimitación del concepto de “pacto sucesorio” a los efectos del Reglamento. En particular, cuando el pacto, además de ordenar la sucesión futura de alguno de los contratantes y de atribuir la condición de heredero o de legatario a otro u otros de ellos, implica una transmisión de presente de bienes a los sucesores designados — es decir, surte efectos traslativos ya en vida del futuro causante —, se plantea si se trata de un genuino pacto sucesorio encuadrable

¹ Resolución 20 enero 2022 (BOE-A-2022-2517).

en el artículo 3.1.b y, por lo tanto, en el ámbito de aplicación del Reglamento², o si, por el contrario, se trata de una liberalidad de la incluidas en el artículo 1.2³ (sobre delimitación negativa del ámbito de aplicación: “Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] g) los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, letra i)” [es decir, sin perjuicio de que siga rigiéndose por la ley aplicable a la sucesión “la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios”]).

La cuestión aquí expuesta puede alcanzar especial relevancia cuando la ley aplicable a la sucesión sea una ley española. En efecto, existen numerosos ejemplos de pactos sucesorios de transmisión de presente contemplados en la normativa: tanto en Derecho civil común⁴ (p.ej., la mejora verificada con entrega de bienes: artículo 827 del Código civil) como en Derecho civil autonómico catalán (heredamiento cumulativo: artículo 431-19.2 del Código civil de Cataluña), aragonés (institución de presente: artículos 389 a 391 del Código de Derecho Foral de Aragón), navarro (Leyes 177.III y 179.II de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra), vasco (artículo 104 de la Ley de Derecho Civil Vasco), gallego (pactos de mejora: artículos 214 a 218 de la Ley de Derecho civil de Galicia; y apartación: artículos 224 a 227 de la Ley de Derecho civil de Galicia) y balear (pacto de definición: artículos 28 y ss. de la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears).

II. LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO AUTÓNOMO DE “PACTO SUCESORIO”: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 9 de septiembre de 2021, asunto C-277/20 (UM contra HW, como administrador de la herencia de ZL)⁵, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de Austria), en el apartado 1.º del fallo, interpreta el artículo 3.1.b del Reglamento (UE) n.º 650/2012 “en el sentido de que un contrato en

2 En la doctrina, vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio. Análisis crítico*, 2.ª edición, Colección Derecho y Letras, Murcia, 2019, pp. 492 y ss.

3 En la doctrina, vid. RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “Ley aplicable a las disposiciones mortis causa”; en AA.VV.: *Litigación Internacional en La Unión Europea. IV. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa* (coord. por A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

4 Sobre este particular, vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

5 STJUE 9 septiembre 2021 (ECLI:EU:C:2021:708).

virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes constituye un pacto sucesorio a los efectos de ese precepto". En el caso se trata de una suerte de donación *mortis causa* propia del Derecho austríaco (artículo 956 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch).

Dice también la sentencia: "34. A este respecto, procede recordar que, si bien, en virtud del artículo 1, apartado 2, letra g), del Reglamento de Sucesiones, quedan excluidos de su ámbito de aplicación, en particular, los bienes transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante liberalidades, tal exclusión debe interpretarse de manera estricta". Y precisa: "35. De ello se deduce que, cuando una estipulación contenida en un acuerdo relativo a una sucesión consiste, a semejanza de una liberalidad, en el sentido del referido artículo 1, apartado 2, letra g), en una donación, pero no surte efectos hasta el fallecimiento del *de cuius*, está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento".

III. LA INTERPRETACIÓN DERIVADA O LA INTERPRETACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN: LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.

La sentencia citada es objeto de interpretación por la citada Resolución de 20 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. En el caso, se celebra un pacto de mejora con transmisión de bienes de presente (artículos 214 a 218 de la Ley de Derecho Civil de Galicia) y uno de los otorgantes del pacto — uno de los dos cónyuges mejorantes, residentes en Galicia — es de nacionalidad francesa.

Según la Resolución — dice — "en caso de que el pacto de mejora con transmisión de presente tenga cabida en el concepto de "pacto sucesorio" a los efectos del Reglamento", resulta pacífico que el Derecho aplicable es el español, por ser el del Estado de la residencia habitual del otorgante (artículos 25.1 y 21.1 del Reglamento). Lo que no es claro es si debe regir el Código civil o la Ley de Derecho Civil de Galicia. Las claves para resolver esta cuestión se hallan en el artículo 36 del Reglamento (relativo a los Estados con más de un sistema jurídico). El apartado 1 no es de aplicación (pues se remite al Derecho interregional, que utiliza como criterio la vecindad civil, de la que carece el otorgante extranjero), de modo que se aplica la normativa de la residencia habitual (apartado 2, por analogía, "a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes"), o sea, la normativa de la Comunidad Autónoma con legislación civil autonómica, directamente, y sin que se discuta que la única unidad territorial relevante es Galicia. Sin embargo, si bien esta normativa es de aplicación directa en caso de sucesiones abiertas cuyo causante es un residente extranjero, para el caso de las disposiciones *mortis*

causa, será necesario que estas cumplan además los requisitos de validez material y formal conforme a la ley de la residencia habitual del disponente. Y aquí surge un escollo insalvable: conforme al Derecho civil de Galicia, se exige la cualidad de gallego para realizar ese pacto (artículo 4 de la Ley), de modo que el pacto celebrado no reúne los requisitos necesarios para su validez formal (artículo 27.3 del Reglamento). La Resolución concluye, de este modo, que el disponente no español no puede disponer de la forma que lo ha hecho sin poseer vecindad civil gallega, cualidad reservada exclusivamente a los nacionales españoles⁶.

En lo que aquí interesa, destacan tres fundamentos de la Resolución, por los que se pone en duda que un pacto sucesorio de transmisión de presente halle cobijo en el concepto de “pacto sucesorio” a los efectos del Reglamento:

“9. [...] pese al *nomen ius* de la mejora con entrega de bienes en Derecho gallego, al referirse a una entrega de presente, cuyo régimen se ha de regular por este propio Derecho, según la reciente interpretación del Tribunal de Justicia citada, cabe dudar seriamente que pueda dar lugar a pacto de los incluidos en el Reglamento, pudiendo discutirse, además, dado que se refiere a un bien concreto, si la previsión sobre el efecto sucesorio de la mejora supone o no *professio iuris*, si bien no expresa o tácita (artículo 22 del Reglamento)”.

“12. [...] El Tribunal decidió sobre el caso concreto [...] admitir conceptualmente el pacto (donación *mortis causa*, muy discutida en la negociación, que no encuentra reflejo a favor ni en contra en el Reglamento) en cuanto se transmitiría el bien a la apertura de la sucesión y no de presente”.

“31. A modo de resumen cabe considerar:

a) que un pacto con entrega de presente de los mismos, difícilmente puede ser considerado un pacto sucesorio a los efectos de los artículos 3.1.b) y 25 a 27 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 [...].

b) Adicionalmente, un pacto con transmisión de presente, que es una liberalidad sobre bienes determinados, pudiera fraccionar la sucesión, en cuanto las deudas y las partes reservadas se determinarían por la ley aplicable correspondiente a la ley sucesoria (artículo 23 del Reglamento (UE) 650/2012) y podría ser considerada,

6 Para una crítica detallada del fallo de la Resolución, *vid.* CASTELLANOS RUIZ, E.: “La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, núm. 14 (2), pp. 262-274, en tres puntos: 1.º el planteamiento erróneo de la discusión sobre *professio iuris*, disposición de un bien concreto y fraccionamiento de la ley aplicable a la sucesión; 2.º la falta de competencia de la comunidad autónoma para dictar normas de conflicto que delimiten unilateralmente el ámbito de aplicación personal de su normativa; y 3.º la incorrección de considerar la vecindad civil como cuestión de forma, pues la ley aplicable a la forma de los pactos sucesorios se regula en el artículo 5 del Convenio de La Haya, sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, y el pacto sucesorio se documentó válidamente según la forma exigida.

por tanto, una elección de ley parcial, con clara vulneración de la unidad de la ley sucesoria [...]”.

IV. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

I. La entrega de presente como efecto excluido de los pactos sucesorios.

Dice la Dirección General que cabe dudar seriamente de que un pacto con transmisión de presente de bienes pueda dar lugar a pacto de los incluidos en el Reglamento y se apoya al efecto en el fallo de la citada Sentencia de 9 de septiembre de 2021.

En rigor argumental, el fundamento 12.º de la Resolución hace decir a la sentencia lo que no dice. La sentencia no debe interpretarse en el sentido de que se admite la donación *mortis causa* como pacto sucesorio porque esta reúna el requisito de que se transmite el bien a la apertura de la sucesión “y no de presente”. Antes al contrario, se trata de una interpretación amplia que el tribunal hace del concepto de “pacto sucesorio”, al tiempo que interpreta estrictamente la exclusión del artículo 1.2.g. La aproximación metodológica que la Dirección General sigue para abordar el problema es, por lo tanto, la contraria de la que resulta de la propia doctrina del tribunal.

En realidad, la definición contenida en el artículo 3.1.b es ya deliberadamente amplia, en coherencia con el principio *favor pactum* que parece inspirar el propio Reglamento⁷: “todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo”. Al enunciar el género “acuerdo”, se alude a la existencia de vinculación presente, sin perjuicio de que la plenitud de efectos haya de producirse a la muerte del otorgante de cuya sucesión se trate, y sin perjuicio, a su vez, de que algunos efectos puedan anticiparse al momento del otorgamiento del pacto, tales como la entrega de presente (que, como tal, tendría cabida dentro de la mención a la “contraprestación”) — y siendo irrelevante a estos efectos que, en ocasiones, el otorgante pueda conservar ciertas facultades de disposición, o que pueda ser preciso su consentimiento para que el atributario pueda disponer de los bienes, o incluso que los bienes queden sujetos al poder de agresión de los acreedores del mismo otorgante. Al hacer referencia a la atribución de “derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras” de alguno de los otorgantes del pacto, se enuncia la nota diferencial, es decir, para que la sucesión se categorice como sucesión contractual, es preciso que aún no esté abierta (que se defiera

7 FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A: *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del reglamento (UE) n.º 650/2012*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

antes del fallecimiento del *de cuius*). Pero que la sucesión sea “futura” no significa que los derechos conferidos, modificados o extinguidos en virtud del pacto por el que aquella se defiere también hayan de ser futuros.

En efecto, la entrega de presente de bienes, como efecto del pacto, no desvirtúa el carácter sucesorio del mismo. Es cierto que el Abogado General, en sus Conclusiones⁸ (apartado 38 y nota 22), cita el “Waters Report”⁹, a propósito del Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1989 (§§ 90 a 93), que, para distinguir las donaciones de los pactos sucesorios, atiende a dos parámetros: el momento en el que se produce la transmisión de la propiedad del bien (las disposiciones *mortis causa* surten sus efectos exclusivamente a la muerte del disponente, mientras que las disposiciones *inter vivos* producen un efecto de derecho real inmediato) y el objeto del contrato (el pacto sucesorio tiene por objeto bienes “futuros”, es decir, los que formarán parte del patrimonio de una persona en el momento de su muerte, de modo que el derecho conferido se concretará en el momento del fallecimiento). Esta distinción, sin embargo, no es reproducida por la sentencia, además de que contraría la interpretación amplia del concepto de pacto sucesorio, en sintonía con el designio medular del Reglamento: “facilitar que los derechos sucesorios adquiridos como consecuencia de un pacto sucesorio sean aceptados en los Estados miembros” (considerando 49). Al margen queda la discusión de si la distinción ensayada en el *Waters Report* es o no acertada o, acaso, trasladable al Reglamento. A fuer de ser precisos, trasparece en la repetida definición reglamentaria que el criterio determinante es la causa negocial, es decir, que el negocio se celebre en consideración a la muerte de uno de los otorgantes y con el fin de ordenar el destino de sus relaciones jurídicas patrimoniales. Dicho de otro modo, lo relevante es que, en virtud del pacto, se atribuya al contratante la cualidad de heredero o de legatario, y no que se le transmitan o no de presente los bienes.

Por otra parte, el Abogado General recuerda que el considerando 14 del Reglamento utiliza la expresión “liberalidades o cualquier otra forma de disposición *inter vivos* que tenga por efecto la adquisición de un derecho real con anterioridad al fallecimiento” (apartado 36). El considerando 14 concuerda con el artículo 1.2.g, sobre delimitación negativa del ámbito de aplicación del Reglamento, que cita como ejemplos la propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, los planes de pensiones, los contratos de seguros y las transacciones de naturaleza análoga. En todos los casos se trata de actos *inter vivos* por los que se constituyen derechos antes del fallecimiento de su titular o que, en principio, disponen la transmisión de bienes por medios distintos de la sucesión. Pero los

8 Conclusiones del Abogado General presentadas el 1 de julio de 2021 (ECLI:EU:C:2021:531).

9 Informe explicativo de DONOVAN W. M. WATERS (puntos 90 a 92 [pp. 570 y ss.]), disponible en <https://assets.hcch.net/docs/ed641835-352a-4fe0-a378-5bf4222086c8.pdf>.

pactos sucesorios, aunque se verifiquen con entrega de bienes, son un modo de deferir la sucesión, es decir, se incardinan en el fenómeno sucesorio, por lo que no tienen cabida en la excepción, que, además, debe interpretarse restrictivamente (fundamento 34 de la sentencia).

2. El fraccionamiento de la sucesión.

Dice la Resolución: “Adicionalmente, un pacto con transmisión de presente, que es una liberalidad sobre bienes determinados, pudiera fraccionar la sucesión [...]”.

Esta objeción de la Dirección General carece de apoyo normativo. Los artículos 24 y 25 son una excepción al principio de unidad y universalidad de la ley aplicable a la sucesión. Podría suceder que hubiera dos leyes distintas aplicables a la sucesión contractual: por un lado, la aplicable a la “validez material, admisibilidad y efectos vinculantes entre las partes” del pacto (artículo 25.1 y 2), y, por otro lado, la aplicable a todas las demás cuestiones que pudieran afectar a las disposiciones pactadas (ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento). Incluso si hubiera *professio iuris* o elección de ley, conforme al artículo 25.3, en relación con el artículo 22, puede tratarse de una elección parcial, que produce una “fragmentación funcional” entre los diversos aspectos señalados de una misma sucesión contractual¹⁰.

Es irrelevante, a los efectos expuestos, que exista o no transmisión de presente de bienes.

3. La norma de conflicto y la determinación de la ley aplicable.

Si, como pretende la Dirección General, el pacto sucesorio con transmisión de presente de bienes no es un “pacto sucesorio” a los efectos del Reglamento de sucesiones, la ley aplicable habrá de determinarse conforme a la norma de conflicto propia de las donaciones, es decir, el Reglamento (CE) n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (Roma I). Ello, que únicamente ofrece como ventaja salvar el escollo de la vecindad civil (por cuanto el artículo 22.1 se remite directamente a las normas de la particular unidad territorial), no está exento de problemas.

10 BONOMI, A. y WAUTELET, P.: “Comentario al artículo 25”, en AA.VV.: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012* (traducción de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et al.), Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 353; CASTELLANOS RUIZ, E.: “Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho internacional privado* (dirs. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2460, 2468 y 2469; AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “Artículo 25. Pactos sucesorios”, en AA.VV.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012* (coord. por J. L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 165 a 173.

De un lado, el artículo 1.2.c del Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación “las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, [...] y de testamentos y sucesiones”. En cualquier caso, es forzoso reconocer que, si, conforme al Derecho internacional privado de la Unión Europea — cuerpo normativo unitario y coherente —, los pactos sucesorios con transmisión de presente de bienes no constituyen pactos sucesorios a los efectos del Reglamento de sucesiones, no debe existir un problema para calificarlos como contratos. Cuestión distinta es que esa calificación del pacto como donación o contrato sea contraria a la manifiesta voluntad de las partes de celebrar un negocio jurídico *mortis causa* (conculcando de ese modo su autonomía privada conflictual).

De otro lado, si el negocio de transmisión de presente de bienes se califica como contrato, surgen desacoples insalvables en orden a la coordinación con la ley de la sucesión. Esta última seguirá rigiendo la obligación de reintegrar o computar las “donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios” (artículos 1.2.g y 23.2.i), lo cual significa que la eficacia de la transmisión gratuita queda pendiente de la ley aplicable a la sucesión (obsérvese que el precepto habla de “reintegración”). Es más: puede quedar en manos del causante la frustración del contenido del pacto sucesorio a través de la potencial corrección que la ley sucesoria realiza al pacto sucesorio para la protección de los derechos de legitimarios u otros análogos, pues no debe olvidarse que el disponente o futuro causante puede modificar la ley sucesoria a través de una simple declaración de voluntad¹¹.

Por eso es tan pertinente el artículo 25 del Reglamento, que persigue la estabilidad de la disposición *mortis causa*: (1.º) porque evita el problema del conflicto móvil al fijar en el tiempo el momento en el que debe considerarse el concreto criterio de conexión¹², esto es, el tiempo de la celebración del pacto (de otro modo, como se ha visto, la pretendida “donación” quedaría pendiente de las normas de protección de la legítima de la ley aplicable a la sucesión), y (2.º) porque la ley señalada regula los efectos vinculantes del pacto, de modo que los legitimarios que fueron parte en el pacto sucesorio no pueden, una vez abierta la sucesión, desistir unilateralmente de sus compromisos, prevaleciéndose de la ley

11 RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014, p. 377.

12 AZCARRAGA MONZONIS, C.: “Artículo 25. Pactos sucesorios”, cit., p. 167.

aplicable a la sucesión que le concede derecho a legítima, como se infiere del considerando 50¹³, interpretado *a contrario*¹⁴.

13 «La ley que, en virtud del presente Reglamento, rija la admisibilidad y la validez material de una disposición *mortis causa* y, en relación con los pactos sucesorios, los efectos vinculantes entre las partes, no debe menoscabar los derechos de ninguna persona que, en virtud de la ley aplicable a la sucesión, tenga derecho a la legítima o a cualquier otro derecho del que no puede verse privada por la persona de cuya herencia se trate».

14 BONOMI, A. y STEINER, M.: *Les pactes successoraux en Droit comparé et en Droit International Privé*, Librairie Droz, Genève, 2008, pp. 13 y ss., defienden la posibilidad de reducción de las disposiciones establecidas en un pacto a título gratuito cuando, modificándose la ley aplicable, no fue suscrito por todos los interesados en recibir partes reservadas, y a instancia de estos últimos. En sentido parecido, RODRIGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: *La ley aplicable*, cit., p. 377; BONOMI, A.: "Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members", *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 2010-4, p. 609; BONOMI, A. y WAUTELET, P.: "Comentario al artículo 25", cit., pp. 346-347.

BIBLIOGRAFÍA.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "Artículo 25. Pactos sucesorios", en AA.VV.: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012* (coord. por J. L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BONOMI, A.: "Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members", *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 2010-4, p. 609.

BONOMI, A. y STEINER, M.: *Les pactes successoraux en Droit comparé et en Droit International Privé*, Librairie Droz, Genève, 2008.

BONOMI, A. y WAUTELET, P.: "Comentario al artículo 25", en AA.VV.: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012* (traducción de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et al.), Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio. Análisis crítico*, 2.^a edición, Colección Derecho y Letras, Murcia, 2019.

CASTELLANOS RUIZ, E.: "Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo", en AA.VV.: *Tratado de Derecho internacional privado* (dirs. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CASTELLANOS RUIZ, E.: "La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, núm. 14 (2), pp. 262-274.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A.: *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del reglamento (UE) n.º 650/2012*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: "Ley aplicable a las disposiciones mortis causa"; en AA.VV.: *Litigación Internacional en La Unión Europea. IV. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa* (coord. por A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014.

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD A
TRAVÉS DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO

*THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES THROUGH
THE RESIDUE TRUST*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 430-449

Jésica
DELGADO
SÁEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha supuesto la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006). El Derecho de sucesiones ha sido afectado por esta modificación y, en consecuencia, una de las instituciones reformadas formalmente ha sido la sustitución fideicomisaria de residuo cuando uno de los hijos legitimarios del causante padece una discapacidad. En consecuencia, este trabajo pretende presentar algunas breves notas sobre esta modalidad de sustitución regulada en el párrafo cuarto del artículo 808 CC.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; legitimario; sustitución fideicomisaria; fideicomiso de residuo.

ABSTRACT: Law 8/2021, of 2 June, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity has meant the adaptation of our legal system to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (New York, 2006). Succession Law has been affected by this modification and, consequently, one of the formally reformed institutions has been the substitution of residuary trusts when one of the legitimate descendants of the deceased suffers from a disability. Consequently, this paper aims to present some brief notes on this type of substitution regulated in the fourth paragraph of Article 808 CC.

KEY WORDS: Disability; person entitled to a reserved share; trust; fiduciary; trustee.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO GENERAL.- II. ALGUNAS PARTICULARIDADES SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS FIDUCIARIOS.- 1. El concepto de persona con discapacidad.- 2. La desaparición de la condición de discapacidad.- 3. La necesidad de que el fiduciario sea legitimario del fideicomitente.- 4. Diversidad de legitimarios con discapacidad.- III. EXTENSIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.- IV. MODALIDAD DEL FIDEICOMISO. V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha modificado un sinnúmero de preceptos del Código Civil español para adaptarlos a la Convención de Nueva York de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que en España entró en vigor el 3 de mayo de 2008. La reforma ha supuesto un cambio en el sistema vigente en España hasta septiembre de 2021, en el que prevalecía la sustitución en la toma de las decisiones que afectaban a las personas con discapacidad por otro basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, que, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Para lograr la adaptación efectiva del derecho de sucesiones a la Convención de Nueva York ha sido necesario modificar un gran número de preceptos e instituciones y este ha sido el caso de la sustitución fideicomisaria que en beneficio de los legitimarios con discapacidad ha conllevado la reforma de los artículos 782 y 808 del Código Civil (en adelante CC).

Prestando especial atención al artículo 808 CC se puede examinar que el precepto determina que la legítima que corresponde a los hijos son las dos terceras partes del haber hereditario; se mantiene la posibilidad de mejorar a un descendiente en una de las dos partes que conforma la legítima de los hijos y se determina que el tercio restante del haber hereditario es de libre disposición. Hasta aquí no se ha introducido ninguna novedad, pero a continuación, se han incorporado dos nuevos párrafos. El primero de ellos, esto es, el párrafo cuarto del artículo 808 CC, establece que “cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*”.

• Jéssica Delgado Sáez

Investigadora posdoctoral, Universidad de Salamanca. Correo electrónico: jessicadelgado@usal.esv

Esta disposición permite que los progenitores puedan beneficiar a los hijos que sean legitimarios y que padezcan una discapacidad al poder disponer para ellos no sólo de la mejora sino también de la legítima estricta, con la consecuencia de que los demás legitimarios podrían quedar desheredados, es decir, la Ley 8/2021 ha permitido, a través del párrafo cuarto del artículo 808 del Código, que el testador grave con una sustitución fideicomisaria de residuo la legítima estricta de los legitimarios no discapacitados en favor de instituir fiduciario a un legitimario en situación de discapacidad. El causante puede así atribuir, aun en condición de fiduciario, los dos tercios de legítima a uno o varios de sus descendientes que se encuentren en esta situación como meros herederos fiduciarios¹.

Se comprueba que a pesar del férreo régimen de legítimas que rige en el Derecho español que predica la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de las legítimas², ésta puede ser gravada con una sustitución fideicomisaria en favor de un legitimario con discapacidad en aras de otorgarle una mayor protección personal y patrimonial que al resto de legitimarios³.

En consecuencia, y como ya se ha anunciado, a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, el legislador permite la tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta cuando el testador tenga descendientes legitimarios con discapacidad, aumentando el número de personas que pueden ser beneficiarias de toda la legítima estricta y, además, la ha implementado a través de la sustitución fideicomisaria de residuo permitiendo, de este modo, que el fiduciario disponga onerosamente de los bienes que componen la legítima estricta de los restantes legitimarios sin discapacidad⁴.

Por ello, durante este breve trabajo se va a intentar plantear algunas cuestiones que la doctrina considera fundamentales sobre la sustitución fideicomisaria a

- 1 BUSTO LAGO, J.M.: "Artículo 808", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), 5.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1066. DÍAZ ALABART, S.: "Derecho de sucesiones y discapacidad", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 225.
- 2 El Código Civil adoptó un sistema de legítima castellana que, no siendo de vinculación absoluta de los bienes del causante, está bastante alejado de los que se inspiran en la conocida como libertad de testar, en los cuales el causante puede disponer libremente de sus bienes para después de su muerte. Más bien al contrario, la legítima reconocida en el Código civil español es muy amplia, tanto por los sujetos reconocidos como legitimarios, como por la porción de la herencia a la que afectan, sobre todo en el caso de los descendientes; además se configura como una institución de naturaleza imperativa, de suerte que las normas para asegurar la llamada intangibilidad de la legítima tanto en sus aspectos cualitativos como cuantitativos resultan absolutamente inderogables por el testador y la institución se protege incluso frente a sus actos *inter vivos*. Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar. (Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden_de_4_de_febrero_de_2019__por_la_que_se_encomienda_a_la_seccion_de_derecho_civil_de_la_comisio.PDF).
- 3 PLANAS BALLVÉ, M.: "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", *Revista de Derecho civil*, 2022, núm. 3, p. 436.
- 4 En este sentido, también, BOTELLO HERMOZA, P.: "La legítima estricta ¿colectiva? Tras la Ley 8/21", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, núm. 795, p. 233.

favor del legitimario con discapacidad y que, en ciertas ocasiones, el legislador no ha regulado claramente como pueden ser las diversas cuestiones que pueden presentarse en la persona del legitimario favorecido por la sustitución y el alcance y modalidad de esta sustitución.

Este planteamiento general no puede finalizar sin mencionar que, a raíz de los debates doctrinales y jurisprudenciales sobre la intangibilidad de la legítima estricta, el Ministerio de Justicia encomendó a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de la legítima y libertad de testar a través de la Orden de 4 de febrero de 2019. De este encargo se espera la elaboración de un informe en el que se analice lo que se considere favorable y adverso al régimen sucesorio de legítimas y al régimen sucesorio de libertad de testar y de las Propuestas presentadas se escogerá una u otra para, si procede, impulsar una futura reforma. El tiempo dirá si la facultad de gravar el tercio de legítima estricta a favor del legitimario con discapacidad desaparecerá en aras de una mayor libertad testamentaria del causante que le faculte libremente para otorgar sus bienes.

II. ALGUNAS PARTICULARIDADES SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS FIDUCIARIOS.

I. El concepto de persona con discapacidad.

Se acaba de hacer referencia a la posibilidad de que el testador grave la legítima estricta de los legitimarios en favor de descendientes legitimarios con discapacidad pero ¿qué se entiende por persona con discapacidad? Hay que acudir a la Disposición Adicional cuarta del Código Civil para arrojar luz sobre este asunto y esta explica que a los efectos de los artículos 782 y 808 CC, entre otros y por lo que aquí interesa, se entenderá por discapacidad aquella “hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad⁵, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III⁶ de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14

5 A los efectos de la Ley 42/2003 se puede entender por persona con discapacidad la que presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento o la que presente una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento (art. 2).

6 Conforme al artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el Grado II de dependencia significa que la persona con discapacidad sufre una dependencia severa y la persona “necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal”. El Grado III es reservado para persona con discapacidad que sufren una gran dependencia, que se produce cuando “la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”.

de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”.

Teniendo en consideración las normas apuntadas, es suficiente con tener una resolución administrativa que declare la discapacidad de la persona dejando de depender esta declaración de una sentencia judicial⁷. La solución aportada puede provocar desigualdades entre españoles pues es posible que cada Comunidades Autónomas tenga sus propias reglas de tramitación de estas resoluciones administrativas y, en consecuencia, dependerán del lugar de residencia y de la apreciación de los distintos Grados de dependencia por parte de los tribunales, dando lugar a inseguridad jurídica. La doctrina se muestra crítica con la Disposición Adicional cuarta del CC por dos razones, en primer lugar, porque considera que se ha ampliado de forma desproporcionada el número de personas que pueden ver gravada su legítima estricta porque es suficiente con obtener una resolución administrativa y, en segundo lugar, porque puede dar lugar a situaciones de desigualdad entre las personas con discapacidad dependiendo de su lugar de residencia⁸. De esta forma, en la práctica, la apreciación de las diferentes categorías de discapacidad que se han mencionado es totalmente insegura e irregular⁹.

2. La desaparición de la condición de discapacidad.

Teniendo en consideración lo expuesto en el anterior epígrafe, ¿qué ocurriría si la persona con discapacidad dejara de tener el grado de discapacidad al que se refiere la Disposición Adicional cuarta del Código? Se debe diferenciar si la pérdida de condición de persona con discapacidad se ha producido antes o después del fallecimiento de causante.

Si la pérdida de la condición de persona con discapacidad se produce antes del fallecimiento del causante quedará extinguida la disposición testamentaria y ello supondría la ineficacia de la sustitución fideicomisaria que no llegaría a desplegar sus efectos y, en consecuencia, la legítima estricta se adjudicaría a los descendientes legitimarios por partes iguales y, lo mismo ocurriría, con el tercio de mejora si de las disposiciones del testador no se pudiera deducir lo contrario¹⁰.

Si la pérdida de la condición de persona con discapacidad se produce después del fallecimiento del causante y ya convertida la persona con discapacidad en

7 BOTELLO HERMOSA, P.: “La legítima estricta”, cit., p. 237.

8 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria”, en AA.VV.: *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones* (coord. M. LERDO DE TEJADA, G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, J.P. MURGA FERNÁNDEZ, M. GARCÍA MAYO), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, ep. IV.1.

9 AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Artículo 782”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1040.

10 DÍAZ ALABART, S.: “Derecho de sucesiones”, cit., p. 226. MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario favorecido con la sustitución fideicomisaria especial*, Dykinson S.L., 2020, p. 111.

fiduciario pues la sustitución fideicomisaria ya ha desplegado toda su eficacia, la cuestión se complica. La doctrina es pacífica y considera que debe entenderse que la sustitución fideicomisaria se extingue automáticamente – aunque los colegitimarios tengan que reclamar la extinción del fideicomiso – porque desaparece la causa que justificaba el gravamen sobre la legítima y, ello dará lugar, a que los legitimarios-fideicomisarios, puedan recuperar los bienes objeto de fideicomiso en pago de su legítima¹¹. De este modo, la recuperación de la capacidad por parte del fiduciario opera como una condición resolutoria del gravamen y, por lo tanto, perdida la condición de persona con discapacidad, desaparece la sustitución fideicomisaria¹².

Otra cuestión que debe tenerse presente es que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su artículo 30, dispone la revisabilidad del grado de dependencia, incluso de oficio, puesto que la situación de dependencia puede registrar diversas variaciones. De esta forma, si se erradicara la situación de dependencia o existiera una mejoría que hiciera que la persona no se encontrara en el Grados II o III, sería posible que la sustitución fideicomisaria se extinguiera pues, perdida la condición de discapacidad, desaparece el gravamen¹³.

3. La necesidad de que el fiduciario sea legitimario del fideicomitente.

Otra cuestión que debe tenerse en consideración y que la Ley 8/2021, de 2 de junio ha venido a precisar, es si la persona sobre la que recae la sustitución fideicomisaria deber ser legitimario del causante o sería suficiente con que fuera descendiente del causante¹⁴. Ahora, se exige expresamente en el artículo 808 CC que el fiduciario debe ser legitimario del causante y se acaba, de esta forma, con la polémica suscitada en épocas pasadas¹⁵. Los descendientes del causante que no tienen la condición de legitimario – los nietos, por ejemplo–, no podrán

11 DÍAZ ALABART, S.: “Derecho de sucesiones”, cit., p. 226. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho transitorio”, en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E. TORAL LARA), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 405. CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en favor del legitimario con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI* (dir. A. ARRÉBOLA BLANCO), Reus, Madrid, 2023, pp. 672- 673.

12 MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario*, cit., p. 111. ORTEGA DOMÉNECH, J.: “Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en AA.VV.: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa* (coord. P. REPRESA POLO), Reus, Madrid, 2022, p. 128.

13 CABEZUELO ARENAS, A.L.: “El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: cambio de condiciones subjetivas del fiduciario”, *Aranzadi Doctrinal*, 8/2021, p. 32.

14 La redacción anterior a la modificación realizada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, del artículo 808 CC refería como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria a los “hijos o descendientes que hubieran sido judicialmente incapacitados”, en consecuencia, la nueva letra de la Ley, referida exclusivamente a los “hijos legitimarios” ha reducido el número de quienes pueden ser beneficiarios de este tipo de sustitución.

15 Sobre ello MORENO FLÓREZ, R.M., *El fiduciario*, cit., pp. 142- 147, en especial, explica que “la argumentación de que sólo el legitimario puede ser fiduciario se ve reforzada por el hecho de que esta sustitución comporta un gravamen del tercio de legítima estricta [...]. Este gravamen pesa sobre los legitimarios y sería forzado pensar que en él pueden ser beneficiados los descendientes no legitimarios, que lo único con lo que se les

ser beneficiados como fiduciarios a pesar de que se encuentren en situación de discapacidad, si bien, esta regla encuentra su excepción cuando los descendientes del causante tengan la condición de legitimario por derecho de representación, en caso contrario, esto es, si no ostentan este derecho, el causante podrá favorecerlos por vía de mejora pero no pueda afectar a las legítimas estrictas de los legitimarios¹⁶.

Si se da la posibilidad de que el nieto sea legitimario por derecho de representación podría percibir de su abuelo, no sólo la porción de legítima que le corresponde por derecho de representación, sino también el resto del tercio de legítima estricta, con el gravamen previsto en el párrafo cuarto del artículo 808 CC, de este modo, se podría producir una situación absurda e ilógica, como explica MORENO FLÓREZ, porque podría darse el caso de que la diferencia de edad entre el incapacitado fiduciario y los legitimarios fideicomisarios sea tan grande que las posibilidades de que éstos últimos perciban los bienes será puramente ilusoria¹⁷.

4. Diversidad de legitimarios con discapacidad.

Y, por último, si son varios los legitimarios que están en situación de discapacidad ¿el causante debería designarlos conjuntamente como fiduciarios?

Se debe partir de que la posibilidad de constituir la sustitución fideicomisaria es para el testador una facultad y no una obligación¹⁸ y de que, además, esta cuestión no queda clara en el texto de la Ley. Para dar una respuesta, DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁹ tiene en cuenta que si se tiene en consideración el artículo 808 CC debería hacerse un “llamamiento conjunto como fiduciarios a todos los hijos con discapacidad” del causante y, de esta forma, “se estaría limitando las facultades dispositivas del testador pues tendría que establecer una sustitución fideicomisaria en beneficio de todos sus hijos con discapacidad”. En caso contrario, estaría gravando las legítimas de estos último. Quizá hubiera sido más beneficioso permitirle al testador designar sólo a uno o a algunos de sus hijos con discapacidad como fiduciarios a pesar de que esto supusiera gravar la legítima de los demás

puede beneficiar es con el tercio libre o con el de mejora, ya que la mente de la ley es que con la legítima o con gravámenes sobre ella, sólo pueden ser beneficiados los descendientes que sean legitimarios”.

- 16 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Las disposiciones testamentarias”, cit., ep. IV.I. APARICIO VAQUERO, J.P.: “Artículos 782, 808 y 813.II”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. M.P. GARCÍA RUBIO, M.J. MORO ALMARAZ), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, p. 568. BOTELLO HERMOSA, P.: “La legítima estricta”, p. 254. CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La sustitución fideicomisaria”, cit., p. 405. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: “La sustitución fideicomisaria en favor de personas con discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2023, núm. 116, p. 22.
- 17 MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario*, cit., p. 146.
- 18 MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario*, cit., p. 148.
- 19 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La reforma del Derecho”, cit., p. 405. CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La sustitución fideicomisaria”, cit., p. 656.

hijos con discapacidad – contrario a lo que se interpreta de la letra de la Ley –, pues, se debe tener en consideración que no todos los hijos podrían tener el mismo grado de discapacidad o la misma situación patrimonial²⁰.

Contraria a esta opinión se muestra DÍAZ ALABART pues considera la posibilidad referida *supra* como un evento posible puesto que del artículo 808 CC puede interpretarse que el testador puede instituir un solo fiduciario o más de uno cuando sean varios hijos los discapacitados, eso sí, habrá que entender que el legitimario con discapacidad designado recibirá su legítima sin ningún gravamen y que los demás legitimarios con discapacidad no podrán ver gravada su legítima²¹.

En definitiva, parece razonable pensar que si sólo concurren en la herencia legitimarios con discapacidad sean llamados conjuntamente como fiduciarios; otra cosa sería si, concurrieran legitimarios con discapacidad y sin discapacidad pues, en este supuesto concreto, creo que podría constituirse un fideicomiso a favor de uno sólo de los legitimarios con discapacidad teniendo en consideración que la legítima de los restantes legitimarios con discapacidad no podría ser gravada. Ahora bien, las designaciones realizadas por el causante, en aras a intentar beneficiar a todos, deberán llevarse a cabo teniendo en consideración el grado y tipo de discapacidad de cada uno de ellos (no es lo mismo una discapacidad física que intelectual) y su situación patrimonial.

III. EXTENSIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

Tal y como pone de relieve DOMÍNGUEZ LUELMO²² “los artículos 782 y 808 CC siguen sin resolver uno de los interrogantes que más se ha discutido por la doctrina: si para que el testador pueda ordenar esta sustitución fideicomisaria es necesario que el hijo que se encuentre en situación de discapacidad sea destinatario del tercio de mejora y de libre disposición”.

El artículo 808 CC dispone que “cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad”. Por un lado, este precepto no impone necesariamente la necesidad de mejorar a los fiduciarios ni siquiera de atribuirles el tercio de libre disposición.

Por otro, refiere que el legitimario con discapacidad beneficiario de la sustitución fideicomisaria heredará su cuota de legítima estricta en propiedad y la legítima

20 En el mismo sentido ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Las disposiciones testamentarias”, cit., ep. IV.I. MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario*, cit., p. 148.

21 DÍAZ ALABART, S.: “Derecho de sucesiones”, cit., p. 229. MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario*, cit., p. 150.

22 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La reforma del Derecho”, cit., p. 406.

del resto de colegitimarios sin discapacidad como fiduciario. En consecuencia, el gravamen al tercio de legítima sólo afecta a la parte de dicha porción que hubiera sido de los fideicomisarios no a la porción del fiduciario²³.

Asimismo, aunque el precepto permita que se grave la legítima de los colegitimarios sin discapacidad no parece permitir que se grave la legítima estricta de un legitimario en situación de discapacidad ni la del propio instituido fiduciario²⁴.

Además, el párrafo cuarto del artículo 808 CC sólo hace referencia al tercio de legítima estricta, nada se dice, como razonablemente podría pensarse, de que, si el testador quisiera beneficiar y proteger a ese hijo, legitimario con discapacidad, lo mejoraría porque sería preferible esta última opción a gravar la legítima de los restantes colegitimarios. Por contra, el precepto se refiere únicamente al tercio de legítima estricta por lo que no impone la atribución del tercio de mejora a los legitimarios discapacitados²⁵.

Frente a lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 808 CC un sector doctrinal considera que si se grava la legítima estricta a favor del legitimario discapacitado también debería atribuírsele el tercio de mejora puesto que “el gravamen excepcional de la legítima estricta sólo tiene justificación para obtener una protección patrimonial mayor y no tendría sentido admitir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta cuando el testador no dispone de la mejora para el discapacitado”²⁶. Otro sector considera que es posible que si el testador lo desea pueda mejorar a otros hijos o nietos con el tercio de mejora. Otra cosa es que esta sea la opción más lógica puesto que no es razonable que se permita al testador establecer un gravamen tan excepcional para los colegitimarios del discapacitado a la vez que conserva por entero su ámbito de libertad testamentaria²⁷. Esta opción podría justificarse en que el testador pueda seguir teniendo cierta autonomía para disponer de su patrimonio²⁸ pues no es requisito *sine qua non* mejorar al

23 BOTELLO HERMOSA, P.: “La legítima estricta” cit., p. 235. CARRIÓN OLMOS, S.: “Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código Civil español?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16bis, p. 3023. CERVILLA GARZÓN, M.D.: “La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer, 2021, pp. 697-698.

24 MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2022, núm. 57, p. 88.

25 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Las disposiciones testamentarias”, cit., ep. IV.2. MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario*, cit., p. 159.

26 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Las disposiciones testamentarias”, cit., ep. IV.2. CERVILLA GARZÓN, M.D.: “La sustitución fideicomisaria”, cit., pp. 694- 695. MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario*, cit., p. 160. Para la última autora se debe tomar en consideración “las consecuencias que para el resto de los legitimarios acarrea el gravamen de la legítima estricta. Ordenando esta sustitución fideicomisaria a favor de la persona con discapacidad, el resto de los legitimarios sufren un importante recorte en sus derechos”.

27 DÍAZ ALABART, S.: “Derecho de sucesiones”, cit., p. 89. PLANAS BALLVÉ, M.: “La renovada sustitución”, cit., p. 437.

28 MORENO FLÓREZ, R.M.: *El fiduciario*, cit., p. 160.

legitimario con discapacidad para que la sustitución fideicomisaria sea eficaz y, lo mismo ocurriría con el tercio de libre disposición²⁹.

En cuanto a la atribución del tercio de libre disposición a la persona con discapacidad beneficiada por la sustitución fideicomisaria también hay posiciones encontradas. De una parte, un sector considera que el testador no tendría la obligación de atribuir el tercio de libre disposición a sus hijos con discapacidad designados como fiduciarios³⁰. Por otra, existe otro sector doctrinal que considera que la excepcionalidad que supone gravar el tercio de legítima estricta a favor del legitimario con discapacidad sólo podría justificarse en el caso de que se dejase la totalidad de la herencia a la persona con discapacidad ya que, en caso contrario, el testador antepondría sus intereses personales a los de los legitimarios porque le estaría privando de su derecho para beneficiar a otros³¹ y, si esta situación llegara a darse, los hijos fideicomisarios podrían impugnar el gravamen sobre sus legítimas. Este razonamiento sería coherente con la finalidad protectora del artículo 808.IV CC y no sería lógico que el testador que persigue proteger patrimonialmente al hijo con discapacidad no agote todas las posibilidades que el Código le brinda para lograr su propósito puesto que, de otra forma, podría incurrir en comportamientos contrarios que impedirían salvaguardar todo lo posible al hijo con discapacidad³².

IV. MODALIDAD DEL FIDEICOMISO.

El legislador en el artículo 808 CC dispone que en los supuestos en que se constituye una sustitución fideicomisaria a favor de un legitimario con discapacidad se está ante la modalidad de sustitución fideicomisaria de residuo³³, presunción *iuris tantum* que sólo podrá ser destruida por voluntad expresa del testador. Antes de

29 CABEZUELO ARENAS, A.L.: "El fideicomiso de residuo", cit., p. 36.

30 CARRIÓN OLMOS, S.: "Un debate abierto", cit., p. 3021. CERVILLA GARZÓN, M.D.: "La sustitución fideicomisaria", cit., pp. 694- 695. DÍAZ ALABART, S.: "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente: art. 808 CC reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Revista de Derecho Privado*, 2004, núm. 88-3, pp. 267- 268. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La reforma del Derecho", cit., p. 405. MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Reforma civil en materia", cit., p. 89. PLANAS BALLVÉ, M.: "La renovada sustitución", cit., p. 437.

31 AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Artículo 813", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 943 y ss.

32 CABEZUELO ARENAS, A.L.: "El fideicomiso de residuo", cit., pp. 35- 36.

33 "Antes de la reforma realizada por la Ley 8/2021, la doctrina mayoritaria entendía que no era posible permitir que la legítima estricta fuera gravada mediante la sustitución fideicomisaria de residuo porque el fiduciario podía disponer de la legítima estricta del resto de los legitimarios no discapacitados y, ello daba lugar, a la vulneración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima estricta pudiendo suponer, en algunos casos, la desheredación de algunos legitimarios sin justa causa tasada en el ordenamiento" BOTELLO HERMOSA, P.: "La legítima", p. 238. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, 2005, núm. 53, p. 133.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: "La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J.M. GONZÁLEZ PORRAS, F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 4204.

la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, la letra del artículo 808 CC se refería a una sustitución fideicomisaria ordinaria, de modo que, la calificación de “residuo” por parte del legislador se ha otorgado con la finalidad de proporcionar una mayor protección patrimonial a la persona con discapacidad. Por consiguiente, la controversia viene marcada por la facultad del fiduciario de disponer de los bienes a título oneroso que permite la nueva redacción del artículo y, de esta forma, lo que diferencia al fideicomiso de residuo de la sustitución fideicomisaria ordinaria es la indeterminación sobre los bienes que el fideicomisario va a recibir pues dependerá de las facultades dispositivas de que disfrute el fiduciario y del ejercicio que haga de estas³⁴. Ello se debe a que “frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitados, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida. [...] Hay un primer llamamiento pleno, total, e ilimitado en vida del beneficiario; el primer llamado es un heredero completo en el tiempo y en las facultades que adquiere, con una sola restricción que operará después de su muerte; la herencia fideicomitada se integra plenamente en el patrimonio del primer llamado y pasa a responder de las deudas de este como los demás bienes que integran hasta ese momento dicho patrimonio, sin ninguna relación de preferencia entre unos y otros, y esta responsabilidad persiste al fallecimiento de ese primer llamado; el llamamiento al residuo en modo alguno limita en vida las facultades del primer llamado, que es dueño pleno y con plenas facultades de disposición *inter vivos*. Ese llamamiento al residuo lo único que implica es que una vez fallecido el primer llamado y liquidadas sus deudas, los bienes que procedan del fideicomitente, quedan sustraídos a la ley que regulará la sucesión del primer llamado, y seguirán el orden sucesorio predeterminado por el fideicomitente”³⁵.

De este modo, en el fideicomiso de residuo, el fiduciario no está obligado a conservar los bienes y puede disponer de estos a título oneroso, pero no a título gratuito ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. Esta última posibilidad de disponer de los bienes a título gratuito e *inter vivos*, resultaría llamativa ya que el objeto de la Ley 8/2021 es la protección de la persona con discapacidad y que ésta pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, por lo que, sería ilógico que para conseguirlo se le permitiera a la persona con discapacidad donar los bienes que integran la legítima estricta de los demás legitimarios³⁶. Además, como se reitera, estaría excluido todo acto dispositivo que no fuera para atender a la

34 CERVILLA GARZÓN, M.D.: “La sustitución fideicomisaria”, cit., pp. 698- 699, explica que “tanto el fiduciario como el fideicomisario en el fideicomiso de residuo son herederos, aunque en distinto orden, según la voluntad del testador. Lo que sucede es que, para el segundo llamado, la cantidad o patrimonio que va a recibir se encuentra indeterminado, pues su determinación estará en función del uso que el fiduciario haga de la facultad dispositiva que le ha otorgado el testador”.

35 Resolución de 9 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado [BOE de 29 de julio de 2015].

36 MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “Reforma civil en materia”, cit., p. 89.

necesidad de la persona con discapacidad consiguiendo con el mismo un beneficio patrimonial para la persona con discapacidad, de forma contraria, si se llevara a cabo cualquier acto que no respondiera a satisfacer la necesidad de la persona con discapacidad, podría ser impugnado por los fideicomisarios asumiendo estos últimos la carga de la prueba. Es más, la consecución de la protección patrimonial de la persona con discapacidad – fin del fideicomiso de residuo – se consigue sólo admitiendo disposiciones onerosas en las que el beneficio con estas disposiciones se integre en el patrimonio afectado por el fideicomiso³⁷.

Consecuentemente, sólo disposición en contrario del testador convertirá este tipo de sustitución en sustitución fideicomisaria ordinaria en la que el legitimario beneficiado tendrá la obligación de conservar y transmitir a los demás legitimarios los bienes recibidos en virtud de la disposición que el testador hubiera realizado sobre la legítima estricta³⁸.

Ante la sustitución fideicomisaria de residuo, los restantes coherederos sin discapacidad adquirirán en el momento de la restitución los bienes de los que el fiduciario no haya dispuesto onerosamente pues el “artículo 783 del Código Civil permite que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia, en cuanto dispone que el “fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa”. Así, en el fideicomiso de residuo el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y ordena que el resto que quedare en el momento de la restitución pase a otras personas a la que llama sucesivamente a la herencia. [...] También ha de entenderse que la contraprestación adquirida por el fiduciario al enajenar no se entiende que subroga al bien salido del patrimonio, sujeta por tanto a la restitución, salvo voluntad contraria del deudor pues en caso contrario se trataría en realidad de una sustitución íntegra en cuanto a su valor económico y no “de residuo”³⁹. De esta forma, el testador es el árbitro que concede facultades de disposición al fiduciario pues es quien confiere o no facultades de disposición al legitimario con discapacidad⁴⁰.

La modalidad de fideicomiso de residuo puede ser de dos tipos según la doctrina establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴¹. En primer

37 CERVILLA GARZÓN, M.D.: “La sustitución fideicomisaria”, cit., pp. 702- 703.

38 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Las disposiciones testamentarias”, cit. ep. IV.2.

39 STS 7 noviembre 2008 (Tol 1401738).

40 PLANAS BALLVÉ, M.: “La renovada sustitución”, cit., pp. 439- 440.

41 Entre otras STS 21 noviembre 1956 (Tol 4379555); STS 7 enero 1959 (Tol 4348948); STS 29 enero 1962 (Tol 4333606); STS 25 mayor 1971 (Tol 4268706); STS 2 septiembre 1987 (Tol 1739880) y STS 28 enero 2009

lugar, las sustituciones fideicomisarias de residuo *de eo quod supererit* “de lo que quede” que conlleva que el fiduciario tendrá facultades de disposición *inter vivos* sobre concretos bienes fideicomitados pero no sobre todos pues la intención del testador, explica BOTELLO HERMOSA⁴², es que “una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario”.

Y, por otro lado, las sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit* “si queda algo”, en las que no hay límites a la facultad de disposición pues el fiduciario que puede disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitados onerosamente (o de forma gratuita pero para ello necesitara la autorización expresa del testador⁴³) por lo que podría ocurrir que el fideicomisario no recibiera nada⁴⁴. PLANAS BALLVÉ⁴⁵ considera que el legislador español se ha decantado por esta modalidad de fideicomiso “si queda algo” pues el hijo beneficiario podrá disponer de los bienes a título oneroso para sufragar las necesidades originadas por la situación de discapacidad en la que se encuentra. De esta forma, el fideicomisario está sometido a “una condición suspensiva, esto es, a que el heredero fiduciario no haya dispuesto de la totalidad del patrimonio recibido del causante por el primer llamado. Así, para el segundo llamado, el fideicomisario, va a recibir una cantidad indeterminada, porque lo estará en función del uso que el fiduciario haga de la facultad dispositiva que le haya otorgado el testador”.

En suma, si nada prevé el testador, el fiduciario podrá disponer de los bienes a título oneroso *inter vivos* y, en consecuencia, podría ser posible que tras su disposición patrimonial el resto de los legitimarios no recibieran nada o simplemente recibieran lo que el legitimario con discapacidad no hubiera enajenado o el bien equivalente de la enajenación o su sobrante por medio de subrogación real. Esta presunción sólo puede ser desvirtuada por disposición expresa del testador convirtiendo la sustitución en ordinaria.

(Tol 1.448.810).

- 42 BOTELLO HERMOSA, P.: “La legítima estricta”, cit., p. 239. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La reforma del Derecho”, cit., p. 408.
- 43 La STS de 13 de noviembre de 1948 (Tol 4.461.694) en la que se discute el alcance de la sustitución comisaria de residuo establece que “el instituido primeramente en la sustitución fideicomisaria viene obligado a conservar como mero usufructuario los bienes de la herencia y a transmitirlos al sustituto en el momento fijado por él fideicomitente, al paso que el fiduciario de residuo puede disponer de los bienes por acto “inter-vivos” y aun por acto “monis causa”, si para esto hubiera sido autorizado también por el testador, viniendo solamente obligado a restituir lo que le quedase al tiempo de su muerte”
- 44 BARBA, V.: “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, núm. 31, ep. VIII. BOTELLO HERMOSA, P.: “La legítima estricta”, cit., p. 240. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La reforma del Derecho”, cit., p. 408.
- 45 PLANAS BALLVÉ, M.: “La renovada sustitución”, cit., pp. 438-439. En el mismo sentido BOTELLO HERMOSA, P.: “La legítima estricta”, cit., p. 242. CARRIÓN OLMOS, S.: “Un debate abierto”, cit., p. 3026.

V. CONCLUSIONES.

La sustitución fideicomisaria no precisa que el legitimario beneficiado por la misma tenga modificada su capacidad por sentencia judicial pues es suficiente con que la discapacidad se declare en una resolución administrativa.

Asimismo, la sustitución fideicomisaria que se puede atribuir en virtud del párrafo cuarto del artículo 808 CC designa como beneficiarios a los legitimarios con discapacidad y no a ningún otro descendiente, siendo esta una sustitución fideicomisaria de residuo y, siempre y cuando el testador no declare lo contrario. Igualmente, la condición de persona con discapacidad tiene que darse en el momento de la apertura de la sucesión y durante todo el fideicomiso pues, si la persona recuperara su capacidad, la sustitución fideicomisaria se extinguiría y los demás legitimarios podría recibir su legítima estricta.

En cuanto a la posibilidad de que existan varios legitimarios con discapacidad, el legislador no ha establecido si debe hacerse un llamamiento conjunto o sucesivo para beneficiarles con la sustitución fideicomisaria por lo que sería consecuente pensar que el testador podría decidir la constitución de la sustitución en función del grado de discapacidad y la situación patrimonial de cada uno de los legitimarios con discapacidad o, incluso, un llamamiento conjunto de todos los legitimarios con discapacidad.

Al legitimario con discapacidad, fiduciario, podrá otorgársele el tercio de legítima estricta en detrimento de los demás legitimarios (su porción de la legítima estricta en propiedad y la del resto de colegitimarios por fideicomiso) pero, en cuanto, el tercio de mejora y el de libre disposición las posiciones doctrinales son enfrentadas; si bien, la letra de la Ley no dispone nada al respecto y podría entenderse que el testador podría disponer de ellos para otros descendientes o terceras personas, respectivamente. De este modo, es lógico pensar que, si se está gravando el derecho de otros legitimarios respecto de su legítima estricta a favor del legitimario con discapacidad y se está transgrediendo el régimen de legítimas que rige en el Derecho español para proporcionar los cuidados necesario tanto personal como patrimonialmente a la persona con discapacidad, resultaría totalmente irracional no asignar los tercios de mejora y libre disposición al legitimario con discapacidad en favor de descendientes o terceros.

Por último, la modalidad de sustitución fideicomisaria es de residuo, como ya se apuntado y, a raíz de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, bajo la modalidad *si aliquid supererit* "si queda algo", por lo que el legitimario beneficiado por la sustitución podrá disponer de los bienes a título oneroso *inter vivos* pero no a título gratuito ni *mortis causa* y, consecuentemente el fideicomisario podrá o

no recibir algún bien dependiendo de la disposición que haya el fiduciario de los bienes.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: "Las disposiciones testamentarias en beneficio de la persona con discapacidad: la sustitución fideicomisaria", en AA.VV.: *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones* (coord. M. LERDO DE TEJADA, G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, J.P. MURGA FERNÁNDEZ, M. GARCÍA MAYO), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 355- 373.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Artículo 782", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (R. coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1039- 1041.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Artículo 813", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 934- 952.

APARICIO VAQUERO, J.P.: "Artículos 782, 808 y 813.II", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. M.P. GARCÍA RUBIO, M.J. MORO ALMARAZ), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 559- 574.

BARBA, V.: "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, núm. 31.

BOTELLO HERMOSA, P.: "La legítima estricta ¿colectiva? Tras la Ley 8/21", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, núm. 795.

BUSTO LAGO, J.M.: "Artículo 808", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1065- 1066.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: "El fideicomiso de residuo del art. 808.IV CC: cambio de condiciones subjetivas del fiduciario", *Aranzadi Doctrinal*, 8/2021, pp. 27- 44.

CARRIÓN OLMOS, S.: "Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código Civil español?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16bis, pp. 3010- 3039.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: "La sustitución fideicomisaria y la protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer, 2021, pp. 691- 706.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en favor del legitimario con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI* (dir. A. ARRÉBOLA BLANCO), Reus, Madrid, 2023, pp. 641- 677.

DÍAZ ALABART, S.: "Derecho de sucesiones y discapacidad", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 191-238.

DÍAZ ALABART, S.: "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente: art. 808 CC reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Revista de Derecho Privado*, 2004, núm. 88-3, pp. 259- 270.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho transitorio", en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E. TORAL LARA), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 369- 422.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, 2005, núm. 53, pp. 113- 160.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "La sustitución fideicomisaria en favor de personas con discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, 2023, núm. 116, pp. 11- 56.

MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2022, núm. 57, pp. 73- 94.

ORTEGA DOMÉNECH, J.: "Constitución de una sustitución fideicomisaria a favor de heredero con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta: cuestiones y problemas a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", en AA.VV.: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*, (coord. REPRESA POLO, P.), Reus, Madrid, 2022, pp. 87- 163.

PLANAS BALLVÉ, M.: "La renovada sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta: instrumento de protección al hijo con discapacidad", *Revista de Derecho civil*, 2022, núm. 3, pp. 429- 444.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: "La reforma de la sustitución fideicomisaria en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la indisponibilidad de la legítima estricta a favor de los hijos o descendientes", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coord. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.), Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4185- 4206.



LA PROPOSTA DI LEGGE ITALIANA SULLA MATERNITÀ
SURROGATA COME “REATO UNIVERSALE”. ANALISI E
PROSPETTIVE*

*THE ITALIAN BILL ON SURROGATE MOTHERHOOD AS
“UNIVERSAL CRIME”. ANALYSIS AND PROSPECTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 450-465

* Il contributo sviluppa, con l'aggiunta di note e di bibliografia, il testo della comunicazione presentata nell'ambito del Congresso Internazionale "Autonomía privada, familia y herencia", tenutosi il 23/24 novembre 2023, presso l'Università di Siviglia.

Francesca Di
LELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: È attualmente all'esame del Parlamento italiano una proposta di legge, volta a modificare l'art. 12 della Legge n. 40 del 2004, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita. La proposta mira a rendere perseguibile il reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadini italiani. Il predetto articolo già vieta – su suolo italiano – la pratica della maternità surrogata, comminando pene severe per chiunque contribuisca a realizzarla. La modifica in discussione riscrive la norma, nel senso di estendere le pene ivi previste anche per i fatti commessi all'estero, come sovente accade nella pratica.

Il contributo, tenuto conto dei più recenti orientamenti giurisprudenziali domestici e alla luce anche del raffronto con altre esperienze, si propone di riflettere su se la configurazione della maternità surrogata come "reato universale" contenuta nella proposta di legge – al di là della innegabile e condivisibile sottolineatura del disvalore della condotta in questione – possa apportare un reale beneficio sul piano della deterrenza e, al contempo, su quello dell'effettività, offrendo una più incisiva tutela ai nati con tale modalità procreativa, sia con riguardo all'instaurazione dei rapporti parentali sia con riferimento ai profili inerenti all'identità personale.

PALABRAS CLAVE: Maternità surrogata; reato universale; tutela del minore.

ABSTRACT: *The Italian Parliament is currently examining a bill to modify art. 12 of law No. 40 of 2004, establishing rules on medically assisted procreation. The proposal aims to prosecute the crime of surrogate motherhood committed abroad by Italian citizens. The aforementioned article already prohibits in Italy the practice of surrogacy of motherhood, imposing harsh punishments for those who make their contribution to carry it out. The debated amendment rewrites the rule, with the aim of extending the established punishments to the events which are often carried out abroad.*

The paper, taking into account the most recent domestic case-law and also in the light of comparison with other legal experiences, aims to consider whether the configuration of surrogacy as a "universal crime" as covered in the bill – in addition to the undeniable and shareable emphasis put on the disvalue of the conduct in question - can bring a real benefit in terms of deterrence and, at the same time, of effectiveness, offering a more incisive protection to those born from such a procreative practice, both with regard to the establishment of parental relationships and with reference to the profiles inherent in personal identity.

KEY WORDS: *Surrogate motherhood; universal crime; protection of minors.*

SUMARIO.- I. IL DISEGNO DI LEGGE IN DISCUSSIONE IN ITALIA.- II. LE DIRETTRICI SEGNATE DALLA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA NAZIONALE. III. CENNI AL CONTESTO EUROPEO. IV. PROSPETTIVE DERIVANTI DALL'EVENTUALE APPROVAZIONE DELLA PROPOSTA DI INTRODUZIONE DEL "REATO UNIVERSALE".

I. IL DISEGNO DI LEGGE IN DISCUSSIONE IN ITALIA.

Il Parlamento italiano discute, da circa un anno, su di una proposta di legge, approvata in prima seduta dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 2023, e – nel momento in cui si scrive – all'esame del Senato, che mira a rendere la maternità surrogata un "reato universale"¹. Con tale espressione si intende fare riferimento ad un ampliamento della possibilità di perseguire le condotte dirette a realizzare la surrogazione di maternità, che in Italia è già considerata un reato², anche quando commesse da cittadini italiani che si recano in Stati nei quali la pratica è, invece, non solo tollerata o permessa, ma considerata lecita e specificamente regolamentata. È ben noto che il c.d. "turismo procreativo", ormai largamente diffuso, consente di ottenere all'estero l'accesso a tecniche della riproduzione umana vietate nel luogo di origine. Se il ricorso a tali metodiche in altri Stati è in grado di soddisfare i desideri degli aspiranti genitori, le questioni giuridiche che vengono ad essere sollevate sono di indubbia rilevanza, sia per quanto attiene ai criteri di attribuzione dello status al nato e alla stabilità e alla certezza della posizione acquisita, una volta

- 1 Si tratta della Proposta di legge A.C. n. 887, presentata il 15 febbraio 2023, approvata dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 2023, trasmessa al Senato (ora DDL S. n. 824) e assegnata alla relativa Commissione Giustizia. Il testo costituisce il punto di confluenza di analoghi progetti di legge, accomunati dall'intento di contrastare il fenomeno del ricorso all'estero alla maternità surrogata, avvalendosi dello strumento penale per il tramite di una ridefinizione della fattispecie incriminatrice. Più nel dettaglio, sui contenuti dei vari progetti di legge, sulle differenti scelte di *drafting* sottese alle proposte, nonché sull'*iter* susseguitosi, cfr. D'AMICO, M.: "Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento", *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, 2023, n. 4, p. 8 ss. Per i profili penalistici, v. PELISSERO, M.: "Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei Deputati", *sistemapenale.it*, 29 giugno 2021, p. Iss.
- 2 La letteratura italiana in argomento si è fatta nel tempo cospicua. Se fino ad una decina di anni fa il tema era relegato a riflessioni specialistiche, il progressivo affermarsi di questa tecnica procreativa ha fatto emergere una serie di problematiche giuridiche, che hanno destato l'interesse della dottrina e chiamato la giurisprudenza a dirimere delicate questioni: per un inquadramento, riferimenti essenziali in CORTI, I.: "La maternità per sostituzione", in AA.VV., *Il governo del corpo*, t. II (a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI), in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2011, p. 1479 ss.; LORENZETTI, A.: *Maternità surrogata, Digesto Disc. priv.*, Sez. civ., Agg., IV, Utet, Torino, 2011, p. 619 ss. Inoltre, tra i contributi più recenti, che ripercorrono anche le principali posizioni espresse in passato, cfr. DI ROSA, G.: *Famiglia (bioetica e diritto)*, *Enc. dir.*, I Tematici, IV, *Famiglia* (diretto da F. MACARIO), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 395 ss.; GRASSO, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli Editore, Torino, 2022; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, VII ed. (a cura di M. BIANCA e P. SIRENA), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 462 ss.; GIAIMO, G.: "La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica", *Dir. fam. pers.*, 2023, n. 2, p. 698 ss.; RENDA, A.: "Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato", *Europa dir. priv.*, 2023, n. 2, p. 281 ss.

• **Francesca Di Lella**

Ricercatrice confermata di Diritto privato, Università degli Studi di Napoli "Federico II", Dipartimento di Giurisprudenza. E-mail: francesca.dilella@unina.it

rientrato in Italia, sia con riguardo alla tutela del profilo identitario del minore, alle esigenze della sua protezione – materiale e spirituale – nella vita quotidiana, alla instaurazione di rapporti parentali con gli altri membri della famiglia.

La proposta di legge in esame interviene con la tecnica della novellazione, modificando l'art. 12 della Legge n. 40 del 2004, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Il predetto articolo, rubricato "Divieti generali e sanzioni", al comma 6 già vieta la pratica della maternità surrogata³, e commina pene severe, sia detentive che pecuniarie, per chiunque – in qualsiasi forma – la realizzi, organizzi o pubblicizzi⁴; ai commi 9 e 10 prevede, in aggiunta, rispettivamente una sanzione disciplinare accessoria per gli esercenti le professioni sanitarie condannati quali autori delle condotte illecite *de quibus*, e la sospensione o la revoca dell'autorizzazione per la struttura al cui interno è stata eseguita la pratica vietata⁵. La scelta del legislatore italiano appare ancora più netta ove si consideri non solo la previsione della sanzione penale, che è già indice dell'elevato grado di disvalore attribuito dall'ordinamento alla pratica, bensì l'assenza totale – nell'articolato normativo – di regole inerenti allo *status* e/o ad altre forme di tutela del soggetto nato in violazione del divieto. E ciò diversamente da quanto previsto in ordine alla fecondazione eterologa, per la quale l'originario divieto, poi dichiarato

- 3 Tra le differenti tecniche di procreazione medicalmente assistita, la surrogazione di maternità si distingue per la necessità di doversi avvalere del corpo di una donna, che si impegna – gratuitamente o dietro corrispettivo – nei confronti di una coppia committente (eterosessuale o omosessuale) o anche di una persona *single*, a condurre e a portare a termine una gravidanza, e a consegnare dopo il parto il nato. I gameti per la fecondazione dell'embrione "commissionato" possono provenire da soggetti diversi: dalla coppia eterosessuale di aspiranti genitori o da uno dei due componenti; entrambi da donatori esterni o solo da un donatore/donatrice; dalla stessa madre surrogata; da uno dei *partner* di un'unione civile (o di una coppia di fatto o convivente omosessuale) maschile o da entrambi. Sicché la circostanza che, oltre alla eventuale provenienza dei gameti da parte di terzi, è terza, rispetto a coloro che desiderano assumere la responsabilità genitoriale del nato, anche colei che riveste il ruolo di gestante vale a distinguere questa fattispecie dalla fecondazione di tipo eterologo. Peraltro, nella surrogazione la dissociazione tra procreazione e maternità può arrivare a frantumarsi su più figure femminili, potendo risultare coinvolte nella vicenda, come si è rilevato poc'anzi, una madre committente, che intende ricoprire il ruolo di madre legale, una madre gestante, che condurrà a termine la gravidanza (e vale qui ricordare, che ex art. 263 c.c., il fatto naturale del parto identifica, ai sensi del diritto vigente, la madre del nato), e un'eventuale madre genetica, cioè la donatrice dell'ovulo. Sulla disarticolazione del concetto di madre che ne deriva, trasformandosi da categoria unica e stabile in «entità variabile, plurale, connotata da elevato tasso di liquidità e fluidità» v. SCALISI, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, n. 5, p. 1097 ss.
- 4 Nel configurare la surrogazione come un reato, si ritiene che il divieto incarni un principio di ordine pubblico e ne integri il concetto. Le pene previste sono quelle della reclusione, da tre mesi a due anni, e del pagamento di una multa, il cui importo può variare da seicentomila a un milione di Euro. In ordine al reato, cfr. DOLCINI, E.: "La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici", in AA.VV., *Il governo del corpo*, t. II, cit., p. 1550 ss.; VALLINI, A.: "Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)", *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2016, p. 705 ss. La violazione di sistema della maternità surrogata è stata rinvenuta dalla giurisprudenza nella frizione con principi fondamentali dell'ordinamento, quali l'indisponibilità degli *status* nei rapporti di filiazione e la tutela della dignità della donna, nonché con l'istituto dell'adozione. Il divieto della pratica, penalmente sanzionato, si riflette sul piano civilistico nella opinione maggioritaria che considera invalidi – *rectius* nulli – i contratti conclusi tra i committenti e la gestante.
- 5 È disposta la sospensione, da uno e tre anni, dall'esercizio della professione per il medico; per la struttura, che, ai sensi di legge (v. artt. 10 e 11, l. n. 40/2004), può operare nel campo della procreazione medicalmente assistita solo previa autorizzazione e iscrizione obbligatoria in apposito Registro, è prevista la sospensione di tale autorizzazione per un anno, e – nel caso di recidiva – la revoca della stessa. Al riguardo, v. DOLCINI, E.: "La procreazione medicalmente assistita", cit., pp. 1551 e 1583 s.

incostituzionale dalla Consulta⁶, era tuttavia accompagnato da disposizioni (rimaste vigenti anche dopo la caducazione del divieto) miranti a precludere l'esercizio delle azioni dirette a rimuovere lo stato filiale acquisito dal nato, sulla base del consenso alla vicenda procreativa prestato dal genitore non biologico.

Orbene, la modifica proposta nel disegno di legge riscrive l'articolo 12, integrandolo nel senso di estendere le pene ivi previste anche per i fatti commessi all'estero: ciò che, in buona sostanza, si verifica nella pratica. L'aggiunta, in fine al comma 6 nel testo novellato dell'articolo come approvato in prima lettura, dunque, così recita: "Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana".

Nelle intenzioni del legislatore, la modifica si rende necessaria di fronte al dilagare del fenomeno della maternità surrogata, soprattutto in Paesi come l'India, gli Stati Uniti e il Canada; fenomeno che si sta trasformando in un vero e proprio *business*, senza che si tenga in alcun conto né la posizione della gestante, il cui corpo viene sfruttato e che non può vantare alcun diritto verso il figlio che pure contribuisce a generare, né quella dei minori, che divengono oggetto di un atto di cessione, nonostante essi siano oggi destinatari di una pluralità di atti e convenzioni internazionali, volti a fornire loro misure di protezione e di promozione. L'esigenza di condannare la pratica e di arginarne la diffusione, del resto, risulta avvertita a tutti i livelli, perché in contrasto con principi bioetici fondamentali; tuttavia, secondo i proponenti, l'esistenza di un vuoto di tutela ha messo i giudici di fronte a problemi interpretativi di non facile ed univoca soluzione, sia sul piano penalistico che su quello civilistico. Di qui la necessità avvertita dall'odierno legislatore di intervenire rendendo perseguibili e punibili, con le sanzioni già previste dalla l. n. 40/2004, anche coloro che si recano all'estero per ottenere un figlio mediante una madre sostituta, seppure lo facciano in Paesi nei quali la pratica riproduttiva è consentita e disciplinata⁷.

Sul piano più squisitamente tecnico, accanto alle motivazioni politiche, la proposta di legge in esame considera quali nodi critici nel diritto vigente, in assenza tra l'altro di una casistica relativa a fatti commessi in Italia, *in primis* la stessa definizione della fattispecie delittuosa, non tanto per la condotta penalmente rilevante, che risulta sufficientemente descritta dalla norma, quanto per i dubbi

6 Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, *Europa dir. priv.*, 2014, n. 3, p. 1105 ss., con nota di CASTRONOVO, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale".

7 Queste, in sintesi, le motivazioni a supporto della proposta di legge, che possono leggersi nel testo presentato nel febbraio 2023 dalla Camera dei Deputati e reperibile sul sito istituzionale dell'organo. V. anche, per completezza, la Relazione di minoranza, presentata in pari data e *ivi* reperibile, con le ragioni a sostegno di emendamenti soppressivi e sostitutivi, che sostanzialmente ruotano intorno a una valutazione di inutilità della proposta e all'idea che, al contrario, sia opportuno disciplinare forme di maternità surrogata di tipo "solidale".

circa l'individuazione degli autori del reato. Inoltre, sempre con riferimento ai profili penali, i proponenti rilevano l'impossibilità di perseguire i rei oltre i confini nazionali. Sul punto, difatti, la Cassazione ha esplicitamente escluso l'applicabilità dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 ai fatti commessi all'estero, poiché, affinché un reato commesso in parte in altro Stato possa rientrare nell'ambito della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p.⁸, è necessario che almeno un frammento significativo e collegabile eziologicamente alla restante parte della condotta integrante la fattispecie incriminatrice sia compiuto su suolo nazionale⁹. Con riguardo al diverso problema della trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero, che rappresenta di regola il portato finale della vicenda, la giurisprudenza penale ha dibattuto circa l'inquadramento della figura nell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 567 c.p. (reato di alterazione di stato) o di cui all'art. 496 c.p. (reato di false dichiarazioni sulla identità); mentre, la giurisprudenza civile di legittimità ha negato la possibilità della trascrizione per contrarietà all'ordine pubblico.

Insomma, è in una cornice complessa e ancora foriera di molte incertezze che va inquadrata la proposta di rendere "universale" il reato di surrogazione di maternità¹⁰.

Per cercare di capire quali vantaggi possa apportare al diritto vigente l'eventuale approvazione del disegno di legge e quali possano essere le ricadute in termini di tutela del nato, sembra opportuno ricordare, sia pure molto sinteticamente, gli esiti del dibattito sul tema, e, soprattutto, gli ultimi approdi della giurisprudenza nazionale.

II. LE DIRETTRICI SEGNATE DALLA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA NAZIONALE.

Su di un tema così ampiamente dibattuto a livello internazionale, la Corte di Cassazione italiana, con la recente sentenza n. 38162, resa a Sezioni Unite nel

8 La norma richiede che l'azione o l'omissione siano avvenute, in tutto o in parte, nel territorio dello Stato, o che in esso si sia verificato l'evento che ne è la conseguenza.

9 V., da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 5198, in *Diritto & Giustizia*, 11 febbraio 2021, che ha affermato che il reato di surrogazione di maternità commesso all'estero si consuma nel luogo in cui si sottoscrive il relativo contratto e con il compimento della gestazione per conto altrui, che si conclude con la nascita del figlio, non avendo rilevanza penale, ai fini dell'applicazione della legge italiana, le condotte iniziali volte ad acquisire informazioni sulla fattibilità della pratica, anche se poste in essere in territorio italiano. Un generico proposito, privo di concretezza e specificità, di commettere all'estero fatti delittuosi, anche se poi ivi realizzati, non vale, pertanto, a radicare la giurisdizione italiana. Di tal che la sanzione penale finisce per risultare svuotata, perché inapplicabile se la surrogazione è compiuta da cittadini italiani all'estero in conformità della legge ivi vigente. In dottrina, cfr. SCALISI, V.: "Maternità surrogata", cit., p. 1098 ss., il quale rileva una «strisciante depenalizzazione» ad opera di una giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che non ha potuto condannare i trasgressori.

10 Per un approfondimento delle motivazioni che sorreggono il progetto di legge, v. il Dossier n. 31 (giugno 2023), redatto dalla Camera dei Deputati, e il Dossier del Servizio Studi del Senato (ottobre 2023), entrambi consultabili sui rispettivi siti istituzionali. Per un'analisi delle criticità, v. PELLISSERO, M.: "Surrogazione di maternità", cit., p. 1 ss.

2022¹¹, ha indicato ferme direttrici da seguire, sottolineando due punti di particolare rilevanza. Da un lato, ha ribadito, in linea con la costante giurisprudenza¹², che la pratica della maternità surrogata, quale che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Dall'altro, ha sottolineato l'esigenza di tutelare il minore nato da gestazione per altri con il riconoscimento di uno *status filiationis* conforme al suo superiore interesse; tutela che potrà essere garantita – non già ammettendo la automatica trascrizione degli atti di nascita formati all'estero o la delibazione di provvedimenti stranieri di accertamento della genitorialità dei committenti – ma mediante il ricorso al giudice, chiamato a vagliare la richiesta di adozione in casi particolari, da parte del genitore d'intenzione, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983. Quest'ultima forma di adozione, allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, risulta essere l'unica strada percorribile per dare un riconoscimento giuridico, col conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto che si sia instaurato con il coniuge o con il *partner* del genitore genetico, che con questi abbia condiviso il disegno procreativo e abbia concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita.

La decisione, commentata con favore dalla dottrina maggioritaria, seppure con posizioni diversificate¹³, fa leva, senza tentennamenti, sulla configurazione della maternità surrogata alla stregua di un "mercimonio", perché, da un lato, comporta lo sfruttamento del corpo della donna, ridotto a una incubatrice, e implica l'utilizzo a vantaggio di altri delle sue funzioni riproduttive, e, dall'altro, considera il nato come un "prodotto" da consegnare ai committenti. Nella ricostruzione operata, la Corte sottolinea, altresì, la lesione della dignità del nascituro, parificato a una *res* e esposto al rischio di incertezze sia in ordine alla sua identità che all'acquisizione di

11 Cass., Sez. un., 31 dicembre 20220, n. 38162, *Fam. dir.*, 2023, n. 5, p. 408 ss., ed *ivi* i commenti di SESTA, M.: "Nota introduttiva", p. 427 ss.; RECINTO, G.: "Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità", p. 430 ss.; DOGLIOTTI, M.: "Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230", p. 437 ss.; SPADAFORA, A.: "Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?", p. 456 ss.

12 V. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Corr. giur.*, 2015, n. 4, p. 471 ss., con nota di RENDA, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore"; Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, n. 4, I, p. 546 ss., con nota *ivi*, p. 540 ss., di GORGONI, A.: "Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello *status filiationis*"; Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Corr. giur.*, 2019, n. 10, p. 1198 ss., con note di GIUNCHEDI, D.: Maternità surrogata tra ordine pubblico, *favor veritatis* e dignità della maternità", e di WINKLER, M.: "Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?"; Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, *Famiglia*, 2021, n. 3, p. 391 ss., con nota di PINACE MORELLI, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte Costituzionale, in attesa del legislatore".

13 Riassumono molto efficacemente i principali punti di vista al riguardo PATTI, S. e BIANCA, M.: "Le Sezioni Unite e la maternità surrogata (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162). Riflessioni a confronto", *rivistafamiglia.it*, 21 marzo 2023, p. 1 ss. Più ampiamente, oltre agli Autori indicati in nota 11, cfr. anche le riflessioni di CALDERAI, V.: "La dignità umana, *legal irritant* del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022", *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, n. 3, II, p. 668 ss.; FERRANDO, G.: "Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, n. 2, II, p. 377 ss.; SALVI, G.: "Ancora un no (forse definitivo) delle Sezioni unite a seguito di gestazione per altri", *Giur. it.*, 2023, n. 11, p. 2320 ss.

uno status giuridico, e riporta il minore e i suoi diritti al centro della scena, mirando ad armonizzare la sua tutela con la tenuta dell'ordine pubblico incarnato nel divieto della surrogazione. Rivestono, pertanto, un ruolo secondario e senz'altro recessivo nella vicenda della surrogazione gli altri interessi che pure vengono coinvolti, quali il (legittimo) desiderio di genitorialità di una coppia che non riesce ad avere figli e l'autodeterminazione di una donna, che consapevolmente, magari anche solo per spirito solidaristico, decide di portare avanti una gestazione per altri.

In linea con quanto sostenuto dalla precedente giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nella pronuncia della Cassazione resta, dunque, ben saldo il giudizio di netto disvalore delle condotte volte a realizzare la maternità surrogata, senza che ciò metta in ombra la posizione di chi è già nato mediante l'utilizzo della metodica, il cui interesse, anzi, emerge con maggiore evidenza e reclama riconoscimento e protezione da parte dell'ordinamento. Le Sezioni Unite finiscono, così, per comporre con equilibrio le diverse istanze che ruotano intorno alla surrogazione: disincentivare la pratica e, al tempo stesso, stimolare la ricerca degli strumenti giuridici più idonei ad apprestare una tutela piena al nato, ispirandosi al suo preminente interesse, e a definirne una condizione giuridica che contempra gli stessi diritti spettanti a tutti i minori, per evitare intollerabili discriminazioni connesse alle diverse modalità della nascita.

III. CENNI AL CONTESTO EUROPEO.

La decisione della Cassazione italiana si allinea alla posizione di molti altri Paesi europei e appare aderente ai principi espressi in più occasioni dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ha riconosciuto la discrezionalità degli Stati nella scelta degli strumenti idonei a realizzare la tutela del nato da surrogazione. Discrezionalità, peraltro, ribadita di recente nel Parere consultivo formulato in applicazione del 16° Protocollo della Convenzione e sollecitato dalla Cassazione francese¹⁴.

Va, inoltre, osservato che il pronunciamento delle Sezioni Unite del 2022 sposa argomentazioni e soluzioni analoghe a quelle del Tribunale Supremo spagnolo, che, nella decisione del 31 marzo 2022, n. 277¹⁵, ha fortemente stigmatizzato la "reificazione" del nato da madre surrogata, in quanto oggetto di un mercimonio. Il riferimento alla lesione della dignità del nascituro, peraltro, è senz'altro un

14 Per riferimenti anche a contesti extraeuropei, si rinvia a GIAMO, G.: "La gestazione per altri", cit., p. 698 ss.; v., inoltre, SCIANCALEPORE, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *Comparazione e diritto civile*, 2021, n. 2, p. 445 ss.; BORTOLU, T.: "La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17 bis, p. 460 ss.

15 La decisione è reperibile in *poderjudicial.es*.

dato costante, che emerge dall'intero sistema spagnolo ed è valorizzato dalla giurisprudenza¹⁶.

Nel caso di specie, il Tribunale Supremo ha cassato una sentenza che aveva riconosciuto la filiazione per possesso di stato a favore della committente (*single*) di un bambino nato in Messico, e ha stabilito che, in casi siffatti, la via per determinare la filiazione debba essere quella dell'adozione, una soluzione che si pone in linea con quanto dichiarato nel parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019, appena richiamato. Lo studio delle circostanze socio-familiari e la valutazione sull'idoneità dell'adottante o degli adottanti non devono essere ritenuti un ostacolo per soddisfare l'interesse superiore del minore. Il procedimento per l'adozione è teso a proteggere tale interesse e, talvolta, l'*iter* è celere. L'art. 176, comma 2, par. 3, del Codice civile spagnolo non esige la previa dichiarazione di idoneità in caso di affidamento preadottivo o quando il minore sia stato sotto la tutela dell'adottante da più di un anno. Questa soluzione fa sì che l'interesse del minore sia valutato in concreto ed è volta a proteggere i diritti delle madri gestanti e dei bambini in generale, meritevoli di tutela, che risulterebbero gravemente lesi se si facilitasse la gestazione surrogata commercializzando l'attività delle agenzie di intermediazione. Queste ultime potrebbero assicurare ai potenziali clienti il riconoscimento quasi automatico in Spagna della filiazione risultante da un contratto di gestazione surrogata, nonostante questo comporti la violazione dei diritti delle madri gestanti e degli stessi bambini, trattati come semplice merce, e senza aver verificato l'idoneità dei committenti per essere riconosciuti titolari della potestà genitoriale del minore¹⁷. In altri termini, è ribadita la nullità dei contratti di affitto di utero e, a fronte di fatti consumati, il riconoscimento della relazione filiale, che può avvenire solo per il tramite dell'adozione¹⁸.

IV. PROSPETTIVE DERIVANTI DALL'EVENTUALE APPROVAZIONE DELLA PROPOSTA DI INTRODUZIONE DEL "REATO UNIVERSALE".

Alla luce del quadro brevemente delineato, occorre ora riflettere su se la configurazione della maternità surrogata come "reato universale" contenuta nella proposta di legge attualmente in discussione in Italia – al di là della innegabile e condivisibile sottolineatura del disvalore della condotta in questione – possa

16 Per un quadro ampio del sistema spagnolo in tema di maternità surrogata v. DE VERDA Y BIAMONTE, R.: "Interés superior del menor y maternidad subrogada: estado de la cuestión en el derecho español", in AA.VV., *The best interest of the child*, (a cura di M. BIANCA), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, p. 131 ss.

17 La sintesi del caso su riportata è di GUERRERO PICÒ, C.: "Tribunale supremo, sentenza n. 277/2022, del 31 marzo, sul riconoscimento della filiazione a favore della madre committente in caso di maternità surrogata", *cortecostituzionale.it, Servizio Studi Area di Diritto Comparato*, 29 aprile 2022.

18 Più ampiamente sulla decisione cfr. BORTOLU, T.: "La gestazione per altri", cit., p. 466 ss.

apportare un reale contributo nella risoluzione delle delicate questioni che la pratica della maternità surrogata solleva sul piano giuridico.

Al riguardo, vanno valutati due distinti profili – quello della deterrenza e quello dell'effettività della tutela del nato a séguito dell'applicazione della metodica –, per poi verificare le possibili intersezioni tra i due piani di analisi e l'utilità del risultato finale.

Quanto al primo degli accennati profili, non vi è dubbio che stigmatizzare ulteriormente le condotte integranti la fattispecie penalmente rilevante della surrogazione di maternità, rendendole perseguibili anche quando commesse all'estero, possa indurre – sul piano emotivo prima ancora che su quello della coscienza giuridica – gli aspiranti genitori a desistere dalla conclusione di contratti a tal fine preordinati e a ricercare altre soluzioni al problema della sterilità/infertilità, nel perimetro delle possibilità offerte dalla legge. Un effetto dissuasivo nei confronti dei cittadini italiani committenti, implicato nella consapevolezza di incorrere nelle sanzioni previste dalla l. n. 40/2004, pare perciò, innegabile¹⁹.

Vi è in dottrina chi ha segnalato che il voluto effetto di deterrenza nei confronti dei committenti potrebbe rivelarsi, invece, addirittura controproducente, dal momento che la coppia, al fine di aggirare le sanzioni, potrebbe evitare di richiedere poi la trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello Stato civile nazionale, lasciando il minore sprovvisto di un legame giuridico quantomeno con uno dei componenti della coppia (il genitore non genetico ma c.d. intenzionale). La minaccia della sanzione penale presenterebbe così scarsa efficacia deterrente, denotando carattere solo ideologico, e affievolirebbe la tutela del nato da surrogazione, in violazione dei principi costituzionali e convenzionali sovranazionali, che impongono la prevalenza del suo interesse nel bilanciamento con altri diritti costituzionalmente rilevanti. In sostanza, secondo questa opinione, la proposta di legge finisce per palesare una incoerenza tra finalità dichiarata – combattere il turismo procreativo – e mezzi apprestati per il suo ottenimento, in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza, di cui all'art. 3, comma 1, Cost.²⁰.

19 Apre all'idea della previsione di un reato universale o di un'illiceità del contratto a carattere universale, ricordando anche il suggerimento in tal senso formulato in un parere del Comitato di Bioetica spagnolo nel 2017, BIANCA, M.: "Il *best interest of the child* nel dialogo tra le Corti", in AA.VV., *The best interest of the child*, (a cura di M. BIANCA), cit., pp. 672 s. e 689, purché però l'opera di composizione degli interessi in gioco non si arresti sul fronte della sanzione penale, ma affronti il problema a tutto tondo, ricercando sia strumenti per disincentivare la pratica sia strade nuove per soddisfare le aspirazioni genitoriali e tutelare il nato. Seppure con riguardo ad un precedente disegno di legge (DDL Pillon, n. 1024 del gennaio 2019), l'A. fa notare che un ordinamento che si preoccupasse unicamente di sanzionare il fenomeno senza occuparsi di risolvere il problema del nato contribuirebbe all'aumento di minori in stato di abbandono, tradendo il loro diritto, riconosciuto a livello internazionale, ad avere una famiglia (ivi, p. 672, nota 14). Adde in tal senso, LUCCIOLI, G.: "La maternità surrogata e l'interesse del minore", in AA.VV., *The best interest of the child*, (a cura di M. BIANCA), cit., p. 72 s., la quale reputa comprensibile, anche se difficile da percorrere, la linea di quei movimenti che invocano la configurazione di un reato universale, al fine di porre termine a una nuova forma di schiavitù, realizzata dal mondo ricco e civilizzato a svantaggio di Paesi e soggetti più poveri.

20 Cfr. D'AMICO, M.: "Il "reato universale" di maternità surrogata", cit., p. 14 ss.

Sotto altro aspetto, la previsione del “reato universale” varrebbe a ribadire la netta contrarietà dell’ordinamento italiano verso una pratica considerata lesiva dei suoi principi fondanti e integranti la nozione di ordine pubblico. Di tanto, invero, non si avverte granché il bisogno, di fronte ad un divieto legale della pratica di surrogazione, già qualificata in termini di reato e presidiata da pene severe, e considerate le posizioni consolidate della giurisprudenza domestica, che – nel riscrivere in molti punti la l. n. 40/2004, per adeguarla al dettato costituzionale, oltre che nell’interpretarla – non ha mai scalfito la vigenza del divieto, confermandone la legittimità costituzionale²¹. Sotto l’aspetto, dunque, che travalica la dimensione della deterrenza nei confronti dei soggetti privati coinvolti nella vicenda riproduttiva (committenti, medici, madre surrogata, donatori etc.)²², la trasformazione in legge della proposta, cristallizzando in precetto normativo l’estensione della punibilità all’estero, potrebbe al più sortire l’effetto di scoraggiare iniziative politiche di segno contrario, volte ad una regolamentazione di forme di maternità surrogata di tipo solidale, pure presentate in Parlamento, attesa la già estrema difficoltà di disciplinare le materie eticamente sensibili.

Problematico si presenta, inoltre, il perseguimento delle condotte incriminate sul terreno pratico. Molteplici problematiche compaiono all’orizzonte, che vanno dalle obiettive difficoltà nell’acquisizione di elementi probatori per fatti commessi all’estero, ai dubbi avanzati dalla dottrina penalistica sull’operatività o no del criterio della doppia incriminazione²³, che implicherebbe la necessità che lo Stato estero annetta lo stesso giudizio di disvalore alle condotte incriminate (circostanza, questa, poco verosimile), fino alla possibile compromissione dei rapporti con gli Stati nei quali la pratica è considerata legittima, laddove il criterio della extraterritorialità andrebbe ad impattare su soluzioni normative eterogenee, adottate a livello europeo ed extraeuropeo²⁴. Inoltre, è stato fatto notare in sede di audizioni sui progetti di legge, che, ricadendo la fattispecie nell’ambito di applicazione dell’art. 9, comma 2, c.p., norma che reca la disciplina dei delitti comuni del cittadino all’estero, la punibilità dei committenti italiani per fatti compiuti all’estero risulterebbe condizionata dalla richiesta del Ministro della Giustizia²⁵. Sembra, insomma, che sotto il profilo della deterrenza e della punizione, al di là delle condivisibili

21 V. Corte Cost. n. 162/2014, cit.

22 Già sotto la lente dell’opportunità del rafforzamento delle misure di contrasto al fenomeno, giudica inutile la scelta contenuta nella proposta di legge D’AMICO, M.: “Il “reato universale” di maternità surrogata”, cit., p. 12 ss., posto che condotte e sanzioni sono definite nella l. n. 40/2004, che descrive una fattispecie precisa e non generica, rispettosa del principio di determinatezza della legge penale. Ma, l’A. ne rileva, altresì, la non appropriatezza dal punto di vista della legittimità costituzionale, perché la proposta urta con il principio che impone il ricorso alla sanzione penale solo quale *extrema ratio*, in mancanza di altri strumenti deflattivi e punitivi.

23 Sul punto, v. PELISSERO, M.: “Surrogazione di maternità”, cit., p. 5 s.

24 Cfr., *amplius*, D’AMICO, M.: “Il “reato universale” di maternità surrogata”, cit., pp. 17 ss. e 33, nonché PELISSERO, M., *op. loc. ult. cit.*

25 Le indicazioni rese in sede di audizioni sono di PELISSERO, M.: “Surrogazione di maternità”, cit., *passim*, al quale si rinvia per una puntuale analisi degli aspetti penalistici della proposta di legge in esame.

intenzioni, la configurazione in termini "universali" della fattispecie delittuosa non sia in grado di imprimere efficienza al rimedio.

Quanto al più pregnante e delicato profilo della tutela del nato da maternità surrogata, il disegno di legge non va nella direzione indicata dalle Sezioni Unite della Cassazione, in quanto non contiene norme volte a disciplinare lo *status* del nato²⁶. La ricerca del *best interest of the child* e degli strumenti giuridici più idonei alla sua realizzazione in concreto non trova risposta, neanche indiretta, nella proposta di introduzione del "reato universale". Ammesso che quest'ultimo possa concorrere, sia pure in misura limitata, a una diminuzione del ricorso alla surrogazione e, quindi, del contenzioso da esso originato, resta aperta la questione di una tutela – che sia celere ed efficace – dei minori coinvolti. La perseguibilità dei committenti (e, in astratto, degli eventuali altri soggetti che concorrono alla realizzazione della fattispecie penale oltre i confini nazionali), in altri termini, non pare avere punti di intersezione con i diversi problemi, che riguardano la certezza dello *status* filiale del nato, la responsabilità legale e le necessità legate alla sua crescita e accudimento, la rete parentale in cui è inserito²⁷, l'esigenza di una costruzione della identità personale del minore, nella quale non sia – se lo desidera – aprioristicamente obliterata la possibilità di conoscere la sua origine biologica e genetica e la storia della sua venuta al mondo.

Esclusa l'automaticità della trascrizione dei certificati di nascita redatti all'estero o della delibazione di provvedimenti giudiziari stranieri, che non consente di filtrare adeguatamente quale sia, nel caso specifico, l'interesse del minore, il legislatore dovrebbe mettere mano all'istituto dell'adozione, rendendo più spedito ed efficiente il relativo procedimento e fissando regole certe per l'attribuzione della genitorialità per i nati da surrogazione di maternità²⁸, al fine di rispondere a esigenze di tutela che erano impensabili all'epoca in cui le norme furono varate. Non solo, ma bisognerebbe colmare i vuoti di tutela del nato da surrogazione per ipotesi quali il rifiuto successivo o l'impossibilità del genitore di intenzione, che abbia concorso nella realizzazione del progetto procreativo, ad assumere la responsabilità legale del minore. Basti pensare ad un recente caso deciso dal Tribunale di Milano, che ha autorizzato la trascrizione di un certificato di nascita redatto all'estero, dal quale risultava la doppia paternità di un bambino nato da gestione per altri, a séguito dell'impossibilità per il genitore intenzionale di

26 In tal senso, v. SPADAFORA, A.: "Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?", cit., p. 458; D'AMICO, M.: "Il "reato universale" di maternità surrogata", cit., p. 20 ss.

27 Questo profilo, invero, come è noto, risulta superato da Corte Cost., 28 marzo 2022, n. 79, *Foro it.*, 2022, c. 2926 ss., che ha rimosso l'impedimento alla costituzione di rapporti con i parenti dell'adottante.

28 Muove in questa direzione autorevole dottrina: v. BIANCA, M.: "Il *best interest of the child* nel dialogo tra le Corti", cit., p. 685 ss.; EAD.: "Le Sezioni Unite e la maternità surrogata", cit., p. 7 ss., la quale auspica una riforma complessiva dell'istituto dell'adozione per adeguare il sistema ai mutati assetti familiari; riforma nella quale intravede, oltre alla soluzione del problema stringente dei minori in stato di abbandono, la possibilità di arginare o quantomeno temperare anche il fenomeno della surrogazione.

avanzare in Italia la domanda di adozione in casi particolari, essendo deceduto il genitore biologico, che avrebbe dovuto prestare il suo consenso nell'ambito della procedura²⁹. Ora, è evidente che la soluzione di casi così delicati non possa essere lasciata alla variabile del radicamento della competenza del giudice adito, che apre la strada a provvedimenti che non vanno nella direzione della certezza del diritto.

I limiti delle presenti riflessioni non consentono di esaminare in questa sede le proposte avanzate dalla dottrina³⁰. Qui si vuole solo sottolineare la complessità delle tante questioni implicate nel divieto di maternità surrogata, che rende ancora più evidente l'insufficienza della proposta di legge diretta ad estendere la giurisdizione italiana per i fatti commessi all'estero.

In definitiva, sarebbe necessario un intervento ben più organico del legislatore, che vada oltre la limatura del reato di surrogazione nel senso voluto nella proposta di legge esaminata. Irrobustire il divieto già esistente, estendendone geograficamente la punibilità, al fine di disincentivare una pratica lesiva della dignità della donna e del minore – soggetto ancora più vulnerabile perché reso oggetto della vicenda procreativa – risulta rimedio poco efficace, sconta difficoltà sul piano pratico e, comunque, non serve fin quando ci sarà anche un solo bambino a reclamare il riconoscimento di una condizione giuridica che non sia deteriore rispetto a quella di cui gode ogni altro suo simile.

29 Trib. Milano, 24 aprile 2023, *rivistafamiglia.it*, 26 luglio 2023, con nota di CARBONE, P.L.: "Gestazione per altri e indicazione nell'atto di nascita italiano del genitore intenzionale. Una (obbligata) ridefinizione dei confini del *best interest* del minore da parte del Tribunale di Milano".

30 Accanto alle due posizioni principali per la tutela del nato da surrogazione, emerse nel dibattito su ripercorso in sintesi (trascrivibilità dei certificati di nascita redatti all'estero o delibazione dei provvedimenti giudiziari di accertamento della genitorialità e adozione in casi particolari) sono state avanzate proposte ricostruttive che fanno leva su altre norme presenti nell'ordinamento, quali l'art. 128, comma 3, c.c., o l'art. 279 c.c. Senza poter qui approfondire, si rinvia, in particolare, ai contributi di NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa dir. priv.*, 2019, n. 3, p. 759 ss.; PERLINGIERI, G.: "In tema di ordine pubblico", *Rass. dir. civ.*, 2021, n. 4, p. 1397 ss.; CALDERAI, V.: "La dignità umana", cit., p. 674 ss.; RENDA, A.: "Ancora sulla surrogazione di maternità", cit., p. 304 ss.

BIBLIOGRAFIA

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, VII ed. (a cura di M. BIANCA e P. SIRENA), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 462 ss.

BIANCA, M.: "Il *best interest of the child* nel dialogo tra le Corti", in AA.VV., *The best interest of the child*, (a cura di M. BIANCA), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, p. 669 ss.

BORTOLU, T.: "La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, n. 17 bis, p. 460 ss.

CALDERAI, V.: "La dignità umana, *legal irritant* del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022", *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, n. 3, II, p. 668 ss.

CARBONE, P.L.: "Gestazione per altri e indicazione nell'atto di nascita italiano del genitore intenzionale. Una (obbligata) ridefinizione dei confini del *best interest* del minore da parte del Tribunale di Milano", *rivistafamiglia.it*, 26 luglio 2023, p. 1 ss.

CASTRONOVO, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale", *Europa dir. priv.*, 2014, n. 3, p. 1117 ss.

CORTI, I.: "La maternità per sostituzione", in AA.VV., *Il governo del corpo*, t. II (a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI), in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2011, p. 1479 ss.

D'AMICO, M.: "Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento", *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, 2023, n. 4, p. 4 ss.

DE VERDA Y BIAMONTE, R.: "Interés superior del menor y maternidad subrogada: estado de la cuestion en el derecho espanol", in AA.VV., *The best interest of the child*, (a cura di M. BIANCA), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, p. 131 ss.

DI ROSA, G.: *Famiglia (bioetica e diritto)*, *Enc. dir., I Tematici*, IV, *Famiglia* (diretto da F. MACARIO), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 389 ss.

DOGLIOTTI, M.: "Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230", *Fam. dir.*, 2023, n. 5, p. 437 ss.

DOLCINI, E: "La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici", in AA.VV., *Il governo del corpo*, t. II, (a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI), in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2011, p. 1537 ss.

FERRANDO, G.: "Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, n. 2, II, p. 377 ss.

GIAIMO, G.: "La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica", *Dir. fam. pers.*, 2023, n. 2, p. 698 ss.

GIUNCHEDI, D.: Maternità surrogata tra ordine pubblico, *favor veritatis* e dignità della maternità", *Corr. giur.*, 2019, n. 10, p. 1112 ss.

GORGONI, A.: "Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello *status filiationis*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, n. 4, I, p. 540 ss.

GRASSO, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli Editore, Torino, 2022.

GUERRERO PICÒ, C.: "Tribunale supremo, sentenza n. 277/2022, del 31 marzo, sul riconoscimento della filiazione a favore della madre committente in caso di maternità surrogata", *cortecostituzionale.it*, Servizio Studi Area di Diritto Comparato, 29 aprile 2022.

LORENZETTI, A.: *Maternità surrogata*, *Digesto Disc. priv.*, Sez. civ., Agg., IV, Utet, Torino, 2011, p. 619 ss.

LUCCIOLI, G.: "La maternità surrogata e l'interesse del minore", in AA.VV., *The best interest of the child*, (a cura di M. BIANCA), Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, p. 69 ss.

NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa dir. priv.*, 2019, n. 3, p. 713 ss.

PATTI, S. e BIANCA, M.: "Le Sezioni Unite e la maternità surrogata (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162). Riflessioni a confronto", *rivistafamiglia.it*, 21 marzo 2023, p. I ss.

PELISSERO, M.: "Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei Deputati", *sistemapenale.it*, 29 giugno 2021, p. I ss.

PERLINGIERI, G.: "In tema di ordine pubblico", *Rass. dir. civ.*, 2021, n. 4, p. 1382 ss.

PINACE MORELLI, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte Costituzionale, in attesa del legislatore", *Famiglia*, 2021, n. 3, p. 406 ss.

RECINTO, G.: "Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità", *Fam. dir.*, 2023, n. 5, p. 430 ss.

RENDA, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", *Corr. giur.*, 2015, n. 4, p. 474 ss.

RENDA, A.: "Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato", *Europa dir. priv.*, 2023, n. 2, p. 281 ss.

SALVI, G.: "Ancora un no (forse definitivo) delle Sezioni unite a seguito di gestazione per altri", *Giur. it.*, 2023, n. 11, p. 2320 ss.

SCALISI, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, n. 5, p. 1097 ss.

SCIANCELEPORE, G.: "La maternità surrogata. Profili comparatistici", *Comparazione e diritto civile*, 2021, n. 2, p. 445 ss.

SESTA, M.: "Nota introduttiva", *Fam. dir.*, 2023, n. 5, p. 427 ss.

SPADAFORA, A.: "Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?", *Fam. dir.*, 2023, n. 5, p. 456 ss.

VALLINI, A.: "Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)", *Enc. dir., Annali*, IX, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2016, p. 696 ss.

WINKLER, M.: "Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?", *Corr. giur.*, 2019, n. 10, p. 1225 ss.

**CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y CRISIS
MATRIMONIAL: REFLEXIONES EN TORNO A LA
EDUCACIÓN RELIGIOSA DE LOS HIJOS COMUNES Y LOS
PLANES DE COPARENTALIDAD**

***PARENTAL CO-RESPONSIBILITY AND MARITAL CRISIS:
REFLECTIONS REGARDING THE RELIGIOUS EDUCATION OF
COMMON CHILDREN AND CO-PARENTING PLANS***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 466-497

M^a Rosa
GARCÍA
VILARDELL

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La decisión de elegir el tipo de formación religiosa, moral o ideológica para los hijos se ha convertido en uno de los caballos de batalla con los que se han venido enfrentando los Tribunales hoy en día, debido precisamente a los desacuerdos de los padres en torno a cuestiones religiosas, tales como: las relativas a la práctica de actos religiosos y de culto, a la participación de determinadas creencias religiosas o en torno a la recepción o no de educación religiosa, por ejemplo. En esta línea, el plan de parentalidad o plan contradictorio se configura como una herramienta que sirve de "manual de instrucciones" y, si bien el Código Civil no contempla su regulación, puede resultar un instrumento eficaz para prever el tipo de formación y educación que van a recibir los hijos.

PALABRAS CLAVE: Plan de parentalidad; educación religiosa, protección del menor.

ABSTRACT: *The decision to choose the type of religious, moral or ideological formation for the children has become one of the battle horses with which the Tribunals have been faced today, precisely because of disagreements between parents on religious issues, such as: those relating to the practice of religious acts and worship, to the participation of certain religious beliefs or around the reception or not of religious education, for example. In this line, the parentality plan or contradictory plan is configured as a tool that serves as an "instruction guide" and, although the Civil Code does not contemplate its regulation, can be an effective tool for anticipating the type of training and education children will receive.*

KEY WORDS: *Parentality plan; religious instruction; child protection.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS CONFLICTOS PARENTALES EN TORNO A LA ELECCIÓN DE LA FORMACIÓN MORAL Y RELIGIOSA DE LOS HIJOS COMUNES.- I. El ejercicio conjunto de la patria potestad y la formación religiosa de los hijos.- 2. La respuesta de nuestros Tribunales sobre la educación religiosa de los hijos en caso de conflicto.- III. COPARENTALIDAD Y CRISIS MATRIMONIAL.- I. El principio de corresponsabilidad parental. 2. Los planes de coparentalidad.- IV. LOS PLANES DE COPARENTALIDAD Y LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DE LOS HIJOS.- I.- La cuestión de la eficacia de los pactos de ruptura matrimonial.- 2. La determinación de la educación y formación religiosa de los hijos en los pactos de parentalidad y el mejor interés del menor.- V. REFLEXIONES FINALES: LA EFICACIA DE LOS PACTOS EN TORNO A LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DE LOS HIJOS.

I. INTRODUCCIÓN.

La diferencia de criterios entre los progenitores acerca de la educación religiosa e ideológica de los hijos puede plantear problemas, y de hecho así ha venido ocurriendo cada vez más. Efectivamente, el desacuerdo entre los progenitores sobre cuestiones tan esenciales como la educación de los hijos en un credo religioso ha provocado la judicialización de la vida familiar y de las relaciones con los hijos, convirtiendo al juez, de hecho, en un “tercer progenitor” al tener que atribuir la facultad de deci. a uno de los dos, adoptando de esta forma una solución final en estas controversias sobre la educación en una determinada fe, la recepción de un sacramento, o la elección de un centro religioso o laico.

Nos encontramos ante una decisión -la de elegir el tipo de formación religiosa, moral o ideológica para los hijos-, de gran repercusión y trascendencia para la vida y desarrollo del menor; por lo que queda fuera del ámbito de la guarda y custodia, y encuadrada entre los actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, sujeta, por tanto, a la decisión conjunta de ambos progenitores. Razón que explica, en cierto modo, las dificultades que reviste la solución de este tipo de conflictos, especialmente porque en muchas ocasiones lo que subyace es un enfrentamiento personal entre los progenitores, más que razones fundadas.

Sin embargo, los procesos judiciales contenciosos enfrentan a las partes provocando una mayor conflictividad, complicando las relaciones paterno-filiales y la función educativa mucho más, lejos de solucionar la controversia, dada la sensibilidad del ámbito familiar y de los conflictos en su seno. En esta dirección, la cultura de pacto en nuestro país, en este ámbito, no constituye un proceder habitual o frecuente, pero no podemos negar que su presencia empieza a evidenciarse al analizar y estudiar los pronunciamientos de los tribunales ante una crisis matrimonial.

• M^a Rosa García Vilardell

Prof. Titular de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad CEU Cardenal-Herrera (Campus Elche). Correo electrónico: mgarc.el@uchceu.es

El plan de parentalidad o plan contradictorio se presenta, de esta forma, como un instrumento cuyo objetivo es dar una respuesta previa a aquellas cuestiones que conforman el devenir cotidiano de la familia tras la ruptura, ajustándose a las circunstancias concretas de las partes implicadas, y con el objetivo de minimizar al máximo los posibles conflictos que pudieran surgir. Y, desde esta perspectiva, entendemos que pueden ser un instrumento eficaz y una medida válida para paliar los conflictos que en este orden se generan, especialmente confirmadas las complicadas controversias que se generan por las voluntades enfrentadas de los progenitores en torno a la educación religiosa del menor.

II. LOS CONFLICTOS PARENTALES EN TORNO A LA ELECCIÓN DE FORMACIÓN MORAL Y RELIGIOSA DE LOS HIJOS COMUNES.

I. El ejercicio conjunto de la patria potestad y la formación religiosa de los hijos.

La decisión de escoger el tipo de formación religiosa o moral para los hijos constituye una elección de gran repercusión y trascendencia para la vida y desarrollo del menor, por lo que, encuadrada entre los actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, se encuentra sujeta a la decisión conjunta de ambos progenitores. Se trata de un aspecto que se ha convertido en uno de los caballos de batalla con los que se vienen enfrentando los Tribunales, debido precisamente a los desacuerdos de los padres en torno a cuestiones religiosas, tales como la elección del tipo de educación institucional (escuela pública o privada, educación laica o religiosa), o las relativas a la práctica de actos religiosos y de culto, o a la participación de determinadas creencias religiosas, por ejemplo.

La patria potestad, de la que sólo los padres pueden ser titulares, se configura como una institución, cuyo eje central es el mejor interés de los hijos, y se concibe, por tanto, como una función. Nos encontramos ante un conjunto de derechos que el ordenamiento otorga a sus titulares no para la satisfacción de los intereses propios, si no para el cumplimiento de la función de velar y cuidar de los hijos, y que, como se ha manifestado, son de carácter obligatorio, irrenunciable e imprescriptible, por lo que su ejercicio deja de ser meramente facultativo para su titular -característica propia de la generalidad de los derechos subjetivos-, y como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio, es irrenunciable e imprescriptible, como señalábamos, lo que supone que su legítimo titular no puede abandonar las finalidades a las que está llamado su cumplimiento y, del mismo modo, su no ejercicio, ya sea voluntario o forzado, carece de virtualidad extintiva del mismo¹.

1 UREÑA CARAZO, B.: "Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guardia y custodia", *Revista de Derecho de Familia*, 2015, núm. 69.

Los padres son contemplados como “órganos para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo”; lo que implica que son los hijos los que tienen un derecho a ser atendidos para poder desarrollar su personalidad de modo equilibrado y suficiente, mientras que los progenitores son los obligados a proporcionar ese ámbito adecuado para su evolución y que afecta, por ello, a toda la personalidad del menor alcanzando tanto sus necesidades físicas como morales².

Según establece el art. 156 del Código Civil³ la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro, sea de forma expresa o tácita, resultandos válidos los actos que realice uno de ellos de acuerdo con los usos sociales y las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. Esta es la regla general: el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad por ambos progenitores. Y esta obligación de cuidado, y el ejercicio conjunto de la misma, permanece intacta en los supuestos de crisis o extinción de la pareja -si la hubo-, pues en estos casos el contenido de la patria potestad sigue existiendo inalterado para ambos progenitores, pese a que se haya producido un cambio en la relación conyugal o convivencial.

Ciertamente, en los supuestos de separación o divorcio, la atribución de la guardia y custodia a uno de los progenitores, en nada afecta a la patria potestad, ni a su titularidad, ni a su ejercicio, que sigue siendo conjunto. De ningún modo se puede entender que el progenitor custodio goza de una facultad de decisión mayor que el que tiene reconocido el derecho de visita. Incluso en el caso de custodia compartida, la custodia es alternativa, por periodos de tiempo similares, pero sigue siendo individual⁴. Cosa distinta es, como hemos dicho, que en circunstancias de cordial convivencia se lleven a cabo una serie de actuaciones individuales por el progenitor custodio con plena validez, cuando la actuación conjunta, o la acción individual de un progenitor con el consentimiento del otro, sea innecesaria, imposible o muy gravosa según la situación concreta⁵. Efectivamente, carecería de todo sentido práctico que cualquier decisión que afectara al menor se paralizara hasta poder consultar al progenitor que no ostenta la custodia⁶.

En esta dirección, para la conciliación entre la custodia monoparental y el conjunto ejercicio de la patria potestad, suele distinguirse entre actos de ejercicio ordinario y actos de ejercicio extraordinario. Ante la ausencia de precisión legal

2 DE DIEGO-LORA, C.: “El menor centro de atribución de los derechos en las relaciones paterno-filiales”, en AAVV.: *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis* (coord. por P. J. VILADRICH), Pamplona 1982, pp. 443-454.

3 En adelante CC

4 NAVARRO MICHEL, M.: “Comentario a la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6539)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2015, núm. 98.

5 *Ibidem*.

6 ROMERO COLOMA, A. M.: “Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, núm. 4.

podemos definir los primeros, utilizando las palabras de NAVARRO MICHEL, como: “aquellos que corresponden con el desarrollo normal de la vida diaria del menor, y aquellos que se repiten con cierta frecuencia en la práctica”; y actos de ejercicio extraordinario, serían: “aquellos que afectan a decisiones de mayor trascendencia y repercusión en la vida del menor”⁷. Y como es fácilmente imaginable, al ser una función ejercida por dos personas, es altamente probable que se generen conflictos entre los progenitores a la hora de tomar determinadas decisiones con relación a los hijos comunes. El mismo art. 156 CC faculta a cualquiera de los progenitores para acudir al juez, como forma de solucionar las posibles discrepancias surgidas entre los progenitores. El órgano judicial competente, tras oír a ambos, y tras escuchar al menor si tuviera suficiente madurez, y en todo caso si tuviera 12 años cumplidos, atribuirá la facultad de decidir, sin posibilidad de ulterior recurso, al padre o a la madre. Y en caso de que los desacuerdos fueran reiterados o que concurriera cualquier otra causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o bien distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo no superior a dos años.

2. La respuesta de nuestros Tribunales sobre la educación religiosa de los hijos en caso de conflicto.

Como apuntábamos al inicio, el desacuerdo entre los progenitores sobre cuestiones tan esenciales como la educación de los hijos en un credo religioso ha provocado la judicialización de la vida familiar y de las relaciones con los hijos, convirtiendo al juez, de hecho, en un “tercer progenitor” al tener que atribuir la facultad de decidir a uno de los dos, adoptando de esta forma una solución final en estas controversias sobre la educación en una determinada fe, la recepción de un sacramento, o la elección de un centro religioso o laico⁸. Y aunque son pocos

7 En otros términos, los actos de ejercicio ordinario corresponden normalmente al progenitor custodio, o que ostenta en ese momento el derecho de visita, y vienen referidos a aquellas decisiones que afectan al curso cotidiano de la vida del menor, de su educación y desarrollo. Son, por ejemplo, cuestiones relativas a las actividades extraescolares, excursiones, ayudas al estudio, asistencia a convivencias, revisiones pediátricas o asistencia médica en aquellos casos que no revisten gravedad, también la solicitud del pasaporte o del carné de identidad. Por su parte, los actos de ejercicio extraordinario, referentes a decisiones más relevantes, deben adoptarse por ambos progenitores al tratarse, por ejemplo, de cuestiones que pueden incidir en materias de especial trascendencia para el desarrollo del menor, como: la elección del tipo de educación institucional (escuela pública o privada, educación laica o religiosa, bilingüe o no), la determinación de su lugar de residencia, temas de salud no urgentes pero relevantes, tratamientos psicológicos u otros similares, o celebraciones religiosas. [NAVARRO MICHEL, M.: “Comentario a la Sentencia”, cit.] Además, respecto a esta cuestión: ROMERO COLOMA, A. M.: “Conflictos derivados”, cit.; y, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, núm. 9, p. 2.

8 Sobre este tema la autora ha publicado varios trabajos, especialmente: GARCÍA VILARDELL, M^o R.: “El ejercicio conjunto de la patria potestad en el caso de progenitores no convivientes: conflictos en torno a la formación moral y religiosa de los hijos”, en AAVV.: *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales* (coord. por A. M. PÉREZ VALLEJO), Madrid, 2019, pp. 47 – 73.

los asuntos de este tipo que llegan a instancias judiciales superiores⁹, sí es posible concretar algunas de las pautas de solución seguidas por nuestros jueces ante tales discrepancias.

Los supuestos analizados ponen de manifiesto las dificultades en torno a su resolución, especialmente porque en muchas ocasiones lo que subyace es un enfrentamiento personal entre los progenitores, más que razones fundadas. En cualquier caso, y pese a la ausencia de criterios claros por parte de nuestros Tribunales, puede apuntarse que la regla comúnmente seguida es la de la continuidad en la educación recibida, si bien, hay que tener en cuenta que este criterio prevalente no se seguirá si el menor no se manifiesta favorable a la formación religiosa.

La Audiencia Provincial de Zaragoza¹⁰ resolvió un recurso interpuesto por el padre no custodio de una menor de 7 años, favorable a que su hija recibiera en el ámbito de la escuela educación religiosa, optando por la asignatura de religión católica, en contra de la opinión de la madre, que ostentaba la guarda y custodia, y que se decantaba por la asignatura de ética. La Audiencia decidió a favor de la pretensión del padre, estimando su recurso de apelación, apoyándose, para ello, en el criterio de continuidad, ya que la menor venía cursando durante los años anteriores la asignatura de religión -así se había decidido conjuntamente por ambos progenitores en aquel momento-, y no existía motivo justificado para el cambio reivindicado por la progenitora custodia.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Castellón¹¹ se pronunció sobre un asunto en el que la madre se oponía a que su hijo fuera educado en la fe católica; facultad que le había sido concedida al padre por la sentencia de Instancia. “Según la parte apelante, la decisión adoptada por el juzgador de instancia... constituye ‘una intromisión civil inadmisibles en el ámbito de la educación integral del niño, que contraría el espíritu y finalidad de nuestra Constitución Española¹², sobre la libertad religiosa’”. La recurrente argumenta que sólo es posible educar en la religión a los hijos cuando ambos progenitores están de acuerdo, por lo que en el caso en cuestión se están vulnerando los arts. 14, 16 y 27.3 de la CE, y propone, en lógica consecuencia, una educación laica hasta que cumpliera la mayoría de edad. El Tribunal de Apelación resuelve confirmando la sentencia impugnada, aplicando, del mismo modo que en el supuesto anterior, el criterio de continuidad, al entender que la opción paterna estaba en sintonía con las creencias de la familia y en las que se había iniciado al niño hasta el momento, ya que el matrimonio se

9 Del mismo modo, RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: “Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores”, *Revista boliviana de derecho*, 2015, núm. 19, p. 144.

10 AAP Zaragoza 4 noviembre 2009 (AC 2009, 179).

11 SAP Castellón 23 octubre 2006 (JUR 2007, 228244).

12 En adelante CE

celebró en forma canónica, y el niño había sido bautizado. Señalando, además, que la recurrente, en la comparecencia de medidas provisionales, manifestó expresamente que no se oponía a la pretensión de su esposo en este extremo; y que en modo alguno se había acreditado, por ella, que la intención del padre de educar a su hijo en la fe católica resulte perjudicial o pueda constituir un peligro para su desarrollo integral.

Junto a ello, tampoco nos parece muy riguroso el argumento que suele darse por el progenitor que se opone a una educación religiosa, en un pretendido afán de salvaguardar la voluntad última del menor, dejando que sea este quien decida una vez alcanzada la mayoría de edad, ya que implicaría que los padres no pudieran adoptar o interesar decisiones que afectasen a la esfera personal de sus hijos, siempre que fueran discrepantes entre sí y que pudieran aplazarse hasta su mayoría de edad, como, por ejemplo, las actividades extraescolares, el estudio de idiomas, el deporte... Se trata de decisiones que no son indispensables o inaplazables, en sentido estricto, pero nadie pone en duda que la formación recibida durante la etapa de la menor edad condiciona su personalidad y su desarrollo¹³.

Con fundamento en el mismo criterio, en el año 2011 el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro, decide a favor de una madre que, ante la oposición del padre, insta que se le atribuya la facultad de decidir acerca de si los menores deben seguir recibiendo una educación en la religión católica. Concretamente se solicitaba que uno de los hijos pudiera cursar la asignatura de religión y que el otro pudiera asistir a la catequesis para la preparación de la primera comunión. El auto fundamenta la decisión de atribuir la facultad de decidir a la madre en que ésta no hacía más que continuar con el modelo educativo decidido por ambos desde el inicio de la convivencia; entendiéndose que el cambio más tenía que ver con la separación de los padres, que con el interés del menor. Sin embargo, transcurridos dos años, momento en el cual uno de los menores va a recibir la primera comunión, y debido nuevamente a la oposición del padre, la madre vuelve a elevar la petición al juzgado, y en este caso el Juez atribuye la facultad de decidir al padre, considerando que en ese momento lo más beneficioso para el menor era dejar para un futuro la decisión de si realizaba el rito de la comunión o no, cuando él pudiera tener una opinión más fundada al respecto. La razón que movió al Juzgador a tomar esa decisión, sin seguir el criterio común al que años antes se había acogido, fue la constatación de que el niño percibía, en este caso concreto, que hacer o no hacer la comunión suponía un conflicto, apoyándose en que el menor manifestó en la audiencia que le daba igual hacer o no la comunión. Por ello,

13 LACUEVA BERTOLACCI, R.: "Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso", *Diario La Ley*, 2010, núm. 7512, p. 7.

para evitarle un mayor perjuicio, al involucrarlo en un conflicto, consideró que lo más conveniente era posponer dicha decisión¹⁴.

En este caso, debemos resaltar como el juzgador se aparta del criterio de continuidad, secundado por él mismo en decisiones anteriores, con la finalidad de, atendido el caso concreto, salvaguardar, según su juicio, el mejor interés del menor. Pero, junto a ello, resulta especialmente llamativo cómo en el seno de una misma familia, cuando además ya se había determinado previamente la educación religiosa católica atendiendo al criterio de continuidad, la madre deba volver a recurrir a la vía judicial para conseguir la autorización para la recepción de uno de los sacramentos propios del credo religioso que había sido decidido para la formación de sus hijos. Lo que sorprendentemente nos lleva a preguntarnos si, pese a la previa determinación de la religión, es necesario el consentimiento de ambos progenitores para cada acto propio del credo decidido¹⁵.

Como puede verse, la cuestión es complicada y pese a esa regla general a la que nos referíamos no existen criterios del todo claros. De hecho, en ocasiones sorprende como el juzgador introduce su propio parecer en la fundamentación, pronunciándose en torno a cuestiones estrictamente religiosas y que, por tanto, quedan fuera del alcance del Estado, atendiendo al principio de laicidad, consagrado en nuestra Carta Magna¹⁶.

Así, en el marco de la educación institucionalizada, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Moncada, resuelve, en el año 2017, mediante auto, la pretensión de uno de los progenitores, en este caso el padre, que solicita que se le autorice a matricular a su hija menor en un colegio público, en contra de la opinión de la madre, que abogaba por su matriculación en un centro concertado religioso¹⁷. Se argumenta en el auto que para la solución de tales supuestos habrá de acudirse a los usos sociales o familiares, o en su caso, al pacto habido entre las partes, o también a las consideraciones que al respecto realice cada uno de los progenitores¹⁸.

14 Autos Juzgado de Primera Instancia Barbastro 5 diciembre 2011 y 30 abril 2013 (Autos 2011, 246 y 2012, 10). Vid. en este sentido, pues no consta su publicación, ROCA, M.J.: "Conflicto entre normas civiles y canónicas en relación con la patria potestad", *Anuario de Derecho Civil*, 2015, núm. 68, p. 75; RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., "Patria potestad", cit., p. 154.

15 RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: "Patria potestad", cit., p. 155.

16 El art. 16.3 CE establece que "ninguna confesión tendrá carácter estatal", lo que implica que el Estado no puede formular juicio de fe alguno, por lo que ninguna actuación o decisión adoptada por la Administración pública puede estar fundamentada en las creencias religiosas de los individuos. Respecto al principio de laicidad y su significado puede verse mi trabajo y la bibliografía allí citada: GARCÍA VILARDELL, M^o R.: "El principio de laicidad del Estado: una reflexión para la recuperación de la esencia", en AAVV.: *Las Relaciones Iglesia-Estado en la actualidad: una lectura transversal* (coord. por R. BENEITO BERENGUER), Navarra, 2023, pp. 209-233.

17 Auto Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 Moncada, 21 junio 2017, F. J. 1.

18 *Ibidem*, F. J. 2.

Se deja constancia, en la decisión objeto de análisis, que en el caso en cuestión no existía pacto alguno sobre la educación de la menor, pues en ese momento finalizaba la guardería y todavía no había comenzado la etapa escolar. Del mismo modo, se apunta que la niña había sido bautizada, pero, sorprendentemente -teniendo en cuenta las argumentaciones que venimos comentando-, el juzgador -manifestando, al parecer, sus preferencias-, no lo interpreta como un acto que evidencie la decisión parental de educar a la prole en la fe católica, ni por tanto una apuesta por una futura educación de tipo religioso, pues considera que en nuestro contexto actual el bautismo se ha convertido en una tradición social¹⁹. Por todo ello, ante tales circunstancias, la decisión judicial se fundamentó en las motivaciones de los progenitores, estimando la pretensión del padre, y otorgándole, por tanto, a él la decisión de decidir. El Tribunal consideró que las razones de la madre pudieran resultar legítimas, pero que realmente la solicitud de matrícula en un colegio concertado religioso, según manifestó, obedecía, no a razones de tipo religioso, sino de horario y proximidad, mientras que entendió que la voluntad del padre sí se fundamentaba en el derecho de libertad religiosa y de conciencia, y en el derecho a educar a los hijos conforme a sus convicciones. Derechos ambos, de carácter fundamental, y que por tanto gozan de una protección preferente a la que se pueda dispensar a otras situaciones que carecen del mismo rango de tutela jurisdiccional²⁰.

En ese mismo año, la Audiencia Provincial de Burgos resuelve un recurso planteado por la madre de una menor, solicitando la revocación del Auto dictado en instancia al denegarle la autorización solicitada²¹. La madre había formulado solicitud de autorización judicial para que la menor de 9 años, ante la oposición del padre, pudiera recibir los sacramentos del Bautismo, Penitencia y Eucaristía. Por Auto de fecha 31 de mayo de 2016, el Juzgado de Primera Instancia acuerda no acceder a su solicitud, y la madre interpone Recurso de Apelación interesando que “se revoque el Auto recurrido declarando no ser ajustado a derecho en cuanto que no accede a la solicitud... de obtener autorización judicial para que su hija menor... pueda recibir los Santos Sacramentos, Penitencia y Eucaristía y se dicte nueva Resolución por la que se estime la pretensión de esta parte”²².

La Audiencia, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, desestima el recurso de Apelación, fundamentando su resolución en el acuerdo inicial de los progenitores, para dejar que la menor decidiera como ejercer su libertad religiosa, sin elegir por ella su adscripción a una confesión religiosa²³. El Juzgador estima que

19 *Ibidem*, F. J. 3.

20 *Ibidem*.

21 Auto Audiencia Provincial Burgos, 9 febrero 2017 (JUR 2017\111933)

22 *Ibidem*, F. J. 1.

23 *Ibidem*, F. J. 5.

no había justificación para apartarse de lo convenido por los progenitores, pues difícilmente se podría considerar que se provocara una situación de discriminación de la menor por sus compañeros de clase por el hecho de no tomar la Comunión –como alegaba la madre²⁴–, teniendo en cuenta que asiste a un colegio público y, por tanto, con un ideario aconfesional²⁵.

Efectivamente, según los hechos expuestos en la resolución analizada, los padres contrajeron matrimonio canónico, pero también es cierto que, cuando nació, decidieron, de común acuerdo, no bautizar a la menor, y que fuera ella quien decidiera el modo de ejercer su derecho a la libertad religiosa cuando alcanzase los 13 o 14 años²⁶. Cuestión sobre la que queremos incidir pues, a diferencia de la decisión judicial inmediatamente comentada antes, en este caso el Juzgador subraya claramente la trascendencia que reviste el hecho de la recepción del Bautismo a la hora de resolver el conflicto, “por cuanto no es lo mismo que la menor estuviera ya bautizada, esto es perteneciera ya a la Iglesia Católica por previa decisión común de sus padres, o por el contrario que la menor esté sin bautizar porque sus padres en el momento de su nacimiento decidieran de común acuerdo no bautizarla para que la menor tomara esta decisión cuando tuviera madurez para ello”²⁷.

Encontramos también en el desarrollo de la fundamentación otro aspecto que a nuestro juicio goza de una total trascendencia en los conflictos que nos ocupan: la audiencia al menor. En el caso de autos²⁸, se alegaba en el motivo quinto del recurso de Apelación, la omisión de dicho trámite, lo que sería constitutivo de nulidad del procedimiento; pese a ello, en el escrito, ni se solicita que se realice el trámite omitido, ni se solicita la nulidad de actuaciones, por lo que el Juez no tiene potestad para decretarla de oficio. Si bien, aprovecha para adentrarse en el significado y contenido del citado trámite según la legislación vigente, en la que se prevé con carácter obligatorio la audiencia del menor a partir de los 12 años, y respecto de los menores de esa edad si tuvieran suficiente madurez. Según su criterio, teniendo en cuenta la edad de la menor, nueve años, y el objeto de la decisión –que no se trata de autorizar que una menor que fue bautizada por sus padres reciba la comunión, sino de que una menor respecto de la que sus padres en su día decidieron no bautizar, sea bautizada y además reciba el Sacramento de la Penitencia y la Eucaristía–, no considera oportuno, por razón de la edad –algo

24 En este caso la madre alegaba en su escrito de Apelación que la no concesión de la autorización suponía causar un grave perjuicio a la menor, al impedirle “compartir un acto de honda raigambre y tradición religiosa en nuestro país”, lo que le provocaría sentirse discriminada respecto al resto de sus compañeros y compañeras de aula, de catequesis y de juegos al no permitirle la participación en un acto que todos ellos iban a realizar (*Ibidem*, F. J. 3).

25 *Ibidem*, F. J. 5.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*, F. J. 3.

28 *Ibidem*, F. J. 4.

que nos sorprende teniendo en cuenta la legislación vigente²⁹, oír a la menor, ya que supondría implicarla en la responsabilidad de una decisión que por razón de su edad no le corresponde.

El TEDH, en el caso Rupperecht contra España, también se ha pronunciado sobre la recepción de los Sacramentos de los menores cuando los progenitores mantienen posiciones enfrentadas. La Corte Europea declaró inadmisibles las pretensiones del padre no custodio que solicitaba que se le atribuyera el derecho a decidir acerca de la educación religiosa de la hija en común³⁰. Se trataba de una menor que había sido bautizada bajo el rito católico e inscrita en los cursos de catequesis sin el acuerdo previo del padre demandante, quien mantenía que debía ser la menor, al tener suficiente juicio, quien decidiera o no adherirse a una confesión religiosa³¹. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la solicitud del padre, al considerar que había sido escolarizada, sin su oposición, en un colegio en el que se impartía clases de religión, y que la propia niña había manifestado, por su propia iniciativa, su deseo de recibir la comunión³². La Audiencia confirmó el razonamiento de la decisión de instancia, recurrida por el progenitor no custodio. El demandante recurrió en casación al Tribunal Supremo, que declaró el recurso inadmisibles. Recurriendo posteriormente en amparo ante el Tribunal Constitucional, quien tampoco lo admitió al considerar que carecía de pertinencia constitucional³³.

En este supuesto, como puede observarse, los Tribunales no consideran trascendental que la menor no perteneciera a la Iglesia Católica por decisión conjunta de ambos, y basan su decisión en dos criterios: en su educación en un centro religioso y en la voluntad de la menor; criterio, este último, que debe gozar de absoluta preferencia, siempre que sea acreditado, a la hora de decidir sobre la educación religiosa de la menor, como veremos después.

III. COPARENTALIDAD Y CRISIS MATRIMONIAL.

I. El principio de corresponsabilidad parental.

La creciente liberalización del divorcio que nos ha acompañado en las últimas décadas, junto con el aumento de las crisis matrimoniales que se materializan en

29 Vid. art. 9.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), en el que se reconoce el derecho del menor a ser oído y escuchado sin límite de edad. Igualmente, el art. 92.6 del CC y el art. 770.1. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

30 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª) Caso Rupperecht contra España, Decisión de febrero 2013.

31 *Ibidem*, núm. 3.

32 *Ibidem*, núm. 4.

33 *Ibidem*, núm. 6, 7 y 8.

cada vez más separaciones y divorcios, ha venido acompañada de una regulación jurídica preocupada por la tutela de los efectos de la ruptura matrimonial con relación a los hijos, dando entrada al concepto de corresponsabilidad parental y al denominado derecho de coparentalidad³⁴.

El principio de corresponsabilidad parental puede definirse como “la participación equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos (simétrica o asimétrica) como el reparto equitativo de las facultades y obligaciones que los progenitores ostentan para el correcto desarrollo y cuidado de los hijos”³⁵.

Se trata de un principio que es reconocido por los textos internacionales y por nuestro ordenamiento interno de forma indisolublemente ligada a la preservación del mejor interés del menor, junto con el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores, pues es a ambos padres, que se encuentran en condiciones de igualdad en todo lo relacionado con lo hijos, a quienes corresponden las responsabilidades propias de la crianza y educación de los hijos, porque así lo demanda, a priori, el interés superior del niño.

Dicho esto, en el marco internacional destacan especialmente dos textos: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979 y la Convención de Derechos del Niño adoptada por la misma Asamblea General diez años después, el 20 de noviembre de 1989. El primero de los documentos consagra en su texto las dos directrices de especial trascendencia en el tema que nos ocupa: la igualdad en la atribución de derechos y responsabilidades entre ambos padres y el interés superior del menor como criterio rector en el ejercicio de las funciones parentales. Concretamente en su preámbulo, recoge textualmente la responsabilidad de ambos progenitores, al reconocer la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos. En virtud de ello, su artículo 5 letra b) establece que los Estados Parte tomarán las medidas apropiadas para garantizar “el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres, en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. Y en su artículo 16 letra d) se impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendentes a

34 En este sentido, sin ánimo exhaustivo: LATHROP, F.: “Principios generales de la guarda y custodia compartida”, en LATHROP, F.: *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, 2008, pp. 1-38. Plataforma La Ley digital; MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, Madrid, 2012; ACUÑA SAN MARTÍN, M.: “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2013, núm. 2, pp. 21-59.

35 ACUÑA SAN MARTÍN, M.: “El principio”, cit., p. 31.

asegurar en condiciones de igualdad los mismos derechos y responsabilidades como progenitores a hombres y mujeres, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos, siento en todos los casos el interés superior de los hijos la consideración primordial.

El segundo texto, la Convención de Derechos del Niño, es considerado, de hecho, el antecedente del principio de corresponsabilidad parental³⁶, al reconocerse expresamente en su texto la coparentalidad como prerrogativa del menor. Efectivamente, ya en el Preámbulo se considera a la familia como "grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños", y se reconoce que el niño, "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Por ello, se concluye que la relación con ambos padres, independientemente de su situación como pareja, es un derecho fundamental del menor, consagrándose, de este modo, su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, y solicitándose el máximo empeño por los Estados Parte en la adopción de medidas dirigidas a garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, manteniendo siempre como preocupación esencial el mejor interés del niño³⁷.

En el ámbito regional, mención especial requiere el vigente Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, "relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores", que define la responsabilidad parental -del mismo modo que harían sus antecesores-, como el conjunto de "derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita"³⁸. Por su parte, y de modo semejante a la citada Convención de Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño afirma en su art. 12 el derecho de todo niño "a gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan", reconociéndose que tanto el padre como la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto al desarrollo y educación de los hijos, siendo a ellos a quienes les corresponde darles una vida digna; y, añade en su art. 14 que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, a quienes

36 *Ibidem*, p. 26.

37 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, Preámbulo y arts. 9.3, 10.2 y 18.1.

38 Art. 2.2. 7). Definición que ya recogían el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, y el Reglamento (CE) 2201/2003, por el que este quedó derogado, y que hoy también ha decaído en su vigor.

se les reconocen las mismas obligaciones, salvo que, lógicamente, ese contacto fuera incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño³⁹.

Pese a todo, las costumbres jurídicas y sociales imperantes hasta hace poco, por las que se asignaba rígidamente la responsabilidad unilateral de la educación del menor a la madre o al padre en caso de separación o divorcio, propiciaban una desigualdad manifiesta de la responsabilidad parental, como así fue evidenciado por la Agencia de Naciones Unidas que trabaja para la defensa de los derechos de la infancia -UNICEF-, en su manual para la aplicación de la citada Convención, en el que reivindicaba, todavía en el año 2007, la importancia del reconocimiento de las responsabilidades comunes de ambos padres para con los menores, al tiempo que constataba que la mayoría de las sociedades habían incluido en sus ordenamientos, sólo recientemente, que tanto los padres como las madres pueden y deben acometer el cuidado diario de sus hijos, correspondiéndoles a ambos las funciones patrimoniales y los derechos legales en relación con aquéllos⁴⁰.

En nuestro Ordenamiento jurídico fue la promulgación de la Ley 15/2005 la que introdujo positivamente el principio de corresponsabilidad parental a través del reconocimiento legal de la custodia compartida⁴¹. Como señalaba en su Exposición de Motivos, una de las pretensiones de la reforma legislativa introducida era procurar que ambos progenitores percibieran que su responsabilidad para con los hijos continúa, pese a la separación o el divorcio, y que esa nueva situación les exigía, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad, para la mejor realización del beneficio e interés del menor⁴².

A partir de ahí, el legislador español ha ido integrando la corresponsabilidad parental como uno de los principios inspiradores en el ámbito de las relaciones familiares⁴³. Así se hizo en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad

39 Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992).

40 UNICEF: *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Génova, 2007, pp. 102 y ss. Vid., LATHROP, F.: *Custodia compartida*, cit., pp. 5 y 6.

41 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, art. Primero, núm. 8. Bien es cierto que, en el Ordenamiento jurídico español, puede señalarse que la evolución hacia el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales tuvo su origen en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y en la que se reconoció el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, reconociéndose a la madre las mismas facultades paterno-filiales que al padre. De esta forma, se consolidaba, por una parte, el proceso de equiparación jurídica entre hombre y mujer que había comenzado con la Ley de 2 de mayo de 1975 y se iniciaba el camino hacia la materialización de esa igualdad en el ámbito familiar. (LATHROP, F.: *Custodia compartida*, cit., p. 6).

42 Precisiones que son reproducidas por la jurisprudencia inmediatamente posterior a la citada reforma legislativa, en las que se subraya el cambio de paradigma social y familiar, las responsabilidades comunes de ambos padres para con los hijos y las mayores ventajas, según el mejor interés de los menores, de la custodia compartida para el desarrollo de éstos. Sin ánimo exhaustivo: SAP Barcelona 20 febrero 2007, F.J. 3 (JUR 2007, 101427); STSJ Cataluña 31 julio 2008, F.J. 5 (RJ 2009, 643); SAP Alicante 24 abril 2009, F. J. 1 (AC 2009, 1040); SAP Santa Cruz de Tenerife 26 abril 2010, F.J. 2 (JUR 2010, 418784).

43 Debe traerse a colación en este punto, aunque no llegó a materializarse, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad u otras medidas tras la ruptura de la convivencia familiar parental de 10 de abril de 2014.

efectiva de mujeres y hombres, enunciando, dentro del Capítulo I de su Título II, referido a las “Políticas públicas para la igualdad”, como criterios generales de la actuación de los Poderes Públicos, el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia⁴⁴.

Del mismo modo, en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, destaca la referencia al ejercicio positivo de la responsabilidad parental, como un concepto integrador que permite reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual y al mismo tiempo desarrollar orientaciones y recomendaciones prácticas sobre cómo debe actuarse desde el ámbito de las administraciones públicas, especialmente para el diseño de políticas y programas dirigidos a la prevención de los factores de riesgo y al fortalecimiento de los factores de protección⁴⁵. Y la denominada Ley de Familias, que entra en vigor en el pasado año 2023, y en la que se alude a la corresponsabilidad como criterio para determinar la posible existencia de una discriminación por razón de sexo cuando por el ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad en el marco familiar y laboral sea dispensado un trato desfavorable a hombres o mujeres, convirtiéndose, además, en un principio que deberá ser fomentado por el empleador⁴⁶.

La materialización de esta directriz en el ámbito interno de diversos ordenamientos se ha visto reflejada en la introducción de los denominados “planes de coparentalidad”, también llamados “planes de responsabilidad parental” o “planes contradictorios” diseñados por ambos progenitores para el correcto ejercicio de las facultades y deberes propias de la responsabilidad parental; cuestión en la que nos detenemos a continuación.

2. Los planes de coparentalidad.

La cultura de pacto en nuestro país dista mucho de la prevista en otros ordenamientos jurídicos⁴⁷ y no constituye un proceder habitual o frecuente, pero

44 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 14.8.

45 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, Preámbulo y arts. 23.3 f) y 26.3 a) y b).

46 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, art. 127 de modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, apartados uno, tres y cinco.

47 El plan de parentalidad se conoce en los ordenamientos anglosajones desde hace bastante tiempo, siendo un instrumento totalmente consolidado en Australia y EE.UU, por ejemplo.

no podemos negar que su presencia empieza a evidenciarse al analizar y estudiar los pronunciamientos de los tribunales sobre el particular.

El plan de parentalidad o plan contradictorio⁴⁸ no es una figura totalmente novedosa en nuestro Estado; de hecho, se introduce por primera vez en Cataluña en el año 2010, tras una reforma del Código Civil catalán⁴⁹. Se trata de un pacto diferente de las capitulaciones matrimoniales, aunque puede recogerse en ellas, y del contenido del convenio regulador, aunque deberá incluirse en el mismo en caso de controversia judicial, y se presentan como una manifestación de la libertad de los cónyuges a la hora de regular las consecuencias de su ruptura o crisis matrimonial⁵⁰.

Así, se configura como una especie de manual o guía en el que se detalla exhaustivamente la forma en que ambos padres llevarán a cabo la guarda, custodia, cuidado y educación de los hijos comunes, intentando dar respuesta previa a aquellas cuestiones que conforman el devenir cotidiano de la familia tras la ruptura, con el objetivo de minimizar al máximo los posibles conflictos al respecto.

- 48 Sin ánimo exhaustivo: GASPAS LERA, S.: "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 2011, núm. 54, pp. 1041-1071; MONFORTE, J. D.: "Acuerdos preventivos sobre custodia de hijos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2013, núm. 867, pp. 1-2.; ROMERO NAVARRO, F., "La custodia compartida y el plan parental como co-construcción del equipo parental en procesos de mediación familiar", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social IPSE-ds*, 2014, núm. 7, pp. 37-50; HERAS HERNÁNDEZ, M. M.: "La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores que no viven juntos", *La Ley. Derecho de familia*, 2015, núm. 5, pp. 1-14; ídem: "Acuerdos suscritos para ordenar la convivencia en pareja de preruptura y postruptura. Perspectiva desde el Derecho español", *Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*, 2015, núm. 38, pp. 94-119; CASADO CASADO, B.: "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial", *Diario La Ley*; 2018, núm. 9177, pp. 1-19; RODRIGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Los pactos de pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, núm. 38, pp. 99-132; ALBA FERRÉ, E.: "El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor ante las crisis matrimoniales", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 28, pp. 114-133; RODRIGUEZ GUTIÉRREZ, N.: "El plan de corresponsabilidad parental", *Diario La Ley*, 2020, núm. 9583, pp. 1-12; ESPÍN ALBA, I.: "Planes de parentalidad: especial referencia a la figura del coordinador", en *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica* (coord. por E. GONZÁLEZ PILLADO), Madrid, 2020, pp. 1-38. Plataforma La Ley digital; MARTÍNEZ CALVO, J.: "Relación entre el convenio regulador y los nuevos planes de parentalidad: delimitación, contenido y eficacia", *Actualidad Civil*, 2020, núm. 9, pp. 1-17; PEPÍN MOLINA, C.: "La autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho familiar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16, p.1236-1255.
- 49 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, principalmente arts. 231-20 y 233-5 y 9.
- 50 Del mismo modo, otras Autonomías en las que se ha regulado y previsto la elaboración de un plan contradictorio o de parentalidad son: Aragón, mediante el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que en su art. 77.1 reconoce el Pacto de relaciones familiares al establecer "Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos"; el País Vasco en su Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en su art. 4.1 reconoce los Pactos en previsión de ruptura de la convivencia al disponer "Los pactos que prevean la ruptura de la convivencia y regulen las nuevas relaciones familiares podrán otorgarse antes o durante dicha convivencia"; y, Navarra, en la Ley 69 del Fuero Nuevo (Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), en donde se dice que "Cuando los progenitores acuerden la forma en que ejercerán corresponsablemente los deberes y facultades parentales, deberán presentar, en su caso, como parte integrante del Convenio Regulador que corresponda, un pacto de planificación parental".

Y, si bien es cierto que nuestro Código Civil común no hace referencia a estos acuerdos, sí se ha establecido vía jurisprudencial la obligación de presentar un plan contradictorio para concretar la forma y contenido del ejercicio de la guarda y custodia compartida.

Efectivamente, en el año 2014, en el marco de la custodia compartida, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la relevancia de elaborar un plan contradictorio en el que se determinara el régimen de custodia compartida que se solicitaba. El ponente recordaba que el juez debe conocer cómo se va a desarrollar esa custodia, y no sólo en lo relativo al lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente, sino en toda una serie de aspectos sustanciales como el compromiso sobre las tareas cotidianas de los hijos y sobre las cuestiones relativas a la salud, bienestar y educación; la comunicación de los hijos con el cónyuge que no los tenga con él; el régimen escolar; la forma de contribuir a los alimentos del menor y el abono de los gastos ordinarios y extraordinarios, así como cualquier otra cuestión que pueda ser relevante para los hijos⁵¹.

A partir de ese momento, la importancia de la elaboración de un plan contradictorio se repite en numerosas resoluciones, estableciéndose la necesidad de aportarlo cada vez que se interese el régimen de guarda y custodia compartida, relatando detalladamente los criterios y ventajas que este sistema tendrá una vez producida la separación, y atendiendo a la disponibilidad y necesidades de las partes implicadas. El plan de parentalidad se convierte, así, en un documento esencial, hasta el punto en el que pretensiones de guarda y custodia compartida han sido rechazadas por no haberse acompañado la solicitud con el correspondiente plan, como se viene confirmando por nuestra jurisprudencia menor. En esta dirección, la Audiencia Provincial de Valladolid, por ejemplo, se apoya de forma expresa en esta doctrina, para rechazar la pretensión de guarda y custodia compartida, solicitada por el padre, al entender que el apelante no puede limitarse únicamente a postular en su recurso la modificación del régimen de guarda y custodia en

51 Textualmente se afirma en la citada sentencia: "Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre 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 sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales". [STS 15 octubre 2014, F. J. 5 (RJ 2014, 4894)]. En el mismo sentido, reproduciendo el citado argumento: STS 3 marzo 2016, F. J. 2 (RJ 2016, 2184). Vid., AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "La libertad de pacto a la hora de resolver las crisis matrimoniales. La acertada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015", <https://www.hayderecho.com/2015/12/04/la-libertad-de-pacto-a-la-hora-de-resolver-las-crisis-matrimoniales-la-acertada-sentencia-del-tribunal-supremo-de-24-de-junio-de-2015/>

régimen de alternancia semanal sin aportar siquiera un “plan de parentalidad” mínimo en el que se concretara la forma y contenido de su ejercicio, y en el que se tenga en cuenta no sólo su propia conveniencia, sino también las necesidades y disponibilidad de la otra progenitora y de los propios menores; y, sin aportar tampoco -más allá de su interés en participar más activamente en la crianza, educación y formación de sus hijos-, ninguna justificación del beneficio que para sus hijos tendría la aplicación práctica del nuevo régimen que pretende instaurar⁵².

La inclusión del plan de coparentalidad es, por tanto, ineludible, y debe concretar una serie de aspectos determinados para que sea verdaderamente eficaz, sin embargo, no existe ningún modelo establecido. Pese a ello, partiendo de nuestra doctrina jurisprudencial y de la regulación del Código Civil catalán al respecto⁵³, podemos señalar una serie de cuestiones que deben exponerse necesariamente, sin olvidar que, como dice nuestro Tribunal Supremo, el citado plan debe ser ajustado a la situación de cada familia, de modo que las soluciones dadas deben ajustarse a la disponibilidad y circunstancias de los progenitores, menores e incluso familiares, y deben detallarse de manera flexible, buscando reducir, de este modo, la conflictividad entre los progenitores tras la ruptura del núcleo familiar.

Dicho esto, es posible sintetizar el contenido del plan de parentalidad dividiéndolo en dos grandes bloques: las disposiciones relativas al ejercicio de la guarda y custodia y las disposiciones relativas a el ejercicio conjunto de la patria potestad. Respecto a las primeras, las disposiciones relativas al ejercicio de la guarda y custodia, el plan debe especificar, cuál va a ser el régimen de guarda, detallándose cómo se va a desarrollar, las condiciones de los progenitores -horarios, domicilio, conciliación laboral-, si existe respaldo familiar, el régimen de relación con hermanos, abuelos, otros parientes y allegados, las cuestiones relativas al sistema de alternancia y de entregas, reparto de vacaciones escolares y puentes, festividades familiares, el reparto de los gastos... Y, respecto de las disposiciones sobre el ejercicio de la patria potestad, el plan debe prever el tipo de formación y educación que van a recibir los hijos -pública o privada, laica o religiosa, idiomas, etc.-, las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, la adhesión o no a una determinada práctica religiosa, la forma en la que abordar las cuestiones relativas a la salud, cuidado y bienestar de los hijos, incluso el canal de comunicación preferente que van a emplear los progenitores. Asimismo, y en

52 SAP Valladolid 7 julio 2021, F. J. 3 (JUR 2021, 316198). En el mismo sentido, pueden verse, también: SAP Cáceres 28 octubre 2021, F. J. 2 (UR 2022, 28964); y, SAP Granada 10 julio 2020, F. J. 2 (JUR 2020, 332144). Vid., PÉREZ MARTÍN, A. J., “La prueba en los procedimientos de familia: Una visión práctica”, *Revista de Derecho de Familia*, 2017, núm. 76, 1-75.

53 Principalmente, STSS 15 octubre 2014, F. J. 5 (RJ 2014, 4894); y, 3 marzo 2016, F. J. 2 (RJ 2016, 2184); y, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, art. 233-9. Además de la bibliografía citada en este apartado, puede verse una guía y modelo para su elaboración en: <https://www.icab.cat/es/actualidad/noticias/noticia/Documento-de-Trabajo-Guia-y-modelo-del-Plan-de-Parentalidad/>

tercer lugar, el plan debe establecer un sistema, como por ejemplo la mediación familiar; para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en la aplicación de este o, en su caso, modificar su contenido en atención a las nuevas necesidades de los hijos según las etapas de vida.

Y todo ello, como establece el Alto Tribunal "(...) sobre la base debidamente acreditada de ... 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 sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales"⁵⁴. Y es que debe tenerse en cuenta que los distintos aspectos detallados en el plan contradictorio, así como las ventajas que el régimen de custodia propuesto va a suponer para los hijos comunes, han de acreditarse con hechos y pruebas. Nos encontramos ante un plan que es real y que los progenitores se obligan a cumplir, y no ante un simple catálogo de intenciones⁵⁵.

IV. LOS PLANES DE COPARENTALIDAD Y LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DE LOS HIJOS.

El plan de parentalidad o plan contradictorio se presenta, de esta forma, como un instrumento cuyo objetivo es dar una respuesta previa a aquellas cuestiones que conforman el devenir cotidiano de la familia tras la ruptura, ajustándose a las circunstancias concretas de las partes implicadas, con el objetivo de minimizar al máximo los posibles conflictos que pudieran surgir. Desde esta perspectiva, y analizados las complicadas controversias por las voluntades enfrentadas de los progenitores en torno a la educación religiosa del menor, pueden ser un instrumento eficaz y una medida válida para paliar las citadas controversias.

Si bien, situados en este punto, la cuestión que se nos plantea es la relativa a su eficacia, pues como decíamos no hablamos de simples catálogos de intenciones sino de planes reales que las partes, los progenitores, se obligan a cumplir. En otros términos, si habiéndose suscrito tal acuerdo entre los progenitores, obligándose a educar al menor en una determinada religión, los tribunales, llegado el caso ¿pueden imponer el cumplimiento forzoso de lo pactado?; o lo que es lo mismo ¿nos encontramos ante una cláusula ejecutable?

I. La cuestión de la eficacia de los pactos de ruptura matrimonial.

Es innegable que nos encontramos ante un momento en el que cada vez más se potencian las decisiones nacidas de la libre autonomía de las partes también

⁵⁴ STSS 15 octubre 2014, F. J. 5 (RJ 2014, 4894); y, 3 marzo 2016, F. J. 2 (RJ 2016, 2184)

⁵⁵ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N.: "El plan" cit., p. 9.

en el ámbito del Derecho de familia; rama que ha ido flexibilizándose con el tiempo, dando paso al poder de la autorregulación de los esposos para solventar las disfunciones y consecuencias de la crisis matrimonial, suavizándose, de esta forma, los efectos del establecimiento de un divorcio libre, acasual y unilateral, desde la reforma operada 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.

Dicho esto, y como ya se ha señalado, nuestro Código Civil no se ocupa detalladamente de estos acuerdos, aunque su legitimidad y admisibilidad encuentra apoyo claramente, por supuesto, en el art. 1255, y en el contenido de los arts. 1323 y 1325 del citado cuerpo legal. En el primero, en el que se plasma el principio de autonomía de la voluntad, se especifica que las partes contratantes tienen la posibilidad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no fueran contrarios a las leyes, la moral y el orden público. Por su parte, el art. 1323 consagra el principio de libre contratación entre los esposos, señalando expresamente que éstos podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos; y, el art. 1325, en el que se prevé la posibilidad de que los cónyuges puedan estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo a través de las capitulaciones matrimoniales.

En este sentido, y cumplidos los requisitos exigidos por la ley, no puede negarse la validez y eficacia de estos pactos y así se viene constatando por nuestra doctrina y jurisprudencia, favorables a la consideración jurídica de los planes acordados por los esposos y su admisibilidad en nuestro derecho⁵⁶. En esta línea, una de las decisiones más representativas al respecto, y que necesariamente debemos traer a colación es la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015⁵⁷.

En el caso particular, los esposos habían otorgado cuatro días antes de la boda capitulaciones matrimoniales por las que se acogieron al régimen de separación de bienes y, en ese mismo acto, suscribieron un acuerdo por el que se determinaba que, en caso de ruptura matrimonial, el marido se comprometía a abonar a la mujer una renta vitalicia de 1200 € que se actualizaría anualmente. Producida una primera separación temporal, el esposo comenzó a pagar la renta acordada a la esposa, reconciliándose posteriormente. Sin embargo, a los pocos meses el matrimonio se rompe definitivamente, y en esta ocasión el marido se niega al pago

56 A este respecto, el Tribunal Supremo al responder a la cuestión de la naturaleza jurídica del convenio regulador que no ha obtenido la aprobación judicial, en las situaciones de crisis matrimonial, distingue, en una de sus primeras decisiones más relevantes en este tema, "tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil" [STS 22 abril 1997, F. J. 1 (R) 1997, 3251)].

57 STS 24 junio 2015 (RJ 2015, 2657).

de lo debido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de separación y declaró nulo el acuerdo por no respetar el presupuesto de igualdad entre los esposos -consagrado en el art. 32 CE-, al entender que la mujer, médico de profesión, contaba además con un gran patrimonio, mientras que el marido, pese a ser abogado, se encontraba en una situación de inferioridad, infringiendo, por ello, también el art. 1328 CC que considera nulas las estipulaciones que limiten la igualdad de derechos de cada cónyuge, y por considerar que al carecer la esposa de necesidad no es posible establecer una pensión alimenticia o compensatoria⁵⁸.

La Audiencia, por su parte, considera, contrariamente, que la situación personal y profesional de los esposos evita cualquier posición de superioridad o dominación, por lo que no puede entenderse posible la existencia de ningún vicio del consentimiento que supusiera la nulidad del citado acuerdo, tratándose de un pacto que sólo muestra el libre ejercicio de la libre disposición en materia patrimonial; máxime cuando nos encontramos ante personas maduras y formadas, además de con un dilatado ejercicio en el campo de la medicina y el derecho, especialmente significativo en este caso, según señala el Tribunal de Segunda Instancia, al ser perfectamente consciente, el esposo, de la cláusula por él firmada. Y, al mismo tiempo, subraya las elocuentes muestras de virtualidad y significación obligatoria que ofrece el comportamiento del marido, pues el propio cumplimiento de la estipulación en la primera separación impide poder ir después contra sus propios actos⁵⁹.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, confirmando la decisión de la Audiencia, refiriendo en primer término las líneas generales de su doctrina en torno a la validez de los pactos atípicos, incluidos o no en convenio, así como las diversas modalidades o finalidades a las que pueden atender las estipulaciones pactadas por las partes, no siempre alimenticias o compensatorias del desequilibrio⁶⁰. Y, en cuanto al caso concreto, el Alto Tribunal vuelve a destacar la situación personal de los cónyuges, profesionales con economías saneadas, lo que implicaba que no existía posición dominante de ninguno de ellos, y subraya el hecho de que el pago de lo pactado no impedía ni dificultaba la ruptura del matrimonio, confirmando, en definitiva, la primacía de la autonomía y libertad de los esposos para autorregularse, con base legal en los arts. 1255 y 1323 del CC,

58 *Ibidem*, F. J. 2.

59 *Ibidem*, F. J. 3.

60 *Ibidem*, Fallo y F. J. 4. Concretamente el Alto Tribunal recoge en su argumentación jurídica los previos pronunciamientos relacionados con el tema en los que había declarado la validez de alimentos en divorcio como pacto atípico (STS 4 de noviembre de 2011), la legitimidad de la cláusula que determina la no extinción de la pensión compensatoria aunque la esposa encuentre trabajo (STS 20 de abril de 2012), o el pago de una pensión pactada en escritura pública para el caso de separación que se reclama en procedimiento ordinario fuera del proceso matrimonial (STS 31 de marzo de 2011).

siempre que su contenido no suponga una transgresión de la ley, la moral, el orden público o la igualdad entre los esposos⁶¹.

De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que se encuentran, según nuestro Tribunal Supremo, en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere⁶², lo que nos lleva directamente a la cuestión de las denominadas materias indisponibles que quedan excluidas de la autonomía de las partes, no pudiendo ser objeto de dichos acuerdos.

En esta dirección, conviene precisar que nuestra jurisprudencia, introducida la reforma del Código Civil del año 2005, con apoyo en el art. 39 CE, en el que se garantiza como uno de los principios rectores de la política social y económica, la protección de la familia a todos los niveles -social, económico y jurídico-, y en el conjunto de normas que regulan las relaciones paterno filiales, especialmente en el art. 154 CC, se ha mostrado favorable al reconocimiento de un importante margen de libertad en el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores, afirmando, en consecuencia, la imposibilidad de “un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención –sin perjuicio de sus deberes de prestación– está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores”⁶³.

Efectivamente, es materia no dispositiva todo lo relacionado con los derechos de los menores y, por ello, al considerarse cuestión de orden público, estas cuestiones se encuentran sujetas al principio inquisitivo, siendo el “favor filii” el límite a la validez y eficacia de los acuerdos entre progenitores; sin embargo, de ahí no puede colegirse que los tribunales puedan cumplir esa función mejor de los padres. Por ello, si en el momento de su ejecución, ese pacto previo se ajusta al interés del menor, no se ha producido ningún cambio imprevisto de circunstancias sobre las tenidas en cuenta en el momento de su otorgamiento y está garantizado el libre consentimiento, el pacto debe tenerse por eficaz, vinculando la decisión de los tribunales⁶⁴.

61 *Ibidem*, F. J. 6.

62 *Ibidem*, F. J. 5.

63 STS 14 febrero 2005, F. J. 1 (RJ 2005, 1670)

64 MONFORTE, J. D.: “Acuerdos preventivos”, cit., pp. 1-2.

2. La determinación de la educación y formación religiosa de los hijos en los pactos de parentalidad y el mejor interés del menor.

Analizados los distintos aspectos implicados en la cuestión objeto de estudio es patente como cada vez más se han venido judicializando los conflictos familiares, lo que resulta más que preocupante sobre todo cuando hay menores, como es el caso de las cuestiones relativas a la educación de los hijos comunes. En esta dirección, especialmente complicados se presentan, como hemos visto, los conflictos ocasionados por las voluntades enfrentadas de los progenitores en torno a la educación del menor en una determinada religión. Los supuestos descritos ponen de manifiesto las dificultades en torno a su resolución por parte de nuestros Tribunales, especialmente porque en muchas ocasiones lo que subyace es un enfrentamiento personal entre los progenitores, más que razones fundadas.

En cualquier caso, puede apuntarse que, cuando los conflictos de este tipo se materializan en Sede judicial, la regla comúnmente seguida es la de la continuidad en la educación recibida, siendo este el criterio que se considera alineado con el mejor interés del menor al consolidar el mantenimiento de cierta estabilidad personal, evitando de este modo el peligro y las consecuencias negativas que, un cambio brusco en este sentido, podría suponer para el equilibrio psicológico del menor, especialmente si venía siendo educado en una determinada ideología o religión durante un tiempo considerable⁶⁵.

Y, cierto es que, para ello, en el caso de tener que recurrir a los Tribunales para la resolución de este tipo de conflictos, resulta especialmente importante la existencia de pactos de parentalidad entre los progenitores sobre la educación de los hijos, y que los jueces deberían y podrían tener en cuenta. Hay que tener en cuenta que el mejor interés del menor, protegido especialmente por nuestro ordenamiento jurídico, implica que la continuidad o cambio en la educación religiosa del menor es concebida como el mejor beneficio para el hijo común, mientras que, a sensu contrario, la formación interesada por el otro progenitor se entenderá como perjudicial o menos beneficiosa al menos, lo que deberá acreditarse por el solicitante necesariamente y apoyándose en hechos y evidencias concretas⁶⁶.

Ahora bien, dicho esto, no debe perderse de vista que en situaciones tan sensibles como las que nos ocupan habrá que estar al caso concreto, y que el verdadero criterio para la resolución de estas controversias es el mejor bienestar del niño, por lo que este criterio prevalente no se seguirá si el menor no se manifiesta favorable a la formación religiosa. Y, por supuesto, en este punto es

65 RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: "Patria potestad y educación religiosa", cit., pp. 156-158.

66 LACUEVA BERTOLACCI, R.: "Discrepancias en la educación", cit., pp. 6 y 7.

conveniente señalar que nuestra jurisprudencia es unánime al afirmar que las creencias religiosas de los padres no pueden ser tenidas en cuenta, por sí mismas, como factor determinante para la modulación de los derechos propios de las relaciones paterno-filiales. Lo que significa que el juzgador no puede entrar a valorarlas en sí mismas, pero sí en la medida en que la práctica de estas pueda incidir en el correcto desarrollo del menor. De este modo, podrán establecerse determinadas medidas para preservar la evolución educacional del menor, siempre que exista una relación de proporcionalidad entre la restricción de las relaciones paterno-filiales y el objetivo perseguido, esto es, la protección del interés superior de aquél⁶⁷.

Y, por supuesto, ni que decir que en caso de conflicto entre la voluntad del menor y las creencias religiosas elegidas por los padres para formarle, prima la decisión del menor, siempre que tenga suficiente madurez. En cualquier caso, las potestades educativas paternas, reconocidas por el ordenamiento a los titulares de la patria potestad para llevar a cabo su función de guía y custodia, en ningún momento pueden interpretarse como un derecho a imponer un modelo ideológico al niño, ya que en estos casos nos encontraríamos ante una auténtica vulneración de su derecho de libertad de creencias. Si el menor carece de la suficiente capacidad, la actuación paterna debe dirigirse, siempre y en todo caso, a la consecución del superior interés del menor, teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, lo que supone la prohibición de cualquier coacción, represión o imposición de determinadas creencias en contra de su voluntad, aunque el menor careciera de la suficiente madurez⁶⁸.

El problema es notorio y evidente, pues nos encontramos ante conceptos indeterminados y con una gran dosis de subjetividad, por lo que la decisión judicial deberá fundarse necesariamente en las concretas circunstancias y detalles del caso, y deberá adoptarse después de haber ponderado los posibles beneficios y riesgos que las distintas opciones parentales tendrán en el menor, teniendo en cuenta que se trata de una realidad evolutiva, y que, por tanto, cualquier valoración de lo que constituye su mejor beneficio en ese momento, deberá hacerse desde la

67 Nos encontramos en el plano de los derechos humanos, cuya titularidad se tiene, como ya se ha señalado por el mero hecho de ser persona, por lo que el menor está dotado de capacidad jurídica desde su nacimiento, siendo, por ello, titular de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Y así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones; en esta dirección, y con ocasión del análisis de la libertad religiosa, derecho que nos ocupa, señala en una de sus sentencias: "Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a la integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o (...) su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar" [STC. 141/2000 de 29 mayo, F.J. 5º (RTC 2000, 141)].

68 MORENO ANTÓN, M.: "Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial", *Revista Genral de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 9, p. 28.

perspectiva de un correcto desarrollo de su personalidad en formación⁶⁹. Y en dicha tarea el juzgador deberá prescindir de sus propias convicciones personales en torno a las cuestiones que a su juicio se someten –algo que como hemos visto puede suceder⁷⁰–, y decidir en función del mejor interés para el menor⁷¹. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor recoge dos elementos que, en la materia que nos ocupa, nos parecen de esencial relevancia para la correcta interpretación del interés del menor⁷²: en primer lugar, la opinión del menor, que deberá ser tenida en cuenta en todas las decisiones que le afecten e independientemente de la edad⁷³; y, en segundo lugar, la identidad del niño, que deberá preservarse con el fin de garantizar su armónico desarrollo⁷⁴.

La cuestión se centra, por tanto, en la evitación de cualquier impacto negativo en el menor; “ese interés reside eminentemente en el pacífico goce de sus opciones religiosas”, evitando cualquier tipo de crisis, que fácilmente pueden provocar las discusiones, presiones o tensiones en materia religiosa⁷⁵.

V. REFLEXIONES FINALES: LA EFICACIA DE LOS PACTOS EN TORNO A LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DE LOS HIJOS.

Los procesos judiciales contenciosos enfrentan a las partes provocando una mayor conflictividad, por lo que las relaciones paterno-filiales y la función educativa se complican mucho más. El plan de parentalidad constituye un recurso esencial para la construcción de acuerdos, especialmente con el acompañamiento de profesionales a través de las figuras de la mediación o de la coordinación parental, contribuyendo de esta forma a la reducción de la litigiosidad. Piénsese en lo difícil que puede resultar determinar qué implica y constituye educar a los hijos en una concreta creencia religiosa, sobre todo entre progenitores no convivientes y con distinta visión al respecto, o incluso con distintas creencias: cuál será la religión en

69 RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos. (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, 2000, núm. 14, 2000, pp. 278 y 279.

70 Vid., SOUTO GALVÁN, B., “La libertad de creencias y el interés superior del menor”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2016, núm. 28, pp. 210-213, donde la autora comenta una decisión judicial en la que el juzgador recoge en su argumentación lo que parece ser su opinión.

71 RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Límites de la libertad religiosa”, cit., p. 282.

72 En este sentido, SOUTO GALVÁN, B., “La libertad de creencias”, cit., pp. 205-211.

73 Señala el pár. 1 del art. 9 de la LOPJM: “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.”

74 Art. 2. d) de la LOPJM: “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”.

75 RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Límites de la libertad religiosa”, cit., p. 289.

la que se formará; cuántas veces, cómo y cuándo se asistirá a los actos de culto; qué actividades podrá desarrollar; a qué colegio acudirá; que formación extraescolar recibirá; cómo y quién asumirá los gastos que pudieran ocasionarse al respecto; si los padres no comparten creencias religiosas, cuáles son las responsabilidades para el progenitor que no comparte la religión practicada por el menor, pues realmente no puede esperarse que lo eduque en una religión que no practica..., etc.

Por ello, y contestando a la cuestión central del tema que nos ocupa, esto es, si llegado el caso puede el acuerdo de los progenitores determinar la resolución judicial, debe señalarse que siempre y cuando se alinee con el real y mejor interés del menor el pacto debería tenerse en cuenta por los Tribunales. De hecho, dado el tipo de controversias que se plantean en torno al asunto analizado, y teniendo en cuenta que, en principio, el mejor interés del menor se considera que es su continuidad formativa, la existencia de un plan de coparentalidad entre las partes puede evidenciar el modo y forma en el que el menor estaba siendo educado en el aspecto ideológico, avalado por los actos propios de los progenitores a este respecto, y sirviendo, por ello, como criterio muy lícito para la resolución de estas controversias.

En cualquier caso, no queremos finalizar sin apuntar una cuestión que nos parece de esencial importancia. Nuestro ordenamiento considera al menor como persona potencialmente capaz, y si bien es cierto que en ocasiones esa capacidad se ve limitada por y para su protección, el menor de edad es pleno titular de sus derechos y, como realidad evolutiva, cada vez nuestro Derecho le reconoce una mayor capacidad en determinados ámbitos, estableciéndose, en cualquier caso, que a los doce años será escuchado y, del mismo modo, si es suficientemente maduro y ha alcanzado suficiente juicio. Además, conforme apuntábamos antes, nos movemos en un ámbito totalmente subjetivo, que no se puede objetivar: ¿cómo podemos decir qué es lo mejor para el menor? Hemos podido comprobar cómo, en ocasiones, en primera instancia dan la razón a progenitor y no al menor, y en segunda instancia se decide totalmente en contra y se le da la razón al menor, lo que significa que la determinación de lo que es el mejor interés depende, finalmente, de la escala de valores del que decide: en este caso, el juez.

El conflicto familiar es muy especial y eminentemente sensible. En él las emociones son mucho más intensas, precisamente porque los vínculos entre las partes son más estrechos y la influencia entre las personas afectadas es mucho mayor, dada la especial relación de reverencia presente en el seno de la familia. El menor es el afectado, es quien debe ver satisfecho su interés y, sin embargo, no suele tener participación en los conflictos que se generan ante una crisis entre sus progenitores y por los que se ve afectado. Debe buscarse el incluir y organizar los procesos del Derecho de familia en función del menor, pues sólo a

partir de su participación, y llevando el procedimiento a sus condiciones para que verdaderamente pueda expresar su voluntad -pues no puede olvidarse que los padres están en conflicto-, podrá averiguarse el superior interés del menor.

En suma, en los asuntos que nos ocupan, el criterio determinante vendrá definido por el mejor interés del menor, por lo que resulta esencial su participación en la resolución de las citadas controversias. Por supuesto, cuando se hayan judicializado, donde entendemos que siempre deberá ser escuchada su opinión, pero también en la concreción de estos acuerdos, participando en la medida de sus posibilidades, según lo permitan su edad y capacidad, en todas aquellas decisiones que le afecten, como un miembro más de la familia. Lo que, además, según nuestro criterio, avalaría la potencialidad de estos planes de coparentalidad, al estar los intereses y necesidades de todas las partes implicadas.

BIBLIOGRAFÍA.

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: "El principio de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2013, núm. 2.

ALBA FERRÉ, E.: "El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor ante las crisis matrimoniales", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 28.

CASADO CASADO, B.: "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial", *Diario La Ley*; 2018, núm. 9177.

DE DIEGO- LORA, C.: "El menor centro de atribución de los derechos en las relaciones paterno-filiales", en AAVV.: *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis* (coord.por P. J Viladrich), Pamplona 1982.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, núm. 9.

ESPÍN ALBA, I.: "Planes de parentalidad: especial referencia a la figura del coordinador", en *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica* (coord. por E. González Pillado), Madrid, 2020, pp. 1-38. Plataforma La Ley digital.

GARCÍA VILARDELL, M^a R.: "El ejercicio conjunto de la patria potestad en el caso de progenitores no convivientes: conflictos en torno a la formación moral y religiosa de los hijos", en AAVV.: *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales* (coord. por A. M. Pérez Vallejo), Madrid, 2019.

- "El principio de laicidad del Estado: una reflexión para la recuperación de la esencia", en AAVV.: *Las Relaciones Iglesia-Estado en la actualidad: una lectura transversal* (coord.por R. Beneito Berenguer), Navarra, 2023

GASPAR LERA, S.: "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, 2011, núm. 54 Monforte, J. D.: "Acuerdos preventivos sobre custodia de hijos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2013, núm. 867.

HERAS HERNÁNDEZ, M. M.: "La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores que no viven juntos", *La Ley. Derecho de familia*, 2015, núm. 5.

- "Acuerdos suscritos para ordenar la convivencia en pareja de pruruptura y postruptura. Perspectiva desde el Derecho español", *Tla-Melaua, Revista de*

Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015, núm. 38.

LACUEVA BERTOLACCI, R.: "Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso", *Diario La Ley*, 2010, núm. 7512.

LATHROP, F.: *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Relación entre el convenio regulador y los nuevos planes de parentalidad: delimitación, contenido y eficacia", *Actualidad Civil*, 2020, núm. 9.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, Madrid, 2012.

MORENO ANTÓN, M.: "Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial", *Revista Genral de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 9.

NAVARRO MICHEL, M.: "COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2014 (RJ 2014, 6539)", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2015, núm. 98.

PEPÍN MOLINA, C.: "La autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho familiar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16.

PÉREZ MARTÍN, A. J., "La prueba en los procedimientos de familia: Una visión práctica", *Revista de Derecho de Familia*, 2017, núm. 76.

RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: "Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores", *Revista boliviana de derecho*, 2015, núm. 19.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un PADRE CON SUS HIJOS. (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)", *Derecho Privado y Constitución*, 2000, núm. 14, 2000.

ROCA, M.J.: "Conflicto entre normas civiles y canónicas en relación con la patria potestad", *Anuario de Derecho Civil*, 2015, núm. 68.

RODRIGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Los pactos de pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, núm. 38.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N.: "El plan de corresponsabilidad parental", *Diario La Ley*, 2020, NÚM. 9583.

ROMERO COLOMA, A. M., "Conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, núm. 4.

ROMERO NAVARRO, F., "La custodia compartida y el plan parental como co-construcción del equipo parental en procesos de mediación familiar", *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social IPSE-ds*, 2014, núm. 7.

SOUTO GALVÁN, B., "La libertad de creencias y el interés superior del menor", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2016, núm. 28.

UNICEF: *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Génova, 2007.

UREÑA CARAZO, B.: "Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guardia y custodia", *Revista de Derecho de Familia*, 2015, núm. 69.



LUCES Y SOMBRAS ACERCA DE LA POLÍTICA DE ANONIMATO DE LOS DONANTES EN LOS TRATAMIENTOS REPRODUCTIVOS. REFLEXIONES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ASUNTO GAUVIN-FOURNIS ET AL. C. FRANCIA*

LIGHTS AND SHADOWS REGARDING THE DONOR ANONYMITY POLICY IN REPRODUCTIVE TREATMENTS. REFLECTIONS FOLLOWING THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS RULING IN THE CASE OF GAUVIN-FOURNIS ET AL. V. FRANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 498-523

* El presente trabajo está subvencionado por la beca postdoctoral Margarita Salas, financiada por la Unión Europea-NextGenerationEU, Ministerio de Universidades y Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y también se enmarca en el Proyecto de investigación "Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del estatus a la autorregulación" (PID2021-123985NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigador principal el profesor Josep FERRER RIBA.

Giulia
GIOVANNINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: El artículo aborda el delicado equilibrio entre el derecho a conocer los orígenes biológicos y la confidencialidad en las donaciones de gametos, destacando la creciente tendencia de algunos ordenamientos jurídicos europeos a eliminar el anonimato en este proceso. Se examinan los desafíos jurídicos que enfrentan los juristas europeos en el marco de un mosaico heterogéneo, en el cual cada estado o comunidad autónoma determina el régimen legal de las técnicas de reproducción asistida con contribución de terceros, estableciendo así los derechos de donantes y concebidos. El trabajo se centra en la disparidad entre las normativas española y francesa, contrastando sus enfoques. Además, se analiza una reciente sentencia del Tribunal Europeo, ofreciendo reflexiones sobre la posibilidad de levantar el anonimato con efectos retroactivos o sin el consentimiento del donante.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida; anonimato de los donantes; acceso a los orígenes biológicos; derecho comparado; jurisprudencia TEDH; bioderecho; bioética.

ABSTRACT: *The article addresses the delicate balance between the right to know one's biological origins and confidentiality in gamete donations, highlighting the growing trend in some European legal systems to eliminate anonymity in this process. The legal challenges faced by European jurists are examined within the framework of a heterogeneous mosaic, in which each state or autonomous community determines the legal regime of assisted reproduction techniques involving third-party contributions, thereby establishing the rights of donors and conceived individuals. The work focuses on the disparity between Spanish and French regulations, contrasting their approaches. Additionally, it analyzes a recent European Court judgment, providing insights into the possibility of lifting anonymity retroactively or without the donor's consent.*

KEY WORDS: *Assisted reproduction; donor anonymity; access to biological origins; comparative law; ECHR jurisprudence; biolaw; bioethics.*

SUMARIO.- I. ANONIMATO DE LOS DONANTES EN EUROPA.- I. Estado actual de la cuestión.- 2. El turismo reproductivo y el acceso a datos identificativos de los donantes.. 3. El anonimato de los donantes en España.- II. ABOLICIÓN DEL ANONIMATO EN FRANCIA.- I. La Ley de Bioética francesa (LBIO).- 2. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Gauvin-Fournis et al. c. Francia.- 3. Levantamiento del anonimato con efectos retroactivos o sin consentimiento del donante: ¿una posibilidad real? - III. REFLEXIONES FINALES.

I. ANONIMATO DE LOS DONANTES EN EUROPA.

Los tratamientos de reproducción asistida (en adelante, TRA) han generado, desde hace más de 40 años, unos intensos debates en el plano jurídico y bioético. Desde el año 1978, que corresponde con el nacimiento de la primera niña concebida por TRA, se estima que hayan nacido más de 10 millones de bebés gracias a dichas técnicas¹. Para que nos hagamos una idea más concreta de los ciclos que se realizan en Europa, en 2018, el último año del que se dispone de cifras, se registraron 1.077.813 tratamientos en 40 países europeos², muchos de los cuales se llevaron a cabo con contribución genética de un tercero, a saber, de un o una donante. En este contexto, España es el país con el porcentaje de tratamientos reproductivos más alto de Europa³, debido a varios factores, entre los cuales un marco jurídico progresista y favorecedor tanto para familias como para donantes.

Ante un entorno legal fragmentado y heterogéneo en materia de reproducción asistida, el presente trabajo pretende abordar una de las cuestiones más controvertidas y los retos para el futuro que están interesando a los legisladores de distintos ordenamientos jurídicos europeos, es decir, el anonimato de los donantes y los derechos de los nacidos por tratamientos de reproducción asistida. En efecto, a nivel legislativo, Europa es un puzzle en el que es el propio estado o comunidad autónoma quien decide el marco jurídico, el alcance y las consecuencias de las TRA que se ofrecen, especialmente con respecto a los derechos y a la filiación de los nacidos, así como la posición legal de los donantes.

En este contexto, y para plantear algunas recomendaciones para una futura reforma de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana

-
- 1 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Factsheet on ART", noviembre 2023, p.1.
 - 2 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Factsheet on ART", núm. 73, enero 2022, p.1.
 - 3 Ibid.

• **Giulia Giovannini**

Investigadora Postdoctoral Juan de la Cierva, Universitat de Barcelona. Correo electrónico: giulia.giovannini@ub.edu.

asistida (LTRHA)⁴ nos resulta particularmente útil el análisis de la legislación francesa en materia de bioética, la “LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique”⁵ (en adelante, LBIO), y una de las pronuncias más recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto Gauvin-Fournis y Silliau contra Francia de 7 de septiembre de 2023 (n.º 21424/16 y n.º 45728/17).

I. Estado actual de la cuestión.

Europa sigue siendo un mosaico de legislaciones sobre el acceso a TRA y la atribución de la filiación resultante. Sin embargo, se ha observado cierta tendencia hacia la homogeneidad en un número creciente de jurisdicciones acerca de la supresión del anonimato de los donantes de esperma y óvulos⁶ y la consecuente protección del derecho a conocer los orígenes biológicos para los nacidos por TRA.

Tradicionalmente, la mayoría de los países habían favorecido modelos de donación anónima, limitando así el derecho de las personas concebidas gracias a las TRA a conocer sus orígenes. La opinión mayoritaria en la actualidad promueve y sostiene que esta prerrogativa debe suprimirse, sin efecto retroactivo, para proteger a los donantes a los que se les prometió el anonimato⁷, salvo por razones médicas o si el donante ha consentido en revocar el anonimato⁸. Entre los países que han adoptado una política a favor del acceso a los datos identificativos de los donantes, se ofrece a los concebidos la posibilidad de conocer la identidad de éstos una vez alcanzada la madurez suficiente, que generalmente coincide con la mayoría de edad, como en Suecia –primer país de Europa en eliminar el anonimato en 1985–, Países Bajos, Suiza, Austria, Alemania, Reino Unido e Islandia⁹ y ahora también en Francia (Art. 5 LBIO). Del mismo modo, en el Reino Unido y en los Países Bajos, los padres intencionales y los donantes también pueden tener acceso a una información genérica acerca, respectivamente, de los donantes y de los niños concebidos gracias a su aportación.

4 BOE núm. 126 del 27 de mayo de 2006.

5 JORF núm. 0178 del 3 de agosto de 2021.

6 CALHAZ-JORGE, C. et al.: “Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)”, *Human Reproduction Open*, 2020, p. 9.

7 En contra de la retroactividad del anonimato para los donantes y con especial referencia al contexto australiano, véase PENNINGS, G.: “How to kill gamete donation: Retrospective legislation and donor anonymity”, *Human Reproduction*, vol. 27, núm. 10, 2012, pp. 2881-2885.

8 COUNCIL OF EUROPE, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, Doc. 14835, del 20 de febrero 2019, (online).

9 BRUNET, L.: “Donor anonymity and right of access to personal origins”, *Council of Europe*, 22 febrero 2018, p. 6.

Hoy en día, en Europa hay situaciones muy distintas¹⁰ que varían entre (1) una política estricta de anonimato de los donantes, (2) el anonimato para los usuarios (pareja o persona) pero no para los concebidos, (3) un sistema mixto de donación y anonimato, y (4) prohibición de anonimato bajo cualquier concepto.

La política del anonimato de los donantes está en vigor en Albania, Chipre, República Checa, Estonia, Grecia, Italia, Lituania, Macedonia, Moldavia, Letonia, Montenegro, Polonia, Serbia, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, España¹¹ y prevé que quien se preste a donar su esperma u óvulos será registrado como donante frente a las autoridades, pero su identidad no será revelada ni a los futuros progenitores ni a los concebidos. Por otro lado, existe un sistema de anonimato para los usuarios, es decir que los padres y madres no podrán acceder a los datos de los donantes, pero ellos pueden ser revelados a los hijos concebidos por TRA bajo ciertas condiciones o al cumplimiento de una cierta madurez. Es el caso de Austria, Croacia, Finlandia, Islandia, Malta, Portugal, Reino Unido, Francia¹², ordenamientos a favor del levantamiento del anonimato, donde los menores, una vez alcanzada la mayoría de edad, podrán acceder a los datos identificativos de los donantes, sin que ello comporte ninguna relación jurídica con el hombre o la mujer. En tercer lugar, también existen ordenamientos jurídicos en los que son los propios donantes los que eligen si quieren ser identificados o identificables en el futuro. Este sistema “mixto” de donación se ha adoptado en Bélgica, Dinamarca, Alemania e Irlanda¹³. Finalmente, también existen ordenamientos que prohíben el anonimato de los donantes bajo cualquier concepto, tal y como está planteado en Países Bajos y Georgia¹⁴.

Además de la opción categórica entre prohibición y obligación de anonimato, hay también una vía intermedia, conocida como “double track”¹⁵, que deja a los donantes la opción de elegir si quieren permanecer desconocidos para los usuarios y para los niños nacidos, o si pueden ser identificados en el futuro. Esta política de doble vía para el anonimato puede ser un buen intento de equilibrar los derechos de los donantes, de los padres, madres y concebidos a través de TRA y que podría ser una solución, en el inmediato, para los 17 países europeos que hasta hoy solo permite las donaciones anónimas¹⁶.

10 CALHAZ-JORGE, C. et al.: “Survey on ART and IUI”, cit., p. 9., Anexo SII.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 PENNINGS, G.: “The ‘double track’ policy for donor anonymity”, *Human Reproduction*, vol. 12, 1998, núm. 12, pp 2839-2834.

16 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), *Europe moves towards complete statutory regulation of assisted reproduction*, 6 febrero 2020, disponible aquí: <https://www.eshre.eu/Press-Room/Press-releases-2020/ART-in-Europe> (último acceso: 17.12.2023).

Para algunas mujeres y parejas, ser capaz de elegir si su hijo puede identificar una figura biológica es un factor decisivo¹⁷. Considero que la tendencia de eliminar definitivamente el anonimato del donante puede ser beneficiosa para todas las partes implicadas: los usuarios y usuarias pueden tener acceso a un donante conocido, una persona de confianza o una persona que, además de proveer con su propio material genético, se muestra igualmente interesado en el bienestar del menor y, en un futuro, en conocerle. Por otra parte, de este modo se salvaguarda el interés superior del menor en conocer su origen biológico, sin que ello implique ninguna asunción de responsabilidad o filiación. La mera posibilidad de rastrear a la persona que proporcionó una parte importante del ADN del menor es un avance desde el punto de vista médico, por ejemplo, para poder remontarse al historial de posibles enfermedades hereditarias, y desde el punto de vista ético también, pudiendo los menores resolver las inquietudes acerca de su propia concepción.

Los temores de algunos, fundados en las posibles controversias en materia de filiación del menor o de responsabilidad parental, ocultan, en efecto, un interés económico de los lobbies de la salud reproductiva¹⁸ que, como demuestran los datos proporcionados por los ordenamientos que han abolido hace tiempo el anonimato, perderían muchos potenciales donantes ya que la mayoría entre ellos prefieren no ser identificados en el futuro una vez realizada la donación¹⁹.

Un eventual cambio de normativa puede tener impacto acerca del perfil de los donantes. En los casos de donación de esperma, mientras existe el anonimato, tienden a ser hombres solteros heterosexuales²⁰. Por el contrario, al eliminarse el anonimato, el perfil de los donantes cambia, siendo más común que sean hombres mayores, casados y con hijos que están dispuestos a donar, no solo porque no les importa ser contactados, sino incluso porque lo desean²¹. Eso demuestra que, aunque no sean la totalidad, existen terceros guiados por un claro espíritu altruista.

2. El turismo reproductivo y el acceso a datos identificativos de los donantes.

Los obstáculos a los que se enfrentan algunas personas que quieren acceder a TRA generan lo que se define como atención reproductiva transfronteriza (en inglés, "cross border reproductive care"), fenómeno también vulgarmente

17 Asimismo, en aquellos ordenamientos donde solo se admite la donación no anónima, puede ser el motivo para recurrir a TRA en el extranjero y evitar cualquier futuro contacto con el donante o la donante.

18 ASOCIACIÓN PARA EL ESTUDIO DE LA BIOLOGÍA DE LA REPRODUCCIÓN (ASEBIR), "El Comité de Bioética pide al Gobierno que acabe con el anonimato de los donantes de esperma y óvulos", ABC, 7 febrero 2020, (online).

19 FRITH, L., BLYTH, E. y FARRAND, A.: "UK gamete donors' reflections on the removal of anonymity: implications for recruitment", *Human Reproduction*, vol. 22, núm. 6, 2007, pp. 1675-1680.

20 COOK, R. y GOLOMBOK, S., "A survey of semen", cit.; THORN, P., KATZORKE, T. y DANIELS, K.: "Semen donors in Germany: a study exploring motivations and attitudes", *Human Reproduction*, 2008, vol. 23, pp. 2415-2420.

21 RAES, I., RAVELINGIEN, A. y PENNING, G.: "The right of the donor to information about children conceived from his or her gametes", *Human Reproduction*, 2013, vol. 28, núm. 3, p. 562.

denominado “turismo reproductivo”²², es decir la prestación de servicios de fertilidad a pacientes que viajan fuera de su país de origen para recibir un determinado tratamiento reproductivo. Hay varias explicaciones para esta tendencia entre los pacientes: evitar las restricciones legales en su país, como es el caso de acceso a tratamiento de fertilidad para mujeres solteras y lesbianas en Italia, o la necesidad de realizar un diagnóstico genético preimplantacional (DGP) en Alemania; también se recurre a servicios en el extranjero para evitar las largas listas de espera en su país, tal y como ocurre para la donación de óvulos en el Reino Unido; poder tener acceso a tratamientos menos costosos es otra de las razones para viajar al extranjero; y, finalmente, poder escoger la donación de gametos bajo el régimen del anonimato de los donantes es un aspecto clave para algunos usuarios y usuarias²³. Si bien es cierto que lo ideal sería poder tener acceso a TRA en su propio país y a condiciones de igualdad respecto de todos los usuarios y usuarias, cuando por alguna razón esto no es posible, la atención reproductiva transfronteriza ofrece a las personas una solución alternativa de fácil acceso, eludiendo muchos de los motivos de restricción²⁴.

En Europa, España y Bélgica parecen ser los países más visitados para los TRA²⁵. La península ibérica en particular, que es con diferencia el país europeo más activo en reproducción asistida, destaca por la eficacia de sus servicios, tiempos de espera mínimos y la abundancia de gametos de donantes²⁶. No se conoce con exactitud el alcance total de la atención reproductiva transfronteriza en Europa porque muchos registros nacionales no anotan el país de origen de los pacientes, sino que se limitan a apuntar el ciclo de tratamiento llevado a cabo. Sin embargo, según las encuestas realizadas en los últimos diez años, se calcula que alrededor del 5% de todos los tratamientos de fertilidad en Europa se realizan en el extranjero²⁷.

Frente a esta situación de hecho, la ESHRE reconoce algunas ventajas de la atención reproductiva transfronteriza. En opinión de la autoridad europea en la materia, el turismo reproductivo mejora la autonomía del paciente al ofrecer igualdad de oportunidades de tratamiento a todos y todas, aunque esa autonomía pueda implicar la evasión de la legislación nacional (aunque no la infracción de la

22 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Cross border reproductive care”, ART fact sheet, núm. 1, enero 2017, p.1; sobre el tema, véase también VAN HOOF, W. y PENNING, G.: “Extraterritorial laws for cross-border reproductive care: the issue of legal diversity”, *European Journal of Health Law*, núm. 19, 2012, pp. 187-200.

23 Ibid. Según una encuesta realizada por la ESHRE en 2010, dos tercios de todos los pacientes transfronterizos que acudían a seis países europeos para someterse a un tratamiento procedían de Italia (31%), Alemania (14%) Países Bajos (12%) y Francia (9%). En aquel momento, Italia tenía la legislación más restrictiva de Europa en materia de fecundación in vitro (FIV). SHENFIELD, F. et al.: “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, 2010, vol. 25, núm. 6, pp. 1361-1368.

24 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Cross border”, cit., par.7.

25 Ibid. par 3.

26 Ibid. par. 3.

27 Ibid. par. 4.

misma) y un coste variable del servicio²⁸. Además, cabe mencionar que la atención reproductiva transfronteriza también cumple el principio de libre circulación de pacientes dentro de la Unión Europea²⁹.

Por otro lado, también existen algunas preocupaciones, especialmente respecto a la falta de control acerca del número de embriones transferidos (y, por tanto, el riesgo de embarazos múltiples), la calidad de la información a las pacientes y la posible explotación de donantes de óvulos y mujeres que gestan para terceros. En un intento por mantener unos estándares seguros y eficaces en la atención reproductiva transfronteriza, se ha desarrollado una guía de buenas prácticas para profesionales que tiene en cuenta a los propios pacientes, sus futuros hijos y los intereses de terceros implicados en el proceso reproductivos³⁰.

A falta de un marco común respecto de las carteras de servicios reproductivos accesibles, los expertos individuaron los siguientes TRA entre los más buscados por los usuarios y usuarias, frente a una clara indisponibilidad del mismo en su propio país de origen³¹. Entre otros, destacan la selección de embriones, sobre todo mediante cribado genético; la congelación y transferencia de embriones; el diagnóstico genético preimplantacional; la donación de óvulos y el método ROPA; la gestación por sustitución; el acceso a la fecundación post-mortem; y el anonimato de los donantes de gametos³². Centramos nuestro estudio sobre este último.

Como anticipado, en los últimos años, más y más ordenamientos jurídicos han optado por el levantamiento del anonimato de los donantes³³, tal y como propuesto por el Consejo de Europa en su recomendación n. 2156³⁴, para reconocer y proteger los intereses de los niños concebidos por TRA. La protección de los donantes de gametos y de su privacidad cuenta cada vez menos con el respaldo de las autoridades europeas.

28 Ibid. par. 5.

29 Tal y como se establece en la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Diario Oficial de la Unión Europea del 04.04.2011.

30 Véase SHENFIELD, F. et al.: "ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners", *Human Reproduction*, vol. 26, núm. 7, julio 2011, pp. 1625-1627.

31 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Regulation and legislation in assisted reproduction", ESHRE Fact Sheets 2, enero 2017, par. 3.

32 Ibid.

33 CALHAZ-JORGE, C. et al.: "Survey on ART and IUI", cit., p. 9, régimen que recientemente se ha modificado en Francia (vid. *Infra* par. II.I del presente trabajo).

34 COUNCIL OF EUROPE, "Anonymous Donation", cit.

El problema principal es de naturaleza práctica. Actualmente, los datos de los registros sobre TRA y datos identificativos de los donantes, son incompletos³⁵. La situación es especialmente problemática en la asistencia transfronteriza tanto de cara a la trazabilidad durante el transporte de gametos o embriones, como de cara a los pacientes y a la donación de gametos llevada a cabo. Desarrollar más los registros TRA y hacerlos obligatorios permitiría la recopilación de datos y contribuiría a prevenir eventuales acontecimientos adversos graves, además de aportar pruebas directas sobre la eficacia de los tratamientos. Adicionalmente, y de manera más relevante, el objetivo de los registros es garantizar la protección médico y legal de los futuros padres, donantes y de la descendencia. Los datos recaudados proporcionan pruebas esenciales para la identificación de riesgos para la salud de las personas que hayan hecho uso de dichos tratamientos y también permiten trazar, biológicamente, el origen de la concepción. Si queremos que el derecho de los concebidos por TRA sea efectivo, la implementación de los registros es, actualmente, muy necesaria y urgente. Es más. En una sociedad avanzada y tecnológica, la tarea de compartir cierta información de manera digital resulta posible, fácil y realmente poco costoso.

El contexto jurídico y social resultará incompleto si no se hará un esfuerzo adicional para educar acerca de las implicaciones de la medicina reproductiva. A parte de poder disponer de datos fiables, también sería preciso introducir una serie de “buenas prácticas” para todas las partes interesadas en el proceso reproductivo, tal y como (1) los donantes, (2) los padres intencionales o receptores de los tratamientos, (3) los concebidos mediante TRA y (4) las clínicas y los bancos de gametos³⁶. En particular, éstos últimos deberían disponer de recursos y formación para asegurar de poder proporcionar apoyo informado a los primeros³⁷.

3. El anonimato de los donantes en España.

Según lo dispuesto por la LTRHA, la donación de gametos es anónima (art. 5). No obstante el debate está abierto en España, esta disposición no se vio afectada por ninguna de las reformas que tuvieron lugar en los últimos años³⁸. Aunque se trata de un negocio jurídico que presupone una motivación altruista

35 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Registries for Medically Assisted Reproduction: essential tools to secure the protection of the intended parents, third-party donors, and children”, ART fact sheet, enero 2022, p.1.

36 ESHRE WORKING GROUP ON REPRODUCTIVE DONATION, “Good practice recommendations for information provision for those involved in reproductive donation”, *Human Reproduction Open*, 2022, vol. 00, núm. 0, p. 6 y ss.

37 Ibid.

38 Véase la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE-A-2007-5585); Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE-A-2015-7851).

y desinteresada, la propia ley establece la posibilidad de una compensación económica por las molestias y desplazamientos de los donantes³⁹.

A pesar de lo que dicta la legislación española algunos autores plantean desafíos al considerar que se trate verdaderamente de una "donación" de gametos⁴⁰. Según algunos⁴¹, el donante contribuye al banco de gametos de una clínica y recibe una compensación, pero se argumenta que la entidad obtiene grandes beneficios mediante la intermediación. La sugerencia es entender que el banco cobra por servicios relacionados con el análisis, conservación y procedimientos legales, no directamente por los gametos. Investigaciones en otros países europeos que permiten la donación de gametos sugieren que los donantes deberían recibir información sobre el destino de sus contribuciones, como una forma de compensar el altruismo de la donación⁴². Se plantea que el reconocimiento social, como informar sobre el éxito de embarazos logrados gracias a sus donaciones, constituiría la mejor forma de retribución a los donantes⁴³.

Frente al derecho de los hijos concebidos por TRA, el argumento clave para sostener y justificar el anonimato en la donación de gametos es la necesidad de preservar el derecho a la privacidad e intimidad de los donantes que han realizado un acto altruista bajo el régimen legal del anonimato. Se parte de la idea que, de no ser anónima, muchas personas que actualmente donan se abstendrían debido al temor de ser contactados en el futuro, ya que existe un cierto estigma asociado con donar material genético sin asumir las consecuencias de este acto que impactará en vidas humanas y generaciones futuras⁴⁴.

La única excepción permitida al anonimato, y, por ende, a la protección de la privacidad del donante, es en caso de aparecer alguna enfermedad genética

39 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, vol. 38, pp. 74. La compensación no es fija y en España es el Ministerio de Sanidad quien determina la cuantía aproximada, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo, la autora afirma que es la clínica de fertilidad la que decide cuánto pagar, pero siempre dentro de los rangos legales permitidos. Estas cantidades oscilan entre los 600 y 1.000 euros en el caso de la donación de óvulos, y entre los 50 y 70 euros en la donación de semen.

40 Ibid.

41 RAPOSO, V.L.: "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2012, núm. 37, p. 104.

42 COOK, R. y GOLOMBOK, S.: "A survey of semen donation: phase II-the view of donors", *Human Reproduction*, núm. 10, 1995, pp. 951-959; KALFOGLOU, A.L. y GELLER, G.: "A follow-up study with oocyte donors exploring experiences, knowledge, and attitudes about the use of their oocytes and the outcome of the donation", *Fertility and Sterility*, 2000, núm. 74, pp. 660-667; FRITH, L., BLYTH, E. y FARRAND, A.: "UK gamete donors", cit.; PUREWAL, S. y VAN DEN AKKER, O.: "Systematic review of oocyte donation: investigating attitudes, motivations and experiences", *Human Reproduction Update*, 2009, núm. 15, pp. 499-515.

43 PENNING, G.: "Commentary on Craft and Thornhill: new ethical strategies to recruit gamete donors", *Reproductive BioMedicine Online*, 2005, vol. 10, núm. 3, p. 308.

44 IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La donación anónima", cit., p. 74.

(art. 5.5 LTRHA), aunque si se puede mantener su confidencialidad utilizando las clínicas como intermediarias⁴⁵.

Es cierto que España debe gran parte del éxito de sus tratamientos reproductivos a la amplia disponibilidad de donantes, lo que influye en el corto tiempo de espera para los pacientes, una mayor posibilidad de encontrar el fenotipo correspondiente para cada uno de ellos y precios competitivos. Sin embargo, el Comité de Bioética recomienda al Gobierno la supresión del anonimato en la donación de óvulos y esperma para reproducción asistida en favor del derecho a la identidad del menor a conocer sus orígenes⁴⁶. Para hacerlo efectivo, sería necesaria una inmediata modificación de lo establecido actualmente en el art. 5.5 LTRHA. Es deseable que, tras años de total falta de control sobre los donantes y sobre el número de hijos nacidos gracias a la aportación de la misma persona, se suprima de una vez el anonimato y se creen los registros correspondientes⁴⁷ con el fin de proteger los intereses de todas las partes implicadas.

Para garantizar el derecho de los menores al acceso a los datos de identificación de los donantes, sería necesario, en general, establecer un registro central gestionado por clínicas y centros autorizados que, además del almacenamiento del material genético, conserven la información correspondiente, a fin de que los interesados puedan acceder a ella cuando la legislación así lo prevea, y, en cualquier caso, al alcanzar la mayoría de edad por quienes han sido concebidos vía TRA. Este cambio no implicaría en ningún caso la determinación de la filiación en favor de los donantes de semen u óvulos, ni la posible reclamación de la filiación o de responsabilidades parentales. Para dar el primer paso, se podría optar por una solución intermedia o double track o, mas recomendable aún, por la supresión definitiva del anonimato de donantes y donadoras, sin efectos retroactivos o con una retroactividad limitada a supuestos concretos (vid. infra. apt. II, par. 3). Esto probablemente acabaría con una parte importante del flujo generado por el turismo reproductivo⁴⁸ y garantizaría que las familias pudieran tomar una

45 Ibid.

46 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológico*, del 15 de enero de 2020, disponible aquí: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf> (último acceso: 20.09.2021).

47 Obsérvese que el registro de donantes sólo está activo desde el año 2018, a pesar de que estaba previsto por primera vez en 1988 por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, DF 3º, (BOE-A-1988-27108) y actualmente por el art. 21 LTRHA. El sistema se está implementando actualmente a través de la plataforma SIRHA <https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/donantes/aspectosLegales/home.htm> (último acceso: 16.09.2023). Sobre el tema, véase también ALKORTA IDIAKEZ, I. y FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Dificil Equilibrio", *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural), pp. 148-178; FARNÓS AMORÓS, E.: "Donor anonymity, or the right to know one's origins?", *Catalan Social Sciences Review*, núm. 5, 2015, pp. 1-10.

48 Hay quien sostiene que permitir este "tráfico" está justificado como expresión del respeto de la diversidad (cfr PENNING, G.: "Legal harmonization and reproductive tourism in Europe", *Human Reproduction*, vol. 19, núm. 12, 2004, p. 2694) y quien se muestra más preocupado por este flujo incontrolado (cfr VAN BEERS, B.:

decisión ponderada y justa para ellas y para los hijos que nacerán. A la vez, sería recomendable que la información se extienda también a los donantes. Como apuntado, en los ordenamientos jurídicos que apuestan por una donación no anónima, son los mismos donantes los primeros interesados en ser contactados y en saber si su material genético se utilizó, cuantas veces y cuantas personas nacieron gracias a su acto altruista.

II. ABOLICIÓN DEL ANONIMATO EN FRANCIA.

I. La Ley de Bioética francesa (LBIO).

El ordenamiento francés fue pionero en materia de legislación en el ámbito de la bioética, gracias a la conocida “Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé”⁴⁹. Su última revisión tuvo que esperar más de dos años y varias enmiendas antes de ver la definitiva aprobación de la LBIO⁵⁰. Ese importante cuerpo normativo ha comportado cambios significativos al Código Civil (en adelante, CC) y al Código de la Salud Pública (Code de Santé Publique, en adelante, CSP).

Son varias novedades introducidas por la LBIO, entre las que destacamos, por un lado, la disponibilidad de los TRA para cualquier mujer, independientemente de su orientación sexual, pues por fin mujeres solas y parejas de mujeres podrán acceder a dichos tratamientos. Por otro lado, y de fundamental interés para este trabajo, resulta de suma importancia la supresión del anonimato de los donantes de gametos y de embriones, cuestión sobre la que la doctrina ya insistía desde hace varios años⁵¹. A partir de ahora los menores concebidos por TRA podrán tener acceso a datos identificativos o no identificativos de los donantes.

El legislador francés ha optado por una solución que prevé una única posibilidad: el anonimato para los usuarios (pareja o persona) pero no para los concebidos. Esto hace únicamente posibles las donaciones no anónimas, es decir aquellas que garanticen, en el futuro, que los concebidos puedan acceder a su mayoría de edad a la identidad y a los datos no identificativos del tercero que participó en su procreación (art. 2143-2, par. I CSP). Los datos no identificativos a los que se hace

“Is Europe ‘Giving in to Baby Markets?’ Reproductive tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets”, *Medical Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2015, pp. 103-134).

49 Que modificó la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés.

50 Reforma substancial pero algunos critican el hecho de que se hayan dejado fuera las cuestiones mas controvertidas. Véase PASTOR, J.: “Le projet de loi Bioéthique achève péniblement son parcours”, *Dalloz Actualité*, 30 de junio 2021, (online). Para un comentario más extendido de la LBIO, véase GIOVANNINI, G.: “The French Law on Bioethics and its Limitations. Challenges for the future from a comparative perspective”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford University Press, vol. 36, núm. 1, 2022, pp. 1-22.

51 Véase, por ejemplo, THÉRY, I.: *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, 2015, éditions Ehes.

referencia son la edad; el estado general tal como lo describen en el momento de la donación, las características físicas; la situación familiar y profesional; el país de nacimiento; y las motivaciones de su donación (art. 2143-3 CSP). Todos los datos son conservados por la Agencia de Biomedicina (Agence de la biomédecine, art. 2143-4 CSP) a la que podrán dirigirse los concebidos por TRA una vez hayan alcanzado la mayoría de edad (art. 2143-5 CSP).

La normativa establece un mecanismo de acceso a dichos datos también respecto de los donantes que proporcionaron su material genético antes de la LBIO y que, por ello, están sujetos a las reglas del anonimato y por tanto gozarían de la total privacidad respecto de su identidad. Sin embargo, bajo petición por parte de los concebidos a la Comisión de Acceso de las Personas Nacidas de Asistencia Médica a la Procreación a los Datos de Terceros Donantes (CAPADD - Commission d'accès des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs), los donantes pueden elegir levantar el anonimato y acceder a facilitar sus datos. Una vez recaudado el consentimiento expreso, serán comunicarlos a los interesados (art. 2143-6, par. 6 CSP). Como se explicará en el siguiente apartado, las solicitudes por parte de personas concebidas antes del año 2021 no tardaron en llegar.

Se trata sin duda de uno de los aspectos más novedosos de la LBIO. Como se ha apuntado, en el plano práctico, a partir del 1º de septiembre de 2022, se brinda la posibilidad a las personas nacidas a través de donación de espermatozoides, óvulos o embriones de recibir respuesta sobre sus orígenes biológicos. En efecto, estas personas, al alcanzar la mayoría de edad y si lo desean, pueden solicitar acceder a la identidad del donante (nombre de nacimiento, nombres, sexo, fecha y lugar de nacimiento), así como a sus datos no identificativos (situación familiar y profesional, características físicas, estado general, país de nacimiento, motivaciones de la donación) incluso de aquellos terceros que hicieron su donación antes de la LBIO, es decir, bajo un régimen de anonimato absoluto. ¿Se trata por lo tanto de una medida retroactiva? La respuesta es claramente negativa. Los que fueron donantes antes de la entrada en vigor de la LBIO mantendrán el derecho a no revelar su identidad ni sus datos no identificativos si esa es su voluntad. No obstante, para aquellos que así lo deseen, podrán espontáneamente o tras la solicitud de la CAPADD levantar el anonimato.

En Francia, estos casos llevaron demandas de acceso a los orígenes ante los tribunales mucho antes de que el legislador de 2021 abriera una vía de acceso al levantamiento del anonimato. En los próximos años, la CAPADD tendrá mucho trabajo para ofrecer respuestas satisfactorias a los concebidos antes y después de la LBIO. De hecho, en el primer informe disponible desde la creación de la

CAPADD⁵² señala que, en un solo año fueron 434 las solicitudes de personas interesadas en acceder a sus orígenes biológicos⁵³. Otro dato destacable y llamativo es que hubo 435 donantes que, de manera espontánea, comunicaron a la comisión su consentimiento a inscribir sus datos identificativos en el registro nacional de los donantes de gametos y embriones (Registre national des donneurs de gamètes et d'embryons o Registre ABM)⁵⁴ para que estuvieran disponibles, en el futuro, para cualquier persona que los deseara consultar. Esto destaca una cierta sensibilidad también de parte de aquellos terceros que podrían disfrutar de un régimen de anonimato, pero deciden renunciar a ello. A la vez, si bien los agentes de la medicina reproductiva y agencia de biomedicina están preocupados por la baja participación en la recaudación de material genético⁵⁵, este dato demuestra que sí es posible querer ser donante sin miedo a revelar su propia identidad.

Suprimir las donaciones anónimas es un claro paso hacia la conquista de los derechos de los concebidos por TRA. Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, el derecho francés permite el acceso a los orígenes, pero no lo convierte en un derecho⁵⁶.

La posibilidad de eliminar el anonimato responde a la necesidad de cambiar el foco de la perspectiva, en un balance de derechos entre la confidencialidad que se asegura(ba) a los donantes y el derecho a acceder a los orígenes biológicos. En este sentido, el ordenamiento francés adoptó una postura que pretende dar un cambio radical, con una solución que va más allá del cambio normativo hacia futuro. Haber extendiendo la facultad de contactar a los donantes previamente a la LBIO es un acierto, porque presupone ofrecer la oportunidad, si bien limitada a la voluntad de los terceros que intervinieron en el proceso procreativo, a las personas concebidas por TRA, aunque ello no garantiza que los donantes acepten la petición, ni que puedan hacerlo, ya que se podría tratar de personas mayores, sin capacidad o fallecidas. A continuación, profundizamos este tema, tratado en detalle por el TEDH en una reciente sentencia.

52 CAPADD, *Rapport annuel 2022-2023*, adoptado el 15 de septiembre de 2023, disponible en línea: https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/capadd_rapport_annuel_15sept2023_version_adoptee.pdf (último acceso: 28 de diciembre de 2023).

53 Ibid. p. 12.

54 Ibid.

55 Recientemente se lanzó una campaña para invitar a las personas a ser donantes de esperma y de ovulos y sensibilizar a los ciudadanos acerca de la imposibilidad de algunos para ser padre o madre: Agence de la biomédecine, "La nouvelle campagne d'incitation au don de gamètes de l'Agence de la biomédecine", disponible en línea: <https://www.agence-biomedecine.fr/La-nouvelle-campagne-d-incitation-au-don-de-gametes-de-l-Agence-de-la-lang=fr> (último acceso: 28 de diciembre de 2023).

56 MARCHAND, V.: "Cour EDH et dispositif d'accès aux origines des personnes nées d'un don de gamète", 14 de septiembre de 2023, DGEMC, (online).

2. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Gauvin-Fournis et al. contra Francia.

Derecho de conocer los orígenes biológicos versus anonimato en la donación de gametos, ese fue el asunto del caso sometido a la Corte de Estrasburgo. La sentencia emitida por el TEDH el 7 de septiembre de 2023 en el asunto Gauvin-Fournis y Silliau contra Francia n.º 21424/16 y n.º 45728/17 se pronuncia sobre dos peticiones que cuestionan de manera similar la imposibilidad para los niños concebidos mediante TRA con donante de terceros antes de la entrada en vigor de la LBIO de revelar la identidad del donante sin su consentimiento.

Antes de presentar su caso ante el Tribunal, los dos solicitantes, nacidos en Francia en 1980 y 1989 como resultado de una fecundación en vitro (FIV) con donante de terceros, emprendieron gestiones en 2010, poco después de que sus padres les revelaran las circunstancias de su concepción, para obtener información sobre los donantes de gametos responsables de su engendramiento a través de los Centros de Estudio y Conservación de Óvulos y Espermatozoides Humanos (CECOS - Centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme humain) pertinentes⁵⁷.

Específicamente, querían conocer la identidad del donante, así como acceder a otra información no identificativa, como su edad, ocupación, descripción física, motivación para la donación, el número de personas concebidas con sus gametos y datos sobre su historial médico. Uno de ellos también deseaba saber si su hermano, nacido en 1977 a través de FIV, tenía el mismo donante que él. Frente a la negativa de los CECOS, los solicitantes presentaron su caso primero ante la Comisión de Acceso a Documentos Administrativos (CADA) y luego ante las autoridades administrativas, pero el Consejo de Estado, en ambos casos, confirmó el rechazo de sus peticiones en dos decisiones de noviembre de 2015 y diciembre de 2016. Al examinar estos casos desde la perspectiva del marco legal anterior a la LBIO, el Consejo de Estado consideró que al reservar únicamente al médico el acceso a información médica no identificativa sobre el donante en caso de necesidad terapéutica y al prohibir cualquier divulgación de información sobre los datos personales del donante de gametos, el legislador había establecido un equilibrio adecuado entre los intereses en juego, y por lo tanto, este marco no era incompatible con las disposiciones de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁵⁸.

⁵⁷ Sentencia TEDH de 7 de septiembre de 2023, par. 5.

⁵⁸ Ibid. par. 16.

Esto no fue sorprendente en ese momento, pues el Consejo de Estado ya había expresado una opinión similar en un dictamen en 2013⁵⁹. Posteriormente, reiteró esta posición en otra decisión de diciembre de 2017, al considerar que la legislación francesa no violaba de manera desproporcionada las disposiciones del CEDH debido a consideraciones de interés general que llevaron al legislador a prohibir la divulgación de cualquier información sobre el levantamiento del anonimato⁶⁰. Sin embargo, hay que tener presente que, a la hora de dictar la sentencia objeto del presente trabajo, dicha normativa estaba abrogada.

El examen de las solicitudes presentadas al TEDH inevitablemente se vio afectado por estos cambios legales. De hecho, unas semanas después de la entrada en vigor de la LBIO, uno de los solicitantes informó al Tribunal sobre la presentación de una solicitud ante la CAPADD para acceder a sus orígenes. Sin embargo, unos meses después, la CAPADD le respondió que no podía proporcionar una respuesta positiva, ya que, según la información recopilada, el donante había fallecido y, debido a la falta de consentimiento personal y expreso del donante, y según el marco jurídico actual, no podía proporcionar datos identificativos y no identificativos, sin especificar si la muerte del donante ocurrió antes o después de la fecha de presentación de la solicitud.

El TEDH tuvo que pronunciarse sobre las dos solicitudes que había recibido en 2016 y 2017, que, al ser similares en hechos y en derecho, se trataron conjuntamente en la misma sentencia. Ante el Tribunal, los solicitantes argumentaron que la imposibilidad de obtener información sobre su padre biológico infringía su derecho al respeto de su vida privada y familiar, tal como lo garantiza el artículo 8 del Convenio. También afirmaron sufrir discriminación en el derecho al respeto de su vida privada debido a su forma de concepción en comparación con otros niños, invocando el artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 8.

De estos dos alegatos, solo uno, la presunta violación del artículo 8, se aborda en la sentencia del TEDH de manera detallada pero desfavorable. La Corte, al analizar la posible violación del precepto, no se pronuncia sobre la combinación de este artículo con el artículo 14. En opinión de los jueces, este segundo alegato, “a la luz de las conclusiones a las que ha llegado desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio, no plantea ninguna cuestión esencial separada” y concluye que “no es necesario pronunciarse por separado sobre este punto”⁶¹.

59 Conseil d'État, de 13 de junio de 2013 núm. 362981, JORF núm. 0140 del 19 de junio de 2013.

60 VIGNEAU, D.: “Droit de l'enfant à connaître ses origines contre anonymat du don de gamètes avant 2021 : la position de la Cour européenne des droits de l'homme”, *Éditions législatives*, Lefebvre Dalloz, del 27 de septiembre de 2023 (online).

61 Sentencia TEDH de 7 de septiembre de 2023, par. 135.

Para afirmar que no hubo violación del art. 8 del Convenio, los jueces destacan que no existe ningún consenso europeo. Cada Estado miembro dispone de un margen de apreciación para garantizar el respeto efectivo de la vida privada y añade que la situación denunciada por los demandantes se deriva de una elección legislativa, equilibrada y evolutiva⁶². Tras una larga revisión de las normativas aplicable y un excelente repaso de la evolución del derecho francés, del derecho internacional y del derecho comparado relevantes en cuanto al derecho de acceso a los orígenes y el principio de anonimato en la donación de gametos, el TEDH rechaza el supuesto de la violación del art. 8 CEDU.

Esta solución parece acertada y coherente con el que era el marco jurídico en el que se hizo la donación y se llevaron a cabo las TRAs. Sin embargo, habría que matizar cuando, debido a las circunstancias, a las personas en busca de respuestas sobre sus orígenes ya no le queda ninguna alternativa y además el levantamiento del anonimato difícilmente se sustenta frente al deber de confidencialidad. Nos referimos a este supuesto en el siguiente apartado.

3. Levantamiento del anonimato con efectos retroactivos o sin consentimiento del donante: ¿una posibilidad real?

La decisión del TEDH tiene el mérito de destacar las dificultades y problemáticas que quedan a pesar de la modificación sustancial aportada por la L BIO, cuestiones que enfrentan intereses, todos legítimos pero divergentes, y especialmente las dificultades de evaluar retroactivamente la aplicación de la normativa anterior a la luz de la normativa actual cuando ésta rompe profundamente con los paradigmas de la anterior. En el tema tratado, el punto de partida – y quizás el error inicial – fue creer que concebir una vida dentro de una pareja introduciendo a un tercero, bajo el pretexto de que la ciencia lo permitía, no plantearía problemas importantes e insolubles en el futuro, siempre que, por un lado, el deseo de tener hijos pudiera ser satisfecho y, por otro, el anonimato permitiera olvidar la contribución del donante. La experiencia, y el caso relatado es un ejemplo, muestra que la naturaleza mantiene siempre su importancia y que la búsqueda de identidad del hijo concebido por terceros puede ser tan fuerte como la de cualquier otro niño o niña abandonados o adoptados y privados de sus raíces. Tal vez esta sentencia nos brinda la oportunidad de reflexionar más a fondo en una época en la que los legisladores no dejan de multiplicar, especialmente en el campo de la procreación médicamente asistida, las situaciones en las que la verdad biológica se distorsiona o borra deliberadamente⁶³.

62 Sobre los cambios normativos y la jurisprudencia del TEDH, véase BINET, J-R.: "Etude comparative sur l'accès aux origines des personnes conçues par don de gamètes", *Council of Europe*, 2022, pp. 1-40.; y "Le droit d'accéder aux origines personnelles dans la nouvelle loi de bioéthique : un progrès pour les enfants du don", *Dr. Famille*, 2021, dossier 24.

63 VIGNEAU, D.: "Droit de l'enfant", cit.

La sentencia intenta dar respuesta a dos preguntas fundamentales y complejas. Por un lado, se debate la posible aplicación retroactiva a favor de la protección de un derecho fundamental como es, en este asunto, el derecho de acceso a los orígenes (art. 8 CEDH); por el otro lado, también se plantea la posibilidad de reflexionar sobre la posibilidad de acceder a datos identificativos y no identificativos en supuestos en los que no conste el consentimiento debido, por ejemplo, al fallecimiento del donante.

Respecto al primero, como ya hemos apuntado, el TEDH rechaza el supuesto de la violación del art. 8 CEDU sosteniendo que, al no existir un consenso europeo en la materia, cada ordenamiento dispone de un amplio margen de apreciación para garantizar el respeto efectivo de la vida privada. Queda claro que la aplicación retroactiva no es posible sin el consentimiento del donante y la intermediación de la CAPADD.

Respecto al segundo, la cuestión de la imposibilidad a prestar el consentimiento por causas mayores, como es la muerte de la persona interesada, aunque fundamental, no parece haber sido considerada por las instancias administrativas que hayan denegado a los demandantes ni por el TEDH. Es importante destacar que, en la mayoría de los casos, los donantes no desean que su identidad sea revelada, con el fin de evitar las solicitudes de los niños con los que eligieron no mantener ningún vínculo, lo que constituía a la vez su derecho y su obligación con arreglo a la legislación anterior. No obstante, en el marco legislativo establecido en 2021, cuando queda claro que no puede establecerse ningún vínculo de filiación, ni antes ni después de la muerte del donante, y que ninguna pretensión hereditaria podría prosperar, ¿cómo justificar el mantenimiento del secreto acerca de la identidad después de la muerte del donante?

Encontramos únicamente una referencia a ello en la opinión disidente conjunta de los jueces Ravarani, Mourou-Vikström y Gnatovskyy. Los mismos afirman que el principio de confidencialidad es una promesa personal válida solo hacia los donantes mismos, por lo que debería de admitirse que, cuando estas personas fallezcan, ya no sería necesario contar con su consentimiento⁶⁴. En otras palabras, entendemos que sí sería conveniente levantar el anonimato bajo esta circunstancia excepcional.

En opinión de los jueces, los solicitantes, así como toda persona concebida a partir de material genético de terceros, comparten un destino común, el de vivir con un cuestionamiento continuo acerca de sus orígenes, y de haber sido sometido durante años a una normativa que, aunque revisada, permanecía inmutable sobre los principios, mientras que las inquietudes de los niños nacidos de la donación de

⁶⁴ Sentencia TEDH de 7 de septiembre de 2023, opinión disidente, p. 50.

gametos eran cada vez más conocidos⁶⁵. El derecho ha evolucionado demasiado tarde, y en el supuesto concreto la muerte de su padre biológico impide hoy conocer la verdad de manera definitiva, poniendo un punto final a los posibles intentos de levantar el anonimato. Mientras no pueda exceptuarse la falta de consentimiento ante un hecho irreversible como es el fallecimiento, la confidencialidad garantizada por la ley está privando a toda persona de una parte fundamental de su identidad que ninguna intervención legislativa posterior podrá compensar⁶⁶.

Como se ha apuntado, la decisión no fue unánime en la Corte: hubo cuatro votos en contra y tres a favor de la falta de violación del artículo 8. Esto demuestra que la opinión disidente de tres de los siete jueces está lejos de ser anecdótica y revela la extrema sensibilidad de los problemas planteados en la sentencia emitida el 7 de septiembre de 2023. Quizás no es descabellado esperar que, sobre el asunto, se pronunciará próximamente la Grand Chambre.

III. REFLEXIONES FINALES.

Como se ha demostrado, Europa es un puzzle en cuanto a las distintas normativas vigentes en tema de TRA, con especial referencia al régimen de anonimato de los donantes. En efecto, la disponibilidad de ciertos tratamientos más complejos, como la selección de un concreto donante de gametos o la posibilidad de excluir que en el futuro se conozca la identidad de los donantes, genera incertidumbres y desigualdades de cara a los usuarios y usuarias de TRA y se deberían de unificar los criterios que permiten o regulan dichas prácticas en el contexto europeo, en el que la atención médica transfronteriza es en auge.

Concretamente, con referencia a los derechos de los concebidos por TRA, es necesario replantearse una política homogénea con respecto al derecho a conocer sus orígenes biológicos. Para ello, la creación de registros nacionales e internacionales parece muy necesaria. Mientras el debate sobre la posibilidad de levantar el anonimato sigue, deberíamos de concebir el derecho a conocer sus orígenes biológicos como una facultad intrínseca de cualquier ser humano, en un contexto en el que el centro del debate debería de ser el menor, y ya no solo los intereses de los padres intencionales, de las clínicas de reproducción humana asistida o de la privacidad de los donantes.

Si bien es cierto que las distintas barreras de acceso a TRA –tanto respecto al tipo de persona solicitante, cuanto al tipo de servicio solicitado– generan y alimentan el turismo reproductivo, esto sigue siendo una herramienta necesaria para la protección de los intereses de las partes. En efecto, cada persona estaría mejor

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

protegida accediendo a TRA en su propio país, pero, cuando esto no sea posible, la asistencia transfronteriza es necesaria para garantizar la libertad de circulación de los ciudadanos europeos, sin afectar a su libertad de autodeterminación.

En el ordenamiento jurídico francés, la LBIO ha marcado cambios importantes en distintos supuestos que necesitaban una reforma desde hace tiempo. El legislador francés ha dado un paso importante respecto de los derechos de los nacidos por TRA que, a partir de ahora, contarán con la posibilidad de acceder a sus orígenes biológicos, si así lo desean (art. 5 LBIO).

La abolición del anonimato tiene efectos ex nunc, si bien la LBIO otorga también la facultad a los concebidos mediante TRA con gametos de terceros anónimos, de intentar contactar con sus padres biológicos mediante el CAPADD, autoridad que se dedica a hacer de intermediaria entre los interesados. Si los donantes acceden a dicha petición, se brindará a los hijos e hijas la posibilidad de acceder a datos identificativos o no identificativos incluso respecto a aquellos donantes que hicieron su donación antes de la entrada en vigor de la LBIO.

Si bien la norma no tiene carácter retroactivo, tal y como confirma también la Sentencia del TEDH en el asunto Gauvin-Fournis y Silliau contra Francia n.º 21424/16 y n.º 45728/17 de 7 de septiembre de 2023, acceder a dichos datos en la práctica no es tan sencillo. Cuando las peticiones se hacen con arreglo a la LBIO, la CAPAAD facilitará los mismos a los interesados de manera automática. Por el contrario, cuando quien los solicite fue concebido antes de la reforma de la LBIO, el consentimiento del donante es imprescindible.

La decisión del TEDH nos invita a reflexionar sobre la posibilidad de acceder a la identidad de los donantes, de manera excepcional, sin precisar su consentimiento expreso cuando haya prueba fehaciente de que el donante falleció. De esa manera, el respecto de la privacidad de aquellas personas que donaron bajo el pleno régimen del anonimato, es decir, antes de la entrada en vigor de la LBIO, acabaría con su muerte sin afectar negativamente los derechos de quienes desean conocer sus orígenes biológicos.

La entrada en vigor de la LBIO marca sin duda un antes y un después, y nos brinda la posibilidad de repensar sobre un fenómeno cuya magnitud se revelará tarde o temprano incluso en otros ordenamientos jurídicos. Aún con los inconvenientes destacados en el trabajo, permitir el acceso a datos identificativos de manera retroactiva cuando conste el consentimiento del donante es una solución deseable para todos los ordenamientos jurídicos europeos.

En España, a pesar de las recomendaciones del Comité de Bioética de levantar el anonimato, no se ha considerado seriamente la posibilidad de limitar o eliminar

las donaciones anónimas. Sin embargo, sería deseable una inminente reforma del art. 5 LTRHA y la aprobación de un sistema de acceso a la identidad de los donantes similar a la que se adoptó en el ordenamiento francés. Se podría plantear una aplicación de la norma con carácter retroactivo cuando conste el consentimiento del donante, o sin precisararlo cuando la persona haya fallecido. Para ello, es necesaria la implementación de registros funcionales, seguros y eficientes para proteger, por fin, los intereses de los concebidos por TRA.

Queda pendiente preguntarnos qué sentido tiene educar a las madres y a los padres intencionales a revelar a sus hijos las circunstancias de la procreación, sin brindar al concebido todas las herramientas necesarias para conocer la identidad de sus ascendientes y satisfacer la necesidad, si cabe, de conocer su historial biológico.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I., y FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio", *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural), pp. 148-178.

ASOCIACIÓN PARA EL ESTUDIO DE LA BIOLOGÍA DE LA REPRODUCCIÓN (ASEBIR), "El Comité de Bioética pide al Gobierno que acabe con el anonimato de los donantes de esperma y óvulos", *ABC*, 7 febrero 2020, (online).

BINET, J-R.: "Etude comparative sur l'accès aux origines des personnes conçues par don de gamètes", *Council of Europe*, 2022, pp. 1-40.

BINET, J-R.: "Le droit d'accéder aux origines personnelles dans la nouvelle loi de bioéthique: un progrès pour les enfants du don", *Dr. Famille*, 2021, dossier 24.

BRUNET, L.: "Donor anonymity and right of access to personal origins", *Council of Europe*, 22 febbraio 2018, (online).

CALHAZ-JORGE, C. et al.: "Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)", *Human Reproduction Open*, 2020, pp. 1-15.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológico*, del 15 de enero de 2020, (online).

COOK, R. y GOLOMBOK, S.: "A survey of semen donation: phase II-the view of donors", *Human Reproduction*, núm. 10, 1995, pp. 951-959.

COUNCIL OF EUROPE, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, Doc. 14835, del 20 de febrero de 2019, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Factsheet on ART", noviembre 2023, p.1, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Factsheet on ART", núm. 73, enero 2022, p.1, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Registries for Medically Assisted Reproduction: essential tools to secure the

protection of the intended parents, third-party donors, and children”, ART fact sheet, enero 2022, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), *Europe moves towards complete statutory regulation of assisted reproduction*, 6 febrero 2020, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Cross border reproductive care”, ART fact sheet, núm. 1, enero 2017, (online).

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Regulation and legislation in assisted reproduction”, ESHRE Fact Sheets, núm. 2, enero 2017, (online).

ESHRE WORKING GROUP ON REPRODUCTIVE DONATION, “Good practice recommendations for information provision for those involved in reproductive donation”, *Human Reproduction Open*, 2022, vol. 00, núm. 0, pp. 1-26, (online).

FARNÓS AMORÓS, E.: “Donor anonymity, or the right to know one’s origins?”, *Catalan Social Sciences Review*, núm. 5, 2015, pp. 1-10.

FRITH, L., BLYTH, E. y FARRAND, A.: “UK gamete donors’ reflections on the removal of anonymity: implications for recruitment”, *Human Reproduction*, vol. 22, núm. 6, 2007, pp. 1675–1680.

GIOVANNINI, G.: “The French Law on Bioethics and its Limitations. Challenges for the future from a comparative perspective”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford University Press, vol. 36, núm. 1, 2022, pp. 1-22.

IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, vol. 38, pp.71-86.

KALFOGLOU, A.L. y GELLER, G.: “A follow-up study with oocyte donors exploring experiences, knowledge, and attitudes about the use of their oocytes and the outcome of the donation”, *Fertility and Sterility*, 2000, núm. 74, pp. 660-667.

MARCHAND, V.: “Cour EDH et dispositif d’accès aux origines des personnes nées d’un don de gamète”, 14 de septiembre de 2023, DGEMC, (online).

PASTOR, J.: “Le projet de loi Bioéthique achève péniblement son parcours”, *Dalloz Actualité*, 30 de junio 2021, (online).

PENNINGS, G.: "How to kill gamete donation: Retrospective legislation and donor anonymity", *Human Reproduction*, vol. 27, núm. 10, 2012, pp. 2881-2885.

PENNINGS, G.: "Commentary on Craft and Thornhill: new ethical strategies to recruit gamete donors", *Reproductive BioMedicine Online*, 2005, vol. 10, núm. 3, pp. 307-309.

PENNINGS, G.: "Legal harmonization and reproductive tourism in Europe", *Human Reproduction*, vol. 19, núm. 12, 2004, pp. 2698-2694.

PENNINGS, G.: "The 'double track' policy for donor anonymity", *Human Reproduction*, vol. 12, 1998, núm. 12, pp. 2839-2834.

PUREWAL, S. y VAN DEN AKKER, O.: "Systematic review of oocyte donation: investigating attitudes, motivations and experiences" *Human Reproduction Update*, 2009, núm. 15, pp. 499-515.

RAPOSO, V.L.: "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2012, núm. 37, pp. 93-122.

RAES, I., RAVELINGIEN, A. y PENNINGS, G.: "The right of the donor to information about children conceived from his or her gametes", *Human Reproduction*, 2013, vol. 28, núm. 3, pp. 560-565.

SHENFIELD, F. et al.: "ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners", *Human Reproduction*, vol. 26, núm. 7, julio 2011, pp. 1625-1627.

SHENFIELD, F. et al.: "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction* 2010, vol. 25, núm. 6, pp. 1361-1368.

THORN, P., KATZORKE, T. y DANIELS, K.: "Semen donors in Germany: a study exploring motivations and attitudes", *Human Reproduction*, 2008, vol. 23, pp. 2415-2420.

THÉRY, I.: *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, 2015, éditions Ehes.

VAN BEERS, B.: "Is Europe 'Giving in to Baby Markets?' Reproductive tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets", *Medical Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2015, pp. 103-134.

VAN HOOF, W. y PENNING, G.: "Extraterritorial laws for cross-border reproductive care: the issue of legal diversity", *European Journal of Health Law*, núm. 19, 2012, pp. 187-200.

VIGNEAU, D.: "Droit de l'enfant à connaître ses origines contre anonymat du don de gamètes avant 2021 : la position de la Cour européenne des droits de l'homme", *Éditions législatives*, Lefebvre Dalloz, del 27 de septiembre de 2023 (online).



EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO.
APUNTES PRÁCTICOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE
RECTIFICACIÓN DE LA MENCIÓN REGISTRAL RELATIVA AL
SEXO

*THE PRINCIPLE OF GENDER SELF-DETERMINATION. PRACTICAL
NOTES ON THE PROCEDURE FOR RECTIFICATION OF THE
REGISTRY MENTION RELATING TO SEX*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 524-553

María del
Mar HERAS
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, representa un avance muy significativo en el reconocimiento integral de los derechos de este colectivo, incluyendo a quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad añadida. La Ley constituye un inestimable impulso en la promoción de la autonomía personal de la comunidad transgénero, reconociéndoles el derecho a su autoidentidad de género, configurado como un derecho de autodefinición personal.

Una Ley muy necesaria, no solo porque garantiza los derechos de este colectivo a nivel general, sino porque proporciona la seguridad jurídica que exige la rectificación registral de la mención relativa al sexo. El procedimiento para la rectificación se centra en verificar la voluntad del solicitante, una voluntad específica, libre, informada, inequívoca, real y revocable, al tiempo que se establecen las medidas necesarias para prevenir solicitudes fraudulentas del cambio de sexo.

PALABRAS CLAVE: Transexualidad; identidad de género, autodeterminación de género; procedimiento para la rectificación registral relativa al sexo.

ABSTRACT: Law 4/2023, dates February 28, for the real and effective equality of transgender individuals and for and for the guarantee of the rights of LGTBI individuals, represents a highly significant advancement in the comprehensive recognition of the rights of this community, including those who are in an added situation of vulnerability. The law constitutes an invaluable advancement in the promotion of personal autonomy for transgender individuals by acknowledging their right to gender self-identification, established as a right of personal self-definition.

This law is very necessary, not only because it ensures the rights of this community at a general level but also because it provides the legal certainty required for the registration change related to gender. The rectification procedure focuses on verifying the applicant's will, which must be specific, free, informed, unequivocal, real, and revocable, while necessary measures are established to prevent fraudulent requests for gender change.

KEY WORDS: Transsexuality; gender identity; gender self-determination; procedure for gender-related registry rectification.

SUMARIO.- I. PRELIMINAR.- II. LA DEROGADA 3/2007, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO DE LAS PERSONAS. DE LA “PATOLOGIZACIÓN” DE LA TRANSEXUALIDAD AL PLENO RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL.- III. LA LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS “TRANS” Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI.- IV. IDENTIDAD SEXUAL VERSUS IDENTIDAD DE GÉNERO COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL.- V. EL PRINCIPIO DE LIBRE AUTODETERMINACIÓN O EL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DEL GÉNERO. LA CONFIGURACIÓN DE ESTE DERECHO COMO UN DERECHO DE “AUTODEFINICIÓN PERSONAL”.- VI. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL PARA LA RECTIFICACIÓN DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO. LA INSTRUCCIÓN DE 26 DE MAYO DE 2023, DE LA DGSJFP, SOBRE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL RELATIVA AL SEXO REGULADA EN LA LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO.- 1. Legitimación. Las condiciones legales para reconocer la legitimación de los menores de edad transexuales.- 2. La legitimación de las personas transexuales con discapacidad.- 3. Tramitación.- A) Iniciación del procedimiento mediante solicitud de la persona interesada.- B) Tramite de la doble comparecencia del solicitante para la confirmación y ratificación de su petición.- C) Comprobación de la documentación que obra en el expediente.- D) La resolución y sus efectos y régimen de recursos.- VII. EXPEDIENTE DE APROBACIÓN JUDICIAL DE LA RECTIFICACIÓN DE LA MENCIÓN REGISTRAL PARA LOS MENORES.- VIII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REVERSIÓN DE LA MODIFICACIÓN REGISTRAL Y SUCESIVAS RECTIFICACIONES.- IX. REFLEXIONES FINALES.

I. PRELIMINAR.

La desigualdad y discriminación que se ejerce sobre el colectivo LGTBI, constituye una grave violación de los Derechos Humanos a través de comportamientos de odio todavía hoy fuertemente arraigados en distintas partes y culturas de todo el mundo. No cabe olvidar la violencia que en sí misma provocaba la previa exigencia legal del sometimiento de las personas transexuales a tratamientos hormonales o a intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo, prácticas que en sí mismas constituían una clara vulneración de su derecho a la integridad física y moral, con gravísimos riesgos para la salud física y mental de la persona, cuyos efectos se prologaban a lo largo de toda su vida.

Este colectivo ha sido objeto de todo tipo de discriminaciones e incluso de represión penal, represión particularmente presente en Leyes preconstitucionales como la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, modificada en 1954¹ o la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. Este brutal ataque contra los derechos humanos ha sido narrado detalladamente en la obra *Viaje al centro de*

¹ Esta Ley fue modificada en 1954 para perseguir “a los homosexuales, rufianes y proxenetes, a los mendigos profesionales y a los que vivían de la mendicidad ajena”. Ha de tenerse cuenta que la homosexualidad deja de estar tipificada penalmente en 1978.

• María del Mar Heras Hernández

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Rey Juan Carlos. ORCID: 0000-0002-0217-2223. Correo electrónico: mariamar.heras@urjc.es

la Infamia, de Miguel Ángel Sosa, basada en la labor de investigación que realiza este documentalista en el Archivo Histórico Provincial de la Palma, así como en el relato de alguno de los supervivientes del llamado Auschwitz español para los homosexuales. En ella se describen los detalles de las torturas y atrocidades a los que fueron sometidos en el campo de trabajos forzados ubicado en Tefía, una pequeña localidad situada en la isla de Fuerteventura, en la que estuvo también exiliado Don Miguel de Unamuno.

Comenzamos este estudio poniendo de relieve que: “el rechazo al propio sexo conforma una circunstancia vital que requiere de la más solícita atención social y de un estudio serio y profundo persona a persona”², debiéndose descartar la idea de que la transexualidad es un fenómeno social de carácter marginal o aislado.

II. LA DEROGADA 3/2007, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO DE LAS PERSONAS. DE LA “PATOLOGIZACIÓN” DE LA TRANSEXUALIDAD AL PLENO RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, constituye el antecedente legislativo más inmediato de la actual regulación. Derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, la Ley daba respuesta legal a la realidad social que presentaba en su momento la transexualidad en nuestro país, regulando los requisitos básicos para acceder al cambio registral relativo al sexo de una persona en el Registro Civil, siempre que dicha inscripción no se correspondiese con la verdadera identidad de género, al tiempo que contemplaba la rectificación del nombre de la persona si resultaba discordante con el sexo reclamado a fin de que la asignación registral del sexo y el nombre propio no resultaran discordantes.

A pesar de que esta Ley supuso un importantísimo avance en el ejercicio de los derechos de este colectivo, al reconocer legalmente la posibilidad de modificar registralmente la asignación relativa al sexo al tiempo del nacimiento y el cambio de nombre necesario para constatar legalmente dicho cambio sin someterse a ningún procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo³ y sin tener que iniciar un

2 RAMS ALBESA, J.: “Cambio de nombre y rectificación de la mención del sexo. Transexualidad y Derecho transitorio: sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007”, en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (dir. M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. I, 2008, (2005-2007), p. 542.

3 A partir de la Sentencia del Pleno del TS, STS 17 septiembre 2007 (RAJ 2007, 4968), la jurisprudencia de la Sala primera del TS dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación de sexo como requisito previo para admitir las pretensiones de rectificación de la mención registral relativa al sexo y el correspondiente cambio de nombre en la inscripción de nacimiento en el Registro civil, “pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trata, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias”. Tan solo se

procedimiento judicial previo, en ella se apreciaban, no obstante, tres importantes déficits, superados ya con la nueva regulación:

Primero. La Ley excluía de su ámbito de aplicación a las personas menores de edad, aun cuando tuvieran “suficiente madurez” y se encontraran en una “situación estable de transexualidad”, estuvieran o no emancipados. Esta omisión legal dio origen a la declaración de inconstitucional de su artículo 1.1, por STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio⁴. Asimismo, el TS se pronuncia en el mismo sentido en la STS 17 diciembre 2019⁵ aplicando la doctrina que sienta el TC.

Segundo. Por exigir que la persona dispusiera previamente de un diagnóstico de disforia de género que no obedeciera a trastornos de la personalidad, de carácter permanente, debidamente acreditado junto al requisito de que hubiera sido tratada medicamente al menos con dos años de antelación con la finalidad de acomodar sus características físicas a las propias del sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuaba mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se hubiese realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. (art. 4. l. a. b).

Dichas exigencias legales presuponían que la transexualidad seguía estando considerada como una dolencia o un trastorno previamente diagnosticado, desoyendo la actualización que en 2018 realiza la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11), de la Organización Mundial de la Salud, según la cual, la transexualidad deja de estar incluida en el capítulo dedicado a los trastornos mentales y del comportamiento, para formar parte de las llamadas “condiciones relativas a la salud sexual”, considerada ya como una “incongruencia de género”, incluida en otros conceptos como “disfunciones sexuales” o “trastornos relacionados con dolencias sexuales”, lo que permite “despatologizar” y “desestigmatizar” la situación que viven las personas transexuales. De este modo, la transexualidad deja de abordarse desde un plano estrictamente médico para acometerse desde la insoslayable perspectiva de los Derechos Humanos.

exigía presentar una apariencia coincidente con el sexo reclamando y que la disforia de género estuviera siendo tratada. En esta misma línea jurisprudencial se muestran sentencias posteriores, como las STS 28 febrero 2008 (RAJ 2008, 2932), STS 6 marzo 2008 (RAJ 2008, 4039), STS 18 julio 2008 (RAJ 2008, 4484) y STS 22 de junio 2009 (RAJ 2009, 3408).

4 STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99).

5 STS 17 diciembre 2019 (RJA 2020, 669). Con la Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018 sobre el cambio de nombre en el Registro civil de las personas transexuales se daba entrada a la posibilidad legal del cambio de nombre. Tratándose de personas mayores transexuales que no reunían los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2017, bastaba la mera declaración de voluntad de que el género que la persona transexual siente y manifiesta coincide con el nombre solicitado. En el caso de los menores, la solicitud corresponde a sus representantes legales a través de una declaración ante el encargado del Registro civil o en documento público consistente en que el sexo sentido por el menor como propio no se corresponde con el nombre solicitado de manera inequívoca. La solicitud se firma por el menor cuando tiene más de doce años. Según la misma, el menor en edad inferior a la indicada tiene derecho ser oído, en todo caso, por el encargado del Registro Civil mediante una comunicación que esté adaptada a su edad y a su grado de madurez.

Tercero. En esta regulación no se alude a aquellas personas transexuales que se encuentran en una situación de vulnerabilidad añadida, como los menores⁶, las personas transexuales con discapacidad o en situación de dependencia⁷, extranjeros⁸, personas mayores⁹ o aquellas que se encuentran en situación de sinhogarismo¹⁰. El art. 43.3 reconoce expresamente la legitimación de las personas transexuales con discapacidad para solicitar la rectificación registral relativa a la mención registral del sexo con la asistencia de las medidas de apoyo que estas personas necesiten. Por otro lado, la alusión expresa a las personas extranjeras, menores y mayores transexuales, ha permitido visibilizar legalmente situaciones concretas de vulnerabilidad personal, haciendo más efectiva la universalización en el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones.

III. LA LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS “TRANS” Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI.

La Ley 40/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas “trans”¹¹ y para la garantía de los derechos del colectivo LGTBI, a cuya regulación se aplica subsidiariamente la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación¹², constituye un hito legislativo sin precedentes, con el propósito final de garantizar de forma efectiva los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas que conforman el colectivo LGTBI, -siglas entre las que ya se incluye a las personas transexuales-, como el derecho a la igualdad jurídica y no discriminación, el derecho a la libertad, dignidad de la persona y

6 Vid ahora el art. 70 y art. 43.3 de la Ley 4/2023, referido este último a las personas transexuales con discapacidad psíquica o cognitiva que cuentan con alguna medida de apoyo judicial.

7 Vid. art. 71 de la Ley 4/2023.

8 El art. 72 de la Ley 4/2023 dispone: “Art. 72 Personas extranjeras LGTBI. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, garantizarán a las personas extranjeras LGTBI que se encuentren en España, con independencia de su situación administrativa, la titularidad y el ejercicio del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, en las mismas condiciones que a las personas de nacionalidad española, en los términos recogidos en esta ley y atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”.

9 El art. 73 de la Ley 4/2023, garantiza a este colectivo su derecho a recibir protección y atención integral para la promoción de su autonomía personal y envejecimiento activo, su derecho a no ser discriminados en los distintos centros residenciales, así como su derecho al ocio y tiempo libre o de cualquier actividad que contemple la realidad de los mayores LGTBI.

10 Art. 75 de la actual Ley.

11 La referencia a las personas “trans” es una expresión que se utiliza coloquialmente para identificar a este colectivo. Hubiera sido mucho más acertado referirse a las personas transexuales, aunque la referencia resulta absolutamente innecesaria por estar ya incluidas en las siglas LGTBI. Para conocer las dificultades y las omisiones en las que se incurre durante su tramitación HIDALGO GARCÍA, S.: *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica (LGTBQ+ y la Ley “Trans”*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023, pp. 90-125.

12 Disposición Adicional cuarta cuando declara que: “Lo establecido en esta ley se llevará a cabo sin perjuicio de lo previsto con carácter general en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que se aplicará en todo lo que no se encuentre regulado de manera específica en la presente ley”.

pleno desarrollo de la personalidad, integridad física, psíquica y moral, reconocidos todos ellos constitucionalmente. Es cierto que esta Ley había estado precedida de la promulgación de distintas leyes autonómicas relativas al desarrollo y garantía de los derechos de este colectivo¹³, pero se echaba en falta su reconocimiento a través de una regulación específica de aplicación general.

La Ley, con una clara vocación integral y de carácter transversal, porque abarca todos los posibles ámbitos en los que los derechos de este colectivo pueden verse comprometidos, consta de dos partes bien diferenciadas. La primera

- 13 Las Comunidades Autónomas han aprobado de forma previa a la Ley estatal, distintas leyes que reconocen y garantizan los derechos de las personas transexuales de forma específica o en el marco general de la protección y garantía de los derechos del colectivo LGTBI. Cabe referirse en el año 2022 a la Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha, así como a la Ley 2/2022, de 3 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de la Rioja.
- Asimismo, la Ley canaria, Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales. Respecto a esta Ley, el Pleno del TC, por Providencia de 27 de enero de 2022, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5845-2021, en relación con varios artículos de esta.
- La Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de garantía de los Derechos de las personas lesbianas, gays, trans, transgénero, bisexuales e intersexuales y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.
- En Aragón, la Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación.
- La Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunidad Valenciana y la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI.
- En 2016, la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia, de las Islas Baleares. La Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Madrid ha sido recientemente modificada por Ley 17/2023, de 27 de diciembre. El Preámbulo de la Ley justifica la modificación y supresión de algunos de sus preceptos en la necesidad de corregir determinados aspectos que podrían suponer la vulneración de derechos, como la libertad de expresión y de prensa, así como la libertad de cátedra y educativa de los arts. 20 y 27 CE. Además, la entrada en vigor de la Ley estatal hace necesario derogar aquellos preceptos que implicaban el establecimiento de un sistema paralelo de autodeterminación de género en el ámbito competencial propio de la CAM, así como en la expedición de documentos de la CAM, sobre la base de la inviabilidad del mantenimiento de un doble sistema estatal y autonómico respecto a una misma materia, que bien podría generar disfunciones entre la documentación que expide el Registro civil, el documento nacional de identidad y los diversos registros y documentos autonómicos. Al margen de los aspectos concretos que han sido modificados o suprimidos por el legislador autonómico en relación con la Ley 2/2016, de 29 de marzo, lo cierto es que esta iniciativa legislativa pone de manifiesto el ineludible impacto que la Ley estatal ha de tener en las distintas legislaciones autonómicas existentes y la necesidad de identificar y corregir las posibles disfunciones que pueden llegar a surgir con motivo de esta diversidad normativa. Asimismo, cabe referirse a la Ley 18/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBI fobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid.
- Cabe hacer referencia también a la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la región de Murcia.
- En 2015, la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- En 2014 se aprueba la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para lo no discriminación de género de Andalucía, la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de las personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. Asimismo, la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.
- Finalmente, cabe aludir a la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- La Comunidad de Castilla-León es la única Comunidad Autónoma que no tiene Ley LGTBI.

referida a los principios de actuación de los poderes y políticas públicas para promover la igualdad efectiva de este colectivo en el ámbito público y privado, particularmente, en los ámbitos administrativo, laboral, de la salud, educación, ocio y deporte, comunicación, internet, en el turismo y medio rural, así como en el ámbito familiar, de la infancia y la juventud. La segunda dedicada al procedimiento relativo a la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona, junto a la oportuna modificación en la Ley de Registro Civil.

Una Ley estatal muy necesaria, desde la que se infiere el derecho universal a la autodeterminación de género o el derecho a la autoidentidad de género libremente elegida por sus titulares en base a la mera voluntad de la persona sin otros condicionantes legales, variable a lo largo de la vida¹⁴, cuyo ejercicio incluye la facultad de poder solicitar la correspondiente rectificación de la mención registral relativa al sexo, así como la expedición de la documentación que identifica a la persona ajustada a la inscripción registral rectificadora.

Controvertida en muchos aspectos, la Ley ha sido objeto del planteamiento del recurso de inconstitucionalidad, número 2428-2023, promovido por el Grupo Parlamentario Vox, contra varios de sus artículos, admitido a trámite por el TC mediante providencia de 9 de mayo de 2023. Este recurso está actualmente pendiente de resolución.

Entre sus aspectos más polémicos, se apunta la supresión de la exigencia legal de un previo informe médico. Asimismo, en relación con los menores, se ha planteado la conveniencia de exigir, en todo caso, la previa aprobación judicial con independencia de la franja de edad en la que estos pudieran estar incluidos. En torno a ambos aspectos es preciso apuntar que la exigencia de un certificado médico ha perdido completamente su sentido desde el momento en que la transexualidad deja de estar considerada como una enfermedad, síndrome o trastorno, para pasar a ser considerada una mera condición sexual.

Con respecto a la exigencia de la previa aprobación judicial para todos los menores de edad transexuales sin tener en cuenta su edad o grado de madurez, tal exigencia supondría una clara vulneración del derecho a la autodeterminación de género del que son también titulares todos los menores en igualdad de

14 BARBER CÁRCAMO, R.: "Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro? (I)", coord. Sonia Calaza López, *Actualidad Civil*, núm. 7^o, Sección Persona y derechos, julio 2023, *La Ley 7668/2023*, cuando señala que: "Con esta opción por la voluntad personal como fuente única de la identidad sexual, la Ley Trans española se alinea en una postura ideológica compartida solo por una minoría de países en el mundo. El Mapa de Derechos Trans elaborado en 2023 por la organización Transgender Europe (TGEU), que documenta la situación legal de 49 países en Europa y 5 en Asia Central, constata que solo 11 de esos 56 países basan los procedimientos de reconocimiento legal de género en la autodeterminación de la persona" (puede consultarse en <https://transrightsmatp.tgeu.org/index>).

condiciones, tal y cómo ha declarado la STC 99/2019, de 18 de julio¹⁵, además de producir una considerable fractura en el principio de su capacidad progresiva. No podemos olvidar que son muchos los menores que adquieren plena conciencia de su transexualidad a edades muy tempranas y que retrasar o dificultar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre puede suponer para muchos un auténtico calvario emocional contrario a su propio interés y al libre desarrollo de su personalidad¹⁶.

IV. IDENTIDAD SEXUAL VERSUS IDENTIDAD DE GÉNERO COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL.

La identidad de género, que constituye uno de los aspectos más fundamentales de la vida de una persona¹⁷, se ha desenvuelto en un proceso de constante evolución, así como de incesante reflexión por parte de las autoridades médicas, por parte de las distintas normativas que se han ido aprobando para promover la integración social de las personas transexuales, así como por las propias percepciones sociales.

La identidad de la persona forma parte de la condición humana individual, designando el conjunto de rasgos y caracteres que les son propios, permitiendo la individualización de la propia persona, que hace posible su distinción de los demás. La propia identidad está compuesta por aspectos tan esenciales como el nombre y el sexo, constituyendo una cualidad principal de la persona humana¹⁸.

Dado que la Ley incurre en una cierta imprecisión terminológica, conviene distinguir entre identidad sexual e identidad de género, términos tradicionalmente intercambiables, pero que en realidad no lo son.

La identidad sexual se identifica con el sexo biológico atribuido registralmente a la persona al tiempo de su nacimiento “en base a caracteres físicos objetivamente

15 Sobre este pronunciamiento BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019 -Pleno-18 de julio de 2019”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 12º, pp. 307-344. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Minoría de edad y cambio de la mención registral del sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12º, pp. 820-831.

16 Es muy revelador el relato de Elsa, una niña transexual de ocho años que reside en la localidad de Arroyo de San Serván, y el testimonio que quiso compartir durante su intervención en la Asamblea de Extremadura el pasado 3 de diciembre.

17 El Informe sobre Derechos Humanos e Identidad de Género del 29 de julio de 2009, elaborado por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, comenzaba declarando que: “el derecho a la identidad de género es uno de los aspectos más fundamentales de la vida”. Apunta LAUROBA LA CASA, E.: “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32º, 2018, p. 18, que: “En las construcciones actuales, el concepto de “sexo” se opone al de “género”, empleado para identificar las cualidades culturales y de actitud características de un determinado sexo”.

18 REYES LÓPEZ, M.J.: “Cuestiones civiles en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, *IDIBE*, 4 mayo 2023, p. 1. <https://idibe.org/tribuna/cuestiones-civiles-la-ley-4-2023-28-febrero-la-igualdad-real-efectiva-las-personas-trans-la-garantia-los-derechos-las-personas-lgtbi/>

identificables y medibles”¹⁹, mientras que la identidad de género se refiere a la percepción sexual que la persona tiene sobre sí misma²⁰.

Si acudimos a la definición de identidad de género dada por alguna de las leyes autonómicas que han regulado los derechos de las personas transexuales, en este concepto se alude “a la vivencia íntima y propia del género de la persona que se identifica como hombre o mujer o fluctúa entre ellos”.²¹

Puede coincidir o no con el género atribuido originariamente. Si coincide, se trata de una persona cisgénero, en caso contrario, se trata de una persona transgénero. El género se identifica, por tanto, con la percepción que la propia persona tiene sobre el género al que siente que pertenece²². De una manera más simple podemos concluir diciendo que la identidad sexual se identifica con aquella que consta en el Registro civil y en los distintos documentos administrativos que identifican a la persona, mientras que la identidad de género se refiere a la propia identidad sexual, que es aquella que determina libremente la propia persona mediante una elección de carácter personalísima, en tanto que la siente y la percibe como suya, referida, por tanto, a la experiencia de género interna e individual que la persona vive y experimenta y que depende de la voluntad de la persona sin ninguna otra condición legal. Dicha concepción, no cabe duda, ha determinado un sustancial avance en el entendimiento de la transexualidad, que pasa de ser tratada como una enfermedad, síndrome o trastorno, desde un enfoque basado en su “patologización”, hacia una perspectiva cuyo fundamento reside en el pleno reconocimiento de los Derechos humanos de las personas transexuales, de su “diversidad sexual” y el pleno reconocimiento jurídico de su autonomía personal.

19 Sentencia del Pleno del TC, STC 67/2022, de 2 de junio (RTC 2022, 67). Lo relevante de este pronunciamiento es la delimitación conceptual que se realiza entre identidad sexual e identidad de género, una distinción terminológica que afecta sobremanera a la realidad de las personas transexuales y que hasta el momento no había sido acometida en profundidad. Así lo expresa FERNÁNDEZ RIVERA, P.: “Sexo y género: de la tradicional intercambiabilidad de los términos a la necesaria precisión conceptual de la STC 67/2022, de 2 de junio”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 15^o, 2022, p. 179.

20 En la STC 67/2022, de 2 de junio (RTC 2022, 67) se ha declarado que: “[...]aunque el género se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género”.

21 Así se define en el art. 6. 1. De la Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad de la Rioja.

22 En idéntico sentido, el art. 2.1 de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, de la Comunidad Autónoma de Canarias, la identidad de género se define como: “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente y autodetermina, sin que deba ser definida por terceros, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al nacer y pudiendo involucrar o no la modificación de la apariencia o de las funciones corporales a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de cualquier otra índole, siempre que ello sea libremente escogido”.

V. EL PRINCIPIO DE LIBRE AUTODETERMINACIÓN O EL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DEL GÉNERO. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE ESTE DERECHO COMO UN DERECHO DE “AUTODEFINICIÓN” PERSONAL.

De la regulación vigente se deduce inequívocamente el principio de libre autodeterminación de género o el derecho a la autoidentificación de género. El derecho a la autoidentidad de género se concibe como un derecho de “autodefinición personal” dado que son sus propios titulares quienes definen su propia identidad de género debiendo ser reconocidos legal y socialmente con dicha identidad. Frente a terceros la autoidentidad de género supone que esta deba ser plenamente reconocida, garantizándose que las personas transexuales serán tratadas con la identidad de género elegida, considerada como un aspecto esencial de su personalidad y máxima expresión de su intimidad, dignidad y libertad personal.

Este derecho está basado exclusivamente en la voluntad de la persona y en la libre elección del género manifestada por su titular mediante una declaración de voluntad, teniendo un carácter revocable, ya que puede cambiar a lo largo de toda su vida. Su fundamento reside en el principio constitucional que garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y su ejercicio constituye una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la intimidad persona y faculta a su titular a solicitar la rectificación registral relativa a la mención del sexo asignado registralmente al tiempo de su nacimiento mediante la tramitación de un procedimiento administrativo sencillo, ágil y transparente, a cambiar el nombre, así como a ajustar los documentos identificativos de la persona conforme a la rectificación registral practicada, como el documento nacional de identidad, pasaporte, títulos académicos o cualquier otro tipo de documentos análogos, logrando así los plenos efectos civiles que se derivan del cambio registral de género.

En la misma línea, el art. 3. b) de la Declaración de Yogyakarta²³ señala que los Estados “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”.

Algunas leyes autonómicas han reconocido expresamente el derecho a la identidad de género libremente escogida y manifestada como derecho de autodefinición personal. Por ejemplo, el previgente art. 4.1 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación

23 Principios de Yogyakarta: “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, celebrados en esta ciudad de Indonesia entre el 6 y el 9 de noviembre 2006, presentados en la Asamblea de Derechos Humanos de la ONU.

de la Comunidad de Madrid, disponía en tal sentido que: “1. Toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual. La orientación, sexualidad e identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su dignidad y libertad. Ninguna persona podrá ser presionada para ocultar, suprimir o negar su identidad de género, expresión de género, orientación o características sexuales. En el ámbito de aplicación de esta Ley, en ningún caso, será requisito acreditar la identidad de género manifestada mediante informe psicológico o médico”. Asimismo, se deja constancia de la prohibición legal de la utilización de terapias de aversión o de conversión de las manifestaciones de identidad de género, así como las cirugías genitales respecto a las personas intersexuales que no obedezcan a la decisión de la propia persona afectada y a la necesidad de asegurar una funcionalidad biológica por motivos de salud (art. 4.3)²⁴. Esta norma ha sido modificada por la Ley 17/2023, de 27 diciembre, de manera que ha quedado suprimido legalmente el reconocimiento legal expreso del derecho a la autodefinición de género, lo cual ha supuesto un gran retroceso.

De manera más reciente, el art. 4, en sus apartados segundo y tercero, de la Ley 2/2022, de 23 de febrero, de Igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas “trans” y sus familiares en la Comunidad Autónoma de la Rioja, reconoce el derecho a la identidad de género, libremente determinada. Además, reconoce el derecho a ser tratada de acuerdo con su identidad de género en los diferentes ámbitos de la vida social y a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan dicha identidad, en particular en el acceso y atención en los distintos servicios públicos que se prestan por la Comunidad Autónoma de la Rioja.

Apunta GETE ALONSO que: “[...] lo que se acaba de admitir (y publica el Registro civil) no es la constatación física del sexo que se tiene, sino la identificación que hace la persona de sí a uno de los géneros admitidos (o usuales)”²⁵.

El principio de priorización legal de la voluntad de la persona transexual para llevar a cabo la rectificación registral de la mención relativa al sexo, desvinculándola de cualquier diagnóstico médico, ha hecho que la autonomía personal se haya convertido en el pilar básico en el que se sustenta la reforma, siguiendo la tendencia seguida en otros ámbitos, como el relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad o en la libre elección del nombre.

24 En idénticos términos se muestra el art. 4 de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación en la Comunidad Autónoma de Aragón.

25 GETE ALONSO Y CALERA, C.: “La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 38”, La Ley 5322/2023.

Además, la autonomía personal constituye el epicentro de la regulación existente en el ámbito médico sanitario, permitiéndose la anticipación de la voluntad a través del otorgamiento de instrucciones previas para cuando la persona ya no pueda conformarla o expresarla por sí misma. Por otra parte, el principio de libre autodeterminación de género, referido a los menores, se encuentra, sin embargo, sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones legales en atención a la franja de edad en la que estos queden incluidos.

El derecho de autodeterminación de género de las personas transexuales se confía plenamente a la voluntad de estas, desde la libertad de su titular para definir su propia identidad de género, aspecto sustancial desde el que se garantiza la plena igualdad jurídica, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a su integridad física y moral, respaldados en el art. 8 del CEDH²⁶. De este modo, el único requisito legalmente exigido para solicitar la rectificación registral de la mención relativa al sexo es la mera declaración de voluntad de la persona transexual en sede de un procedimiento administrativo. Una declaración de voluntad que ha de ser consciente, previamente informada y libremente manifestada ante la autoridad competente. Ha de tratarse además de una declaración específica, revocable y real, es decir, con la exclusiva finalidad de constatar el cambio producido en la identidad de género de la persona. Se excluyen las declaraciones de voluntad falsas o con ánimo fraudulento, es decir, aquellas dirigidas a conseguir fines distintos a los previstos legalmente. Finalmente, cabe referirse a la expresión de género como aquella forma que cada persona tiene de expresar o comunicar su identidad de género a través de su estética, lenguaje, comportamiento o actitudes, coincidan o no con las que tradicionalmente se vinculan con las que socialmente corresponde al sexo asignado registralmente.

VI. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL PARA LA RECTIFICACIÓN DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO. LA INSTRUCCIÓN DE 26 DE MAYO DE 2023, DE LA DGSJFP, SOBRE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL RELATIVA AL SEXO REGULADA EN LA LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO.

El procedimiento para llevar a cabo la rectificación de la mención registral relativa al sexo está regulado en los arts. 43-51 de la Ley 4/2023, preceptos contenidos en el Título II, Capítulo I, bajo la rúbrica "Rectificación de la mención relativa al sexo de las personas y su adecuación documental". Este procedimiento está orientado a constatar el cambio de identidad de género producido en base

26 STEDH de 6 de abril de 2017 (TEDH/2017/49), caso A.P. Garçon y Nicot contra Francia. El Tribunal considera que las autoridades francesas han vulnerado el derecho a la intimidad de los demandantes (de cambio de sexo), al exigir una previa intervención quirúrgica o un tratamiento de carácter irreversible que podría haber provocado su esterilidad. Sobre la evolución de la jurisprudencia del TEDH hasta llegar a esta sentencia, CERVILLA GARZÓN, M.ª D.: "La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre una evolución", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 30º, 2021.

a la manifestación de voluntad de la persona con la finalidad de dotarle de una cobertura legal suficiente para dotar de la certidumbre jurídica necesaria al cambio solicitado, previniendo cambios de género arbitrarios u operados en fraude de ley.

I. Legitimación. Las condiciones legales para reconocer la legitimación de los menores de edad transexuales.

La anterior regulación restringía la legitimación de los menores para solicitar el cambio de sexo, sin que se hubiese habilitado para ellos un cauce legal adecuado incluso cuando hubieran demostrado tener “suficiente madurez” y se encontraran en una “situación estable de transexualidad”. Este fue el motivo por el cual el art. 1.1. de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, fue declarado inconstitucional por la vulneración de los arts. 15,18.1 y 43.1 CE, según STC 99/2019, de 18 de julio²⁷.

Actualmente se les reconoce la legitimación para rectificar registralmente la mención relativa al sexo, no obstante, sujeta a ciertas condiciones en cuanto a la edad mínima que se exige legalmente para reconocerles dicha legitimación y, en su caso, del nombre, estableciendo determinadas franjas de edad.

El art. 43.1 de la Ley 4/2023 concede plena legitimación para solicitar el cambio registral de la mención registral del sexo a los mayores de edad y a los mayores de dieciséis años por sí mismos. Los mayores de dieciséis años se equiparan legalmente a los mayores de edad siguiendo los criterios establecidos para la capacidad para contraer matrimonio o para poder emanciparse (arts. 46.1 y 241 CC), así como el criterio fijado en otros ámbitos, como sucede en relación con la edad mínima para trabajar -(art. 6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)- o para prestar válidamente el consentimiento en el ámbito médico sanitario, fijándose la edad mínima para reconocer el derecho a la autodeterminación de la persona para decidir la opción que considere más adecuada en el ámbito de la salud en los dieciséis años, según lo dispuesto en el art. 9.4 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 clínica²⁸.

27 STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99), cuando señala que: “De este modo, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad” y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad”.

28 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: “Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16^o, febrero, 2022, pp.176-203.

Los menores entre los dieciséis y los catorce años podrán solicitar el cambio de género y de nombre por sí mismos, asistidos por sus correspondientes representantes legales durante todo el procedimiento.

Es importante precisar que no cabe representación legal en el ejercicio del derecho a la autodeterminación de género y, por tanto, no cabe representación alguna ni en la elección del género ni en la decisión de querer rectificar la mención registral relativa al sexo, al tratarse del ejercicio de un derecho de la personalidad respecto al que no cabe intervención sustitutoria alguna conforme a lo dispuesto en el art. 162. I CC, sino una intervención que tiene como última finalidad, velar por que se cumplan todas las garantías articuladas a lo largo del procedimiento.

A los efectos de la asistencia de los menores solicitantes durante todo el procedimiento, son sus representantes legales los titulares de la patria potestad y, en su defecto, los tutores. En el supuesto de que existan discrepancias entre los progenitores o los representantes legales del menor entre sí o entre ellos y el menor, se procederá al nombramiento de un defensor judicial conforme a lo dispuesto en los arts. 235 y 236 del Cc. El recurso de acudir a un defensor judicial en caso de conflicto de los guardadores legales con el menor ha llamado la atención en la doctrina más autorizada, por considerar que son precisamente los progenitores quienes mejor conocen al menor, dado que generalmente conviven con él, siendo sustituidos por un defensor judicial que será un pariente de grado ulterior²⁹.

Desde mi consideración, la negativa injustificada de los progenitores a asistir a sus hijos en este tipo de procedimientos puede exponerlos a una situación de riesgo, constituyéndose en motivo suficiente para apreciar un ejercicio irregular de las funciones inherentes a la patria potestad. En idéntico sentido, podemos afirmar que las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por quienes ostentan la patria potestad de los menores transexuales puede ser motivo suficiente para la no aceptación de su orientación sexual, identidad de género, o características sexuales, generador de un perjuicio para su bienestar y su salud física y mental, que puede colocarles también en una situación de riesgo susceptible de ser evaluada.

Los mayores de doce años y menores de catorce años necesitan la previa aprobación judicial para la modificación registral de la mención relativa al sexo conforme al expediente de jurisdicción voluntaria regulado en el Capítulo I bis del Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, "De la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce», arts. 26 bis; 26 ter; 26 quarter; 26

29 DÍAZ ALABART, S.: "El cambio de la mención registral del sexo de los menores en la Ley Trans de 2023", *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2024, p. 35.

quinquies, procedimiento introducido por la Disposición Final Decimotercera de la Ley 4/2023.

Los doce años cumplidos constituye el límite legal fijado en el art. 9.2 LOPJM referido al derecho del menor a ser oído. La Ley 4/2023 sigue este mismo criterio, estableciendo la edad mínima en los doce años cumplidos para que los menores puedan ejercitar personalmente su derecho a la autodeterminación de género, pudiendo expresar su voluntad de palabra, e incluso a través de formas no verbales, asistidos por intérpretes. “No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, se podrá conocer su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos con los suyos, o a través de personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente”.

Los menores de doce años, aun teniendo suficiente madurez y se encuentren en una situación de pleno rechazo del sexo asignado al tiempo de su nacimiento, no están legitimados legalmente para solicitar la rectificación registral de la mención relativa al sexo, pero pueden solicitar el cambio de nombre, conforme a lo dispuesto en el art. 48 de la Ley 4/2023, por razones de identidad sexual, “cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil». Corresponderá a los representantes legales de los menores de dieciséis años solicitar el cambio de nombre de sus representados para adecuarlo al sexo sentido cuando sea diferente al atribuido al tiempo de su nacimiento sin más limitaciones que las establecidas en el art. 51 de la LRC, siendo especialmente relevante la precisión que realiza esta norma al disponer que: “A los efectos de determinar si la identificación resulta confusa no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona”.

La posibilidad legal de ajustar el nombre de un menor de doce años con su apariencia física contribuye a superar las dificultades apuntadas, dando, eso sí, una solución legal que no tiene mayores consecuencias jurídicas, sino más bien, puramente sociales. Por otra parte, el cambio de nombre sin la correspondiente rectificación registral de la mención del sexo al amparo de lo dispuesto en el art. 44.4 en su segundo inciso, -como sucede también con los menores de doce años que rectifican el nombre sin rectificación del sexo (arts. 48 y 51)-, permite disociar nombre y género, superándose la tradicional consideración de que tanto el nombre como el sexo forman parte inescindible de la identidad individual de la persona. No obstante, esta posibilidad de cambio de nombre sin cambio de sexo en base a la libertad de la persona puede generar error en los terceros que

confían en que la identidad de la persona presupone la coincidencia entre nombre y sexo.³⁰

Cuando el solicitante sea un menor de edad, todos los intervinientes en el procedimiento tendrán en consideración el interés superior de estos menores, a quienes ha de facilitárseles toda la información necesaria en relación con las consecuencias que se derivan de la rectificación solicitada “en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades” (art. 44.6).

Para proceder a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en los términos reconocidos en la nueva Ley, así como para atender el mandato expreso contenido en su Disposición Transitoria segunda, resulta particularmente relevante la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la DGSJFP, en la que se contienen ciertas directrices a tener en cuenta por los responsables del Registro civil para proceder a la rectificación de la mención registral relativa al sexo.

2. Legitimación de las personas transexuales con discapacidad.

Según el art. 43.3 de la Ley, pueden solicitar la rectificación registral de la mención relativa al sexo las personas con discapacidad con las medidas de apoyo que en su caso precisen. Parece que la norma utiliza el término apoyo en sentido amplio, incluyéndose cualquier tipo de medida que contribuya a emitir válidamente la voluntad libre, consciente e informada del solicitante, en relación con el rechazo que la persona siente respecto al sexo asignado registralmente. Esta norma ha de ser interpretada conforme a lo dispuesto en el art. 7 bis de la LJV, referido a la adopción de los ajustes necesarios en relación con las personas con discapacidad.

Cuando la persona transexual padece una discapacidad psíquica, intelectual o cognitiva y cuenta con una medida de apoyo judicial, si la medida consiste en una curatela ordinaria, corresponde al titular del derecho elegir el género con el que se identifica, así como la facultad de solicitar por sí mismo la rectificación registral relativa al sexo, correspondiendo al titular de la medida de apoyo la labor de asesorar, acompañar y apoyar la puesta en práctica de esta decisión de carácter personalísima. Si la medida de apoyo consiste en una curatela con facultades representativas, dado que se trata del ejercicio de un derecho de la personalidad que no admite representación alguna, será la propia persona quien realice la elección del género. El curador debe respetar en todo momento esa voluntad y el deseo de querer hacer el cambio registral del sexo. Cuando la persona no pueda tramitar dicho cambio por sí misma, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 287 del Código civil, cuando establece que el curador que

30 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Una “nueva” ley “trans” para España (Luces, sombras, ...y una mirada más allá del sexo)”, *Actualidad civil*, núm. 4º, abril, 2023, p. 10 y 11. La posibilidad de un cambio de nombre sin rectificación registral del sexo se admitía ya en la Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018.

ejerce funciones de representación necesitará autorización judicial para los casos que determine la resolución judicial y, en todo caso, para: “Para realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma... [...]”. No cabe duda de que se trata de una decisión vital que toma la persona con enorme trascendencia personal, por lo que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma, correspondiendo al curador con facultades de representación colaborar para el adecuado ejercicio del derecho a la autodeterminación del género en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

Resulta muy significativo lo establecido en el art. 44.II de la Ley, cuando dispone que: “Cuando se trate de personas con discapacidad, en el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales, que resulten precisas para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno de modo libre”.

3. Tramitación.

El procedimiento se inicia mediante solicitud de la persona interesada, seguida de una doble comparecencia del solicitante. La primera comparecencia de confirmación de la solicitud que formula la persona interesada. Los menores de dieciséis años y mayores de catorce comparecerán asistidos por sus representantes legales. En dicha comparecencia la persona responsable del Registro civil recoge la manifestación de voluntad de la persona sobre su disconformidad con el sexo atribuido registralmente y su solicitud de que se proceda a la correspondiente rectificación. En la segunda comparecencia, el solicitante ratifica su voluntad de querer concluir la rectificación registral. El procedimiento termina mediante resolución que adquiere forma de auto. Si es favorable a la rectificación, produce efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro civil.

A) Iniciación del procedimiento mediante solicitud de la persona interesada.

El procedimiento de rectificación del asiento registral relativo al sexo de una persona transexual se inicia mediante solicitud por escrito de la persona interesada ante el encargado de cualquier oficina del Registro civil (art. 43.2). La solicitud puede entregarse presencialmente o enviarse por correo certificado. Como no podía ser de otra manera, la solicitud no está condicionada a la entrega de ningún certificado médico o informe psicológico, en consonancia con el reconocimiento del derecho a la libre autodeterminación de género. La competencia para su tramitación se atribuye a la persona encargada de la oficina en la que se haya presentado dicha solicitud.

En dicha solicitud deberán incluirse los datos de identidad del solicitante y, en su caso, la elección del nuevo nombre (Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la DGSJFP). Dicha solicitud deberá ir acompañada del certificado literal de nacimiento de la persona interesada (salvo que dicho certificado pueda ser obtenido por la propia oficina de Registro), DNI y, cuando el solicitante sea menor de dieciséis años, también el de su/s representante/s legal/es. En el caso de menores de entre doce y catorce años, testimonio de la resolución judicial que autorice el cambio de la mención registral del sexo.

Dado que la solicitud puede presentarse en cualquier oficina del Registro Civil, no será necesario aportar certificado de empadronamiento. Basta que en la solicitud se ponga de manifiesto la voluntad de la persona transexual de proceder a la rectificación de la mención registral relativa al sexo, sin que el ejercicio de dicha facultad pueda verse condicionada por la exhibición de informe médico o psicológico de disforia de género, ni de una previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole” (art. 44.3 LT). Téngase en cuenta la prohibición expresa que contiene el art. 17 de la Ley 4/2023, cuando declara que: “Se prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género de las personas, incluso si cuentan con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal”. Como se ha dicho ya, ha de tratarse de una declaración de voluntad previamente informada, consciente, libre, expresa, revocable y específica o exclusivamente orientada a constatar el cambio de identidad de género que ha experimentado el solicitante.

B) Tramite de la doble comparecencia del solicitante para la confirmación y ratificación de su petición.

La manifestación de disconformidad del solicitante con el sexo registral es requisito legal imprescindible para proceder a la rectificación registral de la mención relativa al sexo, de modo que el legislador ha optado por incorporar en el procedimiento una doble comparecencia del solicitante de confirmación de la solicitud y de ratificación de la voluntad de querer rectificar el sexo originalmente asignado, con carácter preceptivo. Preocupado el legislador por verificar esta voluntad, articula así un doble sistema de verificación.

Recibida a trámite la solicitud, se procederá al trámite de la comparecencia inicial de ratificación de la solicitud por parte del interesado acompañada por sus correspondientes representantes legales cuando se trate de menores de dieciséis años y mayores de catorce. En dicha comparecencia se levantará acta de la manifestación de disconformidad de la persona con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la

correspondiente rectificación. En la comparecencia se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostenta, siendo ello conforme a los principios de libre elección del nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro Civil (art. 44.4 Ley 4/2023). Es, por tanto, perfectamente posible proceder a la rectificación registral relativo al sexo, conservando el nombre que aparece en el asiento registral del nacimiento de la persona, produciéndose así una disociación entre el nombre y el género de la persona.

La comparecencia se llevará a cabo en un espacio reservado que garantice un entorno de intimidad al solicitante, especialmente, cuando se trate de menores de edad. Esto permite garantizar los principios de confidencialidad y privacidad que deben ser preservados en este tipo de procedimientos. Durante la comparecencia, las preguntas se formularán utilizando el nombre que el declarante haya solicitado, limitándose a las cuestiones necesarias para verificar su voluntad de modificar la mención registral relativa al sexo.

La directriz tercera de la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la DGFPR señala la obligación de la persona encargada del Registro civil de informar al compareciente de las consecuencias jurídicas que se deriven de la rectificación, incluido el régimen de reversión, “y de las medidas de asistencia e información a su disposición a lo largo del procedimiento en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo las medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir”. Se utilizará para ello un lenguaje comprensible y adaptado a las necesidades de la persona interesada. Tras recibir la información suministrada, el declarante suscribirá, de estar conforme, la comparecencia inicial reiterando su petición de rectificación registral del sexo mencionado en su inscripción de nacimiento.

La tramitación de dicho procedimiento establece una segunda comparecencia del declarante dirigida a reiterar su petición inicial de rectificación de la mención registral relativa al sexo mencionado en su inscripción de nacimiento. Esta segunda comparecencia debe hacerse en el plazo de los tres meses siguientes a la comparecencia inicial. Ratificada dicha solicitud, y en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la segunda comparecencia, la persona encargada del Registro ante la que se hubiera presentado la solicitud dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada.

En estos procedimientos no es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, ya que en los procedimientos del Registro civil dicha intervención se limita a los

supuestos relacionados en el Decreto de la Fiscalía General del Estado de 6 de julio de 2021, en el que se dictan instrucciones a los y las Fiscales para regular los casos en que han de intervenir en las actuaciones ante el Registro Civil, entre los que no se encuentra el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo de las personas, por lo no procede darle traslado para que informe en este tipo de expedientes. En esta misma línea, la Instrucción de 9 de julio de 2021 de la DGSJFP, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de Registro civil tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

C) Comprobación de la documentación que obra en el expediente.

Reiterada y ratificada nuevamente la solicitud de la rectificación de la mención registral relativa al sexo, la persona encargada del Registro civil comprobará la documentación aportada en el expediente. El responsable de la oficina del Registro civil competente velará por que la solicitud de la persona transexual no persiga otra finalidad más allá que la admitida legalmente, es decir, que la rectificación del sexo y del cambio nombre se dirijan a constatar el cambio que la persona transexual ha experimentado en su identidad de género, previniendo ejercicios realizados en fraude de ley. Indudablemente, la prevención de supuestos de cambio de sexo fraudulentos se ha convertido en una de las cuestiones que más ha captado la atención del legislador y de la sociedad en general ante ciertas muestras del ejercicio abusivo del derecho a la autodeterminación de género en el ámbito deportivo, penitenciario, situaciones de violencia de género o en el acceso a concursos y oposiciones.

Nuestro ordenamiento jurídico sanciona tanto el fraude de ley como el ejercicio abusivo de los derechos. El art. 6.4 del Código civil dispone que: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Asimismo, el art. 7.2 del Código civil establece que: “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”. Finalmente, cabe aludir al art. 11.2 LOPJ cuando dispone que los jueces y tribunales rechazarán de forma motivada, peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Ha sido muy mediático el auto denegatorio de la solicitud de rectificación de género de un sargento del ejército, para ser mujer, fundamentada en su sola intención de conseguir ciertas ventajas en su ascenso profesional. Se argumenta que, habiendo comparecido el solicitante ante la persona encargada del Registro civil, como preceptivamente marca la Ley, no es posible deducir con suficiente certeza que la finalidad perseguida en su solicitud se acomode al objetivo perseguido por la Ley, que no es otro que constatar el cambio producido en la identidad de género de la persona. Antes, al contrario, se considera que va dirigida a la obtención de consecuencias jurídicas que, para promover la igualdad a través de la discriminación positiva, esta y otras leyes establecen para las mujeres o para las personas trans, sin que -en el caso concreto-exista una voluntad real de expresión de género como mujer.

El responsable del Registro civil comprueba que no se han producido cambios físicos en el solicitante, de modo que la apariencia física no coincide con el género reclamado. Además, se advierte que el declarante no ha solicitado el cambio de nombre y que, de manera reiterada, se refiere a sí mismo en masculino, sin que se evidencie ningún cambio de género en sus relaciones sociales, vestimenta, comportamiento, voz o estética. Además, desconoce la diferencia entre expresión de género e identidad de género, que no había solicitado el cambio de nombre y que de forma reiterada el interesado se refiere a sí mismo en masculino, exponiendo que se siente mujer, pero que no quiere que le traten como tal, hasta que no se rectifique su sexo. Finalmente, se invoca lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ al establecer que los juzgados y tribunales “rechazarán fundamentadamente aquellas peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude ley o procesal”.

Indudablemente, habrá supuestos en los que la claridad, apariencia y voluntad del declarante se constate fácilmente sin mayores indagaciones y otros tantos en los que también resulte relativamente fácil comprobar la falsedad de la declaración y el carácter fraudulento de la solicitud del cambio de sexo.

D) La resolución y sus efectos y régimen de recursos.

El procedimiento termina mediante auto. Resuelto el procedimiento de forma favorable, se practicará la rectificación de la inscripción acordada. La rectificación de la mención registral del sexo tiene efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro civil y, por tanto, carece de efectos retroactivos (art. 46.1)³¹. Ello significa que el cambio de sexo y, en su caso, del nombre acordado, no altera la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la

³¹ La irretroactividad de la rectificación registral de la mención relativa al sexo puede resultar ciertamente contradictoria con la finalidad de que dicha rectificación sea modificar aquello que no concuerda con la realidad que vive el solicitante.

persona con anterioridad a la inscripción de la rectificación registral de la mención relativa al sexo, ya que solo a partir de la inscripción se considera modificado el sexo, en tanto que los derechos y obligaciones jurídicas nacidas con anterioridad permanecen inalteradas³². Solo a partir de la inscripción se permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

Como consecuencia de la rectificación registral de la mención relativa del sexo y del nombre se procederá, a instancia de la persona interesada o de su representante legal o voluntario, a ajustar todos los documentos oficiales de identificación. En todo caso, se conservará el mismo número del documento nacional de identidad (art. 49.1 y 2). Asimismo, se podrá solicitar la reexpedición de cualquier otro documento, certificado o diploma ajustado a la inscripción registral rectificadora ante cualquier autoridad, organismo o institución. Tratándose de personas transexuales extranjeras que “acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre en su país de origen, siempre que cumplan los requisitos de legitimación previstos en esta ley, excepto el de estar en posesión de la nacionalidad española, podrán interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan, ante la autoridad competente para ello” (art. 50).

A diferencia de lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª de la Ley derogada Ley 3/2007, de 15 de marzo, en la que se disponía que el solicitante quedaba exento del pago de tasas por considerarse que tal expedición no resultaba imputable al interesado, el art. 49.3 dispone ahora que el pago de las tasas se rige por el principio de capacidad económica de la parte interesada, conforme a lo previsto en el art. 8 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y precios públicos.

Contra el auto denegatorio de la rectificación cabe interponer recurso ante la DGFPJS, en el plazo de un mes (art. 85 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), en concordancia con lo dispuesto en los arts. 112 a 120 y 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, referidos al recurso de alzada y recurso potestativo de reposición.

La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, también del cambio de nombre, no alteran el régimen jurídico aplicable con anterioridad a la rectificación registral, a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género (art. 46.3 de la Ley).

32 BENAVENTE MOREDA, P.: “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38º, p. 279.

Los efectos jurídicos del cambio dependerán según que el cambio se produzca de hombre a mujer o de mujer a hombre. En el primer supuesto, la persona puede beneficiarse de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres contenidas en el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, a partir de que se haga efectiva la rectificación registral. En el segundo supuesto, es decir, cuando la persona pase de tener sexo femenino a masculino, la persona conserva los derechos patrimoniales derivados de estas medidas de acción positiva, sin que proceda reclamar su reintegro o devolución (art. 46.4).

VII. EXPEDIENTE DE APROBACIÓN JUDICIAL DE LA RECTIFICACIÓN DE LA MENCIÓN REGISTRAL PARA LOS MENORES.

Los menores entre los 12 y los 14 años necesitan la aprobación judicial tramitada conforme al expediente previsto en los arts. 26 quater y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En este expediente no es preceptiva la intervención de abogado y procurador. En cuanto a la tramitación del expediente, la solicitud debe venir acompañada de cualesquiera medios documentales o testificales acreditativos de que la persona que insta el expediente ha mantenido de forma estable la disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento, reconociéndose expresamente la idoneidad para ser testigos de todas aquellas personas mayores de edad, aun cuando estén ligadas a la persona solicitante por parentesco, por consanguinidad o afinidad en cualquier grado, vínculos de adopción, tutela o análogos, o incluso relación de amistad. Se pretende que el entorno familiar y personal del menor ratifiquen la disconformidad de la persona menor de edad con el sexo que se le ha asignado registralmente, comprobando que el cambio en la identidad de género es real, estable, sin que obedezca a una decisión repentina, irreflexiva, caprichosa o pasajera.

El juez, previa audiencia de la persona menor de edad, solicitará la práctica de las pruebas que tenga por conveniente para comprobar si existe por su parte una voluntad estable de modificar la inscripción registral relativa a la mención del sexo y si posee madurez suficiente para comprender y evaluar de forma razonable e independiente las consecuencias que se derivan de la toma de esta decisión. Una vez más la comprobación de la voluntad de la persona transgénero y su derecho a la autodeterminación se colocan en el centro neurálgico de la tramitación del expediente.

Dos reflexiones finales en relación con la legitimación de los menores para solicitar la rectificación registral del sexo: la primera para advertir que la legitimación reconocida a los menores entre los dieciséis y los doce años no es más

que la consecuencia lógica del reconocimiento legal de su capacidad progresiva. La segunda, para poner de manifiesto que la imposibilidad legal de la persona transexual menor de 12 años para poder solicitar el cambio registral de la mención de género puede hacernos pensar que la nueva regulación ha optado por “invisibilizar” la realidad de muchos jóvenes y niños que tienen clara su identidad de género a edades muy tempranas y que el empeño legal por conservar registralmente el sexo originario puede perjudicar gravemente su interés superior. Así las cosas, la propuesta legal se ha centrado en el criterio de la fijación de una edad mínima legal respecto a la que se presume que el menor alcanza la madurez suficiente para tomar este tipo de decisiones de vital trascendencia para su vida, pudiendo solicitar, eso sí, el cambio de nombre, desde la perspectiva del reconocimiento del derecho a ser llamado/a como la persona se siente, sin que el nombre pueda generar dudas sobre la identidad de género.

VIII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REVERSIÓN DE LA MODIFICACIÓN REGISTRAL Y SUCESIVAS RECTIFICACIONES.

La Ley permite que la rectificación registral de la mención relativa al sexo sea reversible en el plazo de seis meses, de manera que la persona que haya procedido al cambio registral de sexo dispone de dicho plazo para recuperar legalmente la mención registral del sexo que figuraba previamente, es decir, el que constaba antes de practicar la rectificación, siguiendo el mismo procedimiento utilizado para la rectificación. Dicha posibilidad resulta plenamente coherente con el carácter cambiante y fluido del género, no obstante, lo cual, se ha puesto de manifiesto, no sin razón, que esta concepción tan amplia y sencilla de la reversibilidad del cambio registral de la mención relativa al sexo resulta un tanto incoherente con la consideración de que la libre elección de género no es un acto más de la persona, sino una decisión vital³³

Así pues, se permite legalmente que la persona pueda volver al género originario, dejando sin efecto la rectificación registral practicada. Esta posibilidad es acorde con la supresión de la exigencia legal del sometimiento a tratamientos hormonales previos o a intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo con las que se pretendía que el cambio de sexo fuera irreversible. Esta inicial irreversibilidad contrasta con la reversibilidad física y legal que ahora predomina, aspecto este que plantea ciertas dudas en torno a la certidumbre de las relaciones jurídicas generadas o en orden al riesgo que conlleva la labilidad del estado civil, llegándose incluso a plantear la operatividad de su consideración como estado civil.³⁴ Al respecto cabe señalar que: “mientras el sexo se vincula a la concurrencia

33 DÍAZ ALABART, S.: “El cambio”, cit. p. 28.

34 BELLIVIER, F.: “¿El sexo todavía debe formar parte del estado de las personas?”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm.11, 2014, pp. 169-181. (<http://www.glossae.eu>).

de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico".³⁵

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir para la reversión, una vez practicada la primera modificación, si la persona desea proceder a una nueva rectificación, habrá de seguirse el procedimiento establecido en el Capítulo I Ter del Título II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, dedicado a: "De la aprobación judicial de la nueva modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una nueva reversión de la rectificación de la mención registral", arts. 26 sexies-26nonies, en los que se exige recabar previa autorización judicial también para aquellos supuestos en los que ya se haya realizado previamente una rectificación de la mención registral del sexo y quiera revertirse dicha modificación, sin haberse impuesto límite alguno al número de veces. El Juzgado competente para conocer de este expediente es el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona cuya mención registral pretenda modificar.

El expediente se inicia mediante solicitud del interesado en la que se manifiesta su voluntad de revertir la rectificación registral anteriormente practicada, acompañada de los medios de prueba que desee utilizar. Admitida a trámite la solicitud, el juez citará a una comparecencia al solicitante y, en su caso, a sus representantes legales, a las demás personas que estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal. A continuación, se dará trámite a la práctica de cualesquiera otras pruebas se estimen por conveniente. El juez resolverá concediendo o denegando la aprobación judicial, considerando, en todo caso, el interés superior del menor, si el solicitante fuera persona menor de edad. Finalmente, se dará testimonio al Registro civil, para proceder, en su caso, a la rectificación de la inscripción aprobada judicialmente.

IX. REFLEXIONES FINALES.

La necesidad de una legislación estatal en esta materia era algo evidente, dado que todas las Comunidades Autónomas, con excepción de Castilla-León, habían promulgado ya leyes reconociendo los derechos de las personas transexuales, ya sea de manera específica o integradas en el marco genérico de la protección y apoyo al ejercicio de los derechos del colectivo LGTBI, precisándose una norma general.

Entre los defectos que pueden achacarse a la ley, es muy importante señalar la falta del reconocimiento explícito del derecho a la autoidentidad de género

35 STC 67/2022, de 2 de junio (RTC 2022, 67).

o el derecho a elegir el género como un derecho de autodefinición personal ejercido desde el ámbito de la libertad e intimidad de la persona, vinculado al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, cuyo ejercicio universal se fundamenta en la mera voluntad de la persona libremente manifestada ante la autoridad competente, de manera consciente, informada, específica, revocable y real.

Persiste la negativa en orden a reconocer la legitimación de los menores de doce años para proceder a la rectificación registral relativa al sexo, aun cuando estos sean plenamente conscientes de su situación de transexualidad a edades muy tempranas. Aunque se les permite el cambio de nombre con la finalidad de prevenir las dificultades que esta situación puede provocarles en su vida diaria, esta opción legal apenas tiene trascendencia jurídica, más allá de la meramente social. También puede ser objeto de debate la necesidad de aprobación judicial para que los menores entre los doce y los catorce años a fin de que puedan solicitar la rectificación registral, dado que se trata del ejercicio de un derecho personalísimo basado exclusivamente en la libertad personal, resultando ciertamente discutible si esta intervención es proporcionada.

Entre las virtudes de la Ley, destaca la "visibilización" de las personas transexuales en situaciones de vulnerabilidad añadida, es decir, cuando en ellas concurre, además de la transexualidad, otros factores que añaden vulnerabilidad, como sucede con las personas mayores transexuales, con discapacidad o en situación de dependencia o sinhogarismo.

En cuanto al reconocimiento de la legitimación de los menores para solicitar rectificaciones registrales de la mención relativa al sexo, constituye uno de sus principales logros, obviamente promovido por la STC 99/2019, de 18 de julio, que supuso el verdadero y definitivo impulso al reconocimiento de los derechos y libertades de los menores transexuales, aunque sujeto a ciertas condiciones legales en cuanto a la edad, como ya se ha señalado.

La reversibilidad de la rectificación registral del sexo resulta plenamente coherente con la supresión de la obligatoriedad de intervenciones quirúrgicas de reasignación del sexo o de tratamientos hormonales irreversibles. Dicha reversibilidad refleja el derecho de las personas transexuales a la libre elección del género, elección que puede cambiar a lo largo de toda su vida y que, por tanto, no es definitiva.

En conclusión, la actual regulación representa un indiscutible avance en el reconocimiento de los derechos humanos del colectivo de las personas transexuales, al tiempo que es suficientemente garantista, ya que proporciona la seguridad jurídica necesaria para proceder a la rectificación registral de la mención

relativa al sexo, estableciendo un doble sistema de verificación de la voluntad del solicitante, lo que permite detectar solicitudes y declaraciones fraudulentas mediante la atenta comprobación del encargado del Registro civil ad casum.

BIBLIOGRAFÍA

BARBER CÁRCAMO, R.: "Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro? (I)", coord. Sonia Calaza López, *Actualidad Civil*, núm. 7º, Sección Persona y derechos, julio 2023, *La Ley* 7668/2023.

BELLIVIER, F.: "¿El sexo todavía debe formar parte del estado de las personas?", *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 11º, 2014, pp. 169-181.(<http://www.glossae.eu>).

BENAVENTE MOREDA, P.: "Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38º, pp. 273-316.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019 -Pleno-18 de julio de 2019", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 12º, pp. 307-344.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Una "nueva ley "trans" para España (Luces, sombras, ...y una mirada más allá del sexo)", *Actualidad civil*, núm. 4º, Sección Persona y Derechos, abril, 2023, *La Ley* 3184/2023.

CERVILLA GARZÓN, M.^a D.: "La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre una evolución", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 30º, 2021.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Minoría de edad y cambio de la mención registral del sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12º, pp. 820-831.

DÍAZ ALABART, S.: "El cambio de la mención registral del sexo de los menores en la Ley Trans de 2023", *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2024, pp. 3-43.

GETE ALONSO, M, C.: "La rectificación del sexo en la nueva legislación española. A propósito de Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI", *Revista De Ciencias Sociales*, núm. 82º, 2023, pp. 15-53. <https://doi.org/10.22370/rscs.2023.82.3747>.

FERNÁNDEZ RIVERA, P.: "Sexo y género: de la tradicional intercambiabilidad de los términos a la necesaria precisión conceptual de la STC 67/2022, de 2 de junio", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 15º, 2022, pp.173-195.

HIDALGO GARCÍA, S.: *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica (LGTBQ+ y la Ley "Trans"*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023.

LAUROBA LA CASA, E.: "Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32º, 2018, pp. 11-54.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España ", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16º, febrero, 2022, pp.176-203.

RAMS ALBESA, J.: "Cambio de nombre y rectificación de la mención del sexo. Transexualidad y Derecho transitorio: sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (dir. M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. I, 2008, (2005-2007), pp. 517-555.

REYES LÓPEZ, M.J.: "Cuestiones civiles en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI", *Tribuna IDIBE*, 4 mayo 2023, <https://idibe.org/tribuna/cuestiones-civiles-la-ley-4-2023-28-febrero-la-igualdad-real-efectiva-las-personas-trans-la-garantia-los-derechos-las-personas-lgtbi/>

EL VALOR DE LA “CONYUGALIDAD”: LA CONVENIENCIA
DE UNA REVISIÓN DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL
CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y SU POSIBLE DISCAPACIDAD
ANTE LA NUEVA REALIDAD SOCIO-FAMILIAR

*THE VALUE OF “CONJUGALITY”: THE CONVENIENCE OF A
REVIEW OF THE INHERITANCE RIGHTS OF THE SURVIVING
SPOUSE AND THEIR POSSIBLE DISABILITY IN THIS NEW SOCIO-
FAMILIAR REALITY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 554-601

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Cuando la pareja marital se mantiene firmemente anclada en la permanencia de su vínculo conyugal, esa "conyugalidad" es la verdadera protagonista de la solidaridad familiar en el seno del cada vez más reducido núcleo familiar hasta el fallecimiento de uno de sus miembros. Por ello, no resulta nada conveniente desatender esta realidad que el legislador se resiste a reconocer y favorecer como merece. Máxime si atendemos a la posible avanzada edad del superviviente, probable discapacidad y/o situación económica no muy boyante. Así pues, en este análisis se plantea la revisión de los escasos derechos sucesorios del cónyuge superviviente y la limitada libertad de testar en este aspecto, teniendo en cuenta las transformaciones de la familia española en los últimos decenios y, especialmente, de la relación marital que subsiste pese al aumento de las crisis conyugales y consiguientes divorcios de los tiempos actuales.

PALABRAS CLAVE: Legítima del cónyuge viudo; legítima alimenticia; derechos sucesorios, libertad de testar; solidaridad intrafamiliar; conyugalidad; discapacidad; vivienda familiar; cautela socini.

ABSTRACT: *When the marital couple remains firmly anchored in the permanence of their marital bond, that "conjugalitv" is the true protagonist of family solidarity within the increasingly reduced family nucleus, until the death of one of its members. Which it's why it is not convenient to ignore this reality that the legislator refuses to recognize and favor as it deserves. Especially if we consider the possible old age of the survivor, probable disability and/or not very buoyant economic situation. Thus, in this analysis the review of the scarce inheritance rights of the surviving spouse and the limited freedom of will in this aspect is proposed, taking into account the transformations of the Spanish family in recent decades and, especially, of the marital relationship that persist despite the increase in marital crises and subsequent divorces in the current times.*

KEY WORDS: *Legitimate inheritance of widowed spouse; alimentary legitimate; inheritance rights, freedom of will; intra-family solidarity; conjugalitv; disability; family house; cautela socini.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DE LA REALIDAD JURÍDICO-SOCIAL.- II. LA NECESARIA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR.- I. Y así, en la era de la libertad, restringimos la de testar.- 2. Y, por el contrario, otorgamos “carta blanca” al legitimario.- 3. Y seguimos exigiendo la *affectio maritalis* a los cónyuges.- III. EL VALOR DE LA CONYUGALIDAD. 1. La solidaridad intraconyugal y familiar.- IV. LA REALIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y SENSORIAL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y EL POSIBLE SESGO DE GÉNERO.- V. LA INCOMPENSABLE EXCLUSIÓN DE DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO.- 1. La exclusión de la sucesión intestada.- 2. La exclusión de la legítima.- VI. LA CONVENIENCIA DE REVISAR Y ACTUALIZAR LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO.- 1. Revisión de los derechos legitimarios del cónyuge viudo.- 2. La atribución del usufructo y la (in) conveniente utilización de la cautela socini y sus problemáticas. 3. Revisión de los derechos abintestato del cónyuge viudo.- VII. LA DESPROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL CÓNYUGE VIUDO CON DISCAPACIDAD.- VIII. VICISITUDES DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.- 1. Atribución del usufructo de la vivienda familiar.- 2. Atribución del uso de la vivienda familiar, protección de la posición del cónyuge viudo con discapacidad y sus problemáticas.- 3. La sucesión en el arrendamiento de la vivienda familiar.- 4. Otras propuestas y soluciones habitacionales mortis causa en favor del cónyuge viudo con discapacidad.-IX. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DE LA REALIDAD JURÍDICO-SOCIAL.

A través de este análisis se pretende abordar los escasos derechos sucesorios del cónyuge supérstite y la limitada libertad de testar teniendo en cuenta las transformaciones de la familia española del siglo XXI relacionando todo ello con cuestiones tan relevantes como la solidaridad intrafamiliar¹ y el creciente desapego en las relaciones con los consanguíneos. La realidad es que se aprecia un nuevo modelo conyugal y familiar² en el que cobra mayor protagonismo la relación marital frente a las relaciones con ascendientes o descendientes³ y que, por el contrario, desde el punto de vista legal, cuenta con un reconocimiento deficitario que ha dejado de dar una respuesta jurídica adecuada frente a la realidad social familiar de este cónyuge viudo⁴. Porque la relación marital, cuando subsiste, cuando no

- 1 Prefiero denominar como solidaridad intrafamiliar a esta cuestión dado que como pone de manifiesto MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2023, núm. 3, pp. 396-429, en p. 339, aunque el término solidaridad familiar es más amplio, al ser la legítima una institución que alcanza sólo a determinados familiares es más justo, dado que la solidaridad intergeneracional excluye a los cónyuges, pertenecientes a una misma generación.
- 2 Interesante análisis de AYUSO SÁNCHEZ, L.: “Nuevas imágenes del cambio familiar en España”, *Revista Española de Sociología*, 2019, núm. 28 (2) pp. 269 a 287.
- 3 De acuerdo con ALBERDI, I.: *La nueva familia española*, Santillana, Madrid, 1999, p. 81, la peculiaridad de la actual familia española es la coexistencia de diversas generaciones durante más tiempo debido al aumento de la longevidad y al descenso de la tasa de natalidad, lo supone que en España nunca “menos niños han tenido tantos abuelos” como actualmente.
- 4 Para aproximarnos a la configuración actual de la familia, resulta pertinente la cita del sociólogo IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 308, para quien la familia “comparte esa sinuosa y ambivalente característica de ser percibida, en cualquier momento histórico en situación de crisis, transición y dramática encrucijada. Siempre en constante perspectiva de cambio y dudoso futuro”.

• Pilar María Estellés Peralta

Profesora de la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

hay crisis conyugal y consiguiente divorcio, es la verdadera protagonista de la solidaridad familiar y conyugal en el seno del núcleo familiar⁵. Y todo ello determina la necesidad de revisar el posicionamiento en el orden de suceder abintestato del cónyuge viudo para, en vez de relegarlo al tercer lugar en el orden sucesorio, adelantarlo al de los ascendientes e incluso descendiente si este cónyuge viudo se encuentra en una situación de verdadera vulnerabilidad, ya sea por su situación económica y/o su posible discapacidad atendiendo a la elevada edad del mismo. Tengamos en cuenta, el importante juego de las disposiciones sucesorias legales en defectos de testamento: de acuerdo con los datos de que disponemos del Centro de Información Estadística del Notariado⁶, en 2020, 622.587 personas otorgaron testamento notarial ya sea abierto, cerrado o de otro tipo, en 2021 repunta a 713.578 (quizás a consecuencia de la pandemia) pero desciende en 2022 (última fecha de la que se disponen datos mientras se analiza esta cuestión) a 695.392. Esto, es, pese al incremento de personas mayores en nuestra pirámide poblacional, los españoles no terminan de decidirse a testar y nos movemos en un rango anual que oscila entre los 600.000 y 700.000 testamentos.

Asimismo, se debe revisar el alcance de los derechos legitimarios del cónyuge viudo en la herencia del premuerto, aumentando, igualmente su porción legitimaria; pues si bien el testador puede nombrarle en la libre disposición, de no haber testamento, ello será imposible. En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo (y demás parientes) se readaptaran a una función más ajustada a los tiempos presentes y atendiera, asimismo, al origen del patrimonio del testador, que en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante pero también del de su cónyuge, en mayor medida, sin duda, que de los descendientes del causante⁷.

Por otra parte, la realidad social y el aumento en la esperanza de vida por encima de los 80 años tanto de los causantes como de sus viudos -en la mayor proporción de la mujer viuda, si atendemos al sesgo de género en esta cuestión- son aspectos que no se tienen en cuenta de manera especial por el legislador para otorgar determinados derechos sucesorios. Y tampoco facilita la ampliación de la libertad de disposición del testador cuando el cónyuge viudo sea persona con discapacidad salvo lo prevenido de manera general para todo legitimario con discapacidad en el art. 822 CC, lo que ha supuesto la pérdida de una oportunidad

5 Algunos autores como MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Rialp, Madrid, 2000, pp. 137 y ss., afirma que si bien en la familia española se mantiene cierta solidaridad, el actual hedonismo supone la evasión de toda responsabilidad y compromiso; así como el individualismo con el que camina aparejado, conlleva la ruptura de toda dependencia entre los miembros de la ya muy reducida familia, desvirtuando la institución familiar y destruyéndola.

6 CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO. CENTRO DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA DEL NOTARIADO: <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo> (Consulta: 20/12/2023).

7 Vid. al respecto, CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: "Presupuestos para una reforma del sistema de legítimas en derecho español de sucesiones", *Revista Boliviana de Derecho*, 2023, núm. 36, julio, pp. 116-145.

única de proteger la vulnerabilidad del cónyuge viudo con probable discapacidad (debido entre otras causas, a su avanzada edad) y que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no ha considerado. Más bien al contrario, en algunos casos, la aplicación del mencionado precepto puede provocar situaciones de convivencia de hijos sólo del causante con discapacidad y el cónyuge viudo con el que pueden o no mantener una relación más o menos cordial; o bien la convivencia del viudo con sus suegros mientras lo necesiten (aunque no reine la concordia).

Por tanto, con esta norma se debilita la posición del cónyuge viudo que tal vez sufra, asimismo, alguna discapacidad y ello si atendemos, además a que la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo de la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual.

Ya señalamos en un estudio anterior, que “lo que procede es diseñar un derecho de sucesiones mejorado que pueda integrar las nuevas realidades conyugales y familiares con los aspectos positivos de la actual regulación sucesoria y erradicar la persistente desconsideración legal al cónyuge viudo. Para ello, son necesarios dos caminos: una reforma en la materia que aborde el trato de desfavor hacia el cónyuge viudo⁸ y una reforma que amplíe la libertad de testar sobre el propio patrimonio, patrimonio que pertenece al causante y a nadie más, tema analizado en otros trabajos a los que me remito dada su extensión e interés⁹ y que conlleva

-
- 8 Vid., al respecto ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La familia española del siglo XXI: nuevas realidades en la sucesión mortis causa del cónyuge supérstite”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2022, núm. 33, pp. 222-251.
- 9 Vid., ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La (in)discutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición mortis causa de su patrimonio”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 150-192. pp. 181 y ss.; GARCÍA RUBIO, M. P.: “Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del código civil”, en AA.VV.: *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, (coord. por V. BARBA y L. PÉREZ GALLARDO), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 23-58, en pp. 23 y ss.; GOMÁ LANZÓN, I.: “¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 61-76; PARRA LUCÁN, M. A.: “Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de profesores de Derecho civil”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 193-212; BARRIO GALLARDO, A.: “El ocaso de las legítimas largas”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 287-314; DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “Consecuencias en la libertad de testar y la legítima de la violencia en la pareja”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 335 y ss.; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 491 y ss.; BERMEJO PUMAR, M. M.: “Legítima crediticia”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 117 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: “Límites constitucionales a la libertad de testar”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 7-38; ZURITA MARTÍN, I.: “La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-112; BARRÓN ARNICHES, P.: “Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores”,

ineludiblemente a un debilitamiento e incluso desaparición de las legítimas y su sustitución por un sistema de libertad de testar que según algún sector doctrinal, podría generar cierto rechazo debido a la inercia histórica y social¹⁰. Y al respecto me planteo por qué temer la libertad de quien decide sobre lo propio en favor de quien considere más apropiado. ¿Acaso conoce mejor el legislador lo que conviene a cada testador, a su familia y circunstancias?"¹¹. Obviamente, en mi opinión, la respuesta es negativa. ¿Cómo va a conocer el legislador las necesidades concretas de cada situación familiar y personal? Es impensable, sin embargo, amparándose en este "desconocimiento" el legislador se permite restringir la libertad testamentaria con un importante apoyo doctrinal.

II. LA NECESARIA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR.

La libertad del individuo debería también alcanzar a la disposición de "su" (que no de otros) patrimonio post mortem. Libertad de testar que no atenta contra la familia porque esta se transforma inexorablemente aun con el inderogable sistema legitimario español. Y pese a todo ello, plantear la supresión, e incluso, la reforma del sistema de legítimas supone para un importante sector doctrinal, atacar directamente el núcleo duro de nuestro sistema sucesorio por lo que no es ampliamente aceptada. Por el contrario, se teme que la supresión de las legítimas en favor de los descendientes pueda suponer una desprotección de estos parientes¹²

en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 113-146; BOSCH CAPDEVILA, E.: "El cálculo de la legítima de los descendientes en los Derechos civiles españoles", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 147-192; GIMÉNEZ COSTA, A. y VILLO TRAVÉ, C.: "Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 221-266; BLANDINO GARRIDO, M. A.: "Libertad de testar y condiciones testamentarias", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 267-305; COSIALLS UBACH, A. M.: "La partición de la herencia y la libertad de testar", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 375-408; PUYALTO FRANCO, M. J.: "Libertad de testar y transmisión *mortis causa* de la empresa", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 409-444; MARÍN CONSARNAU, D.: "La residencia habitual en el reglamento (EU) 650/2012 como manifestación de la libertad de testar: problemas y pautas para su determinación", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 445-474; SERRANO DE NICOLÁS, A.: "Libertad de testar y planificación testamentaria", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 475-500; GALICIA AIZPURUA, G. H.: "Legítimas y libertad de testar en el País Vasco", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. F. TORRES GARCÍA), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-470.

10 GALICIA AIZPURUA, G. H.: "Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de profesores de Derecho civil", en AA.VV.: *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones* (dir. por C. VILLO TRAVÉ), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 47-74, en p. 51.

11 ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La familia", cit., p. 225.

12 Ya CARBONNIER, J.: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1974, afirmaba hace años que la familia ha sufrido una proletarización porque la fortuna parece contar menos que las personas que la integran y ha dejado de ser una entidad plutocrática, el almacén de dotes y herencias. Actualmente (1974), sus relaciones patrimoniales se circunscriben básicamente a las de los alimentos,

(argumento que no puedo compartir si atendemos a que los descendientes perciben su legítima cuando ya rondan los 50-55 años) y, sin embargo, existe la mencionada precaución. No se rechaza de plano, en cambio, que se pueda reducir la cuantía de la porción legitimaria olvidando que la cobertura constitucional afecta a la libertad de testar pero no a la institución legitimaria: la legítima no es una institución de orden público, según entiende un importante sector doctrinal¹³. O como afirma Parra Lucán, “otra cosa es que el Derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer (artículo 33 de la Constitución) con la necesaria protección de la familia (art. 39 de la Constitución) y el sistema de las legítimas es una de las formas de lograrlo”¹⁴. La conclusión parece ser que existe una clara insatisfacción ante el actual sistema legitimario pero no hay acuerdo sobre cómo mejorarlo¹⁵. Desde luego, dejarlo tal cual está regulado no parece la mejor solución¹⁶.

I. Y así, en la era de la libertad, restringimos la de testar.

A menudo, aunque no en todo caso, las personas mayores son ingresadas en residencias geriátricas u hospitales¹⁷ desatendiendo el deber de asistencia es inherente al principio de solidaridad familiar¹⁸. Estas personas se sienten solas y desatendidas por sus familias y, en consecuencia, no se muestran muy partidarias de que tras su muerte deban estos parientes poco afectuosos disfrutar de los bienes (pocos o muchos) del causante “abandonado” en vida. Desde la irrupción de la pandemia por la Covid-19, aumentaron las consultas de ancianos que deseaban desheredar a familiares que ni siquiera contactaron con ellos por teléfono¹⁹. Por el contrario, si atendemos a que el fundamento prioritario de la legítima descansa en la solidaridad intergeneracional que debe exigirse recíprocamente, ello debería servir de acicate a los legitimarios para ocuparse de su causante y deberían haberse

por lo que este modelo familiar no se muestra muy de acuerdo con una prodigalidad entendida como protección de una herencia futura.

13 Por todos, BARRÓN ARNICHES, P.: “Ponderación de”, cit., p. 119.

14 PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *AFDUDC*, 2009, núm. 13, p. 500. Disponible en https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7529/AD_13_art_24.pdf.

15 Así, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-172, en p. 165.

16 Así, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: “Límites constitucionales”, cit., p. 36 entiende que la Constitución española no sólo no impide una modificación del sistema legitimario actualmente vigente, sino que lo impone.

17 Aunque justo es reconocer que otras en porcentaje minoritario, son atendidas en su casa por algunos familiares sin contraprestación.

18 ARROYO Y AMAYUELAS, E.: “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2010, núm. 1, pp. 1-53, p. 13, entienden que sí se atiende mayoritariamente a nuestros mayores en el seno de la familia, lo que sería deseable aunque lamento disentir.

19 Disponible en <https://elpais.com/economia/2020-11-06/desheredados-por-no-cuidar-de-sus-padres-durante-la-pandemia.html>. Asimismo, fue muy sonado en 2015, el caso de la anciana austriaca de 85 años de edad que destruyó cerca de un millón de euros a tijeretazos para privar de los mismos a sus herederos en justa represalia después de que éstos la ingresaran en una residencia.

producido estas situaciones de maltrato moral²⁰. Con todo, y pese a algunos pronunciamientos jurisprudenciales, es evidente y clamorosa la dificultad para desheredar a los parientes en el Derecho común²¹ y las limitaciones a la libertad de testar con las que se encuentran algunos ancianos en estas testaduras, por lo que se debería valorar una posible reducción (e incluso supresión) de las legítimas y, en todo caso, la supresión de la igualdad de los descendientes en la legítima, también en la estricta, pues no todos los hijos se portan igual con el causante y dadas las rigideces del sistema de desheredación se debería flexibilizar el mismo y aumentar el elenco de causas²². Pero si atendemos a la "affectio familiaris" sobre la cual se asienta el actual modelo de familia²³ ello debería inspirar una nueva interpretación del fundamento de la legítima y la desheredación y por tanto, la "desaffectio familiaris" hacia el causante no debería limitarse a la legítima. Por el contrario, debería alcanzar a los demás mecanismos de transmisión de la riqueza, dentro y fuera del ámbito sucesorio²⁴. Es innegable que actualmente, la desheredación es un proceso bastante complejo que puede desembocar en una larga y costosa contienda judicial entre herederos²⁵. Y todo ello, perjudica al cónyuge viudo, en

- 20 LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores*, (dir. por C. LASARTE), Tecnos, Madrid, 2007, p. 382: "Debería la persona que ostente la condición de legitimaria y que ha sido desheredada demostrar el mantenimiento de los lazos afectivos, la cercanía sentimental, los cuidados propios de cada caso en relación con la persona causante, sea ésta progenitora, cónyuge o descendiente, pues evidentemente la regla habría de aplicarse con carácter general a cualesquiera supuestos de legítima", tanto de ascendientes como de descendientes. Para MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Fundamento de", cit. p. 416, "la inclusión del abandono emocional al testador, como causa de desheredación autónoma, es acorde con una legítima que no se entiende como un derecho de los legitimarios sino como una compensación por los cuidados proporcionados al causante. Al margen de dotar de utilidad a la figura como instrumento de cohesión de los vínculos familiares, se eliminaría la inseguridad jurídica que ocasiona pronunciarse acerca de un elemento tan subjetivo como es el del daño psicológico al testador".
- 21 Baste como muestra la STS 24 mayo 2022 (*Tol 8996156*), que consideró que, no habiéndose acreditado el daño psicológico a la testadora, tampoco había quedado probado que la falta de relación familiar y afecto fuera imputables a las desheredadas, sino que, el distanciamiento familiar, se produce tras una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación. Señala la STS que en el Código civil no procede incluir el mero distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo del maltrato de obra y que la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Por otra parte, la STS 19 abril 2023 (*Tol 9524362*), reitera la anterior doctrina y señala que, a pesar de la larga ausencia de relación durante 16 años entre el testador y la legitimaria, una vez ésta alcanzó la mayoría de edad, dicha "falta de relación no permite afirmar, salvo en el terreno especulativo, la existencia de un maltrato psicológico ni de un abandono injustificado, sobre lo que no existe prueba alguna, prueba que incumbía a la designada heredera, que no se ha personado en el procedimiento, desconociéndose igualmente si el padre realizó algún intento de ponerse en contacto o conocer la situación de su hija".
- 22 De lo contrario nos encontraremos con más sucesos como el relatado de la anciana que testa en favor de sus mascotas varios millones de dólares relegando a sus hijos. Disponible en <https://www.abc.es/recreo/anciana-cambia-testamento-deja-fortuna-mascotas-hijos-20240126155042-nt.html> (consulta 27 enero 2024).
- 23 Curiosamente, en una reciente sentencia, STS 30 enero 2024 (*Roj: STS 433/2024*), el Tribunal Supremo ha privado de la patria potestad al padre porque desde que el hijo nació no ha mantenido ningún contacto con él, ni se ha interesado por su situación o sus necesidades, con lo que demuestra una falta de afecto tal que merece una de las sanciones más graves en la relación paterno-filial ¿por qué no aplicar el mismo rigor por la falta de relación e interés en materia sucesoria?
- 24 MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Fundamento de", cit. p. 417.
- 25 En opinión de VAQUER ALOY, A.: "Derecho a la legítima e intereses subyacentes, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-82, en p. 78, sería oportuna una mayor relajación de la causa contemplada

todo caso. No sólo porque limita sus derechos sucesorios sino porque en caso de litigio se retrasa su acceso a la exigua porción que el legislador le consiente.

Si se aumentara la libertad de testar; si se permitiera al testador beneficiar a aquellos que le prestaron afecto y atenciones en los últimos años de su vida, que fueron solidarios con el causante, también a nivel afectivo, se solucionaría el complejo sistema de desheredación, -por innecesario- y los agravios que sufren aquellos que verdaderamente estaban unidos al testador más allá de los lazos de sangre. Por qué no entender que la disposición testamentaria constituye la proyección patrimonial de un afecto individual que debe ser respetado²⁶.

2. Y, por el contrario, otorgamos “carta blanca” al legitimario.

Como ya hemos analizado, si nos preguntamos por el fundamento del sistema legitimario, la función social de la legítima pierde pie en los tiempos actuales: el interés familiar; la solidaridad intergeneracional, las relaciones familiares y los afectos entre ascendientes y descendientes. En nuestro sistema sucesorio y, especialmente, en la institución de la legítima está arraigada la idea de que la justificación histórica de la misma se fundamenta en la cohesión familiar y, en consecuencia, en la solidaridad intrafamiliar o intergeneracional²⁷. En base a este principio se alega que los miembros de la familia contribuyen activamente a la creación de la riqueza familiar aportando su esfuerzo común en pro del interés familiar; por lo que es de justicia que a la muerte de uno de sus miembros, la legítima garantice la participación de esos familiares en la prosperidad y bienes del causante. Sin embargo, este planteamiento ha decaído porque ascendientes y descendientes ya no trabajan todos en el negocio común ni contribuyen al acervo familiar ni tampoco conviven todos juntos en la misma vivienda familiar²⁸. Y todo ello queda desbordado por las nuevas formas que tienen padres e hijos de relacionarse entre sí si atendemos, asimismo, al crecimiento exponencial de familias reconstituidas y a la mayor longevidad de los causantes. Al final, el argumento queda reducido a los lazos de sangre (*ius sanguinis*) entre el causante

en el art. 853.2 CC: el maltrato de obra, de modo que sea suficiente para considerar abandono, la mera inobservancia de la solidaridad familiar.

26 CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: “Presupuestos para”, cit., p. 137.

27 Vid. GOMÁ LANZÓN, I.: “¿Tienen sentido”, cit., p. 70 y ss.

28 Al respecto, LÓPEZ LÓPEZ M. T., GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V. Y SÁNCHEZ FUENTES, A. J.: *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Cinca, Madrid, 2015 p. 54 y ss., señalan que dado el aumento exponencial de los divorcios en España, las cadenas generacionales se multiplican y se hacen más complejas cuando la ruptura tiene lugar en la generación de los hijos, en cuyo caso, los hijos no ayudan a sus padres, por el contrario, son los padres los que ayudan nuevamente a sus hijos no sólo en cuestiones económicas o en especie (cuidado de los nietos, la vuelta de los hijos divorciados al hogar paterno, etc.), sino también en el apoyo afectivo y emocional que se requiere de manera especial en situaciones de tránsito del ciclo vital como puede ser un divorcio. Así las cosas, debemos concluir que la pareja conyugal, por tanto, si tienen arraigada la solidaridad intrafamiliar y la ejerce de manera efectiva. También entre sí, colaborando y apoyando a su consorte personal y profesionalmente; ahorrando para cuenta común y/o el pago de las cargas del matrimonio y la familia. El cónyuge, en suma, es el verdadero compañero en el camino de vida del causante ahora difunto.

y el legitimario²⁹ que se sabe perceptor preferente y con garantías de una porción (bastante importante) del patrimonio del causante si atendemos al art. 818.2 CC. También se sabe impune por las dificultades que entraña el actual sistema de desheredación, frente a determinadas acciones o inacciones en relación con el causante, si atendemos a los arts. 853 y siguientes CC; causante a quien no se le permite en el ejercicio de su facultad de testar que desarrolle plenamente su personalidad³⁰. Restricción de la libertad de testar que no se corresponde con el art. 348 CC que proclama el principio de la libertad de disposición del titular dominical, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes y, así las cosas, no resultan coherentes los límites a las disposiciones testamentarias mortis causa y la ausencia de tales límites en las disposiciones a título lucrativo, inter vivos. O bien se amplía la libertad de testar o bien se restringe la libertad de disposición inter vivos. Ni mucho menos planteo la conveniencia de cualquier otra restricción, tan sólo me planteo el porqué de esta incoherencia³¹.

A ello se suma que ni siquiera se exige al descendiente legitimario comportamientos acordes con el afecto hacia el causante. Según pone de manifiesto Cabello³², la idiosincrasia de los miembros de la familia española es mucho más individualista que cuando se promulgó nuestro Código Civil, por lo que cabe preguntarse hasta qué punto resulta aceptable la reserva de dos tercios del caudal relicto en favor de los hijos que, presumiblemente, no van a atender a sus padres, encontrándose en la convicción de que tienen garantizada legalmente su herencia. Cada década aumentan las tasas de abandono hacia a los parientes ancianos a los que tampoco se les cuida personalmente lo suficiente, ingresándolos en instituciones ad hoc sin apenas atención de sus allegados (ni visitas ni llamadas). ¿No habrá llegado (y rebasado) ya el momento de limitar -aquí sí- la función tuitiva del Estado que, prácticamente suplanta la voluntad del testador permitiendo limitando su soberana y autónoma decisión sobre el destino de su patrimonio y aceptando que conoce a sus descendientes, ascendientes y cónyuge mejor que el legislador y sabe quién merece y necesita sus bienes? ¿Podemos pensar razonablemente que cuando un padre no desea instituir herederos a sus hijos, salvo algún supuesto de error, es porque tiene buenas y dolorosas razones? A la luz de las estadísticas³³, y teniendo en cuenta que no excede del 15% la población que

29 En el mismo sentido, gran parte de la doctrina. Por todos, VAQUER ALOY, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2017, núm. 4, p. 9.

30 Vid. BARRÓN ARNICHEs, P.: "Ponderación de", cit., p. 121.

31 CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: "Presupuestos para", cit., p. 139.

32 CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: "Presupuestos para", cit., p. 140.

33 Téngase en cuenta que la esperanza de vida de los espales/as ha aumentado exponencialmente. Así, ha pasado de 34,8 años en 1900, a 69,11 años en 1960 y 83,08 años (85,74 años en las mujeres) en 2022. Disponible en <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/espana> (Consultado 16/02/2024).

testa³⁴, podemos concluir que la ampliación de la libertad de testar no constituiría una gran modificación de la vida cotidiana, defiriéndose, para el 85% restante de la población, la sucesión intestada. Es evidente que la ampliación de la libertad de testar puede funcionar como elemento corrector de injusticias.

3. Y seguimos exigiendo la *affectio maritalis* a los cónyuges.

La “*affectio maritalis*” está basada en el afecto y el cuidado mutuo y supone no solo la voluntad de convivir juntos como una pareja estable sino la voluntad de permanecer unidos como marido y mujer³⁵; es esencial al matrimonio y debe ser recíproca entre los cónyuges³⁶ pese a que no se exige ni específicamente en el art. 73 CC ni en el resto del articulado³⁷. Si bien últimamente, la apreciación de la “*affectio maritalis*” ha perdido relevancia en los procesos de separación y divorcio³⁸, no así en relación con la conservación o exclusión de los derechos sucesorios a la herencia del cónyuge premuerto. Efectivamente, la “*affectio maritalis*” constituye un importante presupuesto para acceder a la titularidad de los derechos sucesorios del consorte porque el Código Civil no contempla derechos sucesorios en favor de quien no tiene el estatus de cónyuge por lo que aquellos divorciados y cuyo matrimonio haya sido anulado³⁹ quedan excluidos de la sucesión del premuerto y sólo recibirán aquello que testador haya dispuesto en su favor por medio de herencia o legado no vinculado a la condición de cónyuge que hubiera ostentado en su día como seguidamente analizamos.

34 Disponible en <https://notariadealboraya.es/blog/algunas-estadisticas-sobre-testamentos-y-herencias> (Consultado 18/02/2024).

35 Vid. STS 16 febrero 1999 (Tol 2162); PERUGA PÉREZ, E.: “La relevancia de la *affectio maritalis* en la ineficacia sobrevinida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia: comentario crítico de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 14/2019, de 21 de febrero. Una propuesta de interpretación del artículo 422-13 del Código Civil de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Privat*, 2020, núm. 21, pp. 153-193, en p. 183.

36 SSAP Tenerife 18 mayo 2017 (Tol 6582468), Alicante 30 septiembre 2004 (Tol 568842), Madrid 21 mayo 2004 (Tol 7802157), entre otras.

37 Según ya manifestó la SAP Zaragoza 5 octubre 1994 (Tol 384592) tiempo atrás, señalando que la falta de “*affectio maritalis*” como causa de separación no es “legal” en el sentido en que no se encontraba en el elenco cerrado o *numerus clausus* del antiguo artículo 82 CC. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial mayoritaria posterior ha venido considerando como causa “genérica” de la separación conyugal la denominada como “*desaffectio maritalis*”, es decir, la ruptura o quiebra del necesario, mínimo e imprescindible afecto para que la convivencia pueda desarrollarse en un clima adecuado al cumplimiento de los deberes conyugales de los arts. 66 y 68 CC. Cuando esa posibilidad desaparece, sea a causa de la actitud de uno u otro o de ambos cónyuges, se da esa “genérica” causa de separación, según la SAP Zaragoza 14 diciembre 2001 (Tol 414010). Vid. MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 293.

38 ARCOS VIEIRA, M. L.: *La desaparición de la “affectio maritalis” como causa de separación y divorcio*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2000. Pese a ello, la SAP Valencia (Tol 3029086), determinó la nulidad matrimonial *in radice* ante la ausencia de voluntad de aceptar por parte de uno de los contrayentes, “una relación con proyecto de permanencia, convivencia, fidelidad y ayuda mutua”.

39 Para un mayor análisis de otra problemática sobre esta cuestión a raíz de la Ley 15/2015 que introduce en nuestro Derecho positivo el concepto de separación legal (art. 1392.3 CC) en virtud de tres modalidades de formalización de una ruptura matrimonial, aun persistiendo el vínculo: la separación judicial y las otras dos variantes resultado de la desjudicialización de esta materia: la separación que deriva del decreto del Letrado de la Administración de Justicia que aprueba el convenio regulador y la que nace del otorgamiento de escritura pública notarial, vid. ESTELLES PERALTA, P. M.: “La familia”, cit., y DIAZ MARTÍNEZ, A.: “Artículo 81” en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 187-193, en p. 157.

En los casos de separación legal y de hecho, aun existiendo vínculo, el legislador aparta expresamente al "viudo" separado legalmente y también de hecho (arts. 834 y 945 CC) de la sucesión del causante amparándose en la desaparición de la "affectio maritalis". Luego la mera permanencia del vínculo conyugal sin "affectio" no confiere derechos sucesorios al viudo porque desaparece el fundamento de su atribución al supérstite que no es otro que esa "affectio maritalis" pese a la pervivencia del vínculo conyugal⁴⁰. Esta "affectio maritalis" entendida como la intención seria y libre de los miembros de la pareja de permanecer en esa unión de manera indefinida requiere convivir maritalmente como cónyuges y constituye un importante fundamento para acceder a la titularidad de los derechos sucesorios del consorte⁴¹.

Así pues, una vez reconocida la "desaffectio" como consecuencia del cese efectivo de la convivencia conyugal -debido a la voluntad de uno o ambos cónyuges de poner fin a su relación marital-, decae el derecho. Ni siquiera se reconocen derechos sucesorios al viudo en proporción a los años de "armoniosa convivencia conyugal". Al mismo tiempo, es pertinente traer a colación una cuestión relevante: el origen de la "desaffectio", derivada de la reforma por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, pues ya no se exige que tal separación se produzca de mutuo acuerdo admitiéndose la separación unilateral por *voluntad* del cónyuge que "coge sus bártulos y se marcha"; tampoco importa ya determinar si hubo un supuesto "culpable" de la crisis conyugal⁴², ni hace falta que ésta se materialice en una resolución judicial o decreto notarial bastando a estos efectos la situación de separación de hecho voluntaria y unilateral, que podrá ser probada por cualquier medio⁴³. Este cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad, el respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10.I de la Constitución y el respeto del derecho de los cónyuges a no permanecer casados contra su voluntad, constituyen los presupuestos a los que atendió la reforma por la Ley 15/2005, en base a este cambio de paradigma. Por consiguiente, se suprimió la referencia del anterior artículo 834 CC a la "culpa" del causante como requisito sine qua non de la adquisición del derecho a legítima

40 Vid, sobre esta cuestión ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La familia", cit., pp. 222-251.

41 Luego se excluye la "affectio" si se trata de compartir una vivienda sin la intención de hacer vida en común o de entablar una auténtica relación de pareja marital. Vid, al respecto, MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho de, cit.*, p. 293.

42 Al contrario, en el nuevo texto del art. 834 CC reformado por la Ley 15/2005, se dice que: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Las diferencias que se pueden apreciar son, por una parte, de tipo formal al sustituir la expresión "se hallare" por "se hallase" si alcance sucesorio. Y otra de mayor relevancia al modificar la redacción anterior, "...no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto...", aludiendo a la culpa que ahora, por coherencia con la reforma de los arts. 81 y 86 CC, desaparece por la nueva "...no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho". En consecuencia, a partir de la reforma se suprime el derecho a su legítima del cónyuge sobreviviente separado de hecho aun sin haber provocado la misma.

43 Vid., GIMÉNEZ COSTA, A. y VILLÓ TRAVÉ, C.: "Libertad de", cit., p. 223.

del cónyuge supérstite separado judicialmente, de tal manera que si la separación se había producido “por culpa del difunto” el sobreviviente conservaba su derecho. Efectivamente, la antigua redacción constituía una reminiscencia de aquel sistema de separación de base culpabilista⁴⁴ ya superado⁴⁵, pero la consecuencia ha sido la privación del derecho a la legítima y a la sucesión intestada del viudo “inocente” que, a diferencia del difunto, sí cumplió con sus deberes de fidelidad, de convivencia y apoyo mutuo. Así las cosas, resulta significativa la mengua de la posición sucesoria del cónyuge viudo al suprimirse la exigencia de que la crisis conyugal que desencadena la separación de hecho o de derecho de los cónyuges obedezca al cese efectivo de la convivencia, sin posibilidad de reconciliación o a la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, que operó la mencionada reforma introducida por la Ley 15/2005. Las consecuencias de la pérdida de derechos como legitimario⁴⁶ y heredero abintestato del cónyuge supérstite no conviviente por decisión unilateral del causante en el cese de la convivencia marital, puede suponer un agravio al cónyuge viudo que nunca tuvo voluntad de separarse y que sufre la pérdida de sus derechos sucesorios, una desheredación encubierta, por la mera voluntad del causante al que de manera incoherente no se le reconoce esa misma libertad para “liberarse” de otros legitimarios unidos, estos sí, por vínculos de sangre que no de afectos. Por ello, cuando la separación no es acordada por ambos esposos se puede producir en estos casos, además de una lesión irreparable en las expectativas del supérstite por la actuación unilateral del desleal fallecido que incluso se separa en el último momento, además de una grave injusticia basada, ahora sí, en los afectos.

Luego, y teniendo en cuenta lo antedicho, si pervive la “affectio”, si ambos cónyuges conviven maritalmente en una comunidad de vida y amor, si la voluntad (individual) del cónyuge es preeminente en todo caso y se atiende y otorga a la misma gran importancia y consecuencia jurídicas ¿por qué no se atiende a la voluntad del cónyuge testador que desea favorecer a su consorte en mayor porción de la que le permite el legislador? ¿por qué tanta incoherencia?

44 PÉREZ ESCOLAR, M.: “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro”, *Anuario de Derecho Civil*, 2007, núm. 4, pp. 1642-1678, en p. 1670.

45 Para la SAP Salamanca 19 noviembre 2019 (Tol 7861936) la nueva redacción del art. 834 CC elimina la legítima conyugal sin buscar culpables o inocentes.

46 Así la SAP Salamanca 19 noviembre 2019 (Tol 7861936) señala que la nueva redacción del art. 834 CC elimina la legítima conyugal, sin buscar culpables o inocentes, por el cese de la convivencia; o el ATS 4 julio 2018 (Tol 6666116) señala que aunque el proceso de divorcio contencioso no concluyó por morir el testador, la Sala aprecia que hay separación de hecho debidamente acreditada. Vid., asimismo, MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: “Aspectos sustantivos del derecho hereditario”, en AA.VV.: *Derecho de sucesiones* (dir. por J. ALVENTOSA DEL RÍO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-725, en p. 676 y ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 71.

III. EL VALOR DE LA CONYUGALIDAD.

Los evidentes cambios y transformaciones de la familia ya sean debidos a una crisis de valores (que han derivado en una debilitación de los vínculos familiares, además de los sociales) o a cuestiones demográficas y económicas han dado lugar al triunfo de la afectividad y a la búsqueda de la fugaz felicidad y no tanto a la búsqueda de la seguridad o estabilidad económica.

Como ya señalaba Lacruz hace casi cincuenta años, "desde los primeros tiempos hasta nuestros días la familia cumple tres misiones y persigue tres finalidades: una natural, la de vincular al hombre y la mujer y conservar así el género humano; otra económica, consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, moral y espiritual, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos y el cuidado y educación de la prole"⁴⁷. Muchos cambios se han operado desde entonces en la realidad familiar aunque si alguna finalidad perdura es, desde luego, la espiritual, esto es, la unión de personas vinculadas por lazos afectivos que se apoyan unas a otras sin renunciar al desarrollo de su idiosincrasia y desarrollo personal⁴⁸. Y así, la familia ya no se percibe como un remedio de la necesidad sino que se ha convertido en un ámbito de libertad del individuo y cobra mayor relieve la relación de pareja, marital o de facto como medio de realización personal. La pareja y el amor que se profesan son el centro de la realización personal, fenómeno denominado como la "conyugalización" de la sociedad⁴⁹. Y es por esta causa, que debemos apreciar el valor de la conyugalidad de los que permanecen unidos, sobre todo si atendemos al número de rupturas conyugales que se ha disparado en los últimos años⁵⁰ debido a que la falta de amor provoca la ruptura del matrimonio. Así pues, cuando la relación marital subsiste, cuando no hay crisis conyugal y consiguiente divorcio, cuando prima el afecto conyugal y la "affectio maritalis", cuando, en definitiva, se mantienen los cónyuges firmemente anclados en la permanencia de su vínculo conyugal, es esa "conyugalidad" la verdadera protagonista de la solidaridad familiar

47 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 213.

48 En el mismo sentido, MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Fundamento de", cit. p. 402.

49 GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido", cit., p. 71.

50 De acuerdo con el Informe Evolución de la Familia en España de 2021. Disponible en <https://www.fedma.es/2022/03/informe-de-evolucion-de-la-familia-en-espana-2021-ipf/> (Consultado 22/12/2023), las cifras son dramáticas en relación con el aumento de las rupturas matrimoniales, dado el crecimiento de los divorcios en España que se ha duplicado en los últimos 15 años de manera espectacular; actualmente en España se producen 3 rupturas por cada 5 nuevos matrimonios por lo que la ruptura familiar se ha disparado convirtiéndose en uno de los principales problemas de las familias españolas. Se rompe un matrimonio cada 5,5 minutos en España. Cada día se rompen 261 matrimonios (11 cada hora). El dato es que 1/3 de los matrimonios que se divorcia no dura ni 10 años de matrimonio y 1 de cada 6 matrimonios no dura ni 5 años; 2 de cada 3 rupturas son divorcios: la cifra es de 2,8 millones de divorciados en España. Sólo en 2021 hubo 86.851 divorcios, un 12% más que el año anterior y la tendencia se mantiene al alza según los últimos datos del INE para 2022. Disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206, (Consultado 22/12/2023).

y no resulta nada conveniente desatender esta realidad⁵¹. Al contrario, se debería anteponer este vínculo (conyugal) voluntario y bien anclado de permanencia de los esposos que pese a los vientos divorcistas, deciden continuar juntos y mantener su vínculo conyugal.

I. La solidaridad intraconyugal y familiar.

Unido a ello, resulta innegable que los cuantiosos gastos familiares (manutención, alimentación y viajes de los hijos, colegios, consumos de gas, luz, agua, transportes, hipoteca de la vivienda, etc.) corren por cuenta de la abnegada pareja conyugal que los sufraga con sus salarios y esfuerzos. Asimismo, destacar el papel fundamental de la relación conyugal en la calidad de la vida familiar⁵². Y otro dato que es conveniente relacionar debido al aumento exponencial de los divorcios en España, pues si la ruptura tiene lugar en la generación de los hijos, no son los hijos los que ayudan a sus padres sino que, por el contrario, son los padres los que ayudan una vez más a sus hijos no sólo económicamente o cuidando de los nietos, sino también con apoyo afectivo en estos trances. La pareja conyugal, por tanto, sí tiene arraigada la solidaridad intrafamiliar y la ejerce de manera efectiva. También entre sí, colaborando y apoyando a su consorte personal y profesionalmente; ahorrando para la cuenta común y/o el pago de las cargas del matrimonio y la familia. El cónyuge, en suma, es el verdadero compañero en el camino de vida del causante ahora difunto. Por ello, como formula Vaquer⁵³, no cabe seguir razonando que el fundamento de la legítima es la solidaridad entre generaciones, dado que los cónyuges pertenecen a la misma generación y contribuyen a la creación de un patrimonio familiar común, de una economía familiar que no se predica de los hijos y descendientes.

Por ello, carecen de sentido los planteamientos inamovibles en favor del mantenimiento de unas legítimas tan amplias en favor de descendientes y ascendientes y en detrimento de la relación conyugal, del cónyuge viudo y de uno de los valores más predominantes en la sociedad actual como es la libertad⁵⁴.

51 Un análisis sobre la conyugalidad y sus dimensiones en CIENFUEGOS ILLANES, J.: "Desafíos y continuidades en la conyugalidad a distancia", *Revista Latinoamericana de Estudios de familia*, 2011, vol. 3, enero-diciembre, pp. 146-173, quien señala que la conyugalidad incluye a los cónyuges como unidad analítica y además a un entorno social —la familia y la comunidad— como unidad de referencia. Luego, en resumen, la conyugalidad es la versión institucional, legal o de facto, de una relación amorosa que se proyecta en el tiempo y adquiere un compromiso social al que denominamos como "contrato social tácito" y se caracteriza por su alto contenido, aunque no inmutable, de intimidad y es ella misma un diálogo, más o menos precario, entre dos dimensiones: cada relación busca un ajuste, una conciliación.

52 MOSMANN, C. y WAGNER, A.: "Dimensiones de la conyugalidad y de la parentalidad: un modelo correlacional", *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, 2008, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, pp. 79-103, en p. 80.

53 VAQUER ALOY, A.: "Derecho a la legítima", cit., p. 79.

54 ASÍ, GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido?", cit., p. 74.

En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo (y demás parientes) se readaptara a una función más ajustada a los tiempos presentes y trascendiera a la finalidad que tuvo en origen, es decir, la protección del patrimonio familiar aunque solo sea porque este patrimonio del testador en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante y de su cónyuge, patrimonio al que tampoco contribuyen en su creación o aumento, los descendientes del causante pero sí su cónyuge.

IV. LA REALIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y SENSORIAL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y EL POSIBLE SESGO DE GÉNERO.

De acuerdo con los datos proporcionados por el INE, en 2022 el número de personas viudas mayores de 70 años asciende a 2.666.07, cifra que asciende a 2.026.040 sólo en los tres primeros trimestres de 2023 y de las cuales el 80% son mujeres⁵⁵. De acuerdo con el dato, cuatro de cada cinco personas viudas son mujeres. Por tanto, enviudar constituye una experiencia sobre todo femenina, dadas las mayores tasas de mortalidad que, a cualquier edad que se considere, registran los varones como pone de manifiesto López⁵⁶. ¿Se podrá apreciar, en consecuencia, sesgo de género en esta cuestión? Planteable, dado el número de viudas que ofrecen las estadísticas.

Además, según diversos estudios, la viudez, además de afectar más a la mujer que al hombre, tiende a concentrarse en la vejez. A ello, debemos añadir que más de la mitad de las mujeres viudas (y mayores) viven solas⁵⁷ y cuentan con menos recursos económicos que en vida de sus consortes.

A lo antedicho conviene añadir un análisis sobre cuáles son las necesidades de las personas viudas con discapacidad –sea psíquica, física o sensorial-, con el fin de determinar si la regulación actual atiende a la satisfacción de tales necesidades, ya sean éstas de cuidado personal como económicas⁵⁸.

La primera de estas finalidades, el cuidado de la persona, puede atenderse con el uso de figuras que llevan siglos reguladas en nuestro Código Civil y que pueden cumplir el deseo anhelado por los testadores, así el establecimiento de condiciones, los modos testamentarios, o incluso mediante un contrato de

55 INE: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4031> (Consultado 20/12/2023).

56 LÓPEZ DOBLAS, J.: "Las Mujeres Viudas en España". *Research on Ageing and Social Policy*, 2016, núm. 4 (1), pp. 22-44.

57 LÓPEZ DOBLAS, J.: "Las Mujeres", cit., p. 28.

58 En el mismo sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 411-469, concretamente en p. 462.

alimentos a favor de la persona con discapacidad⁵⁹. Creo también que el uso de la lamentablemente suprimida, sustitución ejemplar, habría servido perfectamente para la consecución de este propósito, poniendo en conocimiento de la persona beneficiada la disposición testamentaria correspondiente asociada al cumplimiento de una condición o carga.

En relación a la ampliación de la libertad de testar que permite la nueva redacción del art. 808 CC en favor de los descendientes con discapacidad y que permite, incluso, establecer sobre la legítima estricta una sustitución fideicomisaria de residuo, se echa en falta la misma solución en favor del cónyuge viudo y ello pese al porcentaje de cónyuges viudos con una discapacidad a consecuencia de la avanzada edad en la que enviudan. Ancianidad, soledad y discapacidad un coctel preocupante que provoca, en estos casos, vulnerabilidad.

V. LA INCOMPENSABLE EXCLUSIÓN DE DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO.

Es significativa la estricta exigencia de convivencia a los cónyuges para que se deriven los derechos sucesorios a la sucesión abintestato y a la legítima como prueba y garantía de la conyugalidad y “affectio maritalis”. Incluso la separación de facto -período de reflexión y/solución de algunos problemas conyugales y que puede ser muy breve en el tiempo-, si no se reanuda con anterioridad al óbito de uno de los esposos tiene consecuencias muy graves para el supérstite. Y pese a ello, la existencia de convivencia -que no en todo caso es indicativa de distanciamiento o desapego conyugal- es terminante. Sin embargo, legislador y tribunales son más laxos con el desafecto y distanciamiento de los parientes consanguíneos. Curiosamente, la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo entiende respecto de los hijos y descendientes, que la mera ausencia de relación o abandono emocional no es causa de desheredación porque el legislador no la contempla como tal (STSS 24 mayo 2022⁶⁰ y 19 abril 2023⁶¹). Que la falta de relación de las actoras con su padre y con su abuela, sin ningún episodio de maltrato de obra ni de palabra, dada la regulación de nuestro Código Civil no permite incluir el mero distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo del maltrato de obra. Entienden las mencionadas sentencias que la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el

59 Se ocupa de estas cuestiones con profusión de argumentos ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 70 y ss.

60 STS 24 mayo 2022 (Tol 8996156).

61 STS 19 abril 2023 (Tol 9524362).

legislador no la contempla. La STS 19 abril 2023⁶² reitera la doctrina anterior y considera que, a pesar de una ausencia de relación continuada de 16 años ante el testador y la legitimaria, no permite apreciar una causa de maltrato psicológico ni de abandono injustificado. Lógicamente, los tribunales aplican las leyes. Así las cosas, es responsabilidad del legislador corregir estas deficiencias indicadas suficientemente por la doctrina y la jurisprudencia durante los últimos años.

I. La exclusión de la sucesión intestada.

Por el motivo antedicho, seguimos analizando críticamente el empecinamiento legislativo sobre la situación del cónyuge viudo. En nuestro Código Civil, pese a las últimas reformas incorporadas en materia de discapacidad, familia, régimen jurídico de los animales, etc., el llamamiento al cónyuge viudo en la sucesión intestada sigue exigiendo no sólo el vínculo conyugal sino la existencia de convivencia (art. 945 CC), de "affectio maritalis", aunque la presunción de convivencia de los cónyuges del art. 69 CC, libera al cónyuge viudo de la carga de la prueba. Así, y en línea con la regulación sobre la materia, lo relevante para algunas sentencias de las Audiencias Provinciales, es si se había producido el cese de la convivencia del matrimonio, una separación de hecho reveladora de la ruptura de la "affectio maritalis" y si ello suponía una ruptura de su proyecto común con independencia de la causa de esa separación⁶³.

Significativamente, la entrada en vigor de 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, supuso una merma en la posición sucesoria del cónyuge viudo al suprimir la exigencia de que la crisis conyugal que desencadena la separación de hecho de los cónyuges obedezca al cese efectivo de la convivencia, sin posibilidad de reconciliación o a la violación grave y reiterada de los deberes conyugales y, por ello, para la exclusión del cónyuge supérstite no conviviente como heredero abintestato, no se exige ahora que el cese de la convivencia se haya producido de mutuo acuerdo y conste fehacientemente, de tal manera que ahora basta el cese de la convivencia y, por tanto, de la "affectio maritalis", por parte de uno sólo de los cónyuges para que tenga lugar la exclusión del derecho del sobreviviente a heredar al causante, tanto en el caso de la separación legal como de hecho; tanto si el supérstite hubiera mantenido la "affectio maritalis" como si no; tanto si es "inocente" como si no⁶⁴.

62 STS 19 abril 2023 (Tol 9524362).

63 Así, la SAP Barcelona 4 febrero 2002 (Tol 781095), referida al art. 442-6 del CCat. impide al cónyuge supérstite suceder *ab intestato* al causante, si a su muerte, se hubiera producido una separación de hecho reveladora de la ruptura de la "affectio maritalis", con independencia de la causa de esa separación, de si existía una tercera persona con la que se había iniciado una nueva relación de convivencia. Lo relevante era si se había producido el cese de la convivencia del matrimonio y si ello suponía una ruptura de su proyecto común.

64 ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La familia", cit., p. 228.

Afortunadamente, se atiende jurisprudencialmente en favor del cónyuge viudo que, mantuvo buenas relaciones o prestó la ayuda necesaria al difunto pese a no convivir de facto con el causante por diversas causas que no implican una separación de hecho mutuamente consentida que suponga una fractura conyugal y que tienen lugar cuando se produce una separación física de los cónyuges pero no una pérdida de contacto entre ellos que en modo alguno puede equipararse a una separación de hecho mutuamente consentida, porque el hecho de que la esposa viviera fuera de España estaba relacionado con motivos laborales del marido y el cuidado de los familiares de la esposa⁶⁵.

2. La exclusión de la legítima.

Escasa es la regulación de la sucesión forzosa del cónyuge superviviente (arts. 834 a 840 CC) y aun así ha sufrido diversas modificaciones acordes con las varias reformas del sistema matrimonial español que especialmente han incidido en la exigencia de vínculo y de convivencia conyugal efectiva entre cónyuges en el momento del fallecimiento del premuerto. En relación con el requisito del vínculo, no habrá derecho a la legítima viudal cuando haya mediado nulidad, porque se estima que no ha habido matrimonio (art. 73.I CC), o divorcio de los cónyuges porque el matrimonio se ha disuelto (arts. 85 y 89 CC). En los casos en que el vínculo persiste, se atiende exclusivamente a la convivencia efectiva, es necesario que no exista separación legal, ni de hecho. Así la SAP Salamanca 19 noviembre 2019⁶⁶ señaló que la nueva redacción del art. 834 elimina la legítima conyugal, sin buscar culpables o inocentes, por el cese de la convivencia; o el ATS 4 julio 2018⁶⁷ que apreció igualmente en el caso enjuiciado -aunque el proceso de divorcio contencioso no concluyó por morir el testador-, que había separación de hecho debidamente acreditada⁶⁸.

VI. LA CONVENIENCIA DE REVISAR Y ACTUALIZAR DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO.

Como decíamos, la realidad familiar actual denota una crisis intergeneracional profunda que ha originado un gran vacío afectivo y de convivencia que afecta a los distintos miembros y generaciones de la familia⁶⁹. En esta tesitura, la posición del

65 Así la SAP Soria 14 septiembre 2009 (Tol 1428144). Vid., CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 613-652, en p. 619.

66 SAP Salamanca 19 noviembre 2019 (Tol 7861936).

67 ATS 4 julio 2018 (Tol 6666116).

68 Vid., MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: “Aspectos sustantivos”, cit., p. 676 y ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Derechos sucesorios*, cit., p. 71.

69 ORTUÑO MUÑOZ, J. P.: “La mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, núm. 29, pp. 1-23, en p. 21.

cónyuge viudo ocupa un rango etario más elevado, en torno a los 77 u 80 años, es económicamente más débil y se halla más aislado a nivel social y familiar y, por tanto, es más vulnerable a todos los efectos. Por todo ello, un elevado número de testadores se posicionan en favor de la mejora de la posición del supérstite, lo afecta directamente a la mejora de la porción de legítima del viudo⁷⁰. Incluso si ha mediado una separación de hecho temporal en que la "affectio maritalis" pervive pese a los avatares conyugales⁷¹. Incluso, afirma Delgado Echeverría, "hay indicios vehementes de que un número importante de casados desearía favorecer en sus disposiciones mortis causa a su cónyuge más allá de lo que permiten las normas que protegen la legítima de los descendientes... No otra cosa indica la frecuencia de las cláusulas que atribuyen al viudo el usufructo universal de los bienes del causante, con opción compensatoria de legítima, y los intentos doctrinales por justificarlos"⁷².

Así las cosas, la posición del cónyuge supérstite es un tema complejo tanto en relación con su débil posición como legitimario como en su postergado llamamiento como heredero legítimo (pese a la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que antepuso al cónyuge viudo en el orden sucesorio abintestato de manera preferente a los parientes colaterales en los arts. 943 y 944 CC). Si a ello le añadimos la exigencia de convivencia conyugal y/o "affectio maritalis", se puede concluir en que el legislador dispensa un trato diferenciadamente injusto al compañero de vida del causante⁷³ y desatiende el valor de la conyugalidad. En consecuencia, debe insistirse en la reforma del actual sistema legitimario que actualmente imposibilita a los cónyuges instituirse herederos recíprocamente o, al menos, proveer al supérstite de

70 CARRAU CARBONELL, J. M.: "Las limitaciones a la libertad de testar y la injusta asignación legitimaria al cónyuge viudo en el siglo XXI: propuesta de soluciones prácticas", *Tribuna*, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), 2019.

71 Como el caso enjuiciado por la SAP Lugo 31 octubre 2018 (*Tol* 7020324).

72 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada y Derecho de sucesiones", en AA.VV.: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, I, Derecho de la Persona, familia y sucesiones" (coord. por L. PRATS ALVENTOSA), Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 513-640, en p. 592.

73 Téngase en cuenta que el Código Civil solo defiere la sucesión -y lo antepone a los colaterales- al cónyuge viudo y no al supérstite de la pareja de hecho, lo que diferencia la regulación del Derecho común con algunos ordenamientos civiles autonómicos (catalán y vasco). Al respecto, ya se pronunció la STC 93/2013, de 23 de abril (*Tol* 3711269) que resolvía el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables que modificaba la Ley 304.5 CDCFN, y en su FJ 13 estima que la modificación contemplada "no se limita a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo sino que establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales y, en consecuencia, para acordar entre ellos los derechos que puedan corresponder a cada uno en la sucesión del otro. Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada ex lege a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no de los miembros de la pareja (...)"

medios económicos suficientes que le permitan mantener un tenor de vida similar al anterior a la viudez y que obliga, en cambio, a garantizar una porción de la fortuna paterna a los hijos sin que haya mediado ningún esfuerzo por su parte. Convendría reflexionar seriamente sobre el trato dispensado por la legislación civil al compañero de vida del causante, a la persona que ha acompañado al causante en esta comunidad de vida y amor que es el matrimonio y que desde la reforma introducida por la Ley 30/1981 de 7 de julio, permanece unido a su consorte por absoluta voluntad. Es en relación con el cónyuge viudo que sí puede afirmarse con rigor, la idea de la colaboración en el aumento y conservación del patrimonio del testador y de las sinergias económicas familiares.

I. Revisión de los derechos legitimarios del cónyuge viudo.

Por esos motivos, fundados en la colaboración en el aumento y conservación del patrimonio del testador y de las sinergias económicas familiares, se debería revisar el reconocimiento al cónyuge viudo de un mayor protagonismo en la sucesión hereditaria de su consorte difunto, tanto cuantitativamente como cualitativamente, incremento su participación en la herencia del fallecido⁷⁴ teniendo en cuenta que la legítima se ha sustentado tradicionalmente en el deber de asistencia post mortem del causante hacia sus familiares más próximos, con fundamento en la solidaridad patrimonial de la familia y el matrimonio, de tal manera que de acuerdo con ello vendría a cumplir una función similar a la que desempeña la obligación de alimentos en vida del causante⁷⁵.

Es por ello, que la doctrina aboga por una nueva figura: la *legítima alimenticia* que parece ofrecer una buena solución a la necesidad de alimentos sucesorios de los parientes del difunto⁷⁶. En este sentido, se señala⁷⁷ la conveniencia de regular una “legítima moderna redimensionada” estructurada como una “legítima alimenticia” en favor del cónyuge y que le otorgue contra la herencia los mismos derechos a percibir alimentos que habría tenido de seguir vivo su cónyuge⁷⁸, si a raíz de la muerte del causante, ha visto perjudicada la satisfacción de sus

74 PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 91 y ss.; y misma autora en “Sucesión del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica del Derecho romano a la época de las Recopilaciones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, núm. 685, pp. 2711-2777.

75 Vid., ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 181 y 182; GALICIA AIZPURUA, G. H.: “Las legítimas” cit., pp. 47 y ss.

76 La propuesta no es nueva, según señala TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, 173-230, pp. 222-223, pues ya se reguló en el Proyecto de 1836 de Cambrónero en favor del cónyuge viudo con un fundamento moral frente a los posibles dispendios u omisiones del testador y ya no se recoge esta previsión en el Proyecto de 1851.

77 SALVADOR CODERCH, P., LLOVERAS I FERRER, M. R. y SEUBA TORREBLANCA, J. C.: “Amor et Caritas. La parella de fet en el dret successori català”, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, pp. 207-226, en p. 221.

78 MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 89, pp. 3-30, en pp. 27 y ss.

necesidades vitales.⁷⁹ Algo muy apropiado si tenemos en cuenta la realidad vital (económica, física, psíquica y sensorial de los viudos/as). Todo ello supondría hacer depender el derecho a la legítima de la situación de necesidad en que se hallara el beneficiario⁸⁰, el cónyuge viudo, en la medida en que el fallecimiento de su esposo/a afecte de manera significativa a su seguridad y estabilidad económica, todo lo cual constituyó el fundamento originario de la legítima en los tiempos de la codificación pero que actualmente se ha desligado de la existencia de ese presupuesto de necesidad económica en su destinatario⁸¹ y que se debiera revisar si se decide mantener el sistema legitimario. En este sentido, la "legítima alimenticia" tendrá como finalidad proteger al vulnerable o impedir que pueda quedar en situación de vulnerabilidad⁸², tanto más tratándose del cónyuge viudo.

Al mismo tiempo, en la realidad actual no tiene sentido -y es manifiestamente injusto- que el cónyuge viudo sea tratado como un cuasi ajeno al causante en cuestiones tan relevantes como la legítima, tanto en el quantum que percibe cuando concurre con descendientes como en su atribución en usufructo⁸³ en todo caso y no como pleno propietario⁸⁴. Otra cuestión que debería ser revisada para evitar agravios comparativos de difícil justificación que se producen en esta materia. Se echa en falta una auténtica equiparación del cónyuge viudo a los demás legitimarios. Y se aprecian problemáticas y fricciones familiares por ese concurso de descendientes y cónyuge viudo en el tercio de mejora el mismo legislador que los genera pretende paliar permitiendo la conmutación del usufructo del viudo en el tercio de mejora en virtud de los arts. 839 y 840 CC y que tampoco acaba de dar solución a las posibles problemáticas por la cicatería con que "mira" al viudo. Por ello, se propone otra alternativa que mejore la posición del cónyuge viudo como la de ofrecer la posibilidad de que esta facultad de solicitar la conmutación sea concedida al propio cónyuge con carácter general, es decir, sin estar condicionada a supuestos de concurrencia con hijos comunes o "hijos sólo del causante" o no comunes (arts. 839 y 840 CC)⁸⁵.

79 Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Una propuesta", cit., pp. 127 y ss.; en contra, TORRES GARCÍA, T. F.: "Legítima, legitimarios", cit., p. 234.

80 Así VAQUER ALOY, A.: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2007, núm. 3, p.15; o MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La libertad", cit., p. 29, ya se trate de cónyuge viudo, hijos menores o mayores con discapacidad e incluso los ascendientes mayores que convivan con el fallecido.

81 PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada", cit., p. 1655.

82 Vid., COBAS COBIELLA, M. E.: "Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17, pp. 49-65, en p. 52.

83 Vid., FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: "¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 437-462, en pp. 437 y ss.

84 CARRIÓN OLMOS, S.: "Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, pp. 364-391, en p. 368.

85 PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada", cit., p. 1668.

Otra cuestión controvertida, es la variabilidad de su cuantía legitimaria dependiendo de los parientes del difunto con los que concurra por lo que el cónyuge viudo siempre queda al albur de que existan descendientes del difunto, comunes o no, o bien ascendientes que le mengüen su porción⁸⁶. De hecho, la realidad social muestra que, en ausencia de hijos, de los pocos españoles que testan, los cónyuges se instituyen recíprocamente como herederos o, quedando descendientes, hacen uso del usufructo universal que se contempla en la cautela socini del art. 820. 3º CC⁸⁷, de forma mayoritaria aconsejada por los notarios. Parece que el sentir social es el de ampliar y garantizar la posición del viudo⁸⁸ porque en muchas ocasiones, la sociedad y el individuo deben ir por delante de la norma para paliar los posibles fallos e injusticias y la actual normativa no favorece la mejora en favor del viudo que le preserve de la estrechez económica en que queda tras la muerte de su consorte, debido a la exigua cuantía de las pensiones y a los gastos para subsistir en su viudez, cuando los descendientes recibieron del causante los bienes que este cónyuge viudo ayudó a adquirir y conservar⁸⁹.

Por tanto, es incuestionable hoy día, que la legítima del cónyuge viudo debe considerarse, para su mejora, atendiendo a su colaboración y participación en la adquisición, creación y conservación de la riqueza del causante y a la solidaridad conyugal y patrimonial entre las generaciones de parientes, y que avalan que sea el cónyuge viudo el que por precisar una mayor ayuda económica para mantener el mismo nivel de vida digno del que disponía en vida del cónyuge fallecido, sea quien más reciba de su consorte difunto⁹⁰. Se trata de reformar la actual asignación legitimaria para evitar la desprotección de este cónyuge en la vejez⁹¹ sin

- 86 De dos tercios si concurre solo, a la mitad si concurre con ascendientes y el escaso tercio -de mejora- si concurre con descendientes. Asimismo, en el supuesto del viudo que no tuvo descendencia pero concurre con sus ancianos suegros que en pocos años (a veces meses) pueden fallecer es verdaderamente insolidario si se da esta circunstancia (y se da) que una parte importante de la fortuna de su cónyuge que ayudó a reunir con su colaboración y abnegación en interés de la familia y quizás, gracias a su política de poco gasto y ahorro para una futura vejez, por estos avatares de la vida y del vigente derecho sucesorio español, la disfruten sus cuñados y sobrinos en vez del cónyuge viudo.
- 87 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada", cit., p. 592, entiende que "hay indicios vehementes de que un número importante de casados desearía favorecer en sus disposiciones mortis causa a su cónyuge más allá de lo que permiten las normas que protegen la legítima de los descendientes...No otra cosa indica la frecuencia de las cláusulas que atribuyen al viudo el usufructo universal de los bienes del causante, con opción compensatoria de legítima, y los intentos doctrinales por justificarlos".
- 88 Vid., TORRES GARCÍA, T. F.: "Legítima, legitimarios", cit., p. 227.
- 89 Vid., LUNA SERRANO, A.: "Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL y J. A. TORRES LANA), Dykinson, Madrid, 2014, p. 6.
- 90 Asimismo, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 193-268, en p. 257.
- 91 PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada", cit., pp. 1641-1678; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: *El usufructo universal viudal y el artículo 820.3 del CC*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020; o DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada", cit., p. 593, para quien "si la legítima de los descendientes se juzga hoy un límite indeseable a disposiciones socialmente bien consideradas a favor del cónyuge, lo mejor sería reducir en general las legítimas de los descendientes para...permitir a los cónyuges instituirse en herederos u otorgarse legados según sus deseos".

necesidad de que el difunto haya de recurrir testamentariamente a la cautela socini para paliar lo que el legislador no remedia.

2. La atribución del usufructo y la (in) conveniente utilización de la cautela socini y sus problemáticas.

La cautela socini o gualdense⁹² o cláusula de opción compensatoria es la fórmula que puede emplear el testador (y se otorga muy frecuentemente) para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones y advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta⁹³. La opción supone, en consecuencia, escoger entre un quantum que exceda del valor de su legítima, sufriendo una merma en la cualidad de lo recibido por hallarse sometido a alguna limitación, o la legítima estricta, libre de todo gravamen. Mediante esta fórmula se concede al cónyuge viudo el usufructo universal sobre toda la herencia. Constituye pues, un importante instrumento con el que el testador puede reforzar su voluntad testamentaria, sin afectar a los derechos de los legitimarios ya que permite al testador hacer una atribución al legitimario bajo la condición suspensiva de que se comporte de una determinada manera, especificando que, en caso de no hacerlo, sólo recibirá la legítima estricta⁹⁴.

Pero esta medida no ha sido pacífica y a consecuencia de las distintas opiniones doctrinales⁹⁵, el tema ha sido ampliamente analizado por la doctrina⁹⁶ a raíz de una interesante sentencia del Tribunal Supremo, que tuvo que pronunciarse sobre la validez una disposición testamentaria: que prohibía absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaría, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidor. Y si por uno o varios de los herederos se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos

92 Llamada así por apoyarse en un dictamen emitido por el juriconsulto italiano del S.XVI Mariano Socini Gualdense o bien cláusula angélica (por atribuirse dicha fórmula a Ángelo Ubaldi).

93 Según señala la STS 21 noviembre 2011 (Tol 2299929).

94 Vid., al efecto BARBA, V.: "Las condiciones que refuerzan la voluntad testamentaria", en AA.VV.: *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa*, (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 99-136, en p. 131. Asimismo, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "La sucesión mortis causa de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 600-629.

95 Aunque la doctrina mayoritaria española la acepta en relación con los arts. 816 y 820.3 CC. Vid., VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Sucesorio, vol. III. Estudios dispersos sobre las legítimas* (dir. por J.B. VALLET DE GOYTISOLO), Montecorvo, Madrid 1981, p. 251. Asimismo, SANZ ACOSTA, L.: "Alcance y validez de la 'cautela socini' en caso de petición injustificada de remoción de albacea", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 12, Sección Fundamentos de Casación.

96 BARBA, V.: "Las condiciones", cit., p. 131 y ss; MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L., "Caracterización y alcance de la 'Cautela Socini' contenida en el testamento", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6 (octubre 2014), 2014, pp. 157-175. VÁZQUEZ LEMOS, A.: "La cautela socini: una duda existencial", en AA. VV.: *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias*, (coord. por M. FUENTESECA Y L. NORIEGA), Boch, Barcelona, 2020, pp. 455-475

en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes. En una sentencia especialmente innovadora, el Tribunal Supremo en STS 10 junio 2014⁹⁷, se pronunció sobre la validez de esta disposición⁹⁸, afirmando que no supone una vulneración del derecho del legitimario, sino sólo una elección que no merma sus derechos⁹⁹.

Por otra parte, pese a que inicialmente no se aceptaba jurisprudencialmente la fórmula en que se compense a los legitimarios con una mayor porción en la herencia siempre que no impugnen la partición realizada por el testador¹⁰⁰ porque no facilita la opción del legitimario en estos casos, la jurisprudencia la ha admitido mayoritariamente desde mediados del siglo XX¹⁰¹. También la Dirección General de Seguridad y Fe Pública¹⁰².

Igualmente, la cautela socini es apoyada por importante sector doctrinal¹⁰³, aunque algún sector doctrinal la rechazó en base al art. 813.2 CC porque entiende que impide imponer sobre la legítima cualquier gravamen, condición o sustitución. En este contexto, y señala Berrocal que las expresiones gravamen, condición y sustitución contenidas en el art. 813.2 CC incluyen cualquier carga, modalidad, limitación e impedimento, sea de naturaleza real o personal, que de algún modo restrinjan o mermen el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima, o bien establezcan cualquier obligación en relación con ella, debiendo interpretarse el término “gravamen” en sentido amplio que, es el que, asimismo, tiene en otros preceptos concordantes como los arts. 782, 824 y 858 CC. En consecuencia, estamos en presencia de un gravamen sobre la legítima cuando se trate de

97 STS 10 junio 2014 (Tol 4374204).

98 Señala la STS 10 junio 2014 (Tol 4374204), que en efecto, desde el desarrollo lógico-jurídico de la figura, se observa que la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial, en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimario, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la cautela socini. No hay, por tanto, contradicción o confusión de planos en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta. En igual sentido, 3 septiembre 2014 (Tol 4521095).

99 Vid. BARBA, V.: “Las condiciones”, cit., p. 132.

100 Lo que se mantiene en pronunciamientos como los de las STSS 12 diciembre 1959 (Tol 4349439) y 3 marzo 1980 (Tol 1740711), entre otros.

101 MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: “Las legítimas en el Derecho Civil común” en AA.VV.: *Derecho de sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales* (dir. por C. LASARTE), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 71-118, en p. 100. Vid. asimismo, SSTS 6 mayo 1953 (Tol 4446619), 12 diciembre 1958 (Tol 4351475), y 20 septiembre 1994 (Tol 1665583), pero también otras más recientes como las SSTS 3 diciembre 2001 (Tol 136592), 10 julio 2003 (Tol 4924549), 27 mayo 2010 (Tol 1864867) y 3 septiembre 2014 (Tol 4521095).

102 Entendió en la Resolución de la DGRN 27 enero 2020 (Tol 7969110) que, en esta cláusula de opción compensatoria de la legítima, no se conculcaba la intangibilidad cualitativa de la misma porque la heredera forzosa tenía la facultad de elegir entre respetar la prohibición de disponer, recibiendo más de lo que le corresponde por su legítima, o bien la infracción de dicha prohibición aun cuando en este caso quede reducida su porción hereditaria a su legítima.

103 Por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Cautelas de”, cit., p. 251 o SANZ ACOSTA, L. “Alcance y”, cit.

imposiciones o prohibiciones del testador que restringen de cualquier modo las libertades de goce y disposición que, el legitimario ha de tener sobre los bienes que le corresponden por legítima, sin compensarle con una mayor atribución de bienes, o cuando se interponen obstáculos que impiden al legitimario averiguar qué bienes componen el caudal hereditario¹⁰⁴. No obstante, el caso es que existen ciertos gravámenes a los que no alcanza la prohibición del art. 813.2 CC, como la cautela socini porque atribuye al legitimario *más* de lo que le corresponde por legítima aunque sobre ésta se establece un gravamen. El quid de la cuestión es que el legitimario podrá optar entre recibir lo otorgado en testamento o la legítima libre de gravámenes. Es su elección. Si bien es cierto que el legitimario que opta no sólo lo hace atendiendo a criterios económicos¹⁰⁵ cobra especial relevancia el factor tiempo, en relación con el ejercicio de la opción¹⁰⁶. Indudablemente, las actitudes pasivas o dubitativas de los legitimarios pueden originar no pocas complicaciones para los intereses del viudo/a pues demoran su acceso al usufructo.

Asimismo, también es importante y determinante para la validez de la cláusula que se respete la voluntad y libre elección del descendiente legitimario al que se ofrece la posibilidad de elegir si recibe su legítima (estricta) libre de cargas o una mayor participación en la herencia su ascendiente pero con el gravamen del usufructo vitalicio del cónyuge viudo. No siempre la cláusula y el juego de los que intervienen en ella permite ejercer la opción libre de presiones¹⁰⁷.

Es obvio, y de ahí el reconocimiento a la importante labor notarial, que el testamento bien utilizado puede constituir una herramienta crucial para la protección de la unidad del patrimonio, como en los casos en que se busca preservar la pervivencia de la empresa familiar. Mediante el testamento, y en ejercicio de la voluntad testamentaria, cobra gran relevancia la opción que adopte el testador en relación con el cónyuge supérstite, quien puede quedar enormemente reforzado si se hace uso de la cautela socini y se le otorga el usufructo universal de la herencia con el fin de reducir el riesgo de impugnación por parte de los legitimarios, fiduciario con facultades de mejora sobre descendientes comunes

104 Vid. en este sentido BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 12, Sección Estudios de Jurisprudencia, Wolters Kluwer, p. 5, para quien, además, por último, respecto a las condiciones y su prohibición, alcanza tanto a la condición suspensiva como a la resolutoria y, hay también consenso en que sobre las legítimas no pueden imponerse prohibiciones de disponer de ningún género.

105 Se plantean, asimismo, conflictos de intereses en el caso de que fallecido su corte, el cónyuge viudo beneficiado con esta cláusula pretenda representar a su hijo menor -optando por la legítima estricta o aceptando el nombramiento de sí mismo (del cónyuge) como usufructuario universal- y ello obligue a nombrar un defensor judicial que lo pueda hacer con mayor imparcialidad.

106 Véase ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La cautela socini: revisión crítica de su concepción actual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 781, pp. 2583-2619, en p. 2606.

107 Porque en algunos casos, si todos los demás legitimarios, salvo uno de ellos han aceptado la cláusula de opción compensatoria en favor del cónyuge viudo, este dato supone una cierta "coacción" al indeciso que, en caso de negarse a la cláusula socini, queda limitado a recibir únicamente su porción del tercio de legítima estricta en plena propiedad. Es una condición justa y legal pero presiona igualmente. Vid., al respecto, IRURZUN GOICOA, D.: "La cautela socini y la práctica notarial", *El notario del siglo XXI*, 2011, núm. 37.

del art. 831 CC¹⁰⁸ o limitarlo a su legítima que queda reducida al usufructo de tercio de mejora si concurre con descendientes. Por ello, la cláusula de opción compensatoria ha sido un “remedio” utilizado muy frecuentemente por el testador para beneficiar a un legitimario, normalmente el cónyuge supérstite frente a la falta de sensibilidad y empecinamiento del legislador de Derecho común no exenta de varias problemáticas. Si partimos, además, de un supuesto nada descabellado de cónyuge viudo de edad avanzada y con una más que probable discapacidad, la cuestión adquiere mayor gravedad.

Así pues, una de las finalidades de la utilización de esta cautela socini por el testador es la búsqueda de la máxima garantía que asegure al cónyuge viudo el uso y disfrute de la que fuera la vivienda familiar/conyugal, así como garantizar la máxima estabilidad y cohesión de la familia supérstite y todo ello, salvando la grave limitación que representa la obligación de respetar los derechos de los legitimarios y su intangibilidad cuantitativa pero, asimismo, cualitativa. Junto a ello, como señala Irurzun, no es desdeñable el cúmulo de dificultades que implica el tener que emplear un sistema penalizador para vencer la resistencia de unos eventuales legitimarios disconformes, razones suficientes para encontrar una nueva fórmula notarial para la cautela sociniana¹⁰⁹.

Existen, a su vez, otras dificultades que plantea el entendimiento del precepto regulador de esta cláusula, art. 820.3 CC, en relación con el usufructo o renta vitalicia “cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible”. En este sentido resulta interesante traer a colación la solución que se plantea en el Código Civil de Cataluña, en su art. 451-9¹¹⁰ y en la interpretación del precepto dada por la STSJCat 15 diciembre 2014¹¹¹ que señala que la legítima se configura como un derecho sucesorio de carácter personal (*pars valoris*) y necesario que causa una obligación en el causante de atribuirla a determinadas personas en su sucesión. Al hilo de ello, el legislador ha optado por garantizar la legítima únicamente en términos de “valor” de modo que, aun sin previsión expresa del testador, se establece tácitamente la cautela compensatoria que permite al legitimario comprobar y decidir si le compensa aceptar las atribuciones que le ha realizado el causante a

108 Vid. CHECA MARTÍNEZ, M.: “Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar”, en AA. VV.: *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, (dir. por B. Campuzano et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 139-172, en p. 168.

109 IRURZUN GOICOA, D.: “La cautela socini”, cit.

110 Intangibilidad de la legítima “1. El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a ésta, condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas. 2. Como excepción a lo establecido por el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda. 3. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción establecida por el apartado 2”.

111 STSJCat 15 diciembre 2014 (Tol 4698369).

título de herencia o de legado con las limitaciones impuestas en el testamento -si considera que estas superan el valor de la legítima en sentido estricto-, o bien renunciar a ellas para obtener únicamente la legítima, en forma cuantitativa y cualitativamente preservada¹¹².

Retomando el testigo de lo que plantea Irurzun¹¹³, se requiere una nueva formulación "notarial" de la cautela socini y el cambio se ha de centrar en el sujeto beneficiario y en su causa. En el planteamiento de esta nueva fórmula no se hace necesario cambiar la finalidad primordial de la cautela socini, esto es, nombrar al cónyuge viudo usufructuario de toda la herencia. Tampoco implica modificar los derechos de los legitimarios y su intangibilidad¹¹⁴. Ni la opción de elegir entre las dos alternativas que plantea el art. 820.3 CC. Lo que se plantea es que mediante el testamento se cree la alternativa y se ofrezca al viudo la opción (no al descendiente legitimario) quedando a su elección decidir si prefiere ser legatario del usufructo universal o ser heredero conservando su cuota viudal para usufructuar el tercio de mejora. Con ello es indudable que se mejora la cautela socini y sobre todo la posición del cónyuge viudo (en tanto no se reforme la legislación al respecto) y se alcanzan importantes objetivos a considerar. Por una parte, se consigue evitar la pluralidad de opciones si existen varios legitimarios afectados, es decir, que existan tantas opciones como legitimarios. En segundo lugar, se evitan conflictos y presiones que tal opción pueden originar entre ellos, si unos aceptan y otros no; o se demoran deliberando. Asimismo, se elimina el problema de la representación de los legitimarios menores impidiendo que un problema que es familiar quede en manos de del defensor judicial que bien puede ser alguien ajeno a la familia.

3. Revisión de los derechos abintestato del cónyuge viudo.

Los llamamientos a la sucesión intestada atienden al criterio de la voluntad presunta del causante, en relación con lo que un testador medio hubiera querido en relación con el destino post mortem de su patrimonio de haberse manifestado su voluntad en este sentido o haberse otorgado válidamente testamento pese a que no hubo tal y tienen un origen netamente romanista¹¹⁵. Por tanto, de antiguo se basan en una conjetura o presunción que quizás fuese acertada en el pasado siglo pero que este primer cuarto del siglo XXI no se corresponde

112 Vid. al respecto, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "Las legítimas", cit., p. 100.

113 IRURZUN GOICOA, D.: "La cautela socini", cit.

114 El respeto a las legítimas tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo se puede alcanzar con la delegación por el testador de la facultad de mejorar establecida por el artículo 831 en la redacción dada por el artículo 10.6 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Con ello, se facilita al cónyuge viudo, sin necesidad de explicaciones, y de conformidad a lo que su conciencia le dicte, que pueda ejercer la facultad de mejorar en el momento en que ejercite su opción de ser heredero o simple legatario en las condiciones y con la finalidad de todos conocidas según señala IRURZUN GOICOA, D.: "La cautela socini", cit.

115 PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge*, cit., pp. 59 ss.

con las relaciones familiares y necesidades de la sociedad actual¹¹⁶. Si a ello le añadimos que la pervivencia de los matrimonios depende únicamente de la propia y absoluta voluntad de permanencia en una unión estable, no es descabellado proponer una reforma que priorice al cónyuge viudo en el orden sucesorio de los llamamientos abintestato, teniendo en cuenta que el derecho a suceder abintestato tiene su fundamento en una presunción de afecto hacia el llamado que es consecuencia, en estos casos, más del mantenimiento de la “*affectio maritalis*” y de su intención de mantener de la convivencia. Sobre aquella premisa, la posición que el cónyuge supérstite ostenta en la sucesión intestada como heredero legal en defecto de descendientes y ascendientes del difunto (art. 944 CC), debería modificarse y anteponerse el llamamiento al cónyuge viudo en el orden sucesorio con anterioridad a los descendientes¹¹⁷ y a los ascendientes, teniendo en cuenta la pervivencia de la unión conyugal y la solidaridad intraconyugal que impera en estos matrimonios bien anclados frente a los avatares más diversos sobre la base sociológica de la concentración del grupo familiar que se produce en torno al núcleo de convivencia conyugal y, que nos llevaría a priorizar al cónyuge como heredero¹¹⁸ modificando, en consecuencia, el actual usufructo viudal transformándolo en atribución en plena propiedad y, si es el caso, estableciendo un usufructo a favor de los ascendientes cuando concurren con el cónyuge viudo¹¹⁹. Una propuesta de mejora que el legislador ha desaprovechado en las últimas reformas del Código Civil.

Por otro lado y una vez más, si se atiende a la dicción del art. 945 CC, la separación de hecho entre los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos es causa de exclusión del derecho a suceder, lo que lleva a considerar que se atiende más a la voluntad de convivir que al vínculo, por lo que no resulta difícil en un momento dado proceder a una desheredación encubierta -y no testamentaria- rompiendo simplemente la convivencia para con ello privar al consorte de derechos sucesorios unos meses e, incluso, unos días antes del fallecimiento pese a que se convivió maritalmente durante largos años. Otra desprotección legal del cónyuge viudo, que no se quiere corregir pese a la injusticia de la medida. Con ella se premia el comportamiento desleal del causante dado que el llamamiento a la sucesión intestada (y a la legítima) del cónyuge viudo queda sin efecto cuando se ha interrumpido la convivencia conyugal buscando esta finalidad. Pero también es posible en más de un caso que se haya interrumpido la convivencia por “darse un tiempo” cuando la relación atraviesa alguna crisis puntual, quizás por iniciativa y “culpa” del cónyuge difunto (aunque ese dato ya no sea relevante) que no cumplió con sus deberes de fidelidad, de convivencia y apoyo mutuo lo que no

116 PÉREZ ESCOLAR, M.: “Sucesión intestada”, cit., p. 1644.

117 Asimismo, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “¿Reforma de”, cit., p. 257.

118 PÉREZ ESCOLAR, M.: “Sucesión intestada”, cit., p. 1646.

119 Vid., en tal sentido, PÉREZ ESCOLAR, M.: “Sucesión intestada”, cit., pp. 1644 y 1645.

implica ausencia de afecto. Cuando la separación de facto no es acordada por ambos esposos o no es definitiva se puede producir una lesión irreparable en las expectativas del supérstite que compartió vida y anhelos al lado del cónyuge fallecido y al que probablemente cuidó con desvelo en su última enfermedad.

Tengamos en cuenta, asimismo, el escasísimo número causantes españoles que otorgan testamento (no más de 15%)¹²⁰, lo que convierte a la sucesión intestada en mayoritaria y a los viudos (y mayoritariamente viudas) españoles postergados en la herencia de sus consortes premuertos.

Asimismo, en relación con los derechos sucesorios legítimos del cónyuge viudo debemos detenernos en la atribución del uso de la vivienda familiar que se establece *ope legis* en el art. 822 CC del que nos ocupamos más adelante.

VII. LA DESPROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL CÓNYUGE VIUDO CON DISCAPACIDAD.

Se puede establecer como conclusión final de lo antedicho, que se ha desperdiciado una oportunidad única de proteger la vulnerabilidad del cónyuge viudo con probable discapacidad (debido entre otras causas, a su avanzada edad) y mujer, en mayor proporción y que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no ha considerado. Quizás cabría proponer en estos casos, que de no ampliarse de manera generalizada la libertad del testador y, en todo caso, para los supuestos de aplicación de la sucesión intestada, que la porción asignada como usufructo al cónyuge viudo con discapacidad se amplíe a toda la herencia y/o, asimismo, grave la legítima de descendientes (y ascendientes, en su caso); o bien se modifique la naturaleza de su atribución y su porción la reciba no como usufructuario sino como propietario con el fin de garantizar el caudal necesario para atender a las necesidades y gastos derivados de su situación de su discapacidad, que el mero usufructo no siempre va a garantizar; o bien que se establezca en su favor un fideicomiso de residuo sobre todo o parte importante de la herencia al estilo del art. 808 CC en favor de los hijos con discapacidad. No se comprende este trato diferenciado hacia el cónyuge viudo, incluso con discapacidad.

Todo ello debe ponerse en relación con la vulnerabilidad jurídica que sufre el cónyuge viudo (además de la posible vulnerabilidad económica y la muy probable vulnerabilidad primaria atendiendo a su avanzada edad) y que se ha definido como la vulnerabilidad proveniente del ordenamiento jurídico a causa de algunas de

120 <https://notariadealboraya.es/blog/algunas-estadisticas-sobre-testamentos-y-herencias>, cit., (Consultado 18/02/2024).

sus disposiciones que generan desequilibrios o introducen medidas que propician un trato desigual y discriminatorio generando lo que la doctrina¹²¹ da en llamar el *vulnerable vulnerado*, esto es, que las personas vulnerables lo son a causa de la ausencia de medidas correctoras o de tipo preventivo del Estado que palién su situación desfavorable teniendo en cuenta que en ellas ya concurre algún tipo de vulnerabilidad, como la biológica (v. gr. personas enfermas o de edad avanzada), pues en no pocos casos, la vulnerabilidad la ocasiona precisamente la vulneración de normas básicas de derechos humanos. Por ello, en ocasiones (excesivamente numerosas como el caso analizado), a la vulnerabilidad biológica, social y económica se agrega esta otra categoría, la vulnerabilidad jurídica, que proviene de las deficiencias legislativas de los ordenamientos jurídicos vigentes en los Estados; pero también cuando esas disposiciones jurídicas no previenen, mitigan o erradican las causas que propician los diferentes tipos de vulnerabilidad. De ahí la necesidad de elaborar normas específicas de protección de los colectivos y/o personas en situación de vulnerabilidad con la finalidad de evitar la existencia de personas *vulnerables vulneradas*¹²².

VIII. VICISITUDES DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.

La protección del interés habitacional de los miembros de la familia requiere de una regulación tendente a la protección del citado interés en favor de todos sus miembros pero especialmente del cónyuge supérstite que enviuda a una elevada edad¹²³. Innegablemente, el derecho de acceso a la vivienda de las personas con discapacidad ha constituido una preocupación constante para el legislador regulando su protección en leyes como la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) que concede al cónyuge viudo, ascendientes o descendientes del causante que sufran una discapacidad, (art. 16.2 LAU) el derecho a subrogarse en el contrato con preferencia a otros parientes y la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda pretende reconocer en su art. 14 las situaciones de las personas vulnerables y con discapacidad. A su vez, la Ley 8/2021 mejoró la situación de los hijos mayores con discapacidad, equiparándolos a los hijos menores, en la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis familiar (art. 96 CC).

121 Vid, en tal sentido, URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, M. L.: "La protección jurídica de las personas vulnerables". *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 2007, núm. 27, p. 210.

122 Vid. al respecto, ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "El concepto de vulnerabilidad: análisis legal y constitucional", AA.VV.: en *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 163-190, en p. 168.

123 Recuérdese que, de acuerdo con los datos proporcionados por el INE, en 2022 el número de personas viudas mayores de 70 años asciende a 2.666.07, cifra que asciende a 2.026.040 sólo en los tres primeros trimestres de 2023 y de las cuales el 80% son mujeres. Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4031> (Consulta 20/12/2023).

Así pues, si bien la vivienda familiar es objeto de una regulación especial en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de proteger los intereses habitacionales de los miembros más vulnerables en situaciones de crisis familiar¹²⁴, el legislador ha resuelto en gran parte la problemática sobre la permanencia de los descendientes con discapacidad en la vivienda que compartían con el causante, tras su fallecimiento, evitando un cambio de residencia y un posible daño moral añadido al de la muerte del causante¹²⁵. Además de permitirle constituir un derecho de habitación sobre la misma, voluntario e incluso por ministerio de la ley, suprime un grave obstáculo, cual es la intangibilidad de la legítima, al permitir que su valor no se compute en el cálculo de las legítimas¹²⁶. Estas medidas, sin duda, también benefician al cónyuge viudo si al fallecimiento del causante estuviere afectado de una discapacidad aunque en algunas ocasiones no favorecen propiamente su situación.

Tengamos en cuenta que en el contexto del bienestar del individuo y las familias, las condiciones de vida materiales, requieren contar con una vivienda que reúna las condiciones mínimas adecuadas de habitabilidad, sea económicamente asequible y esté situada en un entorno seguro. Todos estos requisitos constituyen elementos básicos para cubrir las necesidades de calidad de vida y bienestar de las personas. En 2022, relación con el tipo de hogar, los porcentajes significativamente más altos de la población española que vivía en hogares cuya vivienda presentaba falta de espacio¹²⁷, correspondieron al hogar formado por dos o más adultos con hijos dependientes (9,9%) y al grupo de adulto solo con hijos dependientes (8,6%)¹²⁸.

Así pues, llegado el caso del fallecimiento de uno de los cónyuges, se plantean distintas vicisitudes y soluciones condicionadas por título de la vivienda familiar. Es decir, si pertenecía a uno de los cónyuges, sea al premuerto, al supérstite o a ambos, teniendo en cuenta su régimen económico matrimonial o si la disfrutaban

124 Vid. al efecto, ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.I CC y propuestas de *lege ferenda*". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 200-259.

125 BARBA, V.: "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia*, 2021, núm. 31, pp. 34-69.

126 Vid. en el mismo sentido, MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del derecho de habitación del legitimario discapacitado", AA.VV.: en *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 297-327, en p. 298.

127 De acuerdo con la información facilitada por el INE, para considerar una vivienda sobreocupada o con falta espacio se tiene en cuenta el número mínimo de habitaciones que serían necesarias en el hogar, calculado según el siguiente criterio: una habitación para el hogar en su conjunto, una habitación por pareja que forma parte del hogar, una habitación para cada persona sola de 18 y más años, una habitación para dos personas del mismo sexo con edades comprendidas entre 12 y 17 años de edad, una habitación para una persona sola con edad comprendida entre 12 y 17 años no incluida en la categoría anterior y una habitación por pareja de niños menores de 12 años. Disponible en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259949001153&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleFichaIndicador¶m3=1259937499084, (Consultado 21/02/2024).

128 Últimos datos facilitados por el INE para el año 2022. Disponible en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259949001153&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleFichaIndicador¶m3=1259937499084, (Consultado 21/02/2024).

en régimen de arrendamiento y con independencia de si padece, al tiempo del fallecimiento del testador, una posible discapacidad.

1. Atribución del usufructo de la vivienda familiar.

Una medida muy conveniente para el cónyuge superviviente pero que depende la voluntad de su consorte premuerto, es la atribución testamentaria del usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente de la pareja conyugal a través de la denominada cláusula de opción compensatoria de la legítima o cautela socini ya analizada anteriormente. Por medio de la misma se constituye un usufructo universal vitalicio sobre toda la herencia del difunto que incluirá la vivienda familiar (si ésta es propiedad del cónyuge testador, bien porque le pertenece privativamente ya sea en régimen de gananciales como si es privativa en régimen de separación de bienes o de participación en las ganancias ya sea porque en la liquidación del régimen económico se ha asignado al difunto). La cautela socini es sin duda, un gran mecanismo de protección del cónyuge sobreviviente que le permite mantenerlo en la vivienda familiar con carácter vitalicio¹²⁹. Mediante esta fórmula, que puede ser mejorada notarialmente, se va a facilitar el disfrute de la totalidad de la misma en favor del cónyuge viudo, si en la liquidación del régimen económico matrimonial no pudo asignarse en su totalidad al patrimonio del superviviente o si la misma pertenecía en propiedad al cónyuge premuerto o ambos ostentaban su titularidad en régimen de comunidad¹³⁰.

2. Atribución del uso de la vivienda familiar, protección de la posición del cónyuge viudo con discapacidad y sus problemáticas.

El reformado art. 822.I CC permite al testador constituir un derecho de habitación sobre la vivienda habitual/familiar del causante, en favor de un legitimario (ya sea ascendiente, descendiente y/o cónyuge) con discapacidad. En estos casos se admiten únicamente dos fórmulas: la constitución voluntaria del derecho por donación (inter vivos) o mediante legado (mortis causa) o, en su defecto, por ministerio de la ley. Conviene destacar que el valor de este derecho de habitación sea donado o legado o por ministerio de la ley, "no se computará para el cálculo de las legítimas" si el legitimario estuviere conviviendo en la vivienda con el causante al tiempo de su fallecimiento, lo que conlleva a que no se compute en el *relictum* o el *donatum* (art. 818 CC) reduciendo, así, la legítima de los demás legitimarios; ni se imputa su valor a la cuota legitimaria del beneficiado¹³¹. Por consiguiente, se

129 MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "La sucesión", cit., p. 617.

130 Esta problemática no es infrecuente entre los esposos casados en régimen de separación de bienes pero que adquieren su vivienda familiar en condominio, ya sea por mitades indivisas (art. 1441 CC), ya sea en proporción a sus respectivas aportaciones.

131 MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del", cit., p. 306, señala que este beneficio tiene como resultado un incremento del valor de la cuota de herencia del legitimario con discapacidad beneficiado con la medida,

establece una nueva medida que atenta a la supuesta intangibilidad de la legítima (ya excepcionada por el art. 808 CC, entre otros) sobre un bien como es la vivienda habitual del causante, que quizás constituya el bien más importante de todo el patrimonio del causante y que por esta medida va a quedar gravada con un derecho de habitación vitalicio (de mayor o menor duración -y valor-, según los casos)¹³².

En torno a esta cuestión, conviene detenerse en las necesidades habitacionales del cónyuge viudo que hasta el fallecimiento del premuerto compartía con éste la vivienda familiar y conyugal. En innegable que la Ley 8/2021, pretendió mejorar la situación del legitimario con discapacidad, al reformar el art. 822 CC y crear esta posibilidad jurídica que permite que un legitimario del testador con discapacidad ejerza un derecho en el uso de la vivienda familiar¹³³ pero que puede plantear algunas situaciones problemáticas¹³⁴ si concurren diversos beneficiarios todos ellos legitimarios. Será el caso de cuando se benefician en el uso de la vivienda familiar el cónyuge viudo y los descendientes (comunes o no) o el cónyuge viudo con los ascendientes del causante, dando lugar a situaciones incómodas para el cónyuge viudo, en algunos de estos supuestos. Porque no es lo mismo convivir temporalmente en la vivienda familiar, a petición del cónyuge premuerto, con sus ascendientes o descendientes no comunes, y como algo temporal, a que esta situación se perpetúe por adquirir este legitimario un derecho real sobre la vivienda conyugal. Y, máxime, si se constituye *ope legis*.

Porque si relacionamos este precepto con lo establecido en los arts.1406¹³⁵ y 1407¹³⁶ CC, que establecen para aquellos casados en sociedad de gananciales, la atribución preferente de la vivienda al cónyuge viudo -no necesariamente con discapacidad-, en propiedad y de no ser posible, un derecho de uso o habitación sobre la vivienda habitual. Ello puede provocar situaciones de convivencia de hijos sólo del causante con discapacidad y el cónyuge viudo con el que pueden o no

al añadirse a lo recibido por legítima, el valor de ese derecho de habitación (arts. 819, 825 y 828 CC). A su vez, quedan liberados de la obligación de colacionar del art. 1035 CC.

132 Obviamente, la medida, que me parece muy interesante, provoca indudablemente la quiebra de otro principio, el de igualdad de los legitimarios. En el mismo sentido, MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del", cit., en p. 306.

133 ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La familia", cit., p. 240.

134 Vid., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García* (dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Wolters Kluwer, 2014, 143-164, en p. 143.

135 El art. 1406 CC establece que: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: ... 4º. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual".

136 El art. 1407: "En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero".

mantener una relación más o menos cordial; o bien la convivencia del viudo con sus suegros mientras lo necesiten (aunque no acaben de congeniar).

Así pues, la mencionada reforma del art. 822 CC introduce un nuevo derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad¹³⁷, pero al mismo tiempo, con esta norma se debilita la posición del cónyuge viudo que tal vez sufra, asimismo, alguna discapacidad¹³⁸ y ello si atendemos, además a que la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo de la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual¹³⁹.

3. La sucesión en el arrendamiento de la vivienda familiar.

En el caso de que la vivienda familiar se encuentre en régimen de arrendamiento por el causante, la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos concede al cónyuge viudo el derecho a subrogarse en el contrato con preferencia a otros parientes y la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda pretende reconocer en su art. 14 las situaciones de las personas vulnerables y con discapacidad, situación en la que pueden encontrarse muchos viudos/as actualmente como ya hemos analizado.

Así pues, fallecido el arrendatario, el art. 16 LAU contempla los supuestos de subrogación que pueden darse en el arrendamiento cuando éste fallece antes de la finalización del plazo de duración del contrato, entre los que se encuentra, en primer lugar, el cónyuge viudo que conviviera en la vivienda con el premuerto. En todo caso, y de acuerdo con el art. 16.4 LAU, no podrá pactarse una renuncia al derecho de subrogación en caso de que las personas que puedan ejercitar tal derecho en caso de muerte del arrendatario, se encuentren en situación de especial vulnerabilidad o afecte a menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años.

4. Otras propuestas y soluciones habitacionales mortis causa en favor del cónyuge viudo con discapacidad.

Existen otras opciones a disposición del testador para mejorar la suerte habitacional del cónyuge viudo tras el óbito de aquel, como disponer en su favor de un legado de cosa específica sobre la vivienda regulado en los arts. 882 y 883

137 Como pone de manifiesto MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del", cit., en p. 298, el derecho a la vivienda de las personas con discapacidad ha sido una preocupación constante del legislador que se manifestó ya desde la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, de la Ley de Propiedad Horizontal e incluso del Código Civil con la nueva redacción dada al art. 96 en favor de los hijos mayores con discapacidad.

138 Además de restringir el derecho de los posibles legitimarios con discapacidad a elegir su lugar de residencia de forma libre e independiente y acorde con el art. 19 de la Convención de derechos sobre las personas con discapacidad (CDPD), según DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Se da una nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 3, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 953-958, en p. 955.

139 PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada", cit., p. 1657.

CC o un legado de usufructo o derecho de habitación sobre la vivienda familiar que se contempla en los arts. 467 y 524 CC. No obstante, la intangibilidad de la legítima juega a favor de los hijos y descendientes que concurren con el cónyuge viudo¹⁴⁰ y hace difícil encontrar una solución más satisfactoria y sencilla que la que otorga la plena libertad de testar.

IX. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

I.- El actual e histórico sistema legitimario español, fundamentado en la solidaridad intergeneracional y en la cohesión familiar que debe exigirse recíprocamente de todos los miembros del núcleo familiar, es innegable que pierde pie en los tiempos actuales. Al final, el argumento queda reducido a los lazos de sangre (*ius sanguinis*) entre el causante y el legitimario que se sabe beneficiado de una porción de la herencia del causante, que se sabe perceptor preferente y con garantías de una porción importante del patrimonio del causante si atendemos al art. 818.2 CC. También se sabe impune por las dificultades que entraña el actual sistema de desheredación, frente a determinadas acciones o inacciones del legitimario en relación con su causante, si atendemos a los arts. 853 y siguientes del Código Civil.

II.- Y así en la era de la libertad, restringimos la de testar y otorgamos "carta blanca" al legitimario poco solidario y/o afectuoso.

III.- Si se aumentara la libertad de testar; si se permitiera al testador beneficiar a aquellos que le prestaron afecto y atenciones en los últimos años de su vida, que fueron solidarios con el causante, también a nivel afectivo, se solucionaría el complejo sistema de desheredación, por innecesario, y los agravios que sufren aquellos que verdaderamente estaban unidos al testador más allá de los lazos de sangre. Sorprende la falta de voluntad para entender que la disposición testamentaria constituye la proyección patrimonial de un afecto individual que debe ser respetado.

IV.- Lo más conveniente sería establecer una auténtica libertad de testar en favor de aquellos, muy pocos, que deciden otorgar testamento, sin limitaciones. Es un dato incontestable que pese al incremento de personas mayores en nuestra pirámide poblacional, los españoles no terminan de decidirse a testar y nos movemos en un rango anual que oscila entre los 600.000 y 700.000 testamentos, esto es, en torno a un escaso 15%. Ello supone que se va a ejercer en muy pocas ocasiones la libertad de testar, y si se testa, es porque el causante se ve movido a ello por alguna circunstancia familiar que conoce y le preocupa y que es absolutamente ajena al legislador que le limita sus libertades. ¿No habrá

¹⁴⁰ Vid. al respecto, MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del", cit., en p. 299.

llegado (y rebasado) ya el momento de limitar -aquí sí- la función tuitiva del Estado que, prácticamente suplanta la voluntad del testador permitiendo limitando su soberana y autónoma decisión sobre el destino de su patrimonio y aceptando que conoce a sus descendientes, ascendientes y cónyuge mejor que el legislador y sabe quién merece y necesita sus bienes? ¿Podemos pensar razonablemente que cuando un padre no desea instituir herederos a sus hijos, salvo algún supuesto de error, es porque tiene buenas y dolorosas razones?

V.- Asimismo, ello da lugar, a un número muy elevado de sucesiones intestadas en las que los derechos del cónyuge viudo a la sucesión de su consorte premuerto son inferiores y de peor rango que los de los demás legitimarios del causante que concurren con el viudo. Por ello, se propone revisar el alcance de los derechos legitimarios del cónyuge viudo en la herencia del premuerto, aumentando, igualmente su porción legitimaria; pues si bien el testador puede nombrarle en la libre disposición, de no haber testamento, ello será imposible. En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo (y demás parientes) se readaptaran a una función más ajustada a los tiempos presentes y atendiera, asimismo, al origen del patrimonio del testador, que en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante pero también del de su cónyuge, en mayor medida, sin duda, que de los descendientes del causante.

VI.- Por otra parte, la realidad social y el aumento en la esperanza de vida por encima de los 80 años tanto de los causantes como de sus viudos -en la mayor proporción de la mujer viuda, si atendemos al sesgo de género en esta cuestión- son aspectos que no se tienen en cuenta de manera especial por el legislador para otorgar determinados derechos sucesorios. Y tampoco facilita la ampliación de la libertad de disposición del testador cuando el cónyuge viudo sea persona con discapacidad salvo lo prevenido de manera general para todo legitimario con discapacidad en el art. 822 CC, lo que ha supuesto la pérdida de una oportunidad única de proteger la vulnerabilidad del cónyuge viudo con probable discapacidad (debido entre otras causas, a su avanzada edad) y que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no ha considerado. Más bien al contrario, en algunos casos, la aplicación del mencionado precepto puede provocar situaciones de convivencia de hijos sólo del causante con discapacidad y el cónyuge viudo con el que pueden o no mantener una relación más o menos cordial; o bien la convivencia del viudo con sus suegros mientras lo necesiten (aunque no reine la concordia). Por tanto, con esta norma se debilita la posición del cónyuge viudo que tal vez sufra, asimismo, alguna discapacidad y ello si atendemos, además a que la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo de la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual.

VII.- Los evidentes cambios y transformaciones de la familia ya sean debidos a una crisis de valores (que han derivado en una debilitación de los vínculos familiares, además de los sociales) o a cuestiones demográficas y económicas han dado lugar al triunfo de la afectividad y a la búsqueda de la fugaz felicidad y no tanto a la búsqueda de la seguridad o estabilidad económica. La pareja y el amor que se profesan son el centro de la realización personal, fenómeno denominado como la "conyugalización" de la sociedad. Y es por esta causa, que debemos apreciar el valor de la conyugalidad de los que permanecen unidos, sobre todo si atendemos al número de rupturas conyugales que se ha disparado en los últimos años debido a que la falta de amor provoca la ruptura del matrimonio. Así pues, cuando la relación marital subsiste, cuando no hay crisis conyugal y consiguiente divorcio, cuando prima el afecto conyugal y la "affectio maritalis", cuando, en definitiva, se mantienen los cónyuges firmemente anclados en la permanencia de su vínculo conyugal, es esa "conyugalidad" la verdadera protagonista de la solidaridad familiar y no resulta nada conveniente desatender esta realidad. Al contrario, se debería anteponer este vínculo (conyugal) voluntario y bien anclado de permanencia de los esposos que pese a los vientos divorcistas, deciden continuar juntos y mantener su vínculo conyugal. Por ello, carecen de sentido los planteamientos inamovibles en favor del mantenimiento de unas legítimas tan amplias en beneficio de descendientes y ascendientes y en detrimento de la relación conyugal, del cónyuge viudo y de uno de los valores más predominantes en la sociedad actual como es la libertad.

VIII.- Es significativa la estricta exigencia de convivencia a los cónyuges para que se deriven los derechos sucesorios a la sucesión abintestato y a la legítima como prueba y garantía de la conyugalidad y "affectio maritalis". Incluso la separación de facto -período de reflexión y/solución de algunos problemas conyugales y que puede ser muy breve en el tiempo-, si no se reanuda con anterioridad al óbito de unos de los esposos tiene consecuencias muy graves para el supérstite. Y pese a ello, la existencia de convivencia -que no en todo caso es indicativa de distanciamiento o desapego conyugal- es terminante. Sin embargo, legislador y tribunales son más laxos con el desafecto y distanciamiento de los parientes consanguíneos.

IX.- Así las cosas, la posición del cónyuge supérstite es un tema complejo tanto en relación con su débil posición como legitimario -tanto cuantitativa como cualitativamente- como en su postergado llamamiento como heredero abintestato y no entendemos el empecinamiento legislativo que impide mejorar la situación del cónyuge viudo porque limita y no permite al causante proveer al supérstite de medios económicos suficientes que le posibiliten mantener un tenor de vida similar al anterior a la viudez y que obliga, en cambio, a garantizar una porción de

la fortuna paterna a los hijos sin que haya mediado ningún esfuerzo ni afecto por su parte.

X.- Es incuestionable hoy día, que la legítima del cónyuge viudo debe considerarse, para su mejora, atendiendo a su colaboración y participación en la adquisición, creación y conservación de la riqueza del causante y a la solidaridad conyugal y patrimonial entre las generaciones de parientes, y que avalan que sea el cónyuge viudo el que por precisar una mayor ayuda económica para mantener el mismo nivel de vida digno del que disponía en vida del cónyuge fallecido, sea quien más reciba de su consorte difunto. En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo (y demás parientes) se readaptara a una función más ajustada a los tiempos presentes y trascendiera a la finalidad que tuvo en origen, es decir, la protección del patrimonio familiar, ahora prioritariamente conyugal, aunque solo sea porque este patrimonio del testador en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante y de su cónyuge, patrimonio al que tampoco contribuyen en su creación o aumento, los descendientes del causante pero sí su cónyuge, en claro ejercicio de solidaridad intraconyugal post mortem.

XI.- En relación a la ampliación de la libertad de testar que permite la nueva redacción del art. 808 CC en favor de los descendientes con discapacidad y que permite, incluso, establecer sobre la legítima estricta una sustitución fideicomisaria de residuo, se echa en falta la misma solución en favor del cónyuge viudo. Si además atendemos al porcentaje de cónyuges viudos con una discapacidad a consecuencia de la avanzada edad en la que enviudan opino que el legislador dejó escapar una oportunidad para atender esta necesidad cuando reformó en 2021 la materia. La consecuencia: ancianidad, soledad y discapacidad un coctel preocupante que provoca, en estos casos, vulnerabilidad.

XII.- Ciertamente, que se ofrecen algunas soluciones para “esquivar” las limitaciones legislativas a la libertad de testar pero no siempre han resultado satisfactorias debido a algunas problemáticas que suscitan. Es el caso de la cláusula de opción compensatoria o cautela socini, utilizada muy frecuentemente por el testador como “remedio” para beneficiar a un legitimario, normalmente el cónyuge supérstite. Si partimos, además, de un supuesto nada descabellado de cónyuge viudo de edad avanzada y con una más que probable discapacidad, la cuestión adquiere mayor importancia. Con todo, se requiere una nueva formulación “notarial” de la cautela socini que atienda al sujeto beneficiario (el cónyuge viudo) y ofrezca al viudo (no al descendiente legitimario) la opción, dejando a su elección decidir si prefiere ser legatario del usufructo universal o ser heredero conservando su cuota vidual para usufructuar el tercio de mejora. Con todo, esta mejora es limitada dados los escasos porcentajes de españoles que deciden testar.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, I.: *La nueva familia española*, Santillana, Madrid, 1999.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ARCOS VIEIRA, M. L.: *La desaparición de la "affectio maritalis" como causa de separación y divorcio*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2000.

ARROYO Y AMAYUELAS, E.: "La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2010, núm. 1, pp. 1-53.

AYUSO SÁNCHEZ, L.: "Nuevas imágenes del cambio familiar en España", *Revista Española de Sociología*, 2019, núm. 28 (2) pp. 269 a 287.

BARBA, V.: "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia*, 2021, núm. 31, pp. 34-69.

BARBA, V.: "Las condiciones que refuerzan la voluntad testamentaria", en AA.VV.: *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa*, (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 99-136.

BARRIO GALLARDO, A.: "El ocaso de las legítimas largas", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 287-314.

BARRÓN ARNICHES, P.: "Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 113-146.

BERMEJO PUMAR, M. M.: "Legítima crediticia", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 117 y ss.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 12, Sección Estudios de Jurisprudencia, Wolters Kluwer.

BLANDINO GARRIDO, M. A.: "Libertad de testar y condiciones testamentarias", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 267-305.

BOSCH CAPDEVILA, E.: "El cálculo de la legítima de los descendientes en los Derechos civiles españoles", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 147-192.

CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: "Presupuestos para una reforma del sistema de legítimas en derecho español de sucesiones", *Revista Boliviana de Derecho*, 2023, núm. 36, julio, pp. 116-145.

CARBONNIER, J.: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1974.

CARRAU CARBONELL, J. M.: "Las limitaciones a la libertad de testar y la injusta asignación legitimaria al cónyuge viudo en el siglo XXI: propuesta de soluciones prácticas", *Tribuna*, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), 2019.

CARRIÓN OLMOS, S.: "Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, pp. 364-391.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 613-652.

CHECA MARTÍNEZ, M.: "Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar", en AA. VV.: *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, (dir. por B. Campuzano et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 139-172.

CIENFUEGOS ILLANES, J.: "Desafíos y continuidades en la conyugalidad a distancia", *Revista Latinoamericana de Estudios de familia*, 2011, vol. 3, enero-diciembre, pp. 146-173.

COBAS COBIELLA, M. E.: "Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17, pp. 49-65.

COSIALLS UBACH, A.M.: "La partición de la herencia y la libertad de testar", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 375-408.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", en AA.VV.: *Estudios de*

Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García (dir. por A. DOMINGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Wolters Kluwer, 2014, 143-164.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Se da una nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 3, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 953-958.

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

DE LA IGLESIA PRADOS, E.: "Consecuencias en la libertad de testar y la legítima de la violencia en la pareja", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 335 y ss.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada y Derecho de sucesiones", en AA.VV.: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, 1, Derecho de la Persona, familia y sucesiones" (coord. por L. PRATS ALVENTOSA), Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 513-640.

-- "Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-172.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Artículo 81" en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 187-193.

ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La cautela socini: revisión crítica de su concepción actual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 781, pp. 2583-2619.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Barcelona, 2020.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "El concepto de vulnerabilidad: análisis legal y constitucional", AA.VV.: en *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA

GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 163-190.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La (in)discutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 150-192.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La familia española del siglo XXI: nuevas realidades en la sucesión *mortis causa* del cónyuge supérstite”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2022, núm. 33, pp. 222-251.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.I CC y propuestas de *lege ferenda*”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 200-259.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 437-462.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 491 y ss.

GALICIA AIZPURUA, G. H.: “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. F. TORRES GARCÍA), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-470.

GALICIA AIZPURUA, G. H.: “Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de profesores de Derecho civil”, en AA.VV.: *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones* (dir. por C. VILLÓ TRAVÉ), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 47-74.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del código civil”, en AA.VV.: *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, (coord. por V. BARBA y L. PÉREZ GALLARDO), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 23-58.

GIMÉNEZ COSTA, A. y VILLÓ TRAVÉ, C.: “Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 221-266.

GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 61-76.

IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998.

IRURZUN GOICOA, D.: "La cautela socini y la práctica notarial", *El notario del siglo XXI*, 2011, núm. 37.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores*, (dir. por C. LASARTE), Tecnos, Madrid, 2007.

LÓPEZ DOBLAS, J.: "Las Mujeres Viudas en España". *Research on Ageing and Social Policy*, 2016, núm. 4 (1), pp. 22-44.

LÓPEZ LÓPEZ M. T., GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V. Y SÁNCHEZ FUENTES, A. J.: *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Cinca, Madrid, 2015.

LUNA SERRANO, A.: "Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL y J. A. TORRES LANA), Dykinson, Madrid, 2014.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La libertad de testar", *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 89, pp. 3-30.

MARÍN CONSARNAU, D.: "La residencia habitual en el reglamento (EU) 650/2012 como manifestación de la libertad de testar: problemas y pautas para su determinación", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 445-474.

MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Rialp, Madrid, 2000.

MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2023, núm. 3, pp. 396-429.

MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: "Caracterización y alcance de la 'Cautela Socini' contenida en el testamento", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6 (octubre 2014), 2014, pp. 157-175.

MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: "Aspectos sustantivos del derecho hereditario", en AA.VV.: *Derecho de sucesiones* (dir. por J. ALVENTOSA DEL RÍO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-725.

MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del derecho de habitación del legitimario discapacitado", AA.VV.: en *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 297-327.

MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "La sucesión mortis causa de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 600-629.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "Las legítimas en el Derecho Civil común" en AA.VV.: *Derecho de sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales* (dir. por C. LASARTE), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 71-118.

MOSMANN, C. y WAGNER, A.: "Dimensiones de la conyugalidad y de la parentalidad: un modelo correlacional", *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, 2008, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, pp. 79-103.

ORTUÑO MUÑOZ, J. P.: "La mediación en el ámbito familiar", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, núm. 29, pp. 1-23.

PARRA LUCÁN, M. A.: "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *AFDUDC*, 2009, núm. 13, p. 500. Disponible en https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7529/AD_13_art_24.pdf.

PARRA LUCÁN, M. A.: "Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de profesores de Derecho civil", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 193-212.

PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica del Derecho romano a la época de las Recopilaciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, núm. 685, pp. 2711-2777.

PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro", *Anuario de Derecho Civil*, 2007, núm. 4, pp. 1642-1678.

PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 91 y ss.

PERUGA PÉREZ, E.: "La relevancia de la *affectio maritalis* en la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia: comentario crítico de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 14/2019, de 21 de febrero. Una propuesta de interpretación del artículo 422-13 del Código Civil de Cataluña", *Revista Catalana de Dret Privat*, 2020, núm. 21, pp. 153-193.

PUYALTO FRANCO, M. J.: "Libertad de testar y transmisión *mortis causa* de la empresa", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 409-444.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Edelce, Sevilla, 1951.

SALVADOR CODERCH, P., LLOVERAS I FERRER, M. R. y SEUBA TORREBLANCA, J. C.: "Amor et Caritas. La parella de fet en el dret successori català", *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, pp. 207-226.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: "Límites constitucionales a la libertad de testar», en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 7-38.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: *El usufructo universal vidual y el artículo 820.3 del CC*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 193-268.

SANZ ACOSTA, L.: "Alcance y validez de la 'cautela socini' en caso de petición injustificada de remoción de albacea", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 12, Sección Fundamentos de Casación.

SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Libertad de testar y planificación testamentaria”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 475-500.

TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, 173-230.

URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, M. L.: “La protección jurídica de las personas vulnerables”. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 2007, núm. 27, p. 210.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: “Cautelas de opción compensatoria de la legítima”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Sucesorio, vol. III. Estudios dispersos sobre las legítimas* (dir. por J.B. VALLET DE GOYTISOLO), Montecorvo, Madrid 1981.

VAQUER ALOY, A.: “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2017, núm. 4.

VAQUER ALOY, A.: “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-82.

VAQUER ALOY, A.: “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2007, núm. 3.

VÁZQUEZ LEMOS, A.: “La cautela socini: una duda existencial”, en AA. VV.: *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias*, (coord. por M. FUENTESECA Y L. NORIEGA), Boch, Barcelona, 2020, pp. 455-475

ZURITA MARTÍN, I.: “La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-112.



UN DERECHO SUCESORIO VALENCIANO EN SILUETA*

A VALENCIAN LAW OF SUCCESSION IN SILHOUETTE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 602-641

* Este texto tiene su origen en la labor de investigación que alimentó la ponencia impartida en el IV Congreso de la Abogacía Valenciana, celebrado los días 11 y 12 de abril de 2024. La ponencia fue compartida con el Prof. Francisco Javier Palao Gil, a quien agradezco su invitación a colaborar en la misma. Distribuida la materia entre ambos, he volcado, en este artículo, la parte de mi autoría, en una versión más extensa, revisada y enriquecida para su publicación.



M^a Dolores
MAS BADIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Se somete a análisis el posible desarrollo de un Derecho sucesorio valenciano. El discurso se estructura de la siguiente forma. Se destacan las normas valencianas vigentes sobre Derecho de sucesiones. Se reflexiona sobre su alcance civil y no sólo administrativo. Con estas premisas, se propone una estrategia y unas medidas tácticas a corto plazo distintas de las empleadas hasta el momento. Finalmente, se esbozan algunos ejes que, en opinión de la autora, deberían caracterizar el eventual diseño de una normativa sucesoria valenciana, con especial consideración de la sucesión intestada.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil valenciano; Estatuto de Autonomía; sucesión intestada; Generalitat Valenciana; herencia.

ABSTRACT: *In this work I reflect on the eventual development of a Valencian inheritance law. The speech is structured as follows. The current Valencian regulations on inheritance law stand out. It reflects on its civil and not merely administrative scope. From there, a strategy and short-term tactical measures different from those used so far are proposed. Finally, some axes are highlighted that, in the author's opinion, should characterize an eventual regulation of Valencian succession regulations, with special consideration of intestate succession.*

KEY WORDS: *Valencian Civil Law; Statute of Autonomy; intestate succession, Generalitat Valenciana; inheritance.*

SUMARIO.- I. CUESTIONES PRELIMINARES: DE ESTRATEGIAS, TÁCTICAS Y OBJETIVOS.-
1. Dónde estamos.- 2. Premisas y puntos de vista en el análisis de los problemas y el diseño de propuestas legislativas.- 3. Estructura del trabajo.- **II. DERECHO SUCESORIO VALENCIANO VIGENTE. ALCANCE CIVIL O ADMINISTRATIVO.-** 1. Normas vigentes.- 2. Patrimonio de la Generalitat Valenciana y sucesión “mortis causa”.- A) Planteamiento y cuestiones generales.- B) La sucesión intestada a favor de la Generalitat Valenciana.- a) Alcance jurídico.- b) Procedimiento administrativo para la integración de los bienes en el patrimonio de la Generalitat y su liquidación y distribución.- C) Aceptación y repudiación de herencias testadas.- D) Valoración del alcance civil o administrativo de la regulación expuesta.- **III. POR DÓNDE EMPEZAR A LEGISLAR. UNA ESTRATEGIA DIFERENTE. PRIMER PELDAÑO.-** 1. Planteamiento.- 2. Propuestas concretas.- **IV. SEGUNDO PELDAÑO: UNA LEY VALENCIANA DE SUCESIÓN LEGAL O INTESADA.-** 1. Planteamiento.- 2. Rasgos comunes a mantener.- 3. Novedades.- A) Sujetos llamados.- B) Orden de los llamamientos.- C) Otras cuestiones.- **V. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

I. CUESTIONES PRELIMINARES: DE ESTRATEGIAS, TÁCTICAS Y OBJETIVOS.

I. Dónde estamos.

Cualquier reflexión sobre el eventual desarrollo de un Derecho sucesorio valenciano sugiere una primera pregunta: ¿en qué punto estamos? Destacaré dos hitos para situar al lector en la línea de salida de las ideas que quiero compartir.

Corría el año 2016 cuando – por bien conocido, no deja de ser oportuno recordarlo – fueron declaradas inconstitucionales las tres leyes valencianas de familia dictadas entre 2007 y 2012 al abrigo de la reforma del Estatuto de Autonomía (en adelante, EACV) que había tenido lugar en 2006. Dos de ellas, totalmente. La tercera, sobre parejas de hecho, de forma parcial; sólo las reglas de índole civil. Las tres regulaban distintos aspectos de las relaciones familiares¹: las cuestiones y conflictos de tipo económico que se suscitan en torno al matrimonio, que no solo interesan a los propios cónyuges, sino a terceros, como hijos, acreedores o herederos; las relaciones entre padres e hijos cuando los progenitores no conviven entre sí; y distintos aspectos relativos a las uniones de hecho formalizadas. Las leyes valencianas adoptaban una perspectiva y ofrecían unas reglas acordes con la realidad actual. Sobre esto hay acuerdo prácticamente unánime. Todas ellas se venían aplicando con normalidad y aceptación por la ciudadanía valenciana –una, durante ocho largos años–. Tras su nulidad declarada,

¹ SSTC 82/2016, 28 abril 2016 (RTC 2016/82); 110/2016, 9 junio 2016 (RTC 2016/110); y 192/2016, 16 noviembre 2016 (RTC 2016/192), relativas, respectivamente, a la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano; la Ley 5/2012, de 15 octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana; y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los Hijos e Hijas cuyos Progenitores no Conviven.

• M^a Dolores Mas Badia

Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho civil de la Universitat de València. Correo electrónico: dolores.mas@uv.es

conservan cierta ultraactividad². Pero, al margen de tales restos de aliento, aquellas sentencias malbarataron el esforzado desarrollo del Derecho civil valenciano por Les Corts. Los argumentos utilizados por la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional son bien conocidos. Las críticas que han recibido, también³. Desde el seno del propio Tribunal, el magistrado Xiol Ríos ofreció razones de peso para una solución que debería haber sido otra.

Parece ingenuo pensar que si los recursos ante leyes similares se interpusieran en la actualidad la respuesta fuera a ser diferente. No hay argumentos nuevos que esgrimir, salvo la intensificación de una circunstancia: desde 2016, fecha de aquellas sentencias, otras CCAA no han dejado de progresar de forma sustancial en el desarrollo de su Derecho civil propio, superando con mucho las normas forales o históricas. Con todo y con eso, no parece que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya evolucionado lo suficiente para cambiar esta decisión, a salvo una futura renovación de sus miembros incorporando otros proclives a una interpretación más abierta del art. 149.1.8^a CE.

Los últimos acontecimientos, desde un punto de vista político, parecen desalentadores. La reciente estrategia intentada, ante el cansino fracaso de las anteriores: la reforma constitucional. La táctica: aprovechar la tramitación relativa al artículo 49 CE, dirigida a sustituir la mención a los minusválidos y cambiarla por la más digna y correcta a personas con discapacidad, para introducir un nuevo párrafo en la DA 2^a CE, del tenor siguiente: “La competencia legislativa civil de las comunidades autónomas asumida en sus propios estatutos, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución, se extenderá a la recuperación y actualización de su derecho privado histórico de acuerdo a los valores y principios constitucionales”. La enmienda que, a tal efecto, fue presentada por Compromís ni siquiera logró ser votada en el Congreso⁴. El pasado 23 de abril de 2024, Compromís y Más presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a esta

2 El binomio inconstitucionalidad/nulidad no obliga a eliminar todo vestigio de eficacia de la disposición. Estos retazos de vida se mueven con frecuencia en una zona de incertidumbre o de sombra más o menos acentuada según el TC precise con mayor o menor cuidado el alcance retroactivo de su sentencia u ofrezca al intérprete criterios para hacerlo (MAS BADIA, M^o. D.: “El Alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas”, *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, p. 319, con un detenido análisis de la cuestión).

3 No es la menor de ellas la de pecar de un formalismo de poco calado que no considera, con la seriedad que merecen, los argumentos resultantes del Estatuto de Autonomía, la acción legislativa de Les Corts y el amplio sentir social, así como los esgrimidos por la doctrina científica.

4 Propuesta de reforma constitucional cursada por Les Corts en febrero de 2020. Contaba con el aval de Ayuntamientos (casi 500) y de la sociedad civil, y había sido refrendada por partidos políticos de orientaciones ideológicas muy diferentes. La propuesta tiene su origen en la “Proposición de ley de modificación de la disposición adicional segunda de la Constitución española para la reintegración efectiva del derecho civil valenciano” aprobada por Les Corts el 25 de septiembre de 2019, retomando una iniciativa de la legislatura anterior que decayó ante la disolución de Les Corts por la celebración anticipada de elecciones autonómicas el 28.04.2019. La mesa del Congreso alegó que no guardaba relación con la materia regulada en el artículo 49 CE.

negativa de la mesa del Congreso⁵. Sin perjuicio de su resultado, creo que el histórico de acontecimientos, incluido este último, permite defender varias conclusiones.

Una. La primera es una certeza. El problema, pese a la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional y de un sector de la doctrina, de orientación centralista⁶, presenta rasgos claramente políticos⁷. No puede negarse que existe una actitud de resistencia a admitir la potestad de la Comunitat Valenciana para desarrollar su Derecho privado, pese a que la solución contraria cabe en el texto de la Constitución en relación con el Estatuto de Autonomía valenciano y es el más acorde con el criterio interpretativo de las normas que atienden a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3 CC). Basta con flexibilizar la severidad formal del “allí donde existan” basada en el tiempo verbal utilizado⁸. Otros rigorismos se han matizado a impulso de la evolución de la sociedad; sin ir más lejos la referencia al hombre y la mujer en materia de matrimonio para permitir

- 5 Más información, a partir de la rueda de prensa que ofreció el portavoz de Compromís en el Congreso, en: <https://valenciaplaza.com/compromis-mes-llevan-tc-veto-mesa-congreso-derecho-civil-valenciano>
- 6 Por todos: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Alto al derecho civil valenciano”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 7, pp. 23-26; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, pp. 111-162; o YZQUIERDO TOLSADA, M.: “El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, 8 (2), pp. 330-347.
- 7 Y no puede ocultar un componente de discriminación, largamente denunciado, en comparación con otras CCAA, por mucho que éstas tuvieran Compilaciones aprobadas cuando entra en vigor la CE de 1978. No se trata de llorar por un trato desigual sino de argumentar jurídicamente que no se encuentra justificado. Valgan como certera síntesis las siguientes palabras de PALAO GIL, escritas en 2017, que encontrarían nuevos argumentos siete años después (la cita es larga, pero creo que merece la pena): “Aquellos derechos forales se han convertido en verdaderos códigos de derecho civil autonómico —o están en camino— y han dejado de ser meras especialidades fragmentarias de una legislación que hasta la CE fue sustancialmente unitaria; las materias conexas —el derecho creado *ex novo*— son hoy más de dos terceras partes de ese derecho civil, pues la práctica totalidad de territorios ha ido más allá del ámbito institucional delimitado por sus compilaciones; la legiferación ha sido muy notable, y uno de ellos —Cataluña— incluso ha promulgado más leyes en materia civil que el resto de comunidades autónomas juntas y ha convertido su Código en una verdadera «estructura de Estado» (...) El País Vasco ha dejado atrás la pluralidad territorial de fueros, superando con holgura las dificultades que había detectado previamente en la Ley vasca 3/1992, de 1 de julio, comunicando instituciones entre unos territorios y otros, cumpliendo así una vieja profecía del profesor Lacruz Berdejo y sin que nadie se haya planteado la constitucionalidad de un hecho tan extraordinario. Es el resultado esperable cuando la propia CE permite que las comunidades autónomas restauren un sistema de fuentes propio y dispongan de un parlamento capaz de producir la norma por excelencia: la ley. A partir de ahí, todo intento de restringir una expansión de estos derechos civiles es lo más parecido a ponerle puertas al campo: el sistema diseñado —según dice la jurisprudencia del TC— por el art. 149.1.8.º ha fracasado... Además, pactos políticos y otras componendas han evitado que el TC se pronuncie en varias ocasiones en puntos del mismo relieve, o mayor, que el valenciano, dejando tras de sí una jurisprudencia confusa y heterogénea: ahí están, para demostrarlo, las leyes catalanas, salvadas una y otra vez de los recursos de inconstitucionalidad por la necesidad que el gobierno de turno tiene de los votos de la minoría catalana en las Cortes” (PALAO GIL, F. J., “We cannot turn the clock back: rigidez constitucional, formalismo jurídico y derecho civil valenciano”, *Derecho Privado y Constitución*, 2017, N° 31, pp. 208-209). Sobre la vertiente política del problema, además del anterior, BLASCO GASCO, F. de P.: “Comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas del Tribunal Constitucional sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil valenciano (o el artificio de cómo reconocerte todo y no darte nada)”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2017, núm. 61, pp. 5-29.
- 8 Sobre los argumentos que esgrimen las diferentes tesis acerca de la interpretación de esta expresión y la invocación de la “foralidad” en la reforma del EAV en 2006, SANCHEZ FERRIZ, R.: *Lectura constitucional del artículo 149.1.8.º de la Constitución (sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materias de derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

el de personas del mismo sexo. Que el problema sea en gran parte político y no en exclusiva jurídico lastra las posibilidades de desbloquearlo mientras no se muevan las voluntades no solo en el territorio valenciano, sino también en Madrid.

Dos. Las distintas estrategias que se han probado hasta el momento con base en la interpretación o la reforma de la Constitución Española y el Estatut d'Autonomia han fracasado. Quiero decir que no han alcanzado sus objetivos.

Tres. Desde la sociedad civil y un amplísimo sector doctrinal y profesional dentro de la Comunitat Valenciana y también fuera de ella no se ha tirado la toalla. Se insiste y se trabaja por el reconocimiento de su derecho a dictar leyes civiles, impidiendo que tal aspiración se ahuese. Y se esgrimen argumentos jurídicos sólidos en pro de esta competencia⁹.

Al margen de que todo esto se resolvería si la Constitución, al estilo de la propuesta de la II República, adoptara una perspectiva autonomista más que foralista –solución que, en mi opinión, sería la más coherente en la actualidad–, mientras esto no sea así, la clave histórica sigue resultando fundamental en la interpretación del artículo 149.1.8^a CE, aunque admite, como es bien sabido, varias lecturas. Además, es la que inspira el Estatuto de Autonomía y salió reforzada, con toda intención, tras su reforma de 2006, con insistencia reiterada en la “foralidad”. En cualquier caso – como escribe SALVADOR CODERCH– el Derecho no debe ser entendido solo en función de sus textos sino además en la de quienes los redactan, usan, disfrutan o abusan de ellos y, por supuesto, en la de quienes los sufren y padecen¹⁰.

Llegados a este punto, hay que ser muy conscientes de que el problema, como antes decía, quizás sea más político que jurídico. También de que posiblemente convenga ensayar una estrategia diferente, y perfilar las tácticas o acciones concretas que dentro de ella sea oportuno adoptar a corto plazo para corregir la deriva y evitar que la situación se cronifique. El muro ante el que tropieza la Comunitat Valenciana, siempre en el filo de la navaja, puede tener sus efectos psicológicos, a nivel social, y hay que evitar caer en un síndrome de agotamiento, una especie de “burn out”, expresión con origen en el lenguaje de los deportistas anglosajones que puede traducirse como “estar quemados”¹¹. Creo que este efecto psicológico y sociológico también puede combatirse con un cambio de estrategia. Este será el punto de vista que adoptaré en mi exposición.

9 De justicia es reconocer los esfuerzos de la ASSOCIACIÓ DE JURISTES VALENCIANS, presidida por J.R. CHIRIVELLA VILA, en tal sentido.

10 SALVADOR CODERCH, P.: “Prólogo de la edición española” a HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel Derecho, 1987, p. 7.

11 En la década de los setenta, se aplicó a los problemas de fatiga y cansancio de los profesionales asistenciales o sociosanitarios.

Es posible que la propuesta que voy a hacer parezca modesta, y que lo sea. Lo importante es que pueda tener recorrido. Seguro que recuerdan la fábula de ESOPHO: “La tortuga y la liebre”. Los andares de la tortuga son más lentos; sin duda, menos espectaculares que los de la liebre. Pero todos conocen cómo acaba la fábula de este griego de biografía esquiva, y las populares versiones de JEAN DE LA FONTAINE y FÉLIX MARÍA SAMANIEGO. Saben que si la tortuga ganó la apuesta se debió a su constancia, a su esfuerzo y perseverancia. Acaso sea el momento de poner en valor la estrategia de la tortuga. Después explicaré a qué me refiero.

2. Premisas y puntos de vista en el análisis de los problemas y el diseño de propuestas legislativas.

Se ha dicho que el Derecho es para la vida. Las necesidades que esta manifiesta son el puntal sobre el que se apoyar cualquier regulación con pretensión de viabilidad. No se trata de legislar por legislar, sino de mejorar la sociedad. Y no olvidemos que estamos hablando de Derecho privado, de Derecho civil. En materia de obligaciones y contratos, incluso en materia de derechos reales, el ajuste a las nuevas necesidades o requerimientos sociales puede conseguirse en gran parte a través del ejercicio de la autonomía privada: pensemos en los contratos o en los derechos reales atípicos. Pero en tema de sucesiones, en que aquélla se encuentra, en la actualidad, sujeta a unos fuertes límites imperativos (ahí está, sin ir más lejos, el férreo sistema de legítimas al que somete el Código Civil la voluntad del causante), es necesario poder incidir en las leyes para ampliar esta autonomía. En otro orden de cosas, hay pocos terrenos en los que aquel cuerpo legislativo oponga una mayor resistencia a ser modificado que en sede de herencia. El avance y la modernización del Derecho de sucesiones hace tiempo que vienen dadas por los ordenamientos jurídicos de las CCAA con competencia reconocida para legislar en este campo. Sus ciudadanos se benefician así de un Derecho más moderno y mejor adaptado a las nuevas realidades sociológicas. Disfrutan, además, de las profundas reflexiones que desde hace tiempo viene realizando la doctrina acerca de la actualización del Derecho de sucesiones. En el Código Civil sólo han tenido traslación en ciertos aspectos muy concretos como, por ejemplo, entre los más recientes, algunos relativos a las personas con discapacidad, en sede de capacidad para otorgar testamento (arts. 663, 665, 681, 695, 697, 706, 708, 709, 742, CC); otras cuestiones relacionadas con la discapacidad o vulnerabilidad del testador y/o la violencia, manipulación o desatención de la que haya sido objeto (arts. 753, 756, 776 –suprimido, 782, 808, 813, 822, 996, 1.041, 1.052, 1.057, 1.060 CC); alguna tímida medida en relación con los convivientes de hecho (art. 831 CC); reglas específicas sobre animales de compañía (art. 914.bis CC); la referencia al cónyuge supérstite gestante en el art. 958.bis CC; o distintas adaptaciones vinculadas a los aspectos procedimentales de la reforma de la jurisdicción voluntaria por Ley 15/2015, de 2 de julio. Pero han sido las Comunidades Autónomas, con

parlamentos más ágiles, por distintas razones, las que han llevado a cabo revisiones de fondo y de sistema a partir de la información obtenida tras tomar el pulso a la realidad. A la Comunitat Valenciana, hasta ahora, se le está privando de esa posibilidad.

Para acabar estas notas introductorias, no me resisto a apuntar dos reflexiones adicionales. En primer lugar, creo que puede establecerse un paralelismo entre lo que está sucediendo en relación con la internacionalización del Derecho en los últimos tiempos y la actitud que convendría adoptar a la hora de desarrollar un Derecho propio, en este caso, de sucesiones. Como expone Jürgen BASEDOW¹², el Derecho comparado apareció como disciplina académica en la segunda mitad del siglo XIX, pero durante décadas se trató sólo de descubrir las diferencias entre los derechos nacionales. Se quería, sobre todo, conocer el Derecho de otras jurisdicciones. Sólo después de la Primera Guerra Mundial –dice– comienza el proceso de internacionalización del Derecho comparado, del que son buenas muestras instituciones como UNIDROIT en Roma, la Academia Internacional de Droit Comparé o el Instituto Max Planck de Derecho extranjero y de Derecho internacional privado, actualmente ubicado en Hamburgo. Y explica cómo en estas instituciones se originó una corriente de pensamiento que no tuvo en cuenta las fronteras y provocó que en muchos países se considerasen ideas procedentes del extranjero para el desarrollo del propio ordenamiento jurídico frente a una antigua actitud apologética que, sobre todo, pretendía fundamentar la superioridad del Derecho propio. La pregunta, ahora, es: ¿qué soluciones ofrecen los diferentes sistemas jurídicos en respuesta a un concreto problema social o económico? Compararlas ayuda a deducir cuáles son las idóneas.

¿A dónde quiero llegar con estas ideas? A una conclusión: para diseñar un Derecho sucesorio valenciano actual puede ser muy útil – imprescindible, diría – el análisis de Derecho comparado no ya con otros Derechos extranjeros del entorno jurídico sino especialmente con los diferentes Derechos civiles forales o autonómicos dentro de España, además del recogido en el Código Civil. Algunos de aquéllos tienen raíces comunes con el Derecho histórico valenciano y ya han efectuado esa relectura actualizada de las instituciones. El reconocimiento de su competencia legislativa se lo ha permitido. Y se han visto nutridos por una doctrina que los estudia y una jurisprudencia que los aplica. Sin duda, son experiencias y conocimientos que deben tenerse muy en cuenta a la hora de formular una propuesta legislativa desde la Comunitat Valenciana. Sobre todo, si se considera que las circunstancias sociales a las que se enfrentan son básicamente las mismas: la clara evolución de la familia; el papel asistencial de las instituciones públicas; mayor

12 BASEDOW, J.: *50 años de ciencia jurídica y de transformación de la metodología. "Lectio" del prof. Dr. mult. Jürgen Basedow pronunciada en el acto de su investidura como Doctor "Honoris Causa" por la Universitat de València, Valencia, 31 de mayo de 2019.* Disponible en: https://www.uv.es/rectorat/discursos/honoris/basedow/lectio_basedow.pdf

longevidad y caída de la tasa de fecundidad, con un acusado envejecimiento de la población; aumento del número y normalización social de las parejas de hecho; incremento de las separaciones y divorcios; extensión de la familia monoparental; proliferación de las familias reestructuradas con hermanos de vínculo sencillo; o evolución de los roles y actividades domésticas, con acceso de la mujer al mundo laboral y su consiguiente independencia económica (aunque persisten desigualdades por razón de género); o la utilización de fórmulas societarias para encauzar el patrimonio más allá del derecho sucesorio, entre otras. Las cuestiones abiertas se plantean en todos los ordenamientos civiles implicados en ese ejercicio comparado, aunque la solución que ofrecen no sea homogénea: así, por ejemplo, la relativa a la revisión del sistema de legítimas y su acomodo a las características de la sociedad actual. Pero esto es un motivo más que invita a la reflexión.

El segundo apunte que añadiré tiene que ver con otra perspectiva capaz de aportar argumentos de interés, junto a la de Derecho autonómico comparado. Pienso en la utilidad del análisis económico del Derecho, consciente, por supuesto, de sus limitaciones, para valorar posibles soluciones. Buscamos un derecho moderno que abarque perspectivas metodológicas modernas¹³.

3. Estructura del trabajo.

A partir de estas ideas y considerando que el trabajo versa sobre el Derecho sucesorio valenciano a legislar, el discurso se estructura de la siguiente forma. En el epígrafe II, se recuerda cuáles son las normas valencianas vigentes sobre Derecho sucesorio, reflexionando sobre su alcance civil y no sólo administrativo. En el epígrafe III, se propone una estrategia y unas medidas tácticas a corto plazo distintas de las empleadas hasta el momento, en orden a desarrollar el Derecho civil valenciano. En el epígrafe IV, se destaca algunos ejes que deberían caracterizar la eventual regulación de una Ley valenciana de sucesión legal o intestada, justificando por qué se prefiere formular una Ley acotada a esta materia. Se cierra con unas conclusiones y las referencias bibliográficas.

II. DERECHO SUCESORIO VALENCIANO VIGENTE. ALCANCE CIVIL O ADMINISTRATIVO.

I. Normas vigentes.

El 24 de julio de 2009, el Consell de la Generalitat dio luz verde a un "Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana de Sucesiones", un verdadero Código de Sucesiones omnicompreensivo y por ello mismo, entre otros aspectos

13 Aporta datos de interés, que comenta con perspectiva de análisis económico, VERDERA SERVER, R.: *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 141 ss.

de fondo, cuestionado (en adelante, Anteproyecto/2009). Sea como sea, no llegó a tramitarse en Les Corts¹⁴. Sí que fue objeto de dictamen por el Pleno del CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA, en aplicación del artículo 10.2 de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, en el que se prevé la consulta preceptiva, a este órgano, de los Anteproyectos de leyes, a excepción del correspondiente a la Ley de Presupuestos de la Generalitat¹⁵.

- 14 El Borrador de Anteproyecto fue redactado por la Comisión de Derecho Civil Valenciano. Disponible en: <https://www.notariosregistradores.com/PROYECTOS/proyectos%20concretos/Valencia-sucesiones.pdf> Entre los aspectos más novedosos, no exento de críticas, incluía una regulación original de la transmisión “mortis causa” del patrimonio empresarial. Escribe RIPOLL SOLER: “Centrándonos en el ámbito de la Ley de Sucesiones de la Comunidad Valenciana, en el año 2007 se encarga a la Comisión de Derecho Civil Valenciano la elaboración de un texto sobre la materia; el viaje era largo y, al parecer, no se sabe por qué motivo, el tiempo corto y los recursos nulos (...) Políticamente se descarta implementar puntualmente legislación civil sucesoria relativa a determinadas materias que clamaban una reforma en el Código Civil y que podían suponer un digno banco de pruebas de lo que la sociedad valenciana realmente pretendía, tales como las relativas al régimen legitimario o la sucesión intestada. (...) Los valencianos éramos los últimos en llegar al club de la competencia pero, al parecer, debíamos ser los primeros en tener un Derecho civil omnicompreensivo, con lo bueno y malo que ello conlleva” (RIPOLL SOLER, A., “¿Hacia una Legislación Civil Valenciana?. Derecho de Sucesiones”, El Notario del S. XXI, ENSXXI, N^o 29, enero - febrero 2010, <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-29/1343-hacia-una-legislacion-civil-valenciana-derecho-de-sucesiones-0-9113968311915145>). En opinión –crítica– de este autor prevaleció la voluntad política de sacar adelante cualquier texto, frente a trabajos más sosegados que avanzarán poco a poco, con voluntad de mejorar lo que el Código Civil ofrece. Sobre el citado borrador de anteproyecto, con una valoración diferente, puede verse también: DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: “Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones”, *Lunes 4,30. Revista de asuntos registrales*, núm. 482, 2010, pp. 39-73. Del mismo autor: “Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones. Alcance y modo de ejercicio de la Competencia Legislativa de la Generalitat sobre el Derecho Foral Valenciano, una reflexión sobre el trabajo del profesor Vicente Montes en la obra colectiva «Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana»”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, núm. 53, 2009, pp. 133-181. También, VERDERA SERVER, R.: *Contra la legitima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 287-322, centrado en las legítimas.
- No está de más recordar que, años atrás, ya se había malogrado el intento de impulsar un Anteproyecto sobre sucesión en las empresas familiares valenciana. Puede encontrarse noticia de él en: BADENAS CARPIO, J.M.: “Arròs melòs de bou de mar. Una propuesta de anteproyecto de ley de sucesión de las empresas familiares valencianas”, *Revista valenciana d’estudis autonòmic*, núm. 60, I, 2015 (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje a Vicente L. Simó Santonja. Volumen I), pp. 256-269; DE MIGUEL MOLINA, M., SEGARRA OÑA, M. V., DE MIGUEL MOLINA, B.: “La sucesión en la empresa familiar valenciana: 1358-2010?”, *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 8, 2010, pp. 1695-6311; y VERDERA SERVER, R.: *Contra la legitima*, cit., pp. 292-293.
- 15 El anteproyecto fue dictaminado por el Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en sesión celebrada los días 14 y 15 de octubre de 2009, bajo la Presidencia de Vicente GARRIDO MAYOL. El texto del Dictamen (n^o 748/2009), aprobado por unanimidad, se encuentra disponible en: <https://www.cjccv.es/dictamenes/2009/CS/2009-0748.pdf> El Consell Jurídic Consultiu advirtió de la posición restrictiva sobre la competencia para legislar de la Comunitat Valenciana asumida por el TC, como ya había hecho al dictaminar sobre el Anteproyecto de Ley de régimen económico matrimonial valenciano. Tal posición parte de la consabida lectura del “allí donde existan” del art. 149.1.8^a CE, como referido a las Compilaciones o, en su caso, costumbres vigentes en el momento de entrar en vigor la Constitución sin dar margen a ninguna interpretación evolutiva de la norma. Aunque el Consell –en un plano dialéctico– no se cierra a que esta puede pueda producirse en un futuro, advierte de los riesgos de que una eventual ley de sucesiones valenciana sea recurrida de inconstitucionalidad y triunfe el recurso. Sobre la criticable llamada a las costumbres vigente, puede atenderse, por todos a: MONTÉS PENADÉS, V. L. (2007). “El derecho foral valenciano (un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de derecho civil”, en AA.VV.: *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (dir. J. M. BAÑO), 2007, Civitas-Thomson, Cizur Menor, pp. 261-322; PALAO GIL, J.: “La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del derecho civil valenciano”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coords. F. BLASCO et al.), vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1.885-1.903; o VERDERA SERVER, R.: “Incidencia de la costumbre en el derecho civil valenciano”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil Valenciano* (coord. C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA), Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 305-324). El Borrador de Anteproyecto también fue objeto de un dictamen, muy crítico en diversos aspectos, por el Colegio Notarial de Valencia (2009).

En la actualidad, en la Comunitat Valenciana, se aplica, en general, el Derecho común de sucesiones, contenido en el Código Civil. Sin embargo, existe regulación propia en orden a la sucesión intestada de la Generalitat Valenciana en lugar del Estado a falta de los familiares del causante que, según el Código Civil, tienen preferencia para suceder por esta vía. También, respecto de la integración de bienes adquiridos por sucesión testada en el patrimonio de la Generalitat, así como acerca de la aceptación y repudiación de estas herencias.

Normas legales autóctonas pueden detectarse asimismo en relación con la “sucesión” en los arrendamientos rústicos históricos. He entrecomillado el término porque este tipo de normas no tienen naturaleza jurídica sucesoria. Se trata, más bien, de reglas que regulan la subrogación en la relación jurídica arrendaticia a raíz de la muerte del arrendatario. Es evidente el paralelismo del art. 45 de la Ley de la Generalitat 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias¹⁶ con el artículo 24. e) de la Ley (estatal) de arrendamientos rústicos (en adelante, LAR), aunque el precepto valenciano sea mucho más prolijo (por cierto, en una futura reforma convendría incluir junto con el cónyuge, a las parejas de hecho, al menos las formalizadas, con el fin de ajustar la regulación a la realidad social actual; una lástima que no se aprovechara la reforma de 2019 para hacerlo). El artículo 45 de la Ley de contratos y otras relaciones jurídicas agrarias, al igual que el artículo 24. e) LAR, no solo sugiere varias cuestiones de funcionamiento, sino que, con carácter previo y a lo que ahora interesa, suscita, como acabo de apuntar, una de naturaleza jurídica. Pese a su ambiente sucesorio, la norma funciona fuera de la herencia¹⁷. El propio artículo 45.1 declara que “[e]l derecho de arrendamiento histórico valenciano no se integra en el caudal relicto de la persona arrendataria fallecida”. Fuera de la herencia, pero en sus alledaños, pueden aparecer derechos que han nacido precisamente con la muerte del causante, como el de subrogación

16 DOGV núm. 7079, de 31.07.2013, BOE núm. 222, de 16.09.2013. La Ley de la Generalitat 3/2013 fue modificada por Ley 2/2019, de 6 de febrero, de reforma de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias, para incorporar la exigencia de la forma escrita y crear el registro de operadores, contratos y relaciones jurídicas agrarias. El preámbulo de la ley se detiene en el fundamento de la reforma, que enmarca en el artículo 49.1.2° del Estatuto de Autonomía, en relación con la DT tercera sobre el derecho civil valenciano, para legislar sobre el derecho consuetudinario, “con la finalidad de positivizar la costumbre (sic) y de adaptarlo a las nuevas realidades socioeconómicas y, en algunos casos, de protegerlo frente a determinadas prácticas abusivas”. Para BARCELÓ DOMÉNECH esta mención al título de la competencia plantea un par de cuestiones. Por un lado, podría haberse también traído a colación el importante art. 7 EACV. Por otro, da la impresión de “que con la frase «para legislar sobre el derecho consuetudinario» se pretende situar la reforma dentro de los márgenes de la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias de 1992 y 2016) que limita al ámbito consuetudinario el alcance de la competencia!” (BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, “La reforma de los contratos agrarios valencianos”, *Revista jurídica valenciana*, N.º. 34, 2019, p. 1. Consultado el 24/03/2024, en: https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/0034_0005_01-LA-REFORMA-DE-LA-LEY-VALENCIANA-DE-CONTRATOS-AGRARIOS.pdf. En cualquier caso, la reforma de 2019 no afectó a la regulación de los arrendamientos rústicos históricos.

17 Resultaba coherente con esta conclusión el artículo 81 de la LAR/1980 según el cual la relación arrendaticia no podrá ser objeto de valoración en la sucesión del arrendatario sin perjuicio de computar en la herencia los créditos y deudas que tenga pendientes el fallecido en relación con el arrendamiento. En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 624.

que regula este precepto. Aunque tal derecho no forma parte de la herencia ni afecta, en consecuencia, al cómputo de las legítimas, obedece a su misma causa próxima que no es otra que el fallecimiento del actual titular de la relación jurídica, lo que puede inducir cierta confusión. Dicho de otro modo, la que se adquiere por subrogación es una posición jurídica que se atribuye a partir de la muerte del anterior locatario, pero por reglas distintas de las estrictamente hereditarias. No constituye un supuesto de sucesión hereditaria sino de subrogación en la posición contractual del arrendatario con ocasión de su muerte y por personas que, además, se determinan en relación con su condición de sucesores “mortis causa” (herederos, legatarios) de aquél.

¿Por qué traigo, entonces, a colación la norma? Porque, aunque esto sea así, hay un brevísimo inciso en el artículo 45 de la ley valenciana de contratos agrarios que puede pasar fácilmente inadvertido pero que quizá tenga trascendencia a los efectos analizados en este artículo. Me refiero a la mención, junto al testamento y de forma diferenciada, del “acto de última voluntad”. El número segundo del artículo 45 indica que “[f]allecida la persona titular del arrendamiento histórico, le sucederá en el arrendamiento: a) La persona física designada por aquélla en testamento o en *acto de última voluntad*. A estos efectos, se entenderá válida la designación hecha en la libreta donde se da recibo del pago de las rentas, firmada por arrendatario o arrendataria y arrendador o arrendadora [...]”. La mención al acto de última voluntad como algo diferente al testamento puede relacionarse con la figura del contrato sucesorio y podría apuntar no solo a los limitados supuestos que contempla el Código Civil, sino a una futura regulación propia de esos contratos sucesorios en el Derecho valenciano que, por otra parte, tendrían una fuerte raíz histórica y eficacia práctica actual acorde con la realidad social de estos tiempos indudable¹⁸.

2. Patrimonio de la Generalitat Valenciana y sucesión “mortis causa”.

A) Planteamiento y cuestiones generales.

Si hablamos de Derecho vigente, es la regulación de la sucesión intestada o testada de la Generalitat Valenciana la que merece mayor atención. Como punto de partida y norma de rango superior, hay que atender al artículo 71 EACV, cuya redacción actual procede de la reforma operada por la LO 1/2006, de 10 de abril¹⁹. Dispone que el patrimonio de la Generalitat está integrado, entre otros, por (la cursiva es mía) “[l]os bienes procedentes, según la legislación foral civil valenciana, de herencias intestadas, cuando el causante ostentara conforme a la legislación

18 En el Borrador de Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana de Sucesiones antes referido, el Título IV, integrado por los artículos 55 a 72, se dedicaba a la sucesión contractual.

19 BOE núm. 86, de 11.04.2006.

del Estado la *vecindad civil valenciana*, así como otros de cualquier tipo²⁰ – art. 71.1, apartado c) –. También por “[o]tras donaciones y herencias, cualquiera que sea el origen del donante o testador” – art. 71.1, apartado d) –. Tras indicar, en el número 1, los bienes que integran el patrimonio de La Generalitat, en su número 2, el art. 71 EACV proclama que “[e]l patrimonio de la Comunitat Valenciana, su administración, defensa y conservación serán regulados por *Ley de Les Corts*”.

Lo primero que debe subrayarse es que el art. 71 EACV cambia la forma de referirse al criterio de conexión para la aplicación del Derecho civil valenciano y alude a la *vecindad civil valenciana*. Su antecedente, el antiguo art. 50.1 EACV, exigía que “el causante ostentare la condición jurídica de valenciano”. La expresión resultaba ambigua y, en teoría, podía relacionarse tanto con la *vecindad administrativa* (que atribuye la condición política de ciudadano), como con la civil. Con la nueva redacción se pone fin a la discusión doctrinal acerca del significado de aquel término equívoco²¹. Queda claro, desde la reforma, que es la *vecindad civil valenciana* (determinada según las normas del Título Preliminar del Código Civil) ostentada por el causante, la que conduce a la adscripción de los bienes de la herencia al patrimonio de la Generalitat, en virtud de la sucesión abintestato de ésta. *Vecindad civil* que conecta con la existencia de Derecho civil propio.

Además, la versión vigente del Estatut remite la regulación de esta materia a “Ley de les Corts” y no, como el antiguo art. 50.1 EACV, a la “Legislación del Estado”.

Alguna reflexión merece también la mención a “[l]os bienes procedentes, según la legislación foral civil valenciana”. No glosaré “in extenso” la insistencia en el calificativo “foral” en la reforma del EACV/2006 cuando alude a la legislación civil propia. Los motivos son los que son. Una cuestión de estrategia que podrá parecer más o menos acertada según opiniones y que guarda, sin duda, relación con la clave historicista del artículo 149.1.8ª CE y con la circunstancia de que sus promotores vieran mayores probabilidades de éxito en el reconocimiento, a la Comunitat Valenciana, de la competencia para legislar en materia de Derecho civil potenciando esa clave foralista. Sí que diré que el adjetivo “foral” no tiene, en el art. 71 EACV, ningún sentido si se quiere conectar con los fueros históricos la cuestión regulada. Es una proyección más de la insistencia formal en la opción por el anclaje historicista en el Estatuto modificado, como estrategia jurídico-política. Sin embargo, precisamente por esto, puede resultar útil el empleo del

20 No se entiende muy bien el último inciso del art. 71.1. c) (“así como otros de cualquier tipo”). No parece referirse a bienes procedentes de herencias testadas, que quedarían englobados en el apartado d) del mismo art. 71 (“Otras donaciones y herencias, cualquiera que sea el origen del donante o testador”).

21 La tesis según la cual debía atenderse a la *vecindad administrativa* en algún municipio valenciano podía plantear problemas cuando el causante, residente en la CV, tuviera *vecindad civil* de otro territorio. Un sector de la doctrina resolvía el conflicto dotando de preferencia, en estos casos, a la *vecindad civil* sobre la *administrativa*.

término en esta norma para poner de relieve que el llamamiento a la foralidad no tiene necesariamente y siempre un valor estrictamente jurídico sino como reivindicación de una identidad histórica²². El art. 71 EACV está calificando como legislación foral civil valenciana las normas que regulan la sucesión intestada de la Generalitat, que son Derecho autonómico, no Derecho histórico. Dejando a un lado la incoherencia y aunque ello pueda parecer técnicamente discutible, lo cierto es que puede favorecer la siguiente argumentación. En la medida en que aquéllas contengan Derecho civil, la Comunitat Valenciana tiene competencia y tiene Derecho civil propio, provenga este o no de los fueros. Así que puede modificar o desarrollar estas normas, con los límites del art. 149.1.8^a, último inciso CE. Si se exige, conforme con una interpretación diferente, que se trate de normas preconstitucionales habría entonces que buscar una raíz histórica aduciendo los fueros civiles sucesorios.

La norma estatutaria encuentra desarrollo en el art. 43 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana –en adelante, LPGV–²³ (que deroga y sustituye a la antigua Ley 3/1986, de 24 de octubre). El art. 43 está ubicado en el Título IV (relativo a la adquisición de bienes y derechos), Capítulo I, Sección III de la Ley. El precepto se distribuye en cinco números, que afectan a las siguientes cuestiones: adquisición de bienes a título gratuito por la Generalitat (como heredera testada o intestada, legataria o donataria); competencia para la aceptación de herencias, legados y donaciones en general, según se trate de bienes inmuebles o títulos valores o de otros bienes muebles (número I.I); requisitos para la repudiación de herencias, legados y donaciones, estableciendo el órgano competente y la necesidad de que sea por causa justificada (número I.II); requisitos de la aceptación cuando la adquisición lleve aparejada condición o carga, cuidando que su valor no exceda del correspondiente a los bienes que se adquiere (número 2); sucesión intestada de la Generalitat, fijando la integración de los bienes en su patrimonio cuando el causante ostente la “condición jurídica de valenciano”²⁴ con remisión al procedimiento administrativo reglamentariamente determinado (número 3); aceptación a beneficio de inventario por imperativo de la norma (número 4); y competencia para la aceptación de herencias, legados y donaciones a favor de la Generalitat, cuando se refieran a bienes integrantes del patrimonio cultural valenciano, según se trate de bienes inmuebles o de bienes muebles o inmateriales (número 5).

22 Sobre el valor jurídico o identitario de la constante referencia a la foralidad, en el Estatuto valenciano tras su reforma en 2006, realiza interesantes reflexiones, SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Lectura constitucional*, cit., p. 28, entre otras.

23 En concordancia con el art. 20.6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 264, de 04.II.2003).

24 La norma, anterior a la modificación del Estatuto en 2006, no ha sido ajustada a la nueva y más exacta remisión de éste a la “vecindad civil valenciana”, pero, por su respectivo rango normativo, la alusión a la condición jurídica de valenciano de la ley 14/2003 debe ser interpretada en el sentido del Estatuto de Autonomía.

El art. 43 LPGV ha sido, a su vez, desarrollado, a nivel reglamentario, por el Decreto 20/2019, de 15 de febrero, del Consell, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de expedientes de herencias intestadas a favor de la Generalitat, que deroga al anterior Decreto 47/2013, de 5 de abril²⁵, adaptando el procedimiento a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria.

B) *La sucesión intestada a favor de la Generalitat Valenciana.*

a) Alcance jurídico.

En relación con la sucesión intestada interesan, de forma especial, los números 3 y 4 del art. 43 LPGV. De acuerdo con ellos, en caso de sucesión intestada y a falta de personas con derecho a heredar según la ley, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalitat cuando el causante ostente la “condición jurídica de valenciano”. El procedimiento administrativo aplicable será el que reglamentariamente se determine. La aceptación de herencias se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario. Como se ve, la norma, que es anterior a la reforma del Estatuto de Autonomía por LO 1/2006, sigue refiriéndose a la “condición jurídica de valenciano”, que debe interpretarse, por las razones ya expuestas, como vecindad civil valenciana²⁶. En otro orden de cosas, el art. 43.3 se diferencia de su antecedente (art. 22.2 de la Ley 3/1986, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana), por cuanto remite el procedimiento administrativo para la integración de los bienes en el patrimonio de la Generalitat a lo que reglamentariamente se determine, mientras que el anterior lo hacía al “previsto en la legislación estatal”. En un rango normativo superior, cabe recordar que ha desaparecido del art. 71 del Estatuto de Autonomía la referencia –que anidaba en el antiguo art. 50.I– a la sucesión intestada de la Generalitat “en los términos que establezca la legislación del Estado”. ¿Qué alcance jurídico tienen estos cambios? Para fijar alguna conclusión conviene partir del significado de las normas a las que sustituyen las que están en vigor en la actualidad.

La referencia a la sucesión intestada de la Generalitat “en los términos que establezca la legislación del Estado”, que contenía el antiguo art. 50.I del Estatuto, debía interpretarse como atinente a la posición jurídica de la Generalitat respecto de las herencias intestadas de los causantes con vecindad civil valenciana. La Generalitat ocupa en relación con estas herencias la misma posición que los arts. 913 y 956 a 958 CC asignan al Estado en el caso de que el causante tenga vecindad común o el respectivo Derecho foral o especial no establezca regla al respecto. No altera en absoluto el régimen sustantivo del título sucesorio del que se beneficia la Generalitat, que es el mismo que favorece al Estado. Esto significa que, a falta de

25 DOGV núm. 8492 de 22.02.2019 y DOGV núm. 7001 de 11.04.2013, respectivamente.

26 Respecto de la falta de actualización de esta fórmula, me remito a lo señalado en la nota 25.

herederos testamentarios y si no existen, no quieren o no pueden heredar aquellos familiares que de acuerdo con los arts. 913 y ss. CC tienen derecho a suceder abintestato al causante (parientes en línea recta –descendente y ascendente–, cónyuge viudo y colaterales hasta el cuarto grado), en última instancia, sucede la Generalitat (si el causante tiene vecindad civil valenciana) por vía intestada, a título de heredero. Resulta de ello que la sucesión intestada no admite fallos: la herencia, en último extremo, es deferida y adquirida por el Estado o la Administración autonómica competente. Siempre habrá un heredero. El sistema sucesorio se presenta así con el carácter de sistema completo: el llamamiento universal se ve satisfecho, en última instancia, por la sucesión intestada. Gracias a ello, se evitan los conflictos que se producirían si los bienes quedaran vacantes y el entorpecimiento del crédito que supondría que muerto el deudor se extinguieran sus obligaciones, como ocurriría en defecto de sucesor. De ahí que la doctrina entienda que el llamamiento último del Estado (o de la Comunidad Autónoma, en su caso) cumple una importante función social.

El llamamiento de la Generalitat, igual que el del Estado, tiene ciertas peculiaridades, que no se ven alteradas por la reforma del Estatuto de Autonomía en 2006:

- La Generalitat no puede repudiar la herencia, pues de otro modo no se cumpliría la función social que satisface su llamamiento legal (aunque se trata de una cuestión discutida). Adquiere “ope legis” y sin posibilidad de renunciar. En este sentido, se la puede calificar de “heredero forzoso” (aunque no en el sentido de “legitimario”).

- Pese a ello, es necesario, para que se le adjudiquen los bienes y entre en su posesión, que previamente se produzca la declaración de herederos abintestato. Esta exigencia sirve a la necesidad de comprobar que no existen familiares del causante con preferencia para heredarle.

- La aceptación de la Generalitat es siempre a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, con lo cual se evita que pueda perjudicarle una herencia en que el pasivo supere al activo (art. 43.4 LPGV; coherente con los arts. 957 y 1023 ss. CC).

- La Generalitat, heredera intestada, procederá a la liquidación de la herencia y a su distribución conforme con la normativa propia a la que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior.

En relación con la naturaleza jurídica de la posición de la Generalitat en la sucesión hereditaria del causante, se han sostenido distintas tesis, siendo la que la considera como verdadera heredera la que cuenta con más partidarios

(se acoge, entre otras, en STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 18 de noviembre de 2002, RJ 2002, 10976). Aunque no faltan quienes niegan a la Comunidad Autónoma (o al Estado) el carácter de verdadero sucesor “mortis causa”, considerando que más bien adquiere, de modo originario, bienes que quedan vacantes en defecto de parientes que sucedan abintestato y que los adquiere en virtud de su “imperium” o soberanía²⁷.

b) Procedimiento administrativo para la integración de los bienes en el patrimonio de la Generalitat y su liquidación y distribución.

b.I. Antecedentes normativos.

En cuanto al procedimiento administrativo aplicable para la integración de los bienes en el patrimonio de la Generalitat (solicitud de declaración de herederos abintestato, administración y liquidación de la herencia), antiguamente, la Ley de Patrimonio de la Generalitat Valenciana de 1986 (en adelante, LPGV/1986) aludía a “los términos que establezca la legislación del Estado”, mientras que la vigente, de 2003, remite al procedimiento que reglamentariamente se determine, tal y como ya se ha subrayado²⁸.

27 Un resumen de las distintas posiciones, en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “La sucesión intestada a favor de la Generalitat Valenciana”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 191-218.

28 Bajo la LPGV/1986, la doctrina consideraba aplicable el Decreto estatal 2091/1971, de 13 de agosto, sobre régimen administrativo de la sucesión abintestato en favor del Estado, en concordancia con los arts. 956 a 958 CC. En este sentido se manifestó la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 3ª, núm. 7633/2002, de 18 de noviembre. Igualmente, las SSTSJ Comunidad Valenciana, núm. 538/06, de 14 de marzo de 2006 y núm. 646/2007, de 25 de junio de 2007, ambas de la Sala 3ª.

Promulgada la LPGV/2003, en una etapa inicial, el Decreto estatal 2091/1971 siguió aplicándose, con las adaptaciones necesarias en relación con la sucesión intestada de la Generalitat. Vigente el citado Decreto estatal, el Consell dictó el Decreto 31/2009, de 20 de febrero, del Consell, para la constitución de la Junta Distribuidora de Herencias Intestadas de la Generalitat (DOCV núm. 5962, de 25.02.2009). Pocos meses después, el Decreto 2091/1971 fue derogado por el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. El Real Decreto 1373/2009 se dictó en cumplimiento de la DF quinta de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en cuya virtud correspondía al Consejo de Ministros dictar las normas reglamentarias y disposiciones de carácter general necesarias para el desarrollo y aplicación de dicha Ley. El Capítulo I (“La sucesión legítima de la Administración General del Estado”) del Título I (“Adquisición de bienes y derechos”), integrado por quince artículos distribuidos en cinco secciones, detallaba el procedimiento para solicitar la declaración de herederos abintestato, administrar y liquidar la herencia y distribuir los bienes entre los beneficiarios. Esta norma sustituyó el anterior sistema de distribución de la herencia a través de las Juntas Provinciales Distribuidoras de Herencias, por un procedimiento dirigido por la Delegación de Economía y Hacienda, con la publicidad y la concurrencia como elementos determinantes del modo de distribución, en aras de una mayor agilidad y eficiencia en la gestión de estos bienes.

La desaparición, en el ámbito estatal, de las Juntas Provinciales Distribuidoras de Herencias suscitó dudas sobre la vigencia del Decreto 31/2009, de 20 de febrero, del Consell, para la constitución de la Junta Distribuidora de Herencias Intestadas de la Generalitat. Este Decreto, como he dicho, se había dictado cuando todavía se encontraba vigente el Decreto 1091/1971, unos meses antes de que entrara en vigor el Decreto 1373/2009 y, por tanto, sin poder tenerlo en cuenta. La Junta que creó el Decreto valenciano, según el mismo disponía, asumía, para la distribución del caudal relicto de las citadas herencias, las funciones que atribuía a las Juntas Provinciales Distribuidoras de Herencias del Estado, el Decreto 2091/1971, antes citado. Era el reflejo, en el espejo autonómico, del sistema estatal.

A pesar del confuso trasiego normativo que tuvo lugar entre 1986 y 2009, sintetizado en la nota 29, podía entenderse que, en aquella última fecha, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, y respecto de las herencias en las que sucediera abintestato la Generalitat, seguía operativa la Junta Distribuidora de Herencias Intestadas de la Generalitat, creadas por Decreto 31/2009, de 20 de febrero, del Consell, cumpliendo las funciones que, cuando sucedía el Estado, correspondían, no ya a las antiguas Juntas Provinciales, sino a la Delegación de Economía y Hacienda en los términos del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto.

En cuanto a los beneficiarios últimos de los bienes, vigente la normativa anterior a la actual, que se está analizando, se sostuvieron básicamente dos tesis. Según la primera, seguida en la práctica en numerosas ocasiones por los jueces y tribunales de la Comunidad Valenciana, la Generalitat podía beneficiarse de toda la herencia del causante. Otra posición, por la que se decantó el Tribunal Supremo en STS, Sala 3^a, núm. 7633/2002, de 18 de noviembre, consideraba que los bienes debían distribuirse según los parámetros del art. 956 CC, de modo que sólo ingresaría en la Hacienda autonómica un tercio de aquéllos²⁹.

b.2. Normas vigentes.

En la actualidad, el art. 43 LPGV se encuentra desarrollado, a nivel reglamentario, por el Decreto 20/2019, de 15 de febrero, del Consell, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de expedientes de herencias intestadas a favor de la Generalitat³⁰, que deroga al anterior Decreto 47/2013, de 5 de abril, del Consell, sobre la misma materia. La promulgación del nuevo procedimiento obedece, tal y como se expone en su Preámbulo, a la necesidad de adaptarlo a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria aprobada en 2015, que modifica la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, los arts. 956 a 958 del Código Civil y los preceptos sobre intervención judicial de la herencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

29 En el caso de autos, la Generalitat pretendía, conforme con una interpretación conjunta de los arts. 956 CC, 50.1 c) y 50.2 EACV (según redacción anterior a la LO 1/2006), y del art. 22.2 Ley 3/1986, del Patrimonio de la Generalidad Valenciana, entonces vigente, que debían integrarse en su patrimonio la totalidad de los bienes procedentes de la herencia de la causante. El TS rechazó sus argumentos y concluyó que "la Generalidad Valenciana adquiere por sucesión hereditaria los bienes del causante, lo que determina que se integren en su patrimonio. Y ese proceso tiene lugar en los términos establecidos por la legislación estatal. Es decir, por el Código Civil en su artículo 956. Y de este precepto deriva también el derecho de las instituciones municipales y provinciales en él mencionadas a percibir los dos tercios de la herencia, derecho que no se ha visto afectado por las normas valencianas, que pueden ser interpretadas en consonancia con la norma estatal. Todo ello sin perjuicio de que el tercio restante permanezca en el patrimonio autonómico. Precisamente, a determinar cómo se hace efectiva esa distribución se encamina el Decreto 2091/1971". Lo mismo podía seguir entendiéndose bajo la vigencia del Decreto 1373/2009.

30 DOGV núm. 8492, de 22.02.2019.

No son infrecuentes los casos en que la Generalitat Valenciana resulta heredera abintestato. El Decreto 20/2019 ordena la declaración administrativa de la condición de heredera de la Generalitat, así como la fase posterior de distribución de los bienes³¹. En su Preámbulo, sintetiza las principales novedades que introduce y su fundamento³²:

1º Desjudicialización del procedimiento para la declaración de la Generalitat, en cuanto Administración autonómica, como heredera abintestato. Se sustituye el procedimiento judicial por una declaración administrativa.

2º Por motivos de simplificación y eficiencia del procedimiento, y en coherencia con los principios recogidos en el art. 129.1 LJV, se modifica el articulado relativo a la investigación de bienes y derechos, como paso previo a la declaración administrativa de heredera abintestato a favor de la Generalitat; y se abrevia o suprime determinados actos de trámite.

3º Dentro de la fase de distribución del caudal hereditario, se procede al ajuste con la nueva redacción del art. 956 CC, introducida por la LJV, destinándose dos tercios a fines de interés social, consignando las cantidades correspondientes dentro de los presupuestos de la Generalitat. Además, se dispone que la tercera parte del caudal relicto sea destinada a actuaciones del Plan de Mecenazgo Cultural de la Generalitat o, en su caso, generándose crédito en la sección del programa presupuestario correspondiente de la conselleria competente en materia de cultura (art. 14).

C) *Aceptación y repudiación de herencias testadas.*

El epígrafe anterior ha discurrido sobre los aspectos relativos a la sucesión intestada de la Generalitat Valenciana. Pero ésta también puede ser llamada a una herencia en testamento, caso en el cual puede aceptarla o repudiarla. No existen aquí los motivos que impiden la repudiación de la herencia deferida abintestato a la Generalitat. Ahora bien, la renuncia a la herencia requiere acuerdo del Gobierno

31 El Decreto vigente regula las siguientes cuestiones: objeto y ámbito de aplicación (Artículo 1); iniciación del procedimiento (Artículo 2); deber de comunicación (Artículo 3); denuncia de particulares (Artículo 4); tramitación del procedimiento (Artículo 5); finalización del expediente (Artículo 6); efectos de la declaración de heredera abintestato (Artículo 7); procedimiento específico de investigación y órgano competente (Artículo 8); administración de los bienes y derechos (Artículo 9); enajenación de aquéllos (Artículo 10); excepción de venta de bienes del caudal hereditario (Artículo 11); cuenta general de liquidación (Artículo 12); premio por denuncia (Artículo 13); y destino del caudal hereditario (Artículo 14). Las DDAA atienden a la publicación en boletines oficiales y solicitud de información sobre los bienes y derechos (Primera); tasaciones (Segunda); abintestatos fuera del territorio nacional (Tercera); e incidencia presupuestaria (Cuarta). En virtud de la DT Única, el Decreto se aplica a todos los expedientes que estén en tramitación en la fecha de su entrada en vigor. La DD deroga el Decreto 47/2013, de 5 de abril y cualquier disposición de igual o inferior rango normativo incompatible. La DF fija la entrada en vigor el día siguiente de la publicación en el DOGV (DOGV núm. 8492 de 22.02.2019).

32 Las destaca BARCELÓ DOMÉNECH, J., "Aprobación del Decreto 20/2019, de 15 de febrero, del Consell, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de expedientes de herencias intestadas a favor de la Generalitat", *IDIBE, Tribuna*, 3 de abril de 2019.

Valenciano, previo expediente que demuestre la existencia de causa justificada (art. 43.1 LPGV). Por otra parte, si la adquisición llevara aneja alguna condición o carga, sólo podrá aceptarse los bienes previo expediente en el que se acredite que el valor global de las cargas y gravámenes no excede del valor de lo que se adquiere (art. 43.2.1 LPGV). No se considerará gravamen, a estos efectos, las inversiones que tenga que realizar la Generalitat para destinar el inmueble al uso general o a un servicio público de su competencia (art. 43.2.11 LPGV).

La competencia para la aceptación o repudiación de la herencia, según el art. 43 LPGV, corresponde, como regla general, a la Conselleria que la ostente en materia de patrimonio cuando comprenda bienes inmuebles o títulos valores, aunque el testador o donante haya señalado otro órgano de la Generalitat, sin perjuicio de que en la adscripción se tenga en cuenta dicha voluntad. En el supuesto de que abarque únicamente otros bienes muebles, la aceptación se acordará por el departamento u organismo a que se destinen. En relación con bienes integrantes del patrimonio cultural valenciano existe una regla especial de competencia: ésta corresponde a la Conselleria competente en materia de patrimonio, previo informe de la que lo sea en materia de cultura, cuando se trate de bienes inmuebles, y a esta Conselleria cuando sean muebles o bienes inmateriales. Las reglas expuestas sobre competencia se aplican también a la repudiación de la herencia, así como a los legados efectuados a favor de la Generalitat Valenciana. La aceptación de herencias se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario (art. 43.4 Ley 14/2003).

D) *Valoración del carácter civil o administrativo de la regulación expuesta.*

Las normas valencianas vigentes sobre sucesión “mortis causa” de la Generalitat no regulan aspectos meramente administrativos, que también, sino algunos de naturaleza netamente civil. El derecho de la Generalitat a suceder abintestato lo es a título de heredero; un título de naturaleza jurídico-civil. Sean cuales sean las especialidades asociadas a las características del sujeto llamado a la herencia, la naturaleza jurídica del derecho, que es privada y sucesoria, no queda alterada³³. Cosa diferente es que el procedimiento que se siga para la efectiva integración de los bienes en el patrimonio de la Generalitat tenga carácter administrativo. Recuérdense, además, los cambios normativos que antes se han detallado. En este sentido, hay que subrayar que ha desaparecido del art. 71 EA la alusión –que anidaba en el antiguo art. 50.1– a la sucesión intestada de la Generalitat “en los términos que establezca la legislación del Estado”. Y que se ha clarificado el criterio de conexión para la aplicación de la norma que se remite expresamente a la “vecindad civil valenciana” Ahora bien, como también se ha destacado, el artículo

33 Insiste en esta conclusión LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “Sucesión intestada a favor de la Generalitat Valenciana”, *REDCV. Estudios*. Consultado el 15/04/2024 en: <http://derechocivilvalenciano.com/estudios/derecho-de-sucesiones/item/192-sucesion-intestada-en-favor-de-la-generalitat>

71 del Estatuto y la normativa que lo desarrolla no tiene carácter foral en el sentido histórico de la palabra. Sí que tienen, en gran parte, carácter civil. Podemos decir que es Derecho civil autonómico. Me remito a las ideas desarrolladas en el epígrafe II.2.A).

III. POR DÓNDE EMPEZAR A LEGISLAR. UNA ESTRATEGIA DIFERENTE. PRIMER PELDAÑO.

I. Planteamiento.

Todas las reflexiones anteriores nos devuelven a una cuestión que planteaba al comienzo del trabajo y nos han preparado para darle respuesta. He defendido la conveniencia de adoptar una estrategia diferente. Pero ¿qué estrategia?

El presupuesto para trazarla no es otro que la existencia de un Derecho valenciano vigente a desarrollar. Ese que se acaba de exponer. El objetivo: promover un resultado a corto plazo. En cuanto a las tácticas, se cifran en operar en dos escalones, mucho más modestos que comenzar elaborando directamente un Código completo de Derecho sucesorio valenciano. Estos dos primeros escalones conformarían lo que en la introducción he calificado, con inspiración en la fábula de ESOPHO, como “estrategia de la tortuga”. ¿Cuál sería el primer peldaño? Sugiero empezar regulando algunas cuestiones muy concretas lo que podría hacerse modificando, a tal efecto, la Ley de Patrimonio de la Generalitat Valenciana.

2. Propuestas concretas.

Se apuntan, a continuación, a título de ejemplo, dos reglas por las que podría comenzarse.

1º La primera consiste en no computar las donaciones efectuadas a favor de la Generalitat Valenciana, en cualquier fecha, a efectos del cálculo de la legítima ex art. 818 CC. El objetivo: favorecer el desvío, por voluntad del causante, de parte de su patrimonio con base en el interés general. Tal interés general conecta con la función social recogida en el art. 33.2 CE cuando regula la propiedad privada y la herencia. Se sitúa el foco sobre la herencia, a que alude el art. 33 CE, no como derecho de los sucesores sino del causante y se potencia su autonomía privada. La regla que sugiero resulta coherente con las últimas tendencias que propugnan reducir la legítima y potenciar la libertad de testar; y, más en concreto, limitar el “donatum” a computar para el cálculo de la legítima. Presenta un inconveniente, en cuanto altera el sistema de legítimas del Código Civil al que, en principio, está sujeta la Comunitat Valenciana. Aunque lo hace de forma modesta. Convendría, por otra parte, combinar la medida con los oportunos beneficios fiscales.

2^o La segunda propuesta se traduce en incluir una regla similar a la del art. 442-13.2 CCCataluña. Establece éste que, si en el caudal relicto existen fincas urbanas, la Generalitat de Cataluña debe destinarlas preferentemente al cumplimiento de políticas de vivienda social ya sea directamente o reinvertiendo el producto obtenido al enajenarlas según sus características. A favor de las posibilidades de que prospere una regla como ésta en el ordenamiento jurídico valenciano, juega, reforzando su viabilidad, la competencia de la Comunitat Valenciana en materia de vivienda (art. 49.1.9^a EACV) y su potencial para afianzar el desarrollo de una política autonómica de vivienda, uno de cuyos talones de Aquiles es la necesaria disponibilidad e inversión de fondos. Se trata de una materia lindante entre lo civil y lo administrativo.

¿Podría empezar diseñándose este tipo de normas vinculadas con los derechos sucesorios de la Generalitat con base en la función social de la propiedad y de la herencia y de las declaraciones estatutarias? Y también con la libertad de testar, que no solo impregnaba los fueros, sino que está enraizada en la mentalidad actual de los valencianos y valencianas. Desde luego, es algo que no se ha intentado hasta ahora. Si el TC se mantiene atrincherado en su posición actual puede oponerse a esta regulación con los mismos argumentos que lo hizo, en el pasado, a las leyes valencianas de familia. Pero también cabe que evolucione su jurisprudencia³⁴. Y que a fuer de insistir, argumentar y legislar acabe provocándose esta evolución. Además, concurre un factor diferencial con las leyes declaradas inconstitucionales en el año 2016: no existía, en relación con aquellas, Derecho vigente a desarrollar; sí que lo hay, como se acaba de comprobar, en materia de sucesiones.

34 La doctrina acepta de forma generalizada la posibilidad de cambios de criterio en la jurisprudencia constitucional: AROZAMENA SIERRA, J.: "Valor de la jurisprudencia constitucional", Separata de *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de estudios fiscales, Madrid, 1979, p. 260; BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982; APARICIO PÉREZ, M. A.: "Algunas consideraciones sobre la Justicia Constitucional y el Poder Judicial", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, 4, p. 944; RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M.: "La jurisdicción constitucional", en AA.VV.: *La Constitución Española de 1978* (dir. por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Civitas, Madrid, pp. 831-886; JIMÉNEZ CAMPO, J.: "Qué hacer con la Ley inconstitucional", en AA.VV.: *La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Constitucional*, TC/CEC, Madrid, 1997, p. 29; VIDALES RODRIGUEZ, C.: *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 218; o GARCÍA RUBIO, M. P.: "Presente y futuro del Derecho Civil español en clave de competencias normativas", *Revista de Derecho Civil*, 2017, IV-3, pp. 26 ss., entre otros. El TC no se halla autovinculado por sus propias decisiones de modo absoluto, aunque la seguridad jurídica y el respeto al principio de igualdad exigen que no se aparte sin fundamento de su doctrina pasada. Tal fundamento podría encontrarse en la evolución de la realidad social (cfr. art. 3.1 CC), reflejada, en lo que al caso valenciano atañe, en la actividad decidida del Parlamento autonómico volcada en un Estatuto de Autonomía y las leyes que lo desarrollan.

IV. SEGUNDO PELDAÑO: UNA LEY VALENCIANA DE SUCESIÓN LEGAL O INTESTADA.

I. Planteamiento.

Tras introducir reglas concretas como las apuntadas en el epígrafe anterior y antes de acometer la tarea mucho más ambiciosa de elaborar un Código valenciano de sucesiones, sugiero subir un segundo peldaño no tan exigente: la propuesta de una ley valenciana de sucesión intestada, con anclaje en la normativa actualmente vigente y, de llegar a consolidarse, también en las normas concretas con las que se sugiere empezar y que convendría que precedieran a esta Ley de sucesión intestada.

Soy consciente del escollo que supone, entre otros, el hecho de que se declarasen inconstitucionales los aspectos sucesorios que recogía la Ley de de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana³⁵. Entre otros, el TC estimó inconstitucionales y nulos el artículo 12, relativo a la predetracción del ajuar doméstico (excluido de la herencia) y al uso de la vivienda tras el fallecimiento de uno de los convivientes en favor del supérstite. Y el artículo 14, único que integraba el capítulo V (“Derechos sucesorios”). Este precepto equiparaba la posición jurídica del conviviente en una unión de hecho formalizada al del cónyuge supérstite, en la sucesión “mortis causa”. En cualquier caso, tal circunstancia constituye un argumento más para proceder del modo indicado; es decir, intentar regular algunos aspectos concretos que tengan una conexión más directa con las normas que actualmente posee la Comunitat Valenciana sobre sucesión de la Generalitat valenciana y, si éstas logran consolidarse, dar el salto después a la ley de sucesión intestada y, a partir de ahí, seguir creciendo, mientras se lucha, en paralelo, en un plano político, por cambiar la actitud que hasta el momento ha frenado el desarrollo competencial. Estos esfuerzos mantendrían viva la tarea y podrían llegar a abrir la puerta, mientras se produce la esperada evolución en la conciencia del Gobierno central y del propio Tribunal Constitucional a un futuro reconocimiento de la legitimidad de la Comunitat Valenciana para dictar leyes

35 La STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016/110), declaró inconstitucional gran parte de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la CV. Sólo dejó a salvo los aspectos de Derecho público. En el FJ 10 precisó el alcance temporal de los efectos de su declaración. Como en las otras sentencias que afectaron a las leyes valencianas de familia, el TC se limitó a una genérica afirmación de mantenimiento de las “situaciones consolidadas”, sin definir las: “[...]el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE aconseja limitar los efectos de esta sentencia, que tendrá solo efectos *pro futuro*, sin afectar a las “situaciones jurídicas consolidadas” (en igual sentido, STC 93/2013, sobre la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, FJ 14)”. Unos meses antes, se había dictado la STC 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013/81), en relación con diversos artículos de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, recurridos por falta de competencia. El TC declaró inconstitucionales y nulos los arts. 4 y 5, pero sin precisar el alcance temporal de tal declaración. Más información en MAS BADIA, M^a D.: “El Alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas”, *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 317-386.

civiles acomodadas a las necesidades de la sociedad valenciana, que es lo que a la postre se pretende.

A través de esta pasarela, podría transitarse, en el futuro, hacia cuestiones más ambiciosas. Así, incidir en la sucesión testada (p.e., dando carta de naturaleza al clásico testamento mancomunado), regular la sucesión contractual o redefinir las legítimas, tarea ésta a la que aboca, desde hace tiempo, la realidad social. A la edad a la que suelen morir los causantes, cada vez más longevos, sus hijos o descendientes ya han recibido en educación, estudios o ayudas económicas lo necesario para salir adelante y labrarse un futuro o se han situado por sí mismos. Como mínimo, habría que reducir la cuantía de las legítimas; incluso los beneficiarios; o repensar si no deberían ceñirse a los casos en que los progenitores fallezcan con hijos menores o con discapacidad; o pensar si en algunos supuestos –p.e., respecto de la legítima de los ascendientes, si es que se mantiene– no convendría limitarla a un derecho de alimentos a costa del caudal relicto. Aunque, probablemente, todo esto sólo cabría hacerlo diseñando un código completo de sucesiones (pues la legítima está imbricada con la mayor parte de las instituciones en sede de herencia); objetivo, todavía, muy lejano. Las cuestiones a tratar no serían muy distintas a las que puede sugerir la necesaria reforma del Código Civil en esta materia³⁶.

Dicho esto, creo que la eventual Ley valenciana de Sucesión intestada podría mantener algunos de los elementos que configuran la sucesión intestada en el Código Civil y modificar otros. Por cierto, debería regularse el Derecho transitorio, lo que no hacía el Anteproyecto valenciano/2009.

2. Rasgos comunes a mantener.

En cuanto a los rasgos continuistas de esta futura ley valenciana de sucesión intestada respecto de las normas que ahora mismo se aplican en la Comunitat Valenciana, sugiero, de forma sintética, los siguientes.

- Al igual que en el Código Civil se trataría de una sucesión a título de heredero o universal, de carácter legal y naturaleza supletoria, operando en defecto de ordenación voluntaria de la sucesión “mortis causa” o cuando esta fallara.

- Debería mantenerse la compatibilidad entre sucesión testada e intestada. Así lo hacía el Borrador de Anteproyecto/2009 (arts. 2 y 3). Era, además, la solución en *Furs*, que se alejaban, en este punto, de otros ordenamientos forales, alterando la regla característica del Derecho romano “Nemo pro parte ...”³⁷.

36 Deseo poner en valor el esfuerzo prospectivo de una obra coordinada por PALAO GIL, en la que civilistas de reconocido prestigio hicieron sus propuestas: AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir. por F. J. PALAO GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

37 Véanse PALAO GIL, F. J.: “El derecho civil foral valenciano: instituciones históricas del derecho de familia y de sucesiones”, en: AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir.

- En lo esencial, cabría respetar los supuestos en que opera la sucesión intestada en el Código Civil³⁸. La enumeración del art. 912 CC es meramente ejemplificativa. Podría mejorarse la redacción. Y utilizar una fórmula más abierta que, en lugar de aludir a la falta, nulidad, pérdida de eficacia del testamento, o incluso falta de contenido patrimonial de éste, lo hiciera al testamento o acto de última voluntad u otra fórmula que, en el futuro, pudiera comprender una eventual regulación de los contratos sucesorios (p. e., “pacto o testamento”³⁹).

- Convendría mantener, igualmente, un sistema personal –que atienda exclusivamente a la proximidad del parentesco– y no troncal o real –con consideración de la línea familiar de procedencia de los bienes–, pese a que este último se conserve en algunos ordenamientos forales o especiales como los de Aragón, Navarra o Vizcaya. Es más, debería seguirse el sistema de líneas del Código Civil, aunque intercambiando la posición del cónyuge (o, en su caso, del conviviente de hecho) y los ascendientes, como luego se dirá. No veo ninguna razón de peso para volver, ni siquiera parcialmente, a la troncalidad, que queda muy lejana de lo que ha sido el Derecho vigente en el territorio de la CV durante estos últimos siglos, y que plantearía problemas prácticos ulteriores sin aportar, en mi opinión, mayores ventajas⁴⁰. Además, dar entrada a un sistema troncal favorecería la litigiosidad y evitarla debe ser uno de los objetivos rectores, junto con la adaptación a la realidad social actual, de la propuesta legislativa.

3. Novedades.

A partir de los ejes anteriores, se esbozará a continuación algunas cuestiones en las que parece conveniente introducir ciertas reglas que se apartan de las que rigen, en la actualidad, en el Código Civil.

A) Sujetos llamados.

En relación con los sujetos llamados en la sucesión intestada, sin entrar todavía en el orden en que deberían serlo, y sin perjuicio, en su caso, de las legítimas que

Por F. J. PALAO GIL, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2021, pp. 39-40; y MARZAL RAGA, P.: *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Universidad de Valencia, Col.lecció Oberba, Valencia, 1998. En cuanto a los ordenamientos forales o especiales que operan en las CCAA con derecho propio, se encuentran divididos en este punto. Admiten la compatibilidad entre los órdenes sucesorios testado e intestado los Derechos de Aragón (art. 317 CDFA), País Vasco (art. 110 LDCV), Navarra (Ley 300 Fuero Nuevo), Galicia (por remisión al Código civil de los arts. 267-269 LDCG) y, en el Derecho balear, Ibiza y Formentera (art. 84 TRCDCIB). La proscriben, de acuerdo con la tradición romana, Cataluña (art. 411-3.2 CCCataluña) y, en el Derecho balear, Mallorca y Menorca (arts. 6, 7 y 65 TRCDCIB).

38 De la misma opinión, ESTRUCH ESTRUCH, J.: “Propuestas de regulación de la sucesión intestada para un derecho civil valenciano”, en: AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir. por F. J. PALAO GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 293.

39 Fórmula utilizada en el art. 516 CDFA (“en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento se abre la sucesión legal”).

40 Así lo estima también ESTRUCH, “Propuestas de regulación”, cit., p. 291.

correspondieran a otros, cabría recoger las siguientes novedades por comparación con el sistema del Código Civil:

- Equiparar el conviviente en pareja estable al cónyuge supérstite. Al respecto, habría que considerar, al menos, los siguientes aspectos. Deberían definirse los requisitos a satisfacer por el conviviente estable para tener derechos sucesorios abintestato, considerando si es conveniente incluir unas exigencias específicas a tal efecto (así lo hacía el Borrador de Anteproyecto valenciano/2009⁴¹) o remitir la regulación a la administrativa sobre parejas formalizadas (Ley 5/2012, de 15 octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana). En cualquier caso, habría que exigir que la convivencia se mantuviera hasta el momento de la muerte del otro miembro de la pareja. La ruptura de hecho de la convivencia (aún sin formalización de la crisis en documento público o reflejándola en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana) haría decaer el derecho sucesorio abintestato, con base en la pérdida de la "affectio". Podrían plantearse problemas de prueba paralelos a los que concurren, en ocasiones, respecto de los cónyuges separados de hecho⁴².

Al regular la sucesión intestada del conviviente de hecho, debe evitarse el escollo que puso de relieve la STC 93/2013, de 23 de abril, que declaró parcialmente inconstitucional la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra). La declaración de inconstitucionalidad no lo fue por falta de competencia⁴³ sino por no respetar la voluntad de las personas que establecen este tipo de relación de pareja y no un matrimonio, en conexión con el libre desarrollo de su personalidad (cfr. art. 10.1 CE), otorgándoles derechos (como los hereditarios) que ellos mismos no han querido asumir⁴⁴. A partir del

41 En el art. 97.III disponía: "A los efectos de lo previsto en los párrafos anteriores de este artículo, tendrá la consideración de conviviente en unión estable la persona no casada que haya mantenido con el causante una relación de pareja durante, al menos, cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento o que estuviera inscrita como pareja de hecho del causante en el Registro público correspondiente".

42 Ilustra estos problemas la STSJ Cataluña de 1 de abril de 2004, que citan DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 2^a ed., Marcial Pons, 2013, 371. Se discutía en ella el derecho a suceder abintestato de una viuda cuyo esposo causante se había ausentado del domicilio conyugal para vivir con su padre, tras un episodio de violencia de género, entretejido con problemas de alcoholismo, denunciado ante la policía, y que al mes se suicidó. El Tribunal concluye que la separación de hecho de los cónyuges, sea o no culpable, priva al viudo del derecho a la sucesión intestada, pero considera que, en el caso de autos, no se ha acreditado dado el breve espacio de tiempo transcurrido y las pruebas aportadas. ¿Quizá se buscaba una solución de justicia para que la mujer maltratada no perdiera el derecho a suceder abintestato? ¿Podría atenderse, "de lege ferenda", a estos casos con alguna regla especial cuando se acreditará la violencia, al menos mientras no hubiera divorcio?

43 Como sucedió con las leyes de la Comunidad Valenciana y Madrid declaradas inconstitucionales en este punto, por falta de competencia (SSTC 110/2016, de 9 de junio y 81/2013, de 11 de abril, respectivamente).

44 STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), relativa a la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, FJ 13. Interesan las observaciones relativas al art. 11.2 de la Ley enjuiciada: "(...) el apartado 2 modifica la ley 304.5 incluyendo a la pareja estable junto con el cónyuge viudo en el orden de llamamientos de la sucesión legal en bienes no troncales. (...) no se limitan a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo, sino que establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales y, en consecuencia, para acordar entre ellos los derechos

FJ 9º, “sensu contrario”, de la sentencia, puede interpretarse que tal vulneración del art. 10.1 CE no se dará si los derechos reconocidos (en este caso, sucesorios) no se atribuyen por la mera convivencia estable (como hacía la Ley navarra) sino tan solo en el caso de que la pareja haya formalizado su relación asumiendo el estatuto legal que le sea aplicable (p.e., en documento público o mediante su inscripción en el Registro administrativo “ad hoc”)⁴⁵.

Se reconocen derechos a los convivientes de hecho en la sucesión intestada en Cataluña⁴⁶, País Vasco⁴⁷, Galicia⁴⁸ e Islas Baleares⁴⁹.

que pueden corresponder a cada uno en la sucesión del otro. Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada *ex lege* a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja. Máxime cuando la Compilación de Derecho civil foral de Navarra ofrece una amplia regulación que permite instrumentar la sucesión de los integrantes de la pareja que, partiendo de la libertad de disposición declarada en la ley 149, cuentan con las opciones que les ofrecen las donaciones *mortis causa* (leyes 165 a 171), los pactos o contratos sucesorios regulados en el título IV del libro II o, finalmente, el testamento de hermandad a que se refieren las leyes 199 y siguientes. Por tal razón, los apartados 1 y 2 del art. 11, al desconocer la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable, incurrir en inconstitucionalidad por vulneración del art. 10.1 CE. Igual declaración ha de efectuarse en cuanto al apartado 3, por su directa conexión con aquéllos, ya que viene a establecer una consecuencia inherente a los derechos sucesorios reconocidos, que es la incapacidad para ser contador-partidor, debido al evidente conflicto de intereses existente”. BARCELÓ DOMÈNECH encuentra cuestionable la doctrina de esta sentencia, que el TC aplica tanto a normas dispositivas como imperativas, en las que se reconocen derechos patrimoniales a los convivientes de derecho equiparables a los de los cónyuges. Vistas las cosas desde otra perspectiva –dice este autor– proporcionar un mínimo contenido normativo de derechos y deberes a la parte más débil cuando no hay pacto formaría parte del orden público constitucional. Insiste en que hay principios en juego, más allá de la autonomía privada, como la solidaridad y la ayuda mutua y la igualdad entre convivientes que justificarían esa regulación y que estarían cumpliendo su función informadora. Además, en lo que a la CV se refiere, se trataría, en todo caso, de uniones inscritas en el Registro de uniones de hecho formalizadas “siendo los convivientes quienes libremente han decidido realizar una declaración expresa, inscribirse y someterse a la regulación de los derechos y deberes de la ley” (BARCELÓ DOMÈNECH, J.: “Las uniones de hecho en la Comunitat Valenciana: situación actual y propuestas de futura regulación de efectos civiles sustantivos”, en: AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir. por F. J. PALAO GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 104).

En la actualidad, la Ley 113 CDFCN, según redacción dada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, establece: “Derechos sucesorios. En caso de extinción de la pareja estable por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes, el sobreviviente solo tendrá los derechos sucesorios que se hubieran otorgado entre sí o por cualquiera de ellos en favor del otro, conjunta o separadamente, por testamento, pacto sucesorio, donación “*mortis causa*” y demás actos de disposición reconocidos en esta Compilación”.

45 Esta es la interpretación que defiende ESTRUCH, “Propuestas de regulación”, cit., pp. 305 ss.

46 Arts. 442-3 a 442-7 CCCataluña.

47 Arts. 111 y 112 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

48 Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, según redacción por Ley 10/2007 de 28 de junio. Equipara al matrimonio las relaciones “*more uxorio*” mantenidas con intención o vocación de permanencia, en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. Con esta expresión de voluntad pueden entenderse salvados los escollos a los que se aludía en la nota 45. En este sentido, ESTRUCH, “Propuestas de regulación”, cit., pp. 308-309. El Tribunal Constitucional no ha llegado a pronunciarse sobre posibles problemas de constitucionalidad de la DA tercera de la Ley gallega por falta de competencia para regular esta materia, pese a que llegaron a plantearse hasta tres cuestiones de constitucionalidad en este sentido por la sala de lo civil y penal del TSJ de Galicia; todas ellas fueron inadmitidas por inadecuada formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia –SSTC 75/2014, de 8 de mayo; 125/2014, de 21 de julio; y 127/2014, de 21 de julio–.

49 Art. 13 Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (BOE núm. 14, de 16.01.2002), que concede al conviviente que sobreviva al miembro de la pareja premuerto los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé para el cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada, como en la intestada.

En cualquier caso, no puede obviarse que la coherencia del sistema requeriría que esta misma equiparación entre conviviente de hecho y cónyuge alcanzara a la legítima y al derecho de predetracción del ajuar doméstico (aunque este último no sea un supuesto de sucesión "mortis causa" sino de "mortis causa capio", al igual que en el Código Civil). Esto, sin embargo, excedería de una ley de sucesión intestada y reduciría las posibilidades de que ésta pudiese prosperar en la acción por etapas que vengo defendiendo. Respecto del conviviente supérstite, ya se ha recordado que la STC 110/2016, de 9 de junio declaró inconstitucional gran parte de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la CV, negando la competencia para regular este aspecto, y declarando nulo el art. 12, que, además, regulaba la atribución del uso de la vivienda familiar durante un año tras el fallecimiento de la pareja.

- Parece razonable excluir el derecho a suceder abintestato del cónyuge viudo en caso de haberse iniciado un procedimiento de nulidad matrimonial, separación o divorcio⁵⁰, salvo que haya mediado reconciliación. Así lo hacen el art. 442-6 CCCataluña y el art. 531.I Código del Derecho Foral de Aragón. Y, en el Derecho balear, el art. 45 CDCIB, en cuanto a la legítima, en Mallorca, y el art. 84.2 CDCIB, respecto de la sucesión intestada en Ibiza y Formentera. También se contemplaba en el Borrador del Anteproyecto valenciano (art. 97.II). Estos supuestos son manifestación clara de una falta de "affectio". Además, considerando que el divorcio y la separación ya no son causales, cobran todo el sentido pues, aunque la acción se extinga por el fallecimiento, su éxito no hubiera dependido, de haber seguido el procedimiento, de qué se apreciara o no tal causa. En cuanto a los matrimonios de cortísima duración en que no haya transcurrido ni siquiera el plazo mínimo (tres meses –cfr. Arts. 81, 82, 86 y 87 CC–) para poder solicitar la separación o el divorcio, la misma falta de "affectio" justifica la regla, pudiendo, además, valer como prueba de la separación de hecho, con independencia de que los cónyuges hubieran seguido o no compartiendo la misma vivienda.

También debe excluirse el derecho a suceder abintestato de los cónyuges cuando se encuentren en situación de separación de hecho. Aunque podría valorarse la conveniencia o no de requerir, como hace, por ejemplo, el CDFA en su artículo 531.I, que la separación de hecho lo sea por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, mi opinión es que debería bastar con la mera separación de hecho, sujeta lógicamente a prueba, con base en la falta de "affectio" a la que nos venimos refiriendo.

- ¿Habría que extender la exclusión de los derechos sucesorios abintestato al supuesto de interposición por el causante de denuncia contra el cónyuge (o el conviviente de hecho) supérstite acusándolo de la comisión de algún delito? Si el

50 Así lo propone ESTRUCH: "Propuestas de regulación", cit., p. 317.

causante hubiera fallecido como consecuencia de violencia ejercida por el otro cónyuge o conviviente estaríamos ante un caso de indignidad sucesoria (que opera tanto en la sucesión testada como en la intestada y afecta a las legítimas). La mera denuncia no tiene este efecto porque no se ha llegado a probar si los hechos son ciertos o no, esto es, si ha existido o no la ofensa que se atribuye al denunciado. Pero quizá deba considerarse suficiente para excluir a éste de la sucesión intestada con fundamento en la falta de "affectio". Esta solución, probablemente, tiene más sentido que incluir la denuncia entre las causas de indignidad. En este sentido, parece muy sensato el argumento que desarrolla ESTRUCH con referencia a las distorsiones que podría producir contemplar la mera denuncia como causa de indignidad cuando se utilizara torticeramente, diferenciando la eventual existencia de ofensa (según se prueben o no los hechos aducidos en la denuncia) de la carencia de "affectio" que manifiesta la denuncia, que puede ser suficiente para excluir los derechos sucesorios abintestato⁵¹. Si prosperase una regla de este tipo, entiendo que la retirada de la denuncia debería enervar la pérdida de derechos sucesorios y que, aunque no se hubiera dado esta retirada debería contemplarse la posibilidad de probar la recuperación de la "affectio" antes del fallecimiento del causante. En cualquier caso, la solución respecto de estos últimos extremos puede ser especialmente delicada y dudosa en casos de delitos vinculados a la violencia doméstica en que puede haberse visto comprometida la libertad del denunciante.

- Debe suprimirse la diferencia de trato entre hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo. ESTRUCH⁵² destaca, con toda la razón, que va en contra de la línea de pensamiento actual que potencia las relaciones afectivas en materia de herencia y que también influye, por ejemplo, en la equiparación de la pareja de hecho al cónyuge. Estoy de acuerdo en que, ante la realidad social actual, no tiene sentido que la ley establezca tal discriminación; otra cosa es que el causante quiera distinguir entre hermanos en su testamento, si lo otorga, con base en el vínculo sencillo o doble o cualquier otra razón, dado que los hermanos no son legitimarios. Lo que parece difícilmente justificable es que la propia ley consagre una diferencia de trato con fundamento en una cuestionable presunta voluntad del causante y, mucho menos, con base en otros argumentos de los que suelen utilizarse para justificar los llamamientos en la sucesión intestada. La discriminación entre hermanos doble vínculo y de vínculo sencillo es más absurda si cabe si se tiene en cuenta que la mayoría de la doctrina –aunque la opinión no es unánime–

51 "Propuestas de regulación", cit., pp. 319-320. Este autor extiende la pérdida de derechos sucesorios abintestato a la denuncia de cualquier tipo de delito, incluso los de carácter patrimonial, aunque no exista separación de hecho.

52 "Propuestas de regulación", cit., pp. 315-316. El mismo autor advierte una posible inconstitucionalidad por chocar contra los artículos 39 y 14 CE, al diferenciar a los hermanos por su origen y hacer de peor condición a unos sobre otros, además de compadecerse mal con las actuales estructuras familiares. La importancia que históricamente se ha concedido a la sangre y a la generación –dice, con toda razón– se compadece mal con la realidad actual incluido el uso de las técnicas de reproducción asistida (a ello añadiría yo la adopción), por no hablar de la planificación y normalización de las familias reestructuradas con hijos procedentes de distintas relaciones que son cada vez más frecuentes.

considera que cuando concurren sólo sobrinos no se distingue según sean de doble vínculo o vínculo sencillo para establecer la parte en que cada uno sucede. El Código Civil de Cataluña también equipara a todos los hermanos, compartan uno o ambos progenitores (art. 442-10 CCC). Asimismo, esta es la solución en Navarra, tras la actualización efectuada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, (Ley 304.4 CDCFN). En cambio, el CDFA en su artículo 533-1 mantiene el derecho de los hermanos de doble vínculo a doble cuota que los de vínculo sencillo.

- En relación con la filiación adoptiva, el adoptado tiene iguales derechos que los parientes por consanguinidad, en la sucesión intestada, respecto de la familia adoptiva. Y como regla general se extingue el vínculo con la familia de origen, también en el terreno sucesorio. El artículo 178 CC contempla algunas excepciones o matices lógicos a esta quiebra de vínculo. También pueden encontrarse reglas específicas en el CCCataluña (arts. 443-2 a 443-4). Por su parte, el art. 95 del Borrador de Anteproyecto valenciano/2009 consideraba varios supuestos asociados con la relación temporal entre el momento de la delación y la formalización o la extinción de la adopción. Habría que plantearse la conveniencia de incluir alguna regla específica sobre sucesión intestada y adopción en la eventual ley valenciana de la que tratamos. Quizá valdría la pena, por razón de afecto y apoyo mutuo, permitir a los hermanos por naturaleza conservar el derecho a sucederse abintestato, aun cuando hubieran sido adoptados por familias diferentes, o uno de ellos permaneciera en la de origen, siempre que mantuvieran trato familiar.

- Por último, debe mantenerse el llamamiento a la Generalitat valenciana en última instancia, incorporando, a esta eventual Ley valenciana de sucesión intestada, la referencia expresa a que la herencia sea aceptada a beneficio de inventario previa declaración de heredero, de modo similar al art. 442-12 CCCataluña, o como hacía el Borrador de Anteproyecto valenciano (art. 101), e incluir también aquí la regulación del destino de los bienes⁵³. Por otra parte, no estaría de más incorporar, como antes adelantaba, una regla equivalente a la del art. 442-13.2 CCCataluña, sobre el destino preferente de las fincas urbanas heredadas por la Generalitat Valenciana o el precio obtenido de su venta, a la ejecución de políticas de vivienda social.

53 El Borrador de Anteproyecto/2009 le dedicaba el art. 101, intitolado "La sucesión intestada a favor de la Generalitat". Establecía: "Si la sucesión intestada a favor de los parientes de los órdenes, líneas y grados antes expresados no pudiere tener lugar, esta ley llama a la misma, en último lugar, a la Generalitat quien, previa declaración de heredero abintestato a su favor, se entenderá que acepta la herencia, en todo caso, a beneficio de inventario".

B) Orden de los llamamientos y derecho de representación.

A partir del sistema de líneas, órdenes y grados de parentesco propio del Código Civil, convendría plantearse el orden del llamamiento al cónyuge (o al conviviente de hecho), valorando anticiparlo al de los ascendientes. Así lo hacen el Derecho catalán, desde la ley de 25 de mayo de 1987 extendiéndolo al conviviente estable la ley 10/2008 (art. 442.3 CCCataluña); o la Ley de Derecho Civil Vasco, en cuanto a los bienes no troncales (arts. 112.2 y 114.1). En Navarra, superando la que venía siendo su tradición histórica, que lo posponía incluso a los hermanos, a partir de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, el cónyuge (que no haya quedado excluido del usufructo de viudedad conforme a la ley 254) pasa a ocupar la segunda posición, tras los descendientes, en la sucesión en bienes no troncales (Ley 304.2 CDCFN). El Preámbulo de esta Ley justifica la modificación, además de la equiparación, que también efectúa, de todos los hermanos con independencia de su vínculo doble o sencillo, en la medida en que el sistema “hasta ahora vigente no se correspondía con las sensibilidades y voluntades sociales reales ni obedecía a razones de igualdad y seguridad jurídica”. También era esta la opción del Borrador de Anteproyecto valenciano (art. 97)⁵⁴.

La doctrina está dividida al respecto. No puede ocultarse un dato sociológico que jugaría en favor de la mejora del puesto jerárquico del cónyuge viudo (o el conviviente supérstite) en la sucesión intestada. Basta pensar en la frecuencia con la que los causantes refuerzan la posición de su cónyuge cuando otorgan testamento, apurando todo lo posible la restricción que supone la legítima (es habitual, en la CV, el uso de la cautela socini, como atestigua la práctica notarial). También puede resultar interesante, a los efectos analizados, investigar la importancia cuantitativa de los casos en que aquéllos que comienzan como pareja de hecho acaban por contraer matrimonio por razones que tienen que ver con la decisión de tener hijos o de asegurar los derechos sucesorios de la pareja.

Como la propuesta se ciñe a la eventual formulación de una ley de sucesión intestada, no entraré de lleno en cuestiones que afectan a la legítima, aunque no me resisto a realizar algún apunte. Las mismas razones que sustentan la conveniencia de anticipar la posición del cónyuge anteponiéndola a la de los ascendientes podrían acaso suscitar una reflexión sobre la posible supresión de la legítima de los ascendientes o su sustitución por un derecho de alimentos a cargo de la herencia. Si no se quiere llegar a esto, el simple hecho de intercambiar el orden de estos llamamientos sería, al menos, un motivo para replantearse la cuantía de las legítimas.

54 Lo defiende ESTRUCH, “Propuestas de regulación”, cit., p. 316, en su análisis prospectivo sobre un Derecho valenciano posible en materia de sucesión intestada.

C) Otras cuestiones.

El Código Civil y también el Código Civil de Cataluña (arts. 441-3 y 441-4) regulan el parentesco en sede de sucesión intestada. Este último, siguiendo las mismas reglas que el primero. A los redactores de la propuesta de una Ley valenciana de sucesión intestada se les planteará la siguiente disyuntiva: incluir o no la regulación del parentesco. Si optaran por la primera posibilidad, deberían reproducir las normas del Código Civil y no volver al sistema de cómputo propio de *Furs* que, a diferencia del anterior, de origen romano, acogía el sistema canónico, recogido en el Decreto de Graciano e inspirado en la parentela germánica⁵⁵. A favor de no incluir la regulación del parentesco en la Ley valenciana de sucesión intestada jugaría la circunstancia de que aquél también puede tener efectos en otras sedes distintas a la sucesión intestada o incluso la herencia, en general. Quizá, por ello, convendría obviar, al menos de momento, estas reglas en la Ley valenciana y seguir aplicando la regulación del Código Civil, más teniendo en cuenta que el contenido iba a ser el mismo. Esta última fue la solución que se adoptó finalmente en Aragón⁵⁶. El Borrador de Anteproyecto valenciano/2009, con vocación de completitud, regulaba esta cuestión en los arts. 91 (“La ordenación del parentesco”) y 92 (“La proximidad del parentesco”).

En cuanto al régimen sustantivo del derecho de representación, sería partidaria de mantener el del Código Civil, corrigiendo, eso sí, la desafortunada dicción del artículo 924 CC. Además, también opera en sede de legítimas; legítimas que en principio y de momento no quedarían reguladas en esta ley valenciana, por lo que la postura conservadora es la más adecuada.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Muchas veces se ha subrayado el carácter de la familia como centro asistencial. Escribió HATTENHAUER⁵⁷ con bellas palabras que “la transmisión hereditaria es la forma última de crianza”. Pero también advertía que de ello no puede deducirse la necesidad natural del derecho a la herencia pues en teoría pueden proyectarse y en la práctica funcionan ordenamientos jurídicos que salen adelante sin la existencia de un derecho hereditario. No debe pues escandalizar que una propuesta moderna de legislación sucesoria potencie la libertad del causante en detrimento del reconocimiento “ex lege” de derechos a los familiares. Además, esa “crianza” a la que aludía el alemán, o el cuidado o desvelo por los hijos o por

55 Descrito en PALAO GIL, F. J.: “El derecho civil foral valenciano...”, cit., pp. 61-62.

56 Sobre los antecedentes de la regulación de la cuestión en el Código del Derecho Foral de Aragón, puede verse, por todos: BAYOD LÓPEZ, M^o del C., “La sucesión intestada en Aragón”, en *Tratado de derecho de sucesiones, T. II* (dir. por M^o del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coord. Por J. SOLÉ RESINA), Thomson Reuters-Civitas, 2016, pp. 109-111.

57 HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 171.

los familiares cercanos, puede lograrse por otras vías, cada vez más utilizadas en la práctica. No me refiero a instituciones, como puede ser la obligación de alimentos, sino más bien a técnicas de cariz económico-jurídico. En este sentido muchos autores –entre ellos, el propio HATTENHAUER y muchos civilistas actuales– subrayan cómo la aparición de nuevos métodos de inversión, ahorro y acumulación de riqueza (seguros de vida, fondos de pensiones o fondos de inversión) compiten con los testamentos privándoles de la exclusividad de la redistribución “mortis causa”, por no hablar de las sucesiones anticipadas mediante transferencias entre vivos o la utilización de fórmulas societarias para encauzar el patrimonio más allá del derecho sucesorio⁵⁸.

Esta circunstancia junto con los datos sociológicos subrayados en páginas anteriores relacionados con la longevidad, la tasa de fecundidad, la extensión de las parejas de hecho, el incremento de las separaciones y divorcios, la realidad creciente de las familias monoparentales, o de las familias reestructuradas con hijos procedentes de distintas relaciones, la evolución de los roles de género, con acceso de la mujer al mundo laboral y su consiguiente independencia económica, entre otras, exigen el diseño de un Derecho sucesorio moderno, tarea en la que resulta fundamental el papel de los parlamentos autonómicos. Hay dos objetivos rectores que deben guiar este diseño –también cuando se acometa desde la Comunitat Valenciana–. Son estos evitar la litigiosidad y buscar la adaptación a la realidad social actual.

En la estrategia propuesta en estas páginas se ha sugerido la conveniencia de emprender un camino que pase por distintas etapas. Tras formular unas normas concretas, modificando a tal efecto la Ley de Patrimonio de la Generalitat valenciana, llegaría el momento de promulgar una ley valenciana de sucesión intestada antes de emprender tareas más ambiciosas, como la de redefinir el sistema de legítimas o incidir en la sucesión testada. De este modo, mientras se sigue dando batalla por la justa recuperación del derecho a legislar en materia civil –atajada hasta ahora–, sin perder un paso del camino andado, debe explorarse las posibilidades de ampliar las normas sucesorias valencianas, por conexión con el régimen que se ha expuesto en el epígrafe II.

La estructura de esta Ley valenciana de sucesión intestada, cuyo contenido he intentado esbozar a mano alzada mediante unos trazos básicos que al menos presenten su posible silueta, podría combinar un capítulo de disposiciones generales y otros articulados en torno al orden de llamamientos. En cuanto a la denominación de la ley, téngase en cuenta que, si en el futuro se prevé redactar una Ley integral de sucesiones, en la cual quepa el llamamiento mediante contrato

58 En esta línea, VERDERA SERVER, R.: *Contra la legítima*, cit., p. 130, que completa esta idea, con cita de VAQUER ALOY, señalando que para las clases medias la transmisión de riqueza se centra en la inversión en conocimiento y formación en vida tanto de los progenitores como de los hijos.

sucesorio junto al testamentario, acaso convenga evitar las denominaciones de sucesión intestada o abintestato y optar por la de Ley de sucesión legal. Así lo hace, por ejemplo, el Código de Derecho Foral de Aragón y no parece mala opción.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Curso de Derecho Civil Valenciano* (coord. C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA), Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

APARICIO PÉREZ, M. A.: "Algunas consideraciones sobre la Justicia Constitucional y el Poder Judicial", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, 4, 944.

AROZAMENA SIERRA, J.: "Valor de la jurisprudencia constitucional", Separata de *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de estudios fiscales, Madrid, 1979.

BADENAS CARPIO, J.M.: "Arròs melós de bou de mar. Una propuesta de anteproyecto de ley de sucesión de las empresas familiares valencianas", *Revista valenciana d'estudis autonòmic*, núm. 60, 1, 2015 (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje a Vicente L. Simó Santonja), pp. 256-269.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *El recurso de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADIA, M. D., "La legitimidad y el mestizaje de los llamamientos testamentarios", en AA.VV.: *Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* (coord. por F. GONZÁLEZ CASTILLA y R. MARIMÓN DURÁ), 2010, pp. 1015-1056.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Las uniones De hecho en la Comunitat Valenciana: situación actual y propuestas de futura regulación de efectos civiles sustantivos", en AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir. por F. J. PALAO GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 99-114.

- "Aprobación del Decreto 20/2019, de 15 de febrero, del Consell, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de expedientes de herencias intestadas a favor de la Generalitat", *IDIBE, Tribuna*, 3 de abril de 2019. Consultado el 15/04/2024 en: <https://idibe.org/tribuna/aprobacion-del-decreto-202019-15-febrero-del-consell-se-regula-procedimiento-la-tramitacion-expedientes-herencias-intestadas-favor-la-generalitat/>

BAYOD LÓPEZ, M^a del C., "La sucesión intestada en Aragón", en *Tratado de derecho de sucesiones, T. II* (dir. por M^a del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coord. por J. SOLÉ RESINA), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 103-173.

BAYONA DE PEROGORDO, J.J.: "Comentario al art. 50 del Estatuto", en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (dir. por R. Martín Mateo), Madrid, 1985, pp. 508 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Alto al derecho civil valenciano", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 7, pp. 23-26;

BERENGUER SABATÉ, R.: "Título IV. La sucesión intestada", en *Sucesiones. Libro IV del Código Civil de Cataluña* (coord. general, E. ROCA TRÍAS, coord. vol. LI. LLOU MIRANBENT, Sepín, 2011.

BLASCO GASCÓ, F. de P.: "Revisión del sistema testamentario", en: AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir. por F. J. PALAO GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 259-288.

- "Comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas del Tribunal Constitucional sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil valenciano (o el artificio de cómo reconocerte todo y no darte nada)", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2017, núm. 61, pp. 5-29.

BLASCO GASCÓ, F. de P. y CLEMENTE MEORO, M. E., "La sucesión intestada a favor de la Generalitat Valenciana y la condición jurídica de valenciano", en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, T.I, Universitat de València, 1989, pp. 117-139.

BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

- "Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional", en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (coord. por S. MARTÍN-RETORTILLO), vol I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 509-536.

CLEMENTE MEORO, M., "La sucesión intestada en favor de la Generalitat Valenciana y la condición jurídica de valenciano", en AA.VV.: *Libro en recuerdo a la profesora Silvia Romeu*, vol. I, Valencia, 1989, pp. 117 y ss.

DE LOS MOZOS, J. L.: *La sucesión abintestato a favor del Estado*, Madrid, 1965.

- "La sucesión abintestato a favor del Estado", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1965, pp. 393-434.

DE MIGUEL MOLINA, M., SEGARRA OÑA, M. V., DE MIGUEL MOLINA, B.: "La sucesión en la empresa familiar valenciana", *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 8, 2010, pp. 1695-6311.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, pp. 111-162.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Marcial Pons, 2013.

DOMINGUEZ CALATAYUD, V.: "Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones", *Lunes 4,30. Revista de asuntos registrales*, núm. 482, 2010, pp. 39-73.

- "Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones. Alcance y modo de ejercicio de la Competencia Legislativa de la Generalitat sobre el Derecho Foral Civil Valenciano, una reflexión sobre el trabajo del profesor Vicente Montes en la obra colectiva «Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana»", *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 53, 2009, pp. 133-181.

DURBÁN MARTÍN, I.: *El derecho civil valenciano en el marco estatutario y constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ESTRUCH ESTRUCH, J.: "Propuestas de regulación de la sucesión intestada para un derecho civil valenciano", en: AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir. Por F. J. PALAO GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 289-325.

EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª A.: "Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2013, núm. 5, pp. 1-39.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "Presente y futuro del Derecho Civil español en clave de competencias normativas", *Revista de Derecho Civil*, 2017, IV-3, pp. 1-33.

HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987.

HIDALGO GARCÍA, S., *La sucesión por el Estado. El derecho de las instituciones de interés general y de algunas Comunidades Autónomas*, Barcelona, 1995.

JIMÉNEZ CAMPO, J. (1997), "Qué hacer con la Ley inconstitucional", en AA.VV.: *La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Constitucional*, TC/CEC, Madrid, pp. 15-79.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "La sucesión intestada a favor de la Generalitat Valenciana", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado valenciano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 191-218.

- "Sucesión intestada a favor de la Generalitat Valenciana", *REDCV. Estudios*. Consultado el 15/04/2024 en: <http://derechocivilvalenciano.com/estudios/derecho-de-sucesiones/item/192-sucesion-intestada-en-favor-de-la-generalitat>

MARZAL RODRÍGUEZ, P.: "El Derecho hereditario valenciano. Análisis de sus peculiaridades durante el período foral", *REDCV. Estudios*. Consultado el 15/04/2024 en: <http://derechocivilvalenciano.com/estudios/introduccion-al-derecho-foral-y-al-derecho-civil-valenciano/item/169-el-derecho-hereditario-valenciano>

- *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Universidad de Valencia, Col.lecció Oberta, Valencia, 1998.

MAS BADIA, M. D.: "El Alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas", *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, pp. 317-386.

- "Luces y sombras de la Ley del Régimen Económico Matrimonial Valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad," *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, 2016, núm. 20 (2). Disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/20-segundo-semester-2016>

- "Valencia: Sucesiones", en AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre Civil Foral. Familia y Sucesiones*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 1175-1180.

MOLINER NAVARRO, R.: "El razonable ejercicio de la competencia por parte del legislador valenciano en materia de derecho civil: las tres primeras leyes civiles forales", en AA.VV.: *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de derecho civil. Bases históricas y normativas*, Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 217-380.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "El derecho foral valenciano (un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de derecho civil)", en AA.VV.: *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (dir. J. M. BAÑO), 2007, Civitas-Thomson, Cizur Menor, pp. 261-322.

NAVAS NAVARRO, S.: *La herencia a favor del Estado*, Madrid, 1996.

PALAO GIL, F. J.: "El derecho civil foral valenciano: instituciones históricas del derecho de familia y de sucesiones", en AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir. por F. J. PALAO GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 37-73.

- "We cannot turn the clock back: rigidez constitucional, formalismo jurídico y derecho civil valenciano", *Derecho Privado y Constitución*, 2017, núm. 31, pp. 163-216.

“La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del derecho civil valenciano”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coords. F. BASCO et al.), vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1.885-1.903.

RIPOLL SOLER, A., “¿Hacia una Legislación Civil Valenciana?. Derecho de Sucesiones”, *El Notario del S. XXI*, ENSXXI, N° 29, enero - febrero 2010. Consultado el 15/04/2024 en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-29/1343-hacia-una-legislacion-civil-valenciana-derecho-de-sucesiones-0-9113968311915145>).

RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M.: “La jurisdicción constitucional”, en AA.VV.: *La Constitución Española de 1978* (dir. por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Civitas, Madrid, pp. 831-886.

SALVADOR CODERCH, P.: “Comentari al article 248”, en *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1987, pp. 676 y ss.

- “Prólogo de la edición española”, en HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 7-9.

SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Lectura constitucional del artículo 149.1.8.ª de la Constitución (sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materias de derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VERDERA SERVER, R.: *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

- “Una revisión del sistema legitimario”, en AA.VV.: *Un derecho civil valenciano posible: propuestas legislativas y proyección de futuro* (dir. por F. J. PALAO GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 219-257.

- “Incidencia de la costumbre en el derecho civil valenciano”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil Valenciano* (coord. por C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA), 2000, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, pp. 305-324).

VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, 8 (2), pp. 330-347.



LA TRANSMISIÓN POR CAUSA DE MUERTE DEL
PATRIMONIO DIGITAL

TRANSFER ON DEATH OF DIGITAL ASSETS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 642-661



Carlos
PALANCO
CÁRDENAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: En la actualidad se hace un uso intensivo de internet y de todas las herramientas que este es capaz de ofrecer. De esta forma podemos observar que la mayoría de los ciudadanos ya acostumbran, en el ámbito profesional o personal, al uso y la gestión de sus bienes digitales. Este trabajo se centrará en tratar de dilucidar qué ocurre con el destino de dichos bienes tras la muerte de su titular. Por ello, analizaremos el régimen jurídico de esta particularidad del derecho sucesorio, así como los sujetos legitimados para acceder y gestionar este tipo de bienes y las instrucciones que puede otorgar el finado respecto a los mismos.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio digital; bienes digitales; albacea digital; transmisión mortis causa; herencia; últimas voluntades.

ABSTRACT: *Nowadays, intensive use is made of the Internet and all the tools it can offer. In this way, we can observe that most citizens are already accustomed, in the professional or personal sphere, to the use and management of their digital assets. This paper will focus on trying to elucidate what happens to the fate of such assets after the death of their owner. For this reason, we will analyse the legal regime of this particular feature of inheritance law, as well as the parties entitled to access and manage this type of assets and the instructions that the deceased may give regarding them.*

KEY WORDS: *Digital estate; digital assets; digital executor; transmission mortis causa; inheritance; last will.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL PATRIMONIO DIGITAL.- 1. El contexto jurídico internacional.- 2. El contexto jurídico nacional.- A) La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.- B) La Carta Española de Derechos Digitales.- C) Cataluña.- III. LA DELIMITACIÓN DEL PATRIMONIO DIGITAL. CONCEPTO Y TIPOS.- IV. LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA EL ACCESO Y GESTIÓN DEL PATRIMONIO DIGITAL.- 1. Las designaciones de los sujetos legitimados.- 2. La figura del albacea digital. 3. La prueba.- V. EL TESTAMENTO DIGITAL. -VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Actualmente, cuando hablamos de herencia concebimos, aparentemente, un concepto decimonónico que ha resistido de forma inalterable el decurso del tiempo sin padecer ostensibles cambios, ya que este negocio jurídico, por mucho tiempo, se ha circunscrito grosso modo a la sucesión del patrimonio compuesto por bienes tangibles o intangibles que solo pueden traducirse por su valor económico (como podrían ser los bienes inmuebles, los muebles, el dinero o bienes de carácter intelectual o moral entre otros). La realidad es que el catálogo de bienes que integran, actualmente, el patrimonio heredable ha sufrido notables transformaciones a resultas de la revolución tecnológica, que ha provocado que los ciudadanos generen, diariamente, un sinnúmero de bienes digitales y relaciones jurídicas que se encuentran albergadas en internet y cuya transmisión post mortem va a generar multitud de cuestiones jurídicas que han de resolverse en un contexto legislativo preparado para ello.

En España aún conviven diversas generaciones, desde los que fueron testigos de la guerra civil española, que se han visto forzados a adaptarse al galopante avance del desarrollo tecnológico hasta la conocida generación Z o postmillennial, para quienes el uso de la tecnología se encuentra completamente agregada a sus vidas.

El hecho sustantivo es que internet se ha convertido en una herramienta omnipresente en nuestras vidas. La mayoría de los ciudadanos hace un uso intensivo de este y de todas aquellas herramientas que puede llegar a ofrecer. ¿Suele pensar el individuo acerca del destino de su patrimonio digital cuando este fallezca? La respuesta general es que no, que probablemente no hayan considerado sobre que con solo acceder a una página web ya está dejando rastro digital. A mayor abundamiento, si contemplamos la creación de perfiles en redes sociales, almacenamiento de contenido multimedia como vídeos o fotografías en plataformas, cuentas bancarias y saldos para la gestión de pagos online, etc. Ciertamente mucho dista los tiempos actuales de épocas anteriores, donde la

• **Carlos Palanco Cárdenas**

Doctorando en Derecho Civil, Universidad de Sevilla, Correo electrónico: cpalancocardenas@gmail.com

transmisión de ciertos bienes como documentos y fotografías en papel se podían fácilmente tanto transmitir como destruir, circunstancia que no ocurre con tanta vehemencia en el patrimonio digital.

Respecto a la regulación normativa de la transmisión del patrimonio digital por causa de muerte tan solo encontramos una ley que parece aportar más cuestiones e interrogantes que posibles soluciones, probablemente motivado por una falta de reflexión por parte del legislador en una materia tan sumamente compleja y trascendente como lo es el derecho de sucesiones. Hablamos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, la cual regula paralelamente en sus artículos 3 y 96 los datos de las personas fallecidas y el erróneamente concebido como derecho al testamento digital.

Por tanto, nos encontramos ante un escenario de indudable complejidad y suma importancia para el que debe crearse un marco legislativo hecho a medida en aras de atender a una demanda creciente de la sociedad. Debemos considerar que estamos ante un reto que, además, presenta una heterogénea transversalidad en cuanto a las materias que comprende ya que se integran aspectos de índole constitucional, derecho sucesorio, contractual, administrativo, intimidad, honor y propia imagen.

Definitivamente, reside en los juristas la responsabilidad de hacer un exhaustivo análisis de la realidad a la que nos enfrentamos, acentuando la necesidad que la sociedad actualmente presenta y ofreciendo posibles soluciones al escenario jurídico que plantea la transmisión por sucesión del patrimonio digital. Y, por último, es obligación del legislador propiciar una disposición normativa capaz de dar respuesta a los problemas que hoy día se plantean y ofrecer seguridad jurídica al conjunto de los ciudadanos españoles.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL PATRIMONIO DIGITAL.

I. El contexto jurídico internacional.

En Estados Unidos, como en el resto de los países, no estaba definida la figura del fiduciario o el legitimado para el acceso al patrimonio digital del finado. La normativa existente, por entonces, distaba mucho en relación al patrimonio digital, los derechos del fiduciario o la categoría de activos. Por tanto, ante el silencio y la falta de una regulación normativa apropiada, se comenzó a dilatar progresivamente la necesidad de proporcionar un enfoque de certidumbre y seguridad jurídica que permitiera a los tribunales, proveedores de servicios de internet y a los propios interesados que se les dotara de cierta previsibilidad.

De esta forma nace la “Uniform Law Commission” en el año 2011, organismo que se encargó de promulgar la “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act” (UFADAA). Una ley que surge con una clara vocación de proporcionar unas reglas claras y uniformes relativas al poder de disposición que tienen los individuos sobre sus activos digitales, incluso para después de su muerte. Ahora bien, también contempla los supuestos de falta de disposición sobre el destino de los activos digitales una vez fallecido su titular. El derecho acceso y gestión que tienen los legitimados respecto al patrimonio digital del causante queda completamente limitado al ejercicio de las obligaciones inherentes a la posición que ostenta (vgr. el fiduciario podrá acceder a la cuenta de correo electrónico o a una obra inédita almacenada en una plataforma online pero no podrá en ningún momento copiar y distribuir dicho contenido).

La UFADAA fue objeto de reforma en el año 2015 y dio como resultado la “Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act” (RUFADAA) que, a diferencia de su predecesora, este nuevo modelo normativo protege especialmente el acceso a las comunicaciones electrónicas cuando no ha existido un consentimiento expreso por el causante. Además, los fiduciarios podrán tener acceso a patrimonio digital siempre que no haya sido prohibido expresamente por el usuario, extremo similar a la contemplado en nuestro propio ordenamiento jurídico.

El objetivo que sigue esta ley es permitir el acceso a los legitimados respetando la privacidad y el deseo de su titular, tratando que los fiduciarios puedan administrar el patrimonio digital en el marco de sus responsabilidades.

En la Unión Europea el legislador ha querido trasladar a los Estados Miembros la responsabilidad de crear un marco normativo apropiado en materia de protección de datos de las personas fallecidas². Así se observa en el considerando 27 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, donde se establece que el citado Reglamento no se va a aplicar en materia de protección de datos personales de personas fallecidas. Asimismo, los distintos Estados serán competentes para crear sus propias normas sobre el tratamiento de datos del causante. La razón fundamental de la transferencia de este cometido puede deberse a que estamos ante una materia que genera especial sensibilidad en cuanto a su complejidad y por la pluralidad de tradiciones jurídicas que podrían

1 MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la ley modelo americana sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, núm. 15, pp. 7-24.

2 CURCULL POBLET, T.: “La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)”, *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm. 2, pp. 313-338.

estar involucradas, por lo que parece razonable que sean los propios Estados los que decidan el contenido del cuerpo legal en este ámbito³.

Existen algunos países de la Unión Europea que han optado por un modelo similar al español como es supuesto de Italia donde siempre han concebido la idea de preservación de los derechos digitales más allá de la muerte para los herederos, parientes y demás personas legitimadas. Su normativa estatal, concretamente el Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018, nº 101 (fruto de adaptarse a los establecido en el Reglamento (UE) 2016/679) y el Decreto Legislativo de 30 de junio de 2003, viene a recoger que los mandatarios designados expresamente por el causante, así como los demás legitimados que posean un interés propio, ya sean por razones familiares u otra causa, puedan ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación y portabilidad de los datos personales, salvo prohibición expresa del finado.

Por su parte, Portugal, en la Ley 58/2009 de 8 de agosto, relativa a la protección de personas físicas respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos, establece que las personas legitimadas para acceder a los activos digitales son aquellos expresamente designados por el titular de los datos o los herederos en su defecto.

Sin embargo, Francia, que además fue uno de los primeros países europeos en adaptar su normativa interna al Reglamento, plantea un modelo distinto a los anteriormente expuestos y lo hace en la Ley nº 2016-1321 de 7 de octubre de 2016, para una República Digital. Esta ley se centra en los datos personales del fallecido, omitiendo una referencia expresa a los bienes digitales, creando cierto desconcierto en los supuestos de activos digitales que no sean propiamente datos personales. El ordenamiento jurídico francés parte de la base que los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición se extinguen a la muerte del titular. No obstante, el causante podrá decidir acerca del destino de sus datos personales, así como nombrar a una persona para realizar el ejercicio de las últimas disposiciones del finado. Si nada hubiere dispuesto el titular de los datos serán los herederos quienes estarán facultados para llevar a cabo las encomiendas relativas a la organización y sucesión en relación a la liquidación y la partición hereditaria⁴.

3 Cfr. AMÉRICO ALONSO, J.: "La tramitación administrativa del anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal" en AA.VV.: *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos, adaptado al Proyecto de Ley orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, (coord. por J. LÓPEZ CALVO y J. AMÉRIGO ALONSO), Wolters Kluwer España, 2018, pp. 39-68.

4 CÁMARA LAPUENTE, S.: "La sucesión mortis causa en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, 2019, vol. 59, pp. 377-432.

2. El contexto jurídico nacional.

A) La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

Actualmente, en España, la transmisión del patrimonio digital por causa de muerte se regula en la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPD, en adelante), que nace como resultado de armonizar nuestro ordenamiento jurídico nacional al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y lo hace en dos artículos muy separados entre sí. Por un lado, el art. 3 que versa sobre “los datos de las personas fallecidas” y, por otro lado, el art. 96 bajo el título de “derecho al testamento digital”.

Respecto a esta última denominación cabe brevemente mencionar que resulta errónea por cuanto el testamento se somete al cumplimiento de unos requisitos formales cuya inobservancia daría lugar a su invalidez. Así, el testamento puede ser de dos tipos de conformidad a lo dispuesto en el art. 676 y siguientes del Código Civil: común, entre los que se enmarca el testamento ológrafo, abierto y cerrado, o especial, donde se encuentran el testamento militar, marítimo y el hecho en país extranjero. Por tanto, la referencia de “digital” hace pensar que existe un tipo testamento distinto a los anteriormente mencionados, cuando en la actualidad esto no está contemplado en el ordenamiento jurídico español⁵.

En virtud de estos preceptos, las personas que mantenga con el causante un vínculo por razón familiar o de hecho, así como los herederos, salvo prohibición expresa⁶, están legitimados para “acceder”, “rectificar” o, incluso, “suprimir” los datos personales y los contenidos digitales gestionados por la sociedad de información, pudiendo en este último caso ejercer instrucciones sobre su utilización o destino. Asimismo, se contempla los casos relativos a los menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de medidas de apoyo, cuyas facultades podrán ser ejercidas por sus representantes legales, el Ministerio Fiscal que actuará de oficio o a instancia de parte y, en el caso de los discapacitados, las funciones serán realizadas por las personas designadas para el ejercicio de las acciones de apoyo. Por tanto, cabría afirmar que este conjunto de derechos que tienen los legitimados se asemeja bastante a los derechos ARCO⁷ que tenía el titular de los datos personales y bienes digitales antes de fallecer.

5 OTERO CRESPO, M.: “Las disposiciones post mortem sobre el llamado patrimonio digital. Una primera aproximación desde el sistema plurilegislativo español” en AA.VV.: *Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2019*, (coord. A. Gonçalves, L. Coelho, M. J. Lourenço, A. LOPES y T. BRANCO), Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, pp. 1-10.

6 Esta prohibición expresa será sin perjuicio del derecho que asiste a los herederos a acceder a los datos que tengan contenido patrimonial y cuyo conocimiento resulte necesario para la efectiva partición hereditaria, tales como el acceso a determinadas claves.

7 Se trata de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que una persona física tiene respecto a sus propios datos personales.

Mención especial merece el art. 96 ya que introduce de forma novedosa la figura del albacea digital dentro del amplio elenco de legitimados, como ya desarrollaremos posteriormente.

B) *La Carta Española de Derechos Digitales.*

En el año 2021 el Gobierno de España presentó la Carta de los Derechos Digitales, un documento que, aunque se manifiesta como una mera declaración de derechos sin efectos jurídicos, promete ser un primer paso en la creación de un marco jurídico que permita garantizar y dotar de seguridad jurídica la transmisión por causa de muerte del patrimonio digital.

El apartado VII del Capítulo I de la Carta reconoce el “Derecho a la herencia digital”⁸ respecto de los bienes y derechos del entorno digital que fuera titular la persona fallecida. En este sentido, el legislador tendrá que determinar el conjunto de bienes y derechos digitales, con carácter patrimonial, susceptible de formar parte de la herencia, así como señalar aquellos que formen parte de la personalidad del sujeto y, por tanto, puedan ser objeto de defensa, memoria y preservación. También se recoge que la ley deberá determinar los supuestos en los que proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad.

Esta Carta, como ya veníamos anticipando, aunque no tenga carácter normativo trata de reconocer los principales retos que plantea la aplicación e interpretación que supone la adaptación del Derecho a la era digital para así proponer un marco normativo apropiado con capacidad de proporcionar una respuesta al contexto actual.

C) *Cataluña.*

La autonómica Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña fue pionera en España en dotar de contenido jurídico la transmisión por sucesión del patrimonio digital. Esta ley, como desarrolla su propio preámbulo, supo reconocer las necesidades y oportunidades que ha generado la era digital en el individuo, considerando las importantes carencias que el ordenamiento jurídico nacional presentaba en cuanto a su regulación.

Uno de los aspectos que caracteriza esta ley autonómica es la posibilidad que ofrece de disponer las últimas voluntades mediante el testamento notarial, el codicilo o las memorias testamentarias. Igualmente, el instrumento que determine las últimas voluntades del causante deberá fijar la forma de actuación de los

8 La Moncloa (2021). Carta derechos digitales. Recuperado el 19 de diciembre de 2023, de: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

legitimados ante los prestadores de servicios. Entre las acciones que estos pueden acometer se encuentra la comunicación del fallecimiento del titular, la solicitud de la cancelación de las cuentas que se encuentren activas, así como solicitar la ejecución de las cláusulas relativas a los supuestos de fallecimiento y, si procediese, copia de los archivos depositados en los servidores.

Ahora bien, a diferencia de la ley nacional, en Cataluña se dispone que, salvo que lo haya autorizado expresamente el causante en vida o en virtud de autorización judicial, el executor no podrá acceder ni al patrimonio digital ni a las cuentas. Por tanto, se descarta una genérica habilitación de personas próximas al causante que deriva en un amplísimo elenco de legitimados y se opta por una opción más restrictiva en el que prima la designación expresa de una persona de confianza.

Esta ley fue recurrida por la Abogacía del Estado en algunos de sus preceptos, concretamente aquellos que desarrollaban la creación de un Registro autonómico de voluntades digitales, al considerar que invadía la competencia exclusiva del Estado⁹ en la ordenación de los registros e instrumentos públicos del art. 149.1.8° CE.

Como ya se ha observado, en la legislación nacional de Estados Unidos y Francia, así como también ocurre en la normativa autonómica de Cataluña, se parte de una base distinta ya que prima la voluntad del causante, la cual, en caso de no manifestarse no es presumida por la ley, dando lugar a un acceso limitado de los fiduciarios a determinados datos personales con objeto de liquidar la herencia cuando no exista una voluntad expresa del titular de los datos personales y bienes digitales¹⁰.

III. LA DELIMITACIÓN DEL PATRIMONIO DIGITAL. CONCEPTO Y TIPOS.

La doctrina norteamericana concibe por primera vez el término de “digital assets” para hacer referencia a todos aquellos bienes de carácter digital que se encuentran almacenados en plataformas online. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español no encontramos una definición precisa acerca de este concepto y lo único que ofrece es una ligera intuición acerca de lo que podemos entender por patrimonio digital, deduciendo del propio art. 96.I LOPD que son aquellos bienes directamente gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de información. No obstante, podríamos concretar que los bienes digitales son entes metajurídicos de naturaleza informática, individualizables, con valor económico

9 PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: La competencia exclusiva del estado sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos. Algunas reflexiones tras la STS 7/2019, de 17 de enero, sobre el registro electrónico de voluntades digitales de Cataluña, *Derecho Privado y constitución*, núm. 35, pp. 87-123.

10 CÁMARA LAPUENTE, S.: “La sucesión”, cit., pp. 391-391.

y relevantes jurídicamente¹¹. Este concepto se diferencia de los denominados “contenidos digitales”, que son todos aquellos datos que han sido producidos y suministrados en formato digital, cuya definición la encontramos en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, de 25 de octubre de 2011.

Por tanto, los bienes digitales comprenden toda información o contenido de carácter digital que se encuentre almacenado en la nube. Esto genera un indeterminado catálogo de entes que pueden incluirse en el amplio concepto de “bien digital”, entre los que se encontrarían los perfiles creados en redes sociales personales o profesionales tales como Instagram o LinkedIn, los correos electrónicos que se localizan en cuentas de Gmail o Outlook, los archivos multimedia (documentos, imágenes o vídeos) almacenados en plataformas tales como OneDrive o Dropbox, las relaciones contractuales suscritas con proveedores de servicios en línea en plataformas como serían Netflix o Amazon, las operaciones comerciales electrónicas no perfeccionadas, a falta de la entrega de la cosa objeto del negocio jurídico, y las cuentas con saldo online como ocurre con los pagos en línea o las criptomonedas¹².

Mención especial merecen las cuentas, ya que estas en realidad son relaciones contractuales entre el usuario y el prestador de servicios, cuyas condiciones quedan sujetas a las cláusulas generales impuestas por la entidad mercantil. Cabe destacar que las cuentas no son un bien digital como tal, sino un sistema de reconocimiento que permite al titular del perfil acceder de forma personalizada¹³. Los contenidos que las mismas albergan pueden ser bien proporcionados por la propia plataforma (vgr. en el caso de los libros digitales o la música) o bien pueden ser creados por el propio usuario (vgr. los mensajes de correo electrónico, fotos personales o comentarios). En este sentido, resultará fundamental diferenciar los bienes digitales que tienen carácter patrimonial, ya que presentan un valor económico determinado, de aquellos que tienen un alto valor sentimental para su propietario y, por tanto, merece protección jurídica pero que, sin embargo, no tienen carácter patrimonial.

A este respecto, el art. 659 CC establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de la persona que no se extinguen en el momento de su muerte. Estos bienes que integran la herencia son, por propia

11 CASTILLO PARRILLA, J.A.: “Bienes digitales. Una propuesta de concepto” en AA.VV.: *Bienes digitales. Una necesidad Europea* (coord. por J.A. CASTILLO PARRILLA), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 259-293.

12 MORALEJO IMBERNÓN, N.: “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Anuario de Derecho Civil*, 2020, núm. 73, pp. 242-281.

13 PÉREZ VALLEJO, A. M. y VIVAS TESÓN, I.: “El destino post mortem de los activos digitales” en AA.VV.: *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital* (coord. A. M. PÉREZ VALLEJO e I. VIVAS TESÓN), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 203-240.

definición, patrimoniales. Por tanto, los bienes digitales que sean susceptibles de valoración económica formarán parte del caudal relicto, mientras que los que no tengan naturaleza patrimonial quedarán excluidos de la herencia como ocurriría con los derechos personalísimos o intransferibles que se extinguen a la muerte del causante¹⁴.

Partimos de la base que heredar no es tanto recibir bienes y tomar decisiones acerca del destino de los mismo, como que el heredero o legatario realmente se subroga en la misma situación del finado asumiendo todas sus relaciones jurídicas, al menos sobre aquellos derechos y obligaciones que son susceptibles de transmitirse mortis causa. A esto se le suma el problema del conocimiento de la existencia de los bienes digitales almacenados en la nube, ya que estos, a diferencia de los bienes tradicionales que podríamos encontrar físicamente en una casa, podrían pasar perfectamente desapercibidos ante el silencio que el causante guardó en vida acerca de la existencia de los mismos. Aunque, la coyuntura principal que presenta la transmisibilidad del patrimonio digital es que nos encontramos ante una materia que entrelaza cuestiones que han identificarse para constituir el patrimonio digital heredable.

Por un lado, están los datos personales que el causante permitió que fueran tratados por los prestadores de servicios y, por otro lado, los contenidos digitales que se hayan ido generando a lo largo de la vida. Por tanto, será fundamental distinguir los datos personales del finado para el ejercicio de cuantas acciones procedan en aras de defender la privacidad póstuma del fallecido, así como los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, respecto del contenido eminentemente patrimonial susceptible de transmitirse a los herederos y legatarios¹⁵. En definitiva, nos encontramos ante la delgada línea que entraña el derecho de la personalidad, que concierne la identidad digital del sujeto y la protección de la dignidad de la persona, y el derecho sucesorio que incumbe la transmisión de los bienes digitales.

Habida cuenta de lo anterior, conviene subrayar los supuestos de acceso a los correos electrónicos del difunto, que se regirán conforme a lo dispuesto en el art. 3 LOPD. Debemos tener en cuenta que los correos electrónicos, a diferencia de otros contenidos digitales, son datos de carácter personal. Sin embargo, la ley permite un amplio elenco de legitimados que podrán solicitar su acceso y leer el contenido de los mismos tras la muerte del causante. Esta forma de regular el acceso sin tener en cuenta el consentimiento expreso del interesado a este tipo de contenido carece de sentido, pues si en vida de una persona no se permite

14 SANTOS MORÓN, M.J.: "La denominada herencia digital: ¿Necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado", *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, núm. 1, pp. 413-438.

15 PÉREZ VALLEJO, A. M. y VIVAS TESÓN, I.: "El destino", cit. p. 213.

acceder a los correos si no existe un pronunciamiento expreso del titular no parece lógico que esta regla sea invertida tras su fallecimiento y se permita un acceso indiscriminado a un amplio catálogo de personas "interesadas". A mayor abundamiento, el art. 197 CP castiga con penas de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses a quienes vulneren la intimidad del otro mediante el apoderamiento de mensajes de correos electrónicos. Circunstancia que cambia sorprendentemente tras el fallecimiento del titular, ya que actualmente podrán ver dicho contenido no solo los herederos, sino cualquier persona unida al fallecido por razones familiares, incluidos los más alejados en grado o los vinculados de hecho¹⁶.

IV. LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA EL ACCESO Y GESTIÓN DEL PATRIMONIO DIGITAL.

I. Las designaciones de los sujetos legitimados.

Las personas legitimadas para ejercer la facultad de acceso a los datos personales y los contenidos digitales, así como para su gestión tras el fallecimiento de su titular, en virtud de los arts. 3 y 96 LOPD, serán aquellas que hayan sido expresamente designadas por el causante, además de los claramente refrendados por la ley. En otras palabras, las designaciones de los sujetos legitimados podrán ser erigidos a instancia de parte y según lo dispuesto en la normativa vigente. El problema que esto suscita es que el ordenamiento jurídico no ha establecido un orden claro de prelación entre los legitimados, lo que puede generar numerosas confusiones ya que estos podrán tomar decisiones que pueden tornarse fácilmente contradictorias (vgr. imaginemos un supuesto en el que el causante no ha previsto nada expresamente y una persona solicita a los prestadores de servicios que eliminen inmediatamente el perfil de una red social que el fallecido había mantenido activa en vida, mientras que otro interesado pide la eliminación de ese mismo perfil personal. Estamos ante dos supuestos manifiestamente contradictorios y, sin embargo, ambos sujetos están plenamente legitimados para solicitar dichas acciones conforme a la derecho que les otorgan los arts. 3.2 y 96.2 LOPD)¹⁷.

La ley designa claramente como legitimados a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, así como a los herederos del fallecido para acceder a los datos personales y los contenidos digitales, salvo que exista prohibición expresa de su titular.

¹⁶ PÉREZ VALLEJO, A. M. y VIVAS TESÓN, I.: "El destino", cit. pp. 229-232.

¹⁷ DÍAZ ALABART, S.: "Sujetos legitimados para el acceso y gestión de los datos y contenidos personales, tras el fallecimiento de su titular" en AA.VV.: *La protección de personas para la gestión post mortem de datos y contenidos digitales* (dir. por C. ROGEL VIDE y S. DÍAZ ALABART), Editorial Reus, Madrid, pp. 93-153.

En el caso de los legitimados en el ámbito de los menores de edad, la ley establece que las facultades relativas a la solicitud de acceso, rectificación o supresión de los datos personales, así como el acceso a los bienes digitales gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de información podrán ser ejercitadas por sus representantes legales o por el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de parte, en el marco de sus competencias (arts. 3.3.I. y 96.I.c LOPD). Por otro lado, la ley también contempla los supuestos de fallecimiento de las personas con discapacidad. Para ellos, además de estar legitimados sus representantes legales y el Ministerio Público, también podrán ejercer dichas facultades las personas designadas para ejercitar las funciones de apoyo (arts. 3.3.II y 96.I.d LOPD), siempre y cuando estas facultades estuviesen comprendidas dentro de las medidas de apoyo prestadas por el designado¹⁸.

Por lo expuesto, sorprende el amplio elenco de personas habilitadas que pueden acceder a los datos personales y contenidos digitales. En cuanto a los familiares es razonable deducir que en este aspecto abarca al cónyuge, entendiendo en este caso que este no habrá de estar separado ni legalmente ni de hecho y a todos los parientes sin un límite de grado. Sin embargo, considerando a los allegados tenemos que entender que estamos ante un término que resulta absolutamente indeterminado e impreciso, ya que aquí se incluyen a todas aquellas personas que, sin mantener un vínculo familiar con el finado, han mantenido una relación bastante semejante al parentesco. A tal efecto, la doctrina entiende que no deben considerarse a todos los amigos como personas vinculadas al fallecido por razones de hecho, sino exclusivamente aquellos que mantuvieron una relación estrecha que solamente pudiéramos equiparar a la de un familiar.

Debemos incluir dentro de este catálogo de legitimados a los herederos ya que además, de conformidad al art. 911 CC., en ausencia de los albaceas serán los encargados de ejecutar la voluntad del causante. Sin embargo, la ley guarda silencio respecto de los legatarios, de los cuales existe la duda si deben ser incluidos como designados legalmente, especialmente cuando estos no tienen participación alícuota de la herencia aunque este supuesto no presente mayor problema práctico ya que fácilmente podrían enmarcarse en la categoría de vinculados al fallecido por razones familiares o de hecho.

Por otro lado, también se encuentran las designaciones particulares realizadas por el propio causante. Estos legitimados expresos estarán facultados para ejecutar la voluntad del interesado y, respecto a esta facultad, los herederos no podrán oponerse sobre las decisiones que estos designados tomen en referencia a los datos personales y los contenidos digitales, salvo que contravengan la ley o

18 GINEBRA MOLINS, M^a E.: "Voluntades digitales en caso de muerte", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 908-929.

la voluntad del fallecido. Esto es, que los legitimados contravengan las indicaciones establecidas acerca del tratamiento o destino del patrimonio digital o bien, con sus acciones menoscaben de algún modo lo que a cada heredero le corresponda por cuota legitimaria.

2. La figura del albacea digital.

El art. 96.I.b LOPD introduce la novedosa figura del albacea testamentario, nombrado expresamente por el testador, para ejercitar su derecho conforme a las instrucciones del causante a solicitar el acceso a los contenidos digitales con el fin de dar cumplimiento a la voluntad del finado.

El albacea o ejecutor de las últimas voluntades es aquella persona o personas, física o jurídica, que nombra el causante para asegurar el cumplimiento de sus últimas voluntades. Se trata de un encargo voluntario y gratuito¹⁹ que una vez aceptado existe la obligación de ejercer las funciones inherentes al cargo salvo justa causa a criterio del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario. Además, se exige que la persona o personas designadas a tal efecto sean mayores de edad con plena capacidad de obrar.

Las facultades que tienen los albaceas con carácter general son aquellas que hayan sido expresamente indicadas por causante. Si nada se hubiese indicado en este extremo, los poderes generales que se les atribuyen, como se indica en el art. 902 CC, son la disposición y el pago del funeral, la satisfacción de los legados en metálico, el aseguramiento de la correcta ejecución del testamento y la adopción de las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes.

La designación del albacea digital deberá ser expresa mediante testamento, ya que de otra forma dicho nombramiento resultaría inválido. A diferencia del albacea general, este tendrá encomendado la responsabilidad de transmitir los bienes digitales a su legítimo heredero. Para ello, se le deberá dotar de recursos económicos suficientes para la ejecución satisfactoria del encargo. En relación con las funciones concretas que se le atribuyen a la figura del albaceazgo digital se encuentran aquellas que determinadas empresas comienzan a ofertar a los ciudadanos. Entre las funciones que ofrecen se encuentran las siguientes²⁰:

- La supresión de las cuentas online. En este sentido, el causante habrá debido indicar las cuentas que desea que se eliminen.
- El nombramiento de herederos que se van a encargar de gestionar los bienes digitales conforme a la voluntad del causante,

¹⁹ Salvo que el testador señale la remuneración que tenga por conveniente.

²⁰ AGUAS VALERO, G.: "El testamento digital", *Revista de Derecho Aragonés*, 2022, núm. 28, pp. 65-90.

- La publicación de los últimos mensajes en redes sociales una vez producida la muerte.

En definitiva, el interesado podrá nombrar a una persona legitimada frente a terceros para llevar a cabo sus últimas voluntades respecto al patrimonio digital transmisible, así como a los herederos o concretos legatarios que obtendrán un rédito patrimonial de las actuaciones que ha de llevar a cabo el albacea digital. Para ello, el ejecutor deberá proporcionar los instrumentos necesarios para la correcta transmisión de los bienes digitales, como las claves de seguridad, para poder disfrutarlo. Además, cabe tener en consideración que, salvo aceptación de la herencia a beneficio de inventario, el heredero del patrimonio digital lo será en todos los derechos y obligaciones, esto implica que deberá asumir también las deudas generadas a raíz de compraventas, inversiones o suscripciones activas del testador. Asimismo, el albacea digital deberá ceñirse a la ejecución de las instrucciones otorgadas por el causante entre las que se podrán incluir la destrucción de toda o parte de la identidad digital del sujeto²¹.

3. La prueba.

Las personas que están legitimadas para acceder y gestionar los datos personales y los contenidos digitales del finado no solo tendrán que demostrar que el causante efectivamente ha fallecido, sino que para poder ejercer sus derechos o cumplir la misión que le ha sido encomendada deberán demostrar antes los prestadores de servicios de la sociedad de información que verdaderamente son personas designadas por el interesado o por la ley.

Para demostrar que el causante ha fallecido generalmente es suficiente con presentar el certificado literal de fallecimiento o, en su defecto, el auto de declaración de la muerte. Mientras que la persona designada deberá identificarse como tal mediante DNI o pasaporte. Si esta designación ha sido realizada directamente por el causante se demostrará mediante testamento o cualquier otro documento de últimas voluntades digitales donde conste dicho nombramiento. Sin embargo, cuando la designación de la persona legitimada ha sido ex lege la prueba de su legitimidad puede variar en función de la situación en la que nos encontremos, lo cual puede aumentar la dificultad de la fuerza probatoria²².

Los herederos y albaceas no presentan mayores problemas ya que la prueba puede resumirse en una copia del testamento donde fueron designados expresamente por el causante. En los supuestos del fallecido cuando sea nacional

21 CAMARA LAPUENTE, S.: "La sucesión", cit., p. 420.

22 CURCULL POBLET, T.: "La sucesión", cit., p. 330.

de otro Estado miembro de la Unión Europea se podrá acreditar válidamente a través de un certificado sucesorio europeo.

Tampoco apreciamos dificultad en los supuestos en los que la persona designada sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del causante, ya que la prueba se aportará mediante libro de familia o una certificación del Registro Civil. Por su parte, los familiares colaterales de grado más lejano, aunque de forma más compleja, podrán documentalmente probar su condición de legitimados.

Las parejas de hecho deberán demostrar su legitimidad mediante cualquier documento acreditativo cuando hayan sido inscritos en un registro. Sin embargo, si no existe dicha inscripción deberán mostrar su legitimidad mediante cualquier medio de prueba válido donde se demuestre la existencia de la convivencia o unión estable, lo que sin duda planteará mayores dificultades.

Donde sí se observan verdaderamente inconvenientes en la prueba es en los llamados “allegados” del causante, que los arts. 3.1 y 96.1.a LOPD denominan personas vinculadas al fallecido por razones de hecho. En estos casos, los interesados habrán de valerse de medios de prueba suficientes para acreditar su condición, lo que resultará sumamente complicado de demostrar ante los prestadores de servicios.

Por último, cuando los representantes legales, el Ministerio Fiscal o las personas designadas para el ejercicio de las funciones de apoyo en el caso de los menores de edad y las personas discapacitadas pretendan valerse de los medios de prueba necesarios para acreditar su condición de legitimados no encontrarán mayores dificultad alguna para ello. Ahora bien, aquellos que hayan sido nombrados para ejercer las funciones de apoyo en los supuestos de personas discapacitadas deberán probar tanto su nombramiento como que, dentro de las actividades de apoyo que le han sido expresamente asignadas, se comprenden entre las mismas la gestión de los datos personales y contenidos digitales del causante²³.

VI. EL TESTAMENTO DIGITAL.

El primer hecho relevante que debemos tener en cuenta es que el llamado “testamento digital” del art. 96 LOPD obedece a un error terminológico del legislador pues este sencillamente no existe. Por tanto, el testamento ante Notario que sigue conservando en Derecho común como el medio más idóneo para la disposición de las últimas voluntades digitales por distintas razones. Este instrumento nos permite disponer contenido tanto patrimonial como extrapatrimonial; garantiza la identidad de la persona que está otorgando

23 DÍAZ ALABART, S.: “La protección”, cit., p. 145-147.

testamento, así como los requisitos de capacidad y libertad que debe tener el testador; y se trata del único medio legal para nombrar a herederos y albaceas con plena eficacia frente a terceros.

Por tanto, el testamento no solo existe para ordenar adecuadamente la transmisión mortis causa de los bienes, sino que como ya hemos indicado con anterioridad también puede abarcar disposiciones de contenido no patrimonial como podrían ser indicaciones expresas acerca de cómo debe organizarse el funeral o el nombramiento de personas físicas o jurídicas para ocuparse de la gestión de la personalidad pretérita del causante.

Sin embargo, se siguen planteando algunos problemas entre el testamento y las disposiciones de última voluntad relativas al patrimonio digital. Por un lado, nos encontramos con el inconveniente de la revelación de las claves de seguridad para acceder a las cuentas del difunto, ya que estas al quedar indicadas en el testamento no solo podrán acceder los herederos sino también los legatarios y albaceas, además de aquellas personas a quienes se les reconozca el derecho o la facultad para ello. Por consiguiente, la doctrina ya propone algunas posibles soluciones como podrían ser la introducción en el testamento de una cláusula donde se prohíba el acceso a las contraseñas y usuarios a todas las personas, salvo a aquellas expresamente indicadas por el testador. Otra posible solución se trataría de la creación de un documento complementario al testamento donde se conserven las claves y las indicaciones sobre su uso conforme a la voluntad del causante.

El uso de las contraseñas no es un hecho estático, que permanezca inalterable en el tiempo, sino todo lo contrario. Por tanto, en muchas ocasiones plasmar las claves de acceso en cualquier documento podría ser una mera solución temporal que a medio plazo podría devenirse impracticable, ya que estas irán cambiando durante la vida del testador por propia seguridad. Ante esta circunstancia, cabría plantear soluciones alternativas como podría ser la apertura de los Notarios a colaborar con prestadores de servicios terceros para la custodia y gestión de dichas claves de seguridad, mediante el uso de plataformas que permitan al interesado actualizar simultáneamente las contraseñas²⁴.

Por otro lado, existen problemas de compatibilidad entre el testamento y otros medios de disposición de las últimas voluntades, donde se designan a personas de confianza para gestionar los datos personales y las cuentas creadas en redes sociales. Esta disposición se establece mediante la adhesión a la política de la empresa cuando una persona va a crearse un perfil en una red. Puede ocurrir que la incorporación y la creación de un usuario requiera previa adhesión a las

24 CÁMARA LAPUENTE, S.: "La sucesión", cit., p. 414.

condiciones generales redactadas por la política o bien, que se ofrezca de forma separada un formulario cuyo cumplimiento no resulta obligatorio. No obstante, en ambos supuestos no se va a producir, con toda probabilidad, una decisión meditada y libre. La carácter revocable de lo dispuesto en estos cauces alternativos hace que no existan dudas acerca de la prevalencia de un testamento posterior.

VI. CONCLUSIONES.

El avance de la era tecnológica nos sitúa ante un escenario legislativo que precisa de una regulación adecuada que permita adaptar el Derecho a las nuevas necesidades que demanda actualmente la sociedad en materia de transmisión del patrimonio digital. La LO 3/2018, de 5 de diciembre, lejos de aportar sólidas soluciones a los crecientes interrogantes, ha creado un marco legal difuso que parece solo generar mayores problemas.

Así se observan cuestiones por resolver como es la determinación exacta de los bienes digitales que componen el patrimonio digital heredable, el amplio elenco de legitimados que actualmente podrían acceder a los datos y contenidos digitales del causante salvo que exista manifestación contraria expresa al respecto, el acceso a los correos electrónicos del fallecido, el inconveniente que plantea la revelación de las contraseñas de seguridad por incluirlas en el testamento o la dificultad que entraña, en determinadas ocasiones, la compatibilidad entre el contenido que alberga el testamento con otros medios de disposición de las últimas voluntades.

La institución del testamento requiere nuevas adaptaciones que permitan afrontar los nuevos retos a los que la sociedad se enfrenta, y la futura regulación podría involucrar el imprescindible papel de los Notarios que deberán, probablemente, abrir las puertas a posibles colaboraciones con agentes externos como podría suceder en el depósito de las contraseñas. No obstante, los fedatarios públicos siguen manteniendo la importante misión de asesorar al testador titular de patrimonio digital, concienciando y asesorando en una materia que para muchos pueda resultar desapercibida. Por tanto, su tarea radicará en indicar qué bienes resultarán transferibles y cuáles no conforme a la disposición legal vigente.

En definitiva, la introducción de cambios normativos y la espera de un nuevo marco legal adecuado resulta esencial para reestablecer la confianza y la seguridad en el tráfico jurídico en una materia tan sumamente compleja como es el derecho de sucesiones.

BIBLIOGRAFÍA

AGUAS VALERO, G.: "El testamento digital", *Revista de Derecho Aragonés*, 2022, núm. 28, pp. 65-90.

AMÉRICO ALONSO, J.: "La tramitación administrativa del anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal", en AA.VV.: *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos, adaptado al Proyecto de Ley orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, (coord. por J. LÓPEZ CALVO y J. AMÉRICO ALONSO), Wolters Kluwer España, 2018, pp. 39-68.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "La sucesión mortis causa en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, 2019, vol. 59, pp. 377-432.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido. Vulneraciones del honor, intimidad, imagen y datos personales del difunto en redes sociales, publicaciones digitales y otros canales de difusión electrónica", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 117-174.

CASTILLO PARRILLA, J.A.: "Bienes digitales. Una propuesta de concepto". en AA.VV.: *Bienes digitales. Una necesidad Europea* (coord. por J.A. CASTILLO PARRILLA), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 259-293.

CURCULL POBLET, T.: "La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm. 2, pp. 313-338.

DÍAZ ALABART, S.: "Sujetos legitimados para el acceso y gestión de los datos y contenidos personales, tras el fallecimiento de su titular" en AA.VV.: *La protección de personas para la gestión post mortem de datos y contenidos digitales* (dir. por C. ROGEL VIDE y S. DÍAZ ALABART), Editorial Reus, Madrid, pp. 93-153.

GINEBRA MOLINS, M^a E.: "Voluntades digitales en caso de muerte", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 908-929.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la ley modelo americana sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, núm. 15, pp. 7-24.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: "El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, núm. 73, pp. 242-281.

OTERO CRESPO, M.: "Las disposiciones post mortem sobre el llamado patrimonio digital. Una primera aproximación desde el sistema plurilegislativo español". en AA.VV.: *Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2019* (coord. A. GONÇALVES, L. COELHO, M. J. LOURENÇO, A. LOPES y T. BRANCO), Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, pp. 1-10.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la ley modelo americano sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, núm. 15, pp. 7-24.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: "La competencia exclusiva del estado sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos. Algunas reflexiones tras la STS 7/2019, de 17 de enero, sobre el registro electrónico de voluntades digitales de Cataluña", *Derecho Privado y constitución*, núm. 35, pp. 87-123.

PÉREZ VALLEJO, A. M. y VIVAS TESÓN, I.: "El destino post mortem de los activos digitales", en AA.VV.: *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital* (coord. A. M. PÉREZ VALLEJO e I. VIVAS TESÓN), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 203-240.

SANTOS MORÓN, M.J.: "La denominada herencia digital: ¿Necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado", *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, núm. 1, pp. 413-438.

SOLÉ RESINA, J.: "Las voluntades digitales: marco normativo actual", *Anuario de Derecho Civil*, 2018, núm. 71, pp. 418-439.

LA NORMATIVA EN EL ESTADO DE TABASCO, MÉXICO,
COMO POLÍTICA PÚBLICA DE DEFENSA A GRUPOS
VULNERABLES EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

*THE REGULATIONS IN THE STATE OF TABASCO, MEXICO,
AS A PUBLIC POLICY TO DEFENSE VULNERABLE GROUPS IN
GESTATION BY SUBSTITUTION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 662-689

Gisela María
PÉREZ y Karla
CANTORAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La legislación que ha permitido la gestación subrogada en México, con especial referencia al estado de Tabasco se desarrolló desde 1997 en un matiz contractual de carácter patrimonialista en el cual las dos partes han sido, padres o madres contratantes y gestantes, en franca desventaja para las mujeres gestantes, que no tienen una autonomía ni un plano de igualdad con relación a la otra parte para emitir un verdadero consentimiento. La libertad de configuración legislativa que se ha basado en disímiles investigaciones realizadas en el Estado de Tabasco ha considerado el futuro de políticas públicas para los grupos vulnerables involucrados que deben ser protegidos. Este trabajo explica de qué forma se permite el desarrollo científico a favor de la humanidad y al mismo tiempo se ponderan derechos entre los que es necesario privilegiar los de las mujeres gestantes y los de las niñas y niños nacidos de estas técnicas en cuanto no sólo a la identidad sino a su futuro bienestar.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; voluntad procreacional; acto jurídico normativo; derecho a la identidad; madre gestante.

ABSTRACT: *The legislation that has allowed surrogacy in Mexico, with special reference to the state of Tabasco, was developed since 1997 in a contractual nuance of a patrimonial nature in which the two parties have been, contracting fathers or mothers and surrogates, at a clear disadvantage, for pregnant women, who do not have autonomy or a level of equality in relation to the other party to issue true consent. The freedom of legislative configuration that has been based on dissimilar investigations carried out in the State of Tabasco has considered the future of public policies for the vulnerable groups involved that must be protected. This work explains how scientific development is allowed in favor of humanity and at the same time rights are weighed among which it is necessary to privilege those of pregnant women and those of girls and boys born from these techniques in terms of not only identity but to their future well-being.*

KEY WORDS: *Surrogacy; procreational will; normative legal act; right to identity, pregnant mother.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE REFERENCIA AL ESTADO DE LA CUESTIÓN LEGISLATIVA A PARTIR DE 1997. PROBLEMÁTICAS SOCIALES Y DE VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN GRUPOS VULNERABLES.- III. ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SOLUCIONES EN UNA REALIDAD SOCIAL QUE OBVIA.- 1. Acción de inconstitucionalidad 16/2016.- 2. Amparo en revisión 516/2018.- 3. Declaratoria general de inconstitucionalidad 2/2022.- IV. AL FIN, LA PROPUESTA LEGISLATIVA PROTECTORA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.- 1. El acto jurídico normativo como forma de solución a la gestación por sustitución.- 2. Los padres de intención y la madre gestante sustituta.- 3. Requisitos del Acto Jurídico de Gestación por Sustitución.- 4. La voluntad procreacional, filiación e identidad del nacido bajo la gestación por sustitución.- 5. Seguimiento en caso de gestación por sustitución internacional.- 6. La protección a las mujeres gestantes en cuanto a la violencia obstétrica.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La normativa que ha establecido la gestación subrogada en México, con especial referencia al estado de Tabasco se ha desarrollado en un matiz contractual de carácter patrimonialista en el cual las dos partes han sido, padres o madres contratantes y gestantes, en franca desventaja para las mujeres gestantes, que no tienen una autonomía ni un plano de igualdad con relación a la otra parte para emitir un verdadero consentimiento.

En realidad, las técnicas de reproducción asistida nacieron para cumplir el derecho a la voluntad procreacional de las mujeres, sin embargo, han tenido un desarrollo desde la perspectiva de la autorrealización procreativa de los que pueden pagarla. El desarrollo de otros tipos de familias como las homoparentales también provocaron un impulso en el desarrollo del comercio de las clínicas y gestores que se da a través de la relación patrimonial contractual impulsaron o desvirtuaron en los pocos países y Estados que admitieron esta forma de nacimiento a partir de la ciencia, con el que estamos de acuerdo sin que se violen los derechos de los débiles sociales considerados en la legislación civil mexicana desde 1928, adelantada a su tiempo pues fueron la semilla protectora del surgimiento de los derechos humanos en la Declaración Universal de 1948, este es el objetivo fundamental del artículo que pretende dar una solución jurídica y legislativa en un Estado donde la “Maternidad Subrogada” se convirtió en un comercio y la normativa que trató de paralizarlo fue valorada por el Poder Judicial

- **Gisela María Pérez Fuentes**

Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde es líder del Cuerpo Académico Consolidado “Estudios de Derecho Civil”. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, Nivel III. Correo electrónico giselapef@hotmail.com.

- **Karla Cantoral Domínguez**

Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde forma parte del Cuerpo Académico Consolidado “Estudios de Derecho Civil”. Desde el 2011 es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, actualmente nivel II. Correo electrónico karlacantoral@gmail.com.

de la Federación como violatoria de otros derechos fundamentales, así también se consideró una intromisión de competencias federales en el ámbito de la salud, situaciones que fueron observadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016.

En una tercera etapa de carácter legislativa, la interdisciplinariedad ha sido un método definitivo de trabajo en relación a un análisis económico de las mujeres gestantes, a las que no les han realizado un favor por pagarle la tenencia de un niño a cambio, por ejemplo de tener un taller de bicicletas. Ello es una muestra de un neoliberalismo cruel, de un muy bajo nivel cultural, educativo y económico del cual se han aprovechado asociaciones en gobiernos amparados a veces por fuerzas de poder no sólo económico sino jurídico, pero con absoluta insensibilidad a las mujeres tabasqueñas que han utilizado su vientre y con total despreocupación para el futuro de vida de esos niños mexicanos que han nacido y se han desaparecido de su país de origen: ¿es honesto que por ello tendrán una vida mejor? ¿y si la pareja de intención se separa? ¿y si la madre de intención fallece? De estas circunstancias no se ocupó la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, eso sí insistió que existiera la gestación por sustitución contractual y onerosa.

La ventaja para el estado de Tabasco como reconoce la Constitución mexicana es que la decisión normativa en estos casos corresponde a cada entidad, así que el trabajo legislativo que se ha basado en disímiles investigaciones realizadas en el Estado sí ha considerado el futuro de políticas públicas para los grupos vulnerables involucrados que deben ser protegidos.

Este trabajo es un parteaguas que puede permitir el desarrollo científico a favor de la humanidad siempre en la ponderación de derechos entre los que es necesario privilegiar a las mujeres gestantes y a los niños nacidos de estas técnicas en cuanto no sólo a la identidad sino a su futuro bienestar.

II. BREVE REFERENCIA AL ESTADO DE LA CUESTIÓN LEGISLATIVA A PARTIR DE 1997. PROBLEMÁTICAS SOCIALES Y DE VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN GRUPOS VULNERABLES.

En el año 1997, con la incorporación de catorce artículos de forma dispersa en el Código Civil de Tabasco, se abrió la posibilidad del uso de la técnica de reproducción asistida conocida como maternidad subrogada. Esta normativa ocasionó que se celebraran contratos en los que se daba una especie de comercio, toda vez que se advertían cláusulas sobre gastos médicos, antes y después del parto; algún tipo de pago de alimentos durante el periodo de gestación, así como que la madre gestante sustituta no se reservaría ninguna acción para reclamar daño moral o filiación en virtud de otorgar su consentimiento, estas cláusulas

patrimonializan a la persona al equipararla a un objeto material. Además, se pactaba el pago a la madre gestante sustituta en caso de embarazos positivos de dos y hasta tres productos, como si fuese un producto que está a la venta en el mercado.¹

En virtud de que el Estado de Tabasco se convirtió en un lugar de turismo reproductivo, en el año 2016, se reformó el Código Civil respecto al procedimiento de maternidad subrogada, en donde se adicionó el capítulo VI Bis denominado “De la gestación asistida y subrogada” integrado por ocho artículos, del 380 bis al 380 bis 7.²

En el decreto de 2016 en el que se publicó la reforma al Código Civil para el Estado de Tabasco, el Pleno de la Corte consideró que el establecimiento de una definición de las técnicas de reproducción asistida (TRA) no se traduce, en automático en una invasión de competencias federales, pero el legislador estatal, no sólo estableció una definición abstracta de la reproducción humana asistida (RHA), sino que estableció: cuestiones relativas al desarrollo embrionario y regular las condiciones médicas de quienes pueden tener acceso a estas técnicas (materia de salubridad general). Lo anterior significa según el análisis de la sentencia que el legislador excedió su competencia al pretender definir la RHA.

Ello implica que el Congreso Local al referirse a la reproducción de cigotos y embriones legisó sobre los distintos estadios de la reproducción humana, es decir reguló cuestiones relativas al proceso de desarrollo embrionario que no se inscriben en el ámbito de su competencia civil, así también el legislador tabasqueño determinó la condición médica de las parejas (estériles o infértiles), situación que también está fuera de sus atribuciones.

III. ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SOLUCIONES EN UNA REALIDAD SOCIAL QUE OBVIA.

En el Código Civil de Tabasco no se permite por razones de trascendencia normativa federal, que los contratos derivados de la gestación o tradicional maternidad subrogada aparezca a través de una normativa propia de un hospital donde se valora y protege el consentimiento informado médico pues se insiste, no es competencia de la legislación civil, sin embargo el Pleno de la Suprema Corte del Poder Judicial en México, no observó en lo absoluto el necesario cuidado del consentimiento informado como procedimiento para llegar al “contrato civil”

1 CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en PÉREZ FUENTES, G. M., et. al: *La maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, México, 2017, pp. 97-128.

2 Reforma mediante decreto 265 de 14 de diciembre de 2015, publicada en el Periódico Oficial del Estado número 7654, el 13 de enero de 2016.

donde las partes reiteramos no se encuentran en un plano de igualdad, y el objeto abarca más que la prestación de un servicio.

En el 2017,³ la Corte asumió competencia para analizar el método de reproducción asistida a las parejas del mismo sexo y a las personas solteras para garantizar la seguridad jurídica de estas partes intervinientes, sin embargo, no se pronunció por la seguridad jurídica de las gestantes y menos por la calidad de vida y desarrollo de la personalidad de los recién nacidos en cuanto a su destino final y sus derechos futuros de salud, alimentación e identidad, esto es, que no fueran mexicanos ya no constituiría un problema o que no se supieran dónde estaban esos mexicanos tampoco.

I. Acción de inconstitucionalidad 16/2016.

La Procuraduría General de la República promovió en el año 2016 acción de inconstitucionalidad en contra de los poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Tabasco; en el que se señaló como preceptos impugnados los artículos 380 Bis, párrafo 3º y 380 Bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto del Código Civil de Tabasco.⁴ La acción de inconstitucionalidad en el primer supuesto reitera lo resuelto por la Primera Sala, en cuanto a que en México no se ha emitido regulación alguna que fije las reglas para el acceso a la gestación por sustitución de carácter federal, y sólo desde la perspectiva local se ha incorporado en Códigos Civiles y Familiares, sin embargo, se respeta que converge el ejercicio de competencias federales y locales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º párrafo segundo, expresa que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Se considera también que los derechos reproductivos constituyen un nuevo ámbito jurídico marcado por la Conferencia Nacional de Población y Desarrollo de la Organización de Naciones Unidas desde 1994, en la que se trataron temas referidos a derechos sexuales y reproductivos.⁵

3 Juicio de amparo en revisión 53/2017, resuelto el día 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante el cual se concedió el amparo para que un menor fuera registrado como hijo de los demandantes, para garantizar la vigencia del derecho del niño a tener una identidad, así como el derecho de los demandantes a su vida privada y procrear mediante las técnicas de reproducción asistida.

4 Acción de inconstitucionalidad 16/2016 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sesiones de 1, 3 y 7 de junio de 2021.

5 RAMÍREZ BARBA, É. J. y VÁZQUEZ GUERRERO, M. Á.: *Reproducción Asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos*, en *Normativa en Bioética, Derechos Humanos, Salud y Vida* (coord. G. GARCÍA COLORADO), México, Trillas, 2009, pp. 73 y 81.
Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina*, San José, Costa Rica, 2008, pp. 20-26.

En relación con la invalidez sostenida en la acción de inconstitucionalidad a partir de los artículos 313 y 314 de la Ley General de Salud se fija que es competencia de la Secretaría de Salud que incluye tanto al control sanitario de las disposiciones de órganos, células germinales en atención a la Ley General de Salud⁶ y ello invade competencias de la Federación en materia de planificación familiar.

El Pleno de la Corte concluyó que, tanto en materia de planificación familiar, como de disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células, existe la obligación de diseñar, en el Sistema Nacional de Salud, políticas de salud pública que cumplan con lo que establece la Constitución en cuanto a garantizar, a todos los individuos, el derecho a formar una familia de manera libre, responsable e informada, en congruencia con su dignidad y libertad reproductiva. Por las consideraciones analizadas en dicha sentencia se declaró la invalidez del artículo 380 bis párrafo 1º del Código Civil para el Estado de Tabasco.

2. Amparo en revisión 516/2018.

El origen del caso que se analiza deriva de la demanda de amparo que promovió una pareja de mujeres en contra de la adición realizada al Código Civil de Tabasco en el año 2016, porque consideraron que tenían un efecto discriminatorio producido por su sola entrada en vigor al excluir a las parejas del mismo sexo y a las personas solteras del derecho de acceder a la gestación subrogada o por sustitución. El juez de Distrito declaró improcedente el amparo, la parte quejosa interpuso recurso de revisión y en virtud de que existía un planteamiento de inconstitucionalidad se turnó el asunto a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁷

El estudio de fondo del amparo en revisión 516/2018 llevó a la Primera Sala al estudio de los conceptos de violación presentados por la parte quejosa, los cuales se refieren a: transgresión al derecho a la igualdad y no discriminación; afectación al libre desarrollo de la personalidad, así como a los derechos de las mujeres y del interés superior de la infancia.

Antes de estudiar la constitucionalidad de los artículos impugnados, se destacó en la sentencia que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 16/2016, - antes mencionada – declaró la invalidez de determinadas porciones normativas que también habían sido impugnadas por las quejas en el asunto que se revisaba. En consecuencia, los

6 Artículo 314 de la Ley General de Salud: - Embrión: producto de la concepción a partir de esta y hasta el término de la duodécima semana gestacional. - Feto: al producto de la concepción a partir de la décimo tercera semana de edad gestacional hasta la expulsión del seno materno.

7 Amparo en revisión 516/2018 resuelto el 8 de diciembre de 2021 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

artículos invalidados en dicha acción de inconstitucionalidad ya no fueron objeto de análisis y se sobreseyó el amparo respecto de ellos, pues ya fueron expulsados del orden jurídico.⁸

El objeto de estudio del amparo en revisión 516/2018 se centró en la constitucionalidad de los artículos: 380 Bis I, en su porción normativa “la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero”; 380 Bis 3, tercer párrafo, en su porción “veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad”; 380 Bis 5, fracción III, en su porción “la mujer contratante [...] que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad”; 380 Bis 5, segundo párrafo, en su porción “ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional” y 380 Bis 6, segundo párrafo.⁹ El análisis de la sentencia se puede dividir en dos rubros: condiciones de salud y rango de edad de la madre contratante, así como las condiciones de salud y rango de edad de la gestante, sin embargo, la determinación de categoría sospechosa con un test robusto, no parece estar presente en los datos que ofrece la legislación civil del Estado de Tabasco, es así porque la Primera Sala no advierte la existencia de alguna finalidad constitucional imperiosa que pueda ser fundamento de validez para restringir el derecho de las mujeres a convertirse en madres mediante el contrato de gestación asistida, en este sentido, la medida se aparta de la finalidad de proteger el derecho de autonomía reproductiva, o del derecho de toda persona a decidir libremente sobre el número y esparcimiento de sus hijos, al limitarlo con base en la edad, sin justificación objetiva y razonable.¹⁰

La Primera Sala concluyó que la imposición de un rango de edad para estar en posibilidad de convertirse en madre mediante un procedimiento de reproducción asistida, no se encuentra encaminada a satisfacer un propósito constitucional imperioso, todo lo contrario, contraviene el principio constitucional sobre la libertad y autonomía reproductiva previsto en el artículo 4º de la Constitución. Como la medida no supera la primera etapa de permanencia, debe declararse inconstitucional. Por otra parte, a la luz de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad y autonomía reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, protección de la familia y la planificación familiar, no existe razón constitucionalmente válida para restringir con relación a la edad el derecho de las

8 Se decretó el sobreseimiento respecto de los artículos 380 Bis, párrafo primero y párrafo segundo, en las porciones que se refieren a “cónyuges o concubinos”; 380 Bis 2, fracción I, en su porción “la madre”; 380 Bis 3, párrafo cuarto, en su porción “del cónyuge o concubino”, la totalidad del párrafo quinto, párrafo sexto, en sus porciones “la madre y el padre” e “y si fuera el caso, su cónyuge o concubino”; 380 Bis 5, párrafo segundo, en su porción “el padre y la madre”; y 380 Bis 7, párrafo segundo, en su porción “la madre y el padre”.

9 Amparo en revisión 516/2018, p. 25.

10 PÉREZ FUENTES, G. M.: “La gestación por sustitución en el Estado de Tabasco: estudio de casos”, en AA.VV.: *Nuevas tendencias jurídicas en la gestación por sustitución* (ed. G. M. Pérez Fuentes), Tirant lo Blanch, México, 2023, pp. 143-190.

personas para ser padres o madres a través de la gestación subrogada.¹¹ Se invalidó la norma, pues se vulnera el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razones de género y edad, en relación con el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos.

La Primera Sala considera prudente partir de la convicción de que la edad constituye un factor de suma relevancia para efectos de garantizar la salud e integridad de la mujer o persona gestante, pues se cuenta con suficiente evidencia para considerar que la edad representa una variable con alta incidencia en el nivel de riesgo que quien ejerza la labor gestacional y de parto. En atención a la imposición legal de un rango de edad para poder participar como gestante en un procedimiento de reproducción asistida, debe valorarse: la protección a la salud de las mujeres o personas con capacidad reproductiva, así como la protección a su derecho a una vida libre de violencia en este caso, obstétrica. El propósito central de establecer este periodo de edad reside en prevenir y evitar que la salud, integridad y vida de la parte gestante corra riesgos por un embarazo de una persona con más de 35 años, lo que permite cumplir con la obligación estatal de proteger de manera reforzada los derechos de las mujeres y la no existencia de violencia obstétrica.¹²

La Sociedad española de Fertilidad ha señalado que la probabilidad de éxito de una de las técnicas de reproducción asistida como la fecundación in vitro, depende predominantemente de dos factores, 1) la edad de la paciente,¹³ y 2) el número y calidad de embriones transferidos.¹⁴ En este orden de argumentos se permite asegurar que para sostener el establecimiento de un rango de edad para poder participar como gestante en un contrato de maternidad sustituta, la definición de la edad es constitucionalmente válida pues permite proteger el derecho a la salud

11 SALAZAR BENÍTEZ, O.: "La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica. Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120.

12 Se entiende como violencia obstétrica la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres o personas gestantes por el personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicación y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad. Cfr. Tesis: II.Io.A.16 A, Undécima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, junio 2023, bajo el rubro: *Consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud. Constituyen instrumentos esenciales para evitar la violencia obstétrica contra las mujeres o personas gestantes*.

13 ARNANZ, C.: *¿Cuál es la edad ideal para concebir un bebé?* "Cuanto más joven mejor relativamente. Hay estudios que demuestran que las edades comprendidas entre los 18 y 23 o 24 años pueden crear problemas en el embarazo. La edad ideal en mujeres comprende de los 25 a los 35 años: es la franja con menos trastornos cromosómicos en los embriones. Con carácter general, se puede afirmar que las edades favorables para la fertilidad comprenden de los 20 a los 35 años. En el varón también cuenta la edad y se detecta un incremento, por ejemplo, de problemas de hijos con autismo entre padres de 50 y 55 años. La edad tope para una paternidad más saludable ronda los 45 años. <https://www.natalben.com/embarazo-fiv-fertilidad-reproduccion-asistida-edad-madre-padre>.

14 DOLMINGO BILBAO, A. refiere que hace unos años, lo más común era transferir dos o incluso tres embriones. Actualmente, los resultados de los tratamientos de reproducción han mejorado tanto que casi nunca se transfieren tres embriones y la transferencia de un solo embrión es cada vez más frecuente, al respecto véase <https://www.reproduccionasistida.org/numero-de-embriones-a-transferir/>

y permite evitar afectaciones al bienestar integral de la mujer como del producto de la fecundación, aumentando las posibilidades de éxito del procedimiento de reproducción asistida.

De esta manera se satisface plenamente el primer requisito del escrutinio estricto de constitucionalidad al procurar como fin, la salud reproductiva de la mujer o persona gestante a través de disminuir el nivel de riesgo. De acuerdo al propósito constitucional como primer elemento del test de proporcionalidad, en este caso se advierte que el rango de edad impuesto en la regulación de Tabasco, si bien no es idéntico al rango de edad fijado en la medicina reproductiva como etapa fértil de la mujer, es un período de menor riesgo; y en tal sentido, la medida legislativa tiene una estrecha relación de instrumentalidad para garantizar de manera efectiva el estado de bienestar físico, mental y emocional de la mujer, y que conlleva a la prevención de la actualización de formas de violencia obstétrica por lo que se considera que no existe medida alternativa menos lesiva para la finalidad constitucional que se persigue como es el cuidado del derecho a la salud. La Primera Sala concluye que el tercer párrafo del artículo 380 bis 3, en cuanto al intervalo de edad permitido para participar como gestante en un contrato de gestación subrogada o por sustitución, es constitucionalmente válido.

En cuanto a la condición de salud de la mujer gestante, la parte quejosa argumenta que la porción normativa que impone corroborar que la gestante no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional, previsto en el segundo párrafo del artículo 380 Bis 5, es inconstitucional por vulnerar los derechos de las mujeres al hacer prevalecer el bienestar del feto sobre la propia salud, vida e integridad de las gestantes.

Con fundamento en el tercer párrafo del artículo 1º de la Constitución, los derechos humanos de la gestante y los del producto de la fecundación deben ser interpretados como principios de indivisibilidad e interdependencia, esto significa que el ordenamiento jurídico está obligado a garantizar ambos derechos y por tanto ambas partes. En esta posición doctrinal, la Primera Sala considera que la medida impugnada debe interpretarse en el sentido de que el personal de la salud involucrado en un proceso de reproducción asistida por medio del contrato de gestación por sustitución, está obligado a garantizar que la parte gestante posee las condiciones de salud idóneas para llevar a cabo tanto la labor reproductiva como que se evite poner en riesgo el bienestar integral y la salud y sano desarrollo del feto.

Por lo anterior no existe posibilidad constitucional válida de interpretar la norma en el sentido de que se deba dar prioridad a la salud del feto sobre la salud de la mujer gestante, pues ello llevaría a conformar un plano de jerarquía en la

protección de los derechos del producto de la fecundación sobre los derechos de las mujeres o personas gestantes, ello implicaría una forma de violencia de género, afectando el respeto y protección de los derechos fundamentales.

Ante todo debe evitarse la violencia obstétrica definida por la Organización Mundial de la Salud¹⁵ como un tipo de violencia ejercida por el personal de sanidad sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, que puede manifestarse en el trato deshumanizado hacia la mujer embarazada, que de manera directa e indirecta, en el ámbito público o privado, afecte el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, manifestado en abuso de la medicalización y patologización de los procesos naturales, que se expresan también con un trato irrespetuoso y ofensivo durante el nacimiento en instituciones sanitarias que resultan amenazantes para la salud sexual, embarazo, parto y post parto.

La Primera Sala determinó que la porción normativa que impone al personal de salud involucrado la obligación de corroborar que la mujer o persona gestante no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional es constitucionalmente válida, siempre que sea interpretada en el sentido de que la norma, *prima facie*, supone la necesidad de verificar que la parte gestante posee las condiciones de salud idóneas para llevar a cabo la labor reproductiva, de tal manera que se evite poner en riesgo su bienestar integral, así como también, en vía de consecuencia, el bienestar y sano desarrollo del feto.

Por otra parte, en estricto apego al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación, se precisaron las siguientes pautas mínimas de actuación dirigidas a las autoridades encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza:¹⁶

- a) Verificar que el contrato explicita los riesgos que podrían o deberían asumir los padres potenciales en caso de incumplimiento por parte de la gestante;
- b) Garantizar que, de pactarse una sanción por incumplimiento de la gestante, ésta sea razonable, tomando en cuenta su condición particular, como su situación socioeconómica o la severidad de un eventual impacto psicológico;
- c) Corroborar que el contrato reparta proporcionalmente las cargas del incumplimiento entre las partes, protegiendo a la parte que se encuentra en desventaja por razones económicas;

15 OMS. Informe de la OMS destaca que la violencia contra la mujer es un problema de salud global de proporciones epidémicas. [Internet]. Ginebra: OMS; 2013. Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/20-06-2013-violence-against-women-a-global-health-problem-of-epidemic-proportions>

16 Amparo en revisión 516/2018, p. 39.

d) Verificar que la gestante y los padres o madres intencionales estén perfectamente conscientes de estas eventuales sanciones e implicaciones en caso de incumplimiento de la gestante;

e) Supervisar que no se pacten cláusulas que denieguen la posibilidad de la gestante de conducirse de acuerdo con su proyecto de vida, o que pongan en riesgo su salud;

f) En caso de pactarse una prestación económica, vigilar la forma en que ésta debe entregarse y las consecuencias de no hacerlo, con el fin de garantizar el bienestar de la gestante.

En el amparo en revisión 516/2018 se declaró la invalidez de las siguientes porciones normativas: artículo 380 Bis I. La madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero"; artículo 380 Bis 5, primera parte de la fracción III: La mujer contratante (...) que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; y artículo 380 Bis 5, última parte de la fracción III... "(...) y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad." En cambio, se declara la validez de las siguientes partes normativas: artículo 380 Bis 3, párrafo tercero: "25 y hasta 35 años de edad"; artículo 380 Bis 5, segundo párrafo: "ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional" y artículo 380 Bis 6, segundo párrafo: "El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código".

3. Declaratoria general de inconstitucionalidad 2/2022.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la sesión celebrada el quince de agosto de 2023, emitió la declaratoria General de Inconstitucionalidad 2/2022, derivada del precedente obligatorio fijado por la Primera Sala de la Corte en el amparo en revisión 516/2018, por el que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 380 Bis I, en la porción normativa "la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero"¹⁷; 380 Bis 5, fracción III, en la porción normativa "la mujer contratante [...] que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero"¹⁸, y 380 Bis 5, fracción III, última parte, en la

17 Artículo 380 Bis I. Gestación por Contrato. La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

18 Artículo 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación. El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:
I. Ser ciudadanos mexicanos;
II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;

porción normativa “[...] y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad”¹⁹; ambos del Código Civil para el Estado de Tabasco.

La Primera Sala determinó que las primeras dos porciones normativas actualizan un vicio de constitucionalidad por invasión de competencias y la tercera porción normativa contraviene directamente el mandato constitucional sobre la libertad y autonomía reproductiva, previsto en el artículo 4° de la Constitución.

El Tribunal Pleno advirtió que, a la fecha de la sesión, el Congreso del Estado de Tabasco no había reformado o derogado los artículos 380 Bis I, en la porción normativa “la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero”; y 380 Bis 5, fracción III, en las porciones normativas “La mujer contratante” y “que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad”; ambos del Código Civil para el Estado de Tabasco. Ello, pues se observa que no ha sido publicado en la Gaceta Legislativa de dicho Congreso algún decreto en tal sentido, por lo que subsistía el problema de inconstitucionalidad de los artículos respecto de las porciones normativas señaladas. Por ende, el Tribunal Pleno debía realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente con la finalidad de que se superara el problema de inconstitucionalidad generado por las normas así declaradas en sus precedentes obligatorios.

En sus puntos resolutivos se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 380 Bis I, en su porción normativa ‘la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero’, y 380 Bis 5, fracción III, en sus porciones normativas ‘La mujer contratante’ y ‘que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad’, del Código Civil para el Estado de Tabasco, la cual surtió sus efectos generales a partir de la notificación de estos puntos resolutivos al Congreso del Estado de Tabasco.

A pesar de los casos judiciales sobre gestación por sustitución y la declaratoria general de inconstitucionalidad decretada, podemos observar que el Poder Judicial de la Federación ha obviado la realidad que existe actualmente en el Estado de

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad; [...].

19 Artículo 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación. El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadanos mexicanos;

II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad; [...].

Tabasco, por ejemplo en el sector salud. En los países europeos los contratos de gestación se celebran desde una perspectiva médica entre la clínica, los posibles padres y las gestantes, pero esto no ha ocurrido en el Estado de Tabasco, los contratos se han celebrado entre los padres contratantes y las gestantes y sólo han acudido a la Secretaría de Salud a solicitar la emisión de un dictamen médico por el que se determine si una mujer es candidata para ser madre gestante, en los términos aproximados para que se conceda la aprobación para la gestación.

La respuesta a este tipo de solicitudes se limita a emitir un dictamen médico en cuanto a la posible candidata a ser madre gestante, además se destaca que conforme a la competencia de la Secretaría de Salud, el dictamen únicamente puede determinar el perfil clínico, psicológico y social de la madre gestante, documento que no corresponde a una autorización para llevar a cabo el procedimiento de gestación sustituta, toda vez que la institución de salud no verifica requisitos, ni identidad de los contratantes.

IV. AL FIN, LA PROPUESTA LEGISLATIVA PROTECTORA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

En el mes de abril de 2024, el titular del Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco presentó la iniciativa con proyecto de decreto, en la que se propone reformar los artículos 31; 165 segundo párrafo; 349; la denominación del Capítulo VI BIS, para intitularse “De la gestación por sustitución”; 380 Bis; 380 Bis I; 380 Bis 2; 380 Bis 3; 380 Bis 4; 380 Bis 5; 380 Bis 6, párrafo primero; y 380 Bis 7, párrafos primero, segundo y tercero; y se propone derogar los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 92; el último párrafo del artículo 329; el segundo párrafo del artículo 347; el artículo 360; el último párrafo del artículo 380 Bis 6; y el último párrafo del artículo 380 Bis 7, todos del Código Civil para el Estado de Tabasco. En el marco de la iniciativa se elimina del Código Civil la maternidad subrogada, para quedar solamente la gestación por sustitución.²⁰

En la exposición de motivos, se precisa que para el respeto al derecho a la identidad, los niños que han nacido bajo las técnicas de reproducción asistida a través de la gestación por sustitución, tal y como se norma en el Código Civil para el Estado de Tabasco, deben tener reconocido y garantizado un estatus jurídico definido a partir del lugar donde normalmente van a vivir; mismo que se otorga a través de la o las personas que van a participar como madres o padres de intención.

²⁰ Al respecto véase la sesión del Congreso del Estado de Tabasco de fecha 8 de mayo de 2024, en la que se tuvo por recibida la iniciativa de reforma al Código Civil enviada por el Gobernador de Tabasco: https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=450902207344263

Se justifica la iniciativa a partir del Plan Estatal de Desarrollo 2019-2024, en su Eje Rector I. Seguridad, Justicia y Estado de Derecho, que establece en la visión I.3.1. Los ciudadanos seremos una sociedad plural, democrática, civilizada e inclusiva, con instituciones políticas legítimas y confiables, las cuales, en colaboración con los poderes, órganos autónomos, órdenes de gobierno y organizaciones civiles, implementarán políticas públicas consensuadas que darán solución efectiva a los problemas colectivos, contribuirán a la fortaleza del estado de derecho, a la reconciliación social, a la vigencia de los derechos humanos, y al ejercicio pleno de las libertades políticas de las y los ciudadanos y en la Línea de Acción I.3.3.10.2.3., que consiste en “Ampliar la difusión de la cultura de igualdad de género y de la erradicación de toda forma de discriminación”.²¹ De la misma manera, el Eje Transversal 4: Inclusión e Igualdad Sustantiva, menciona en su Diagnóstico que las “políticas públicas que se establecen en este nuevo régimen de gobierno para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos, se orientan desde una perspectiva integral, a la atención de todas las formas de inclusión”²², además contempla la reducción de las brechas de desigualdad en los grupos vulnerables, entre los que se encuentran las mujeres, mencionando que “Las disparidades entre mujeres y hombres para resarcir la brecha histórica y responder contra todos los tipos de violencia e inequidad de que son víctimas, constituyen unas de las prioridades para el desarrollo social en el estado”.²³ Y concluye estableciendo que: “Es por ello, que a partir de esta realidad se requiere fortalecer de manera continua y permanente las bases de un futuro más favorable para las mujeres”.²⁴

Así también, se expone la necesidad de reformar el Código Civil para el Estado de Tabasco, a fin de regular de forma apropiada la gestación por sustitución reconocida en dicho ordenamiento, en cuanto a sus dos etapas: la primera a partir de su incorporación en 1997 y la segunda a partir de las reformas publicadas en enero de 2016, a efectos de cumplir con lo resuelto en las sentencias dictadas en la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, Amparo en Revisión 516/2018 y la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 2/2022, así como garantizar el interés superior de la niñez, los derechos a la o las personas que desean participar como padres intencionales y la mujer que va a prestar su cuerpo para gestar una hija o hijo en favor de éstos, garantizando los derechos humanos de todas las personas que participan en la celebración de este acto jurídico normativo.

Se incorpora el concepto de voluntad procreacional como uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial de las niñas o niños nacidos mediante gestación por sustitución, con la o las personas que participen como

21 Plan Estatal de Desarrollo 2019-2024, *Seguridad, justicia y estado de derecho*, México, mayo 2019, p. 42, https://tabasco.gob.mx/sites/default/files/users/planeacion_spf/PLED%202019-2024.pdf.

22 *Ibidem*, p. 195.

23 *Ibidem*, p. 196.

24 *Idem*.

madres o padres de intención, y para que éstos jurídicamente queden vinculados a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial. La experiencia de otros países como España ha creado una tendencia que presta cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, por tales motivos, con esta reforma se trata de evitar que, en el Estado de Tabasco, personas originarias de otros países realicen actos que sean objeto de tráfico jurídico en cuanto a las facultades reproductivas y de gestación de la mujer. Se ha querido distinguir la adopción como una institución jurídica que cumple con fines distintos en cuanto al interés superior de la infancia, ofreciendo una solución acorde al progreso científico y tecnológico. Para efectos didácticos, se dividirán en seis apartados los aspectos más relevantes y novedosos que contiene el proyecto de reforma al Código Civil de Tabasco:

I. El acto jurídico normativo como forma de solución a la gestación por sustitución.

La gestación por sustitución queda definida en el artículo 380 bis I como un acto jurídico mediante el cual, con autorización judicial, se hace posible que la o las personas mayores de edad puedan convertirse en madres o padres de intención de la niña o niño que nazca como consecuencia del embarazo de forma no lucrativa de una mujer denominada como madre gestante sustituta.

A partir de este acto jurídico la o las personas que intervengan como madres o padres de intención, asumen los derechos y obligaciones inherentes al parentesco por consanguinidad y, por consiguiente, todo lo que se deriva de la filiación.

La gestación por sustitución implica que una mujer acepte de forma no lucrativa la colaboración de convertir en madres o padres de intención a la o las personas que cumplan con los requisitos establecidos en el acto jurídico determinado en este Código Civil, lo que significa que la madre gestante sustituta portará en su vientre el embrión obtenido por la fecundación de gametos de la o las personas que intervengan como madres o padres de intención.

El acto jurídico que formalice la gestación por sustitución deberá realizarse de la siguiente forma:

Debe comprobarse por la autoridad judicial que el acto jurídico no contravenga disposiciones de orden público, se garanticen el interés superior de la niñez y los derechos fundamentales en cuanto a alimentación, salud, libertad de desplazamiento y libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante sustituta.

El acto jurídico que da origen a la gestación por sustitución debe tener un desarrollo posterior en tanto la ley fija principios fundamentales. Por ejemplo debe ser muy importante que el consentimiento no sea suplido judicialmente sino que debe ser un acto personalísimo ante el Juez. De igual forma el estado psicofísico y de los donantes debe cumplir con un protocolo que se elabore en las clínicas autorizadas.²⁵

2. Los padres de intención y la madre gestante sustituta.

En la iniciativa se elimina la definición de padres contratantes y se incorporan los padres de intención, así como el concepto de madre gestante sustituta en el artículo 380 bis:

“Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético.

Se consideran madres o padres de intención a la o las personas mayores de edad, que cumplen con el acto jurídico del nacimiento de hijas o hijos mediante la técnica de gestación por sustitución.”

De igual forma, se establecen ciertos requisitos y condiciones para aquellas mujeres que deseen participar como madres gestantes sustitutas, que se encuentra en el artículo 380 bis 3:

Será condición para la madre gestante sustituta, previa constancia de explicación del proceso biológico y jurídico, que manifieste conocer de forma amplia los derechos y obligaciones que implica la gestación por sustitución.

Para justificar lo anterior, debe quedar constancia por escrito de esta información, así como del entendimiento que adquiere la madre gestante sustituta para que proceda entonces al otorgamiento del consentimiento informado, en el que se acepten los derechos y obligaciones adquiridos durante la gestación y en cuanto al sano desarrollo del embarazo.

En este aprendizaje de derechos fundamentales previo al procedimiento, tanto la madre gestante sustituta como las madres o padres de intención, deben recibir los conocimientos sociopsicológicos, físicos y legales que implica para ambas partes este proceso con altas implicaciones en el derecho familiar de orden público.

25 DE VERDA Y BEAMONTE; J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Diario La Ley*, núm. 10182; Sección Tribuna, 2 de Diciembre de 2022.

La madre gestante sustituta tendrá conocimiento de sus obligaciones en cuanto al sano desarrollo del embarazo, siempre que no atente contra sus derechos humanos, de convivencia familiar si existe en otro núcleo, pago de alimentación, de tránsito y salud, así como su libre autonomía en función del derecho a la vida.

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ejercer como madre gestante sustituta.

Pueden ser madres gestantes sustitutas sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática.

Si la madre gestante sustituta traslada su domicilio fuera del país de forma temporal, deberá comunicarlo a la autoridad judicial correspondiente en un plazo de tres días siguientes al que tenga conocimiento del cambio de residencia.

3. Requisitos del Acto Jurídico de Gestación por Sustitución.

En el artículo 380 bis 5 de la propuesta legislativa se prevé que para la celebración del acto jurídico de gestación por sustitución, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Contar con medios suficientes para proveer la subsistencia, educación, salud, vivienda con calidad, espacios y servicios básicos a la niña o al niño que nazca como consecuencia de la gestación por sustitución;

b) Contar con un seguro de gastos médicos mayores para la madre gestante sustituta;

c) No estar compurgando una pena privativa de la libertad, mediante sentencia firme, por delitos que atenten contra la familia o sexuales;

d) No ser persona deudora alimentaria morosa;

e) Cumplir satisfactoriamente la etapa de capacitación y consentimiento informado señalado en el artículo 380 Bis 3;

f) Asistir a la plática informativa sobre el proceso de embarazo a través de la técnica de gestación por sustitución, impartido por los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica; y

g) En caso de que las madres o padres de intención sean extranjeras con residencia permanente en el territorio nacional, deberán comprobar su situación migratoria regular.

4. La voluntad procreacional, filiación e identidad del nacido bajo la gestación por sustitución.

Como una forma de resolver la incertidumbre ante la filiación de las niñas o niños nacidos a través de la Gestación por Sustitución, se incorporan conceptos como el de la voluntad procreacional, es el caso del artículo 380 bis 2:

No puede existir sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.

La voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial de las niñas o niños nacidos mediante gestación por sustitución, con la o las personas que participen como madres o padres de intención, y para que éstos jurídicamente queden vinculados a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial. Esta voluntad se protege bajo el amparo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y constituye el fundamento de una relación de filiación entre las y los hijos así concebidos y las madres o padres de intención.

En ejercicio del derecho a la identidad de las niñas o niños que nazcan a través de la gestación por sustitución, podrán adquirir la ciudadanía de la o las personas que participen como madres o padres de intención.

Una vez que la o las personas que intervengan como madres o padres de intención obtengan el certificado de nacimiento de acuerdo al acto jurídico de la gestación por sustitución, adquirirán todas las obligaciones de alimentación, educación, salud y cuidado en cuanto al libre desarrollo que establecen las leyes y tratados internacionales que protegen a la niñez, así como sus derechos sucesorios.

La voluntad procreacional implica no sólo la aceptación de que se van a convertir en padres del menor que va a nacer, si no de todo el proceso y los riesgos que conllevan, incluyendo cualquier tipo de enfermedad que se presente en el periodo de gestación de la madre gestante con relación al menor; así también, la crianza posterior de la criatura nacida mediante esta técnica médica. Esto implica que en la reforma al Código Civil se incorporen unas normas de protección y seguimiento al niño nacido de la gestación por sustitución, no sólo para cuidar su integridad sino para proteger su libre desarrollo de la personalidad.

5. Seguimiento en caso de gestación por sustitución internacional.

En la segunda parte del artículo 380 bis 5, se contempla la gestación por sustitución internacional:

La gestación por sustitución realizada por la o las personas extranjeras o mexicanas que residan permanentemente en otro país, se rige por las disposiciones

de la Ley General de Población y su reglamento; la Convención sobre los Derechos del Niño; así como cualquier otro instrumento de derecho internacional ratificado por los Estados Unidos Mexicanos.

En materia de gestación por sustitución internacional, la o las personas que intervengan como madres o padres de intención que residan en otro país y deseen tener hijas o hijos mediante gestación por sustitución en el Estado de Tabasco, deberán presentar ante la autoridad judicial lo siguiente:

a) Solicitud de autorización judicial para la realización del acto jurídico normativo en el que se especifique la intención de la o las personas de ser madres o padres a través de la técnica de gestación por sustitución;

b) Estudios socioeconómicos, médicos, psicológicos u homólogos, practicados por la autoridad correspondiente;

c) Aceptación expresa de la o las personas que participen como madres o padres de intención, de que las autoridades mexicanas establecidas en el país de residencia realicen el seguimiento de las niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución;

d) Carta compromiso de la o las personas que participen como madres o padres de intención, para estar disponibles para los trámites presenciales relativos al registro de nacimiento, cuando se les requiera; y

e) Constancia o documento expedido por la autoridad federal competente que acredite su legal estancia o residencia en el país.

La documentación deberá estar apostillada o legalizada y traducida al idioma español.

Una vez recibida la documentación, la autoridad judicial verificará que esté completa y la integrará al expediente correspondiente.

La o las personas que deseen tener hijos a través de gestación por sustitución deben acudir ante la autoridad competente del país de su residencia, la cual debe enviar a la Secretaría de Relaciones Exteriores un informe en el que conste su capacidad jurídica para ser padres. Dicho informe debe estar acompañado de su traducción oficial al idioma español y con las formalidades y contenido que se estipulen en los tratados internacionales.

La autoridad judicial, una vez recibida la solicitud, debe determinar si el acto jurídico es susceptible de realizarse.

La gestación por sustitución internacional de niñas y niños procederá una vez cumplido lo establecido en este artículo y se haya constatado que esta responde al interés superior de la niñez, después de haber examinado adecuadamente los requisitos para la realización del acto jurídico.

Si es conveniente recurrir a la gestación por sustitución internacional, la autoridad judicial debe asegurarse de contar con los consentimientos necesarios, así como determinar si los requisitos adicionales que solicite se han cubierto, y que se han tenido en consideración los intereses de la niña o del niño que va a nacer y constatar, además, que esta o este ha sido o será autorizado por la autoridad competente para entrar al país de recepción.

Concedida la autorización para la realización del acto jurídico de gestación por sustitución internacional, el desplazamiento de la persona que nazca al país de recepción se debe realizar con toda seguridad y en condiciones adecuadas.

A la Dirección General del Registro Civil en coadyuvancia con la Procuraduría Estatal de Protección de la Familia y de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, les corresponde hacer las gestiones necesarias ante las autoridades consulares mexicanas, a fin de obtener información sobre las condiciones en las que se encuentra la niña o niño que fue trasladado al país de origen de la o las personas que participen como madre o padre de intención.

El médico tratante realizará los exámenes médicos, previos a la transferencia y que sean necesarios, de la salud física y mental de la madre gestante sustituta, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La madre gestante sustituta, así como la o las personas que intervengan como madres o padres de intención, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea aprobada por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, la realización del acto jurídico de gestación por sustitución, se remitirá copia certificada de la resolución a la Dirección General del Registro Civil para que realice el trámite administrativo correspondiente.

La resolución en la que se apruebe la celebración del acto jurídico de gestación por sustitución deberá ser notificada en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

6. La protección a las mujeres gestantes en cuanto a la violencia obstétrica.

Se hace necesaria una reflexión sobre la mujer que gesta el embarazo y es por tanto la protagonista de un proceso biológico innegable que deberá incluir el conocimiento sobre la relación madre-feto en la cual se produce una interconexión biológica y emocional a partir del momento de la concepción pues la madre proporciona al feto todo lo que necesita para crecer y desarrollarse en los que se incluyen nutrientes, oxígeno y por otra parte el feto influye en el cuerpo de la madre a través de sus hormonas y señales químicas. Existe además un vínculo emocional al sentir las patadas y movimientos del bebé que no puede sentir la madre de intención, hasta el tono emocional de la voz de la gestante. Como contraparte, el estrés que experimenta una madre durante el embarazo puede tener efectos negativos en la salud del feto que adquiere una importancia importante en el postparto.

Por otra parte, el contacto piel con piel después del parto es beneficioso para la criatura, así como la lactancia materna. Las violaciones bioéticas de estos actos humanos infringen los principios bioéticos conocidos, la mujer gestante puede ser obligada a consumir medicamentos, atentando a su autonomía o renunciar a su derecho a la intimidad por interrupción de embarazo, todo lo anterior tipifica un caso de violencia obstétrica que aun cuando no está tipificado en el estado de Tabasco, son causas de nulidad del acto jurídico al violentar cualquier hábito de vida de la gestante que puede incluir hasta a obligarla a someterse a pruebas de detección de drogas. Estas circunstancias no han sido analizadas en el amplio volumen judicial con que cuenta el Poder Judicial de la Federación en una posición a nuestro entender patriarcal.

Entre las causas de nulidad del acto jurídico de gestación por sustitución, se considera la violencia obstétrica, así aparece en el artículo 380 bis 4:

El acto jurídico de gestación será nulo de pleno derecho en los siguientes casos o que se prueben las siguientes circunstancias:

a) Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público;

b) Existan indicios de violación a la dignidad humana de la madre gestante sustituta y de la niña o niño que nazca producto de esta técnica, si se aprovecha el estado de necesidad por pobreza o condiciones de vulnerabilidad en cuanto a etnia, sexo, origen o cualquier otra categoría sospechosa de discriminación;

c) Cuando exista un consentimiento de la madre gestante sustituta que esté limitado en cuanto a su autonomía por razón de género o violencia psicológica y

social, será causa de nulidad absoluta si después del acto jurídico constituido se establece cualquier convenio paralelo que obligue a la madre gestante sustituta, a través de determinadas cláusulas, a renunciar a los derechos de confidencialidad médica y psicológica, así como que sólo se permita a los especialistas compartir estos resultados con la o las personas que participen como madres o padres de intención y la madre gestante sustituta. Lo anterior en función del interés superior de la niñez de conocer en un futuro su origen natural sin alterar por ello las consecuencias legales adquiridas por la nueva familia, además del derecho a saber su identidad en caso de que se produzca algún trastorno genético que puede derivarse del embarazo;

d) Cuando se prohíba a la madre gestante sustituta la ingesta de determinados alimentos sin comprobar que perjudica su salud y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional;

e) El derecho a la movilidad de la madre gestante sustituta sea restringido sólo por extremos graves de su derecho a la salud o de suma urgencia, siempre que no perjudique al proceso de procreación;

f) La obligación de someter a la madre gestante sustituta a una cesárea para el nacimiento del infante;

g) Que participen intermediarios que obtengan un lucro o realicen actos de comercio para la realización de estas técnicas de gestación por sustitución en perjuicio de la parte más vulnerable;

h) Limitar la información sobre el proceso de embarazo a la madre gestante sustituta sobre la salud del feto, en detrimento de su derecho a la salud y a la autonomía de la voluntad de la mujer que presta su vientre;

i) Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior de la infancia y la dignidad humana;

j) Dar prioridad a la salud del feto respecto a la salud de la madre gestante sustituta, pues esto constituye una forma de violencia de género y obstétrica; y

k) Si existe algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.

La nulidad del documento no exime a las partes intervinientes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica, deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación

de preembriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante sustituta. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

V. CONCLUSIONES.

El principal aporte de este artículo a modo de conclusión es la ponderación humanizada que se realiza a través de la tercera reforma legislativa en el estado de Tabasco, donde el desarrollo científico no puede superar los derechos humanos de los grupos vulnerables constituyendo categorías sospechosas, sancionadas por el Poder Judicial de la Federación como violatorias, en función o beneficio de poder económico o social.

Uno de los aciertos de la reforma legislativa para el estado de Tabasco es eliminar la categoría de maternidad subrogada, sustituyendo la misma por la gestación sustituta únicamente constituida a través de un acto jurídico en tanto el derecho con su carácter coactivo reconozca y brinde seguridad jurídica en función del interés superior de la niñez sin que las partes puedan ejercer una autonomía de la voluntad equitativa. Así que en la legislación civil de Tabasco se determina que la gestación por sustitución es el acto jurídico mediante el cual, con autorización judicial, se hace posible que la o las personas mayores de edad puedan convertirse en madres o padres de intención de la niña o niño que nazca como consecuencia del embarazo de forma no lucrativa de una mujer denominada como madre gestante sustituta.

Como se ha demostrado en muchos casos durante este período, se violaron disposiciones de orden público y derechos fundamentales, afectando el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante por lo que en la propuesta legislativa actual queda protegido el principio pro persona en caso de la protección de la vulnerabilidad de las partes.

El interés que el Estado debe asumir como en cualquier país democrático y no neoliberal, que las cláusulas contractuales sean únicamente las que señalen los riesgos, principalmente cuando se ha comprobado en diferentes investigaciones de campo que las mujeres gestantes aunque si saben leer en su generalidad, no llegan a entender los términos que se introducen en las cláusulas, y que conocen cuando se les señala que ese hecho es prohibido, por ejemplo amamantar a sus otros bebés, o no darle oportunidad de conocer al que ha concebido durante nueve meses.

La incorporación del contenido del derecho a la identidad es un acierto en la legislación propuesta por cuanto se precisa: adquirir la ciudadanía de los padres de intención, una vez que los padres obtengan por el acto jurídico el certificado de nacimiento, adquirirán además las obligaciones de alimentación, salud y cuidado de la niñez en su libre desarrollo de la personalidad, quedando protegidos también los derechos sucesorios derivados de los padres.

El análisis de la propuesta legislativa está permeado por los principios bioéticos que sin pertenecer al derecho civil protegen a la persona. Es importante a partir de la aprobación de las modificaciones del Código Civil, en un trabajo de política pública, que los entes gubernamentales del Estado de Tabasco, entre los que se encuentra la Secretaría de Salud, puedan brindar asesoramiento legal y biológico además de bioético, de forma que las partes, principalmente la gestante, sepa definir si su decisión es propia o se da en la influencia del contexto social y económico. Lo positivo de incorporar la figura del acto jurídico es prevenir abusos y proteger con ello la propia autonomía de la gestante.²⁶

26 FARNOS AMORÓS, E.; "Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución", en CARRIÓ SAMPEDRO, A. (coord.): *Gestación por sustitución: Análisis crítico y propuestas de regulación*, Ed. Marcial Pons, España, 2021, pp. 131-186.

BIBLIOGRAFÍA

ARNANZ, C.: *¿Cuál es la edad ideal para concebir un bebé?* <https://www.natalben.com/embarazo-fiv-fertilidad-reproduccion-asistida-edad-madre-padre>.

CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: "Maternidad subrogada en el derecho comparado", en PÉREZ FUENTES, G. M., et. al: *La maternidad subrogada*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Diario La Ley*, No 10182; Sección Tribuna, 2 de Diciembre de 2022.

DOLMINGO BILBAO, A. <https://www.reproduccionasistida.org/numero-de-embriones-a-transferir/>

FARNOS AMORÓS, E.: "Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución", en AA.VV.: *Gestación por sustitución: Análisis crítico y propuestas de regulación* (coord. A. CARRIÓ SAMPEDRO), Marcial Pons, España, 2021.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina*, San José, Costa Rica, 2008.

OMS. Informe de la OMS destaca que la violencia contra la mujer es un problema de salud global de proporciones epidémicas. Ginebra: OMS; 2013. Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/20-06-2013-violence-against-women-a-global-health-problem-of-epidemic-proportions->

PÉREZ FUENTES, G. M.: "La gestación por sustitución en el Estado de Tabasco: estudio de casos", en AA.VV.: *Nuevas tendencias jurídicas en la gestación por sustitución* (ed. G. PÉREZ FUENTES) Tirant lo Blanch, México, 2023.

Plan Estatal de Desarrollo 2019-2024, *Seguridad, justicia y estado de derecho*, México, mayo 2019, p. 42, https://tabasco.gob.mx/sites/default/files/users/planeacion_spf/PLED%202019-2024.pdf.

RAMÍREZ BARBA, É. J. y VÁZQUEZ GUERRERO, M. Á. *Reproducción Asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos*, en *Normativa en Bioética, Derechos Humanos, Salud y Vida*, (coord. G. García Colorado), México, Trillas, 2009.

SALAZAR BENÍTEZ, O.: "La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica. Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 99, mayo-agosto 2017.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Estado de Tabasco, reforma mediante decreto 265 de 14 de diciembre de 2015, publicada en el Periódico Oficial del Estado número 7654, el 13 de enero de 2016.

Véase la sesión del Congreso del Estado de Tabasco de fecha 8 de mayo de 2024, en la que se tuvo por recibida la iniciativa de reforma al Código Civil enviada por el Gobernador de Tabasco: https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=450902207344263

JURISPRUDENCIA

Acción de inconstitucionalidad 16/2016 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sesiones de 1, 3 y 7 de junio de 2021.

Amparo en revisión 516/2018 resuelto el 8 de diciembre de 2021 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Juicio de amparo en revisión 53/2017, resuelto el día 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis: II.Io.A.16 A, Undécima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, junio 2023.



APUNTES SOBRE LA AUTONOMÍA DE LOS CÓNYUGES
EN LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER GANANCIAL O
PRIVATIVO DE LOS BIENES

*NOTES ON THE AUTONOMY OF SPOUSES IN DETERMINING THE
MARITAL OR PRIVATE NATURE OF ASSETS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 690-727

Alejandro
PLATERO
ALCÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Como es sabido, los cónyuges unidos mediante el régimen económico matrimonial de gananciales coexisten durante la vigencia de la sociedad con dos tipos de bienes, unos de carácter ganancial y otros de carácter privativo. Pues bien, se plantea en el presente trabajo, el conjunto de mecanismos de los que pueden disponer los cónyuges para alterar la calificación jurídica de los citados bienes, a través del desarrollo de su autonomía de la voluntad. Por ello, se analizará la figura de la confesión de privatividad, el pacto de ganancialidad y, en último lugar, la atribución voluntaria de privatividad.

PALABRAS CLAVE: Libertad de contratación; ganancialidad; privatividad; derecho de reembolso.

ABSTRACT: *As is known, spouses united through the matrimonial property regime of community property coexist during the life of the partnership with two types of assets, some of a community nature and others of a private nature. Well, this work proposes the set of mechanisms that spouses can have at their disposal to alter the legal classification of the assets, through the development of their autonomy of will. For this reason, the figure of the confession of privacy, the community property agreement and, lastly, the voluntary attribution of privacy will be analyzed.*

KEY WORDS: *Freedom of contract; community property; privacy; right of refund.*

SUMARIO.- I. LAS RELACIONES HORIZONTALES EN EL DERECHO DE FAMILIA.-
1. La libertad de contratación entre los cónyuges.- 2. Análisis de la denominada confesión de privatividad.- II. EL PACTO DE GANANCIALIDAD ENTRE CÓNYUGES.- 1. Origen y fundamento del pacto.- 2. La particularidad del derecho de reembolso.- III. ¿PUEDEN LOS CÓNYUGES PACTAR EL CARÁCTER PRIVATIVO DE UN BIEN?-. 1. La ausencia de regulación específica sobre el pacto de privatividad.- 2. La actual interpretación del carácter privativo del dinero con el que se realiza la adquisición.- IV. NOTAS FINALES.

I. LAS RELACIONES HORIZONTALES EN EL DERECHO DE FAMILIA.

I. La libertad de contratación entre los cónyuges.

En el presente trabajo se analizarán una suerte de figuras que permiten a los cónyuges alterar la calificación jurídica de los bienes que, a priori, formarían parte de su sociedad de gananciales. Ahora bien, en este momento, dando comienzo al trabajo, deben citarse una serie de aspectos básicos relativos a la autonomía de los cónyuges dentro de la disciplina del Derecho del Derecho de Familia, resultando esta última, quizás de las existentes dentro del Derecho Civil, aquella donde pueden existir una serie de restricciones más importantes dentro de la capacidad de contratación que se concede con carácter general, en el tan citado artículo 1255 del Código Civil español (en adelante CC)¹.

En este sentido, se debe recordar que, en el conjunto de normas que inspiran el Derecho de Familia, suele apreciarse un marcado límite que disminuye el poder dispositivo de los cónyuges, como es el denominado orden público familiar², surgido el mismo, debido al interés del legislador de proteger a la familia, aunque resulta evidente, que la institución familiar que tradicionalmente ha sido tenida en cuenta por los legisladores y las resoluciones judiciales, es distinta al actual escenario existente en la sociedad, donde resulta difícil atisbar el número exacto de tipos de familias que pueden existir.

Ahora bien, a pesar de existir ese marcado límite, debe recordarse que ya desde hace tiempo, la principal doctrina civilista, nunca ha negado la existencia de un campo de decisión propio entre los intervinientes en una relación familiar; expresándose de forma rotunda al respecto que existe autonomía voluntad en el

1 PARRA LUCAN, M.Á.: "La autonomía privada en el Derecho de Familia", en AA.VV.: *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías : la jurista que se adelantó a su tiempo* (coord. por P. ABAD TEJERINA), Sepin, Madrid, p. 345 y ss.

2 ACEDO PENCO, Á.: *Compendio de Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 22 y ss.

• Alejandro Platero Alcón

Profesor Contratado Doctor en Derecho Civil, Universidad de Extremadura. Correo electrónico: platero@unex.es

Derecho de Familia³. En el supuesto analizado en el presente trabajo, es decir, en la voluntad expresada por los cónyuges de variar el posible régimen privativo o ganancial de un bien, la autonomía de la voluntad a la que se debe hacer referencia, es aquella que, se encuentra referida al conjunto de relaciones horizontales dentro del Derecho de Familia, autonomía que también contará con una serie de notas características distintas, a las que pudieran derivarse dentro de las relaciones verticales, viéndose estas últimas mucho más marcadas por el citado límite del orden público familiar⁴.

Evidentemente, resultará necesario analizar la capacidad matrimonial que tienen los cónyuges y, el conjunto de derechos que ostentan los mismos para configurar libremente los actos que se produzcan durante la vigencia del matrimonio⁵. Así, en primer lugar, se debe recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1315 CC, los cónyuges podrán elegir el régimen económico del matrimonio que consideren adecuado para el conjunto de sus intereses, pero ahora bien, debe recordarse que existen una serie de reglas comunes para todos, denominadas régimen matrimonial primario, dentro de las cuales, se encuentra la importante tarea de realzar la igualdad jurídica entre los cónyuges⁶.

Una vez contraído el matrimonio, los cónyuges también van a poder modificar el régimen matrimonial elegido, ahora bien, debe tenerse en cuenta lo previsto al respecto en el artículo 1317 CC, donde se establece que la citada modificación, no puede perjudicar los derechos de terceros. Como después se expondrá, una de las grandes complejidades existentes en relación con los posibles pactos entre cónyuges sobre la atribución de un bien de carácter privativo, será precisamente la afectación que se puede originar de la citada atribución a legitimarios y acreedores⁷.

Una de las grandes manifestaciones de la autonomía de la voluntad existente entre los cónyuges, viene recogida expresamente en el artículo 1323 CC, donde se establece que los mismos, podrán transmitirse por cualquier título bienes y

3 DIEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 90 y ss.

4 NIETO ALONSO, A.: "Autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas horizontales de derecho de familia", en AA.VV.: *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona* (coord. por M. P. GARCÍA RUBIO), Colex, Santiago, 2023, p. 142 y ss.

5 Resulta ilustrativa al respecto, la cita a la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP), de 12 de junio de 2020: "La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código".

6 ROZALÉN CREUS, L.: "Evolución histórica de la autonomía de la voluntad en el Derecho matrimonial", *Revista Boliviana de Derecho*, 2021, núm. 32, 2021, p.1092 y ss.

7 BARRIO GALLARDO, A.: "Los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia", en AA.VV.: *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio* (coord. por M. Á. PARRA LUCÁN), Comares, Granada, 2016, p. 62 y ss.

derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. De hecho, como se recuerda expresamente por la jurisprudencia⁸, el citado precepto puede constituir una importante base por la que se pueden permitir los acuerdos en virtud de los cuales, los cónyuges pueden atribuir a un bien una determinada consideración jurídica, a saber, considerarlo como ganancial o privativo.

Como se ha podido observar, el análisis que se está realizando en el presente trabajo se enmarca principalmente dentro de un régimen económico matrimonial, donde en principio, debería existir poca controversia en relación con la afectación común de los bienes que se adquieran constante matrimonio⁹, como es el de la sociedad de gananciales, aunque como se expondrá posteriormente, existirán determinados pactos que también podrían ser objeto de aplicación en el resto de regímenes económico del matrimonio. Sobre la sociedad de gananciales, debe recordarse el artículo 1344 CC, donde se establece que, mediante la misma, se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella. En virtud de lo anterior, durante la vigencia del citado régimen económico matrimonial, entre los cónyuges van a coexistir hasta tres patrimonios diferenciados, a saber: el principal creada por la sociedad, es decir, el ganancial; y el patrimonio privativo de cada uno de los intervinientes de la sociedad¹⁰.

Con carácter general, del estudio de lo contenido en los artículos 1346 y 1347 CC, se podría determinar que bienes van a ostentar carácter de privativos o, por el contrario, tomarían carácter de gananciales. Dentro de esta determinación inicial prevista por el legislador, destaca el denominado principio de subrogación real, contenido en el apartado tercero de los preceptos citados con anterioridad, en virtud de los cuales, se concede carácter privativo a los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos (1.346. 3 CC) y, en contraposición se concede carácter ganancial, a los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, independientemente de que se realice la adquisición para la comunidad, o para uno solo de los esposos (1.347.3 CC)¹¹.

8 Fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2023, de 17 de julio: "En definitiva, la sentencia no niega que entre los contratos que puedan celebrar los cónyuges al amparo del artículo 1323 CC estén comprendido los acuerdos dirigidos a transmitir bienes privativos al patrimonio ganancial, y tampoco dice que pata tales acuerdo se exija determinada forma. Lo que sucede es que la sentencia recurrida aprecia que no ha quedado acreditada ni la inequívoca voluntad de los cónyuges de que se produjera tal desplazamiento patrimonial ni el acuerdo tácito a que se refieren los recurrentes".

9 FUENTES BUESO, M.: "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2020, núm. 82, p. 2258 y ss.

10 DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: "La sociedad de gananciales: bienes privativos y bienes gananciales", en AA.VV.: *GPS Familia* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2023, p. 433 y siguientes.

11 SANTILLA SANTA CRUZ, R.: "Atribución voluntaria de gananciabilidad vs: prueba de la privatividad de los bienes: ámbito y efectos. Comentario a la STS de España núm. 295/2019, de 27 de mayo", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, p. 738 y ss.

El citado principio, constituye, a priori, una importante limitación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, aunque se expondrán diferentes mecanismos que pueden impedir la aplicación del mismo¹². En relación a su origen y fundamento, el mismo obedecía a la conocida regla *pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretti*, y se configuraba como una autentica limitación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ya que con anterioridad a la importante reforma que sufrió el Derecho Civil el 13 de mayo de 1981, los mismos no podían realizar alteraciones en la calificación privativa o ganancial de un determinado bien, debido a la expresa prohibición de realización de compraventas o donaciones entre cónyuges¹³.

El principio de subrogación real también debe ponerse en consideración junto a otra importante presunción que inspira la regulación de la sociedad de gananciales, como es el contenido en el artículo 1361 CC, donde se establece que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. La citada presunción de ganancialidad, junto al principio de subrogación real contenido en el artículo 1347.3 CC, establecen un sistema de preferencia evidente de los bienes gananciales, frente a los que ostenta carácter privativo, debido fundamentalmente, al interés del legislador de que la sociedad posea bienes suficientes para atender a los gastos que la misma origine¹⁴. Ahora bien, el citado fundamento en sí carece de rigor, ya que, sería absurdo imaginar que los cónyuges que estuvieran unidos entre sí, por ejemplo, entre el régimen de separación de bienes, estuvieran exculpados de contribuir con su patrimonio privativo, a las cargas posibles que pudieran derivarse de su relación matrimonial¹⁵.

También se ha hecho referencia a que la citada presunción de ganancialidad pudiera tener un importante aspecto positivo para la cónyuges, ya que, la misma permitiría ayudar a los mismos a determinar a calificar jurídicamente un determinado bien, lo que en los supuestos de disolución y liquidación de la sociedad, supondría un importante avance y, a priori, podría suponer la eliminación de una fuente de controversias concreta entre las partes interesadas en la disolución¹⁶. Ahora bien, tanto la citada presunción, como el principio de subrogación real descrito, no

-
- 12 GÓMEZ-BELLO PAGLIARO, A.: "Adquisición de un inmueble por uno o ambos cónyuges terminando de abonar su precio constante la sociedad de gananciales", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 2021, núm. 28, p. 321 y ss.
 - 13 DÍAZ GIRÓN, I.: "Calificación y determinación de los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Derecho de familia 2022* (coord. por E. ORTEGA BURGOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 128 y siguientes.
 - 14 SANTILLA SANTA CRUZ, R.: "De vuelta a lo esencial: el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales", *Vox Juris*, 2021, vol. 39, núm. 1, p. 125 y ss.
 - 15 ARRÉBOLA BLANCO, A.: "Las cargas del matrimonio: un concepto jurídico (in)determinado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, año 98, núm. 794, p. 2981 y ss.
 - 16 RUIZ ALCARAZ, S.: "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *Actualidad Civil*, 2016, núm. 12, p. 4 y ss.

constituyen en la actualidad elementos inamovibles para los cónyuges, sino que a través de la autonomía de la voluntad y, con fundamento claro en el artículo 1323 CC, van a poder alterar el régimen ganancial o privativo de un determinado bien, eso sí, siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones que se analizarán con detalle. Al respecto, resulta interesante también, el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, donde se establece que la naturaleza privativa o ganancial de un bien, vendrá fijada o por la ley o por la voluntad de los cónyuges¹⁷.

Sobre esta presunción de ganancialidad debe decirse que la misma ostenta carácter *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario, es decir, en este caso el cónyuge que defienda que el bien en concreto es privativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1361 CC, podrá acreditar tal extremo, aunque en ocasiones la prueba puede resultar compleja, como después se expondrá. Ahora bien, esta carga de la prueba no correspondería, por ejemplo, al acreedor que demandara a la sociedad y exigiera el cumplimiento de una obligación mediante un determinado bien que, a priori, tendría carácter ganancial en virtud de la citada presunción, correspondiendo de nuevo al cónyuge que alegue lo contrario, demostrar el carácter privativo del citado bien¹⁸.

En virtud de lo que se acaba de expresar, la presunción de ganancialidad, a pesar de admitir prueba en contrario, produce importantes efectos *erga omnes*, por lo que, en el caso de que se constituyeran deudas que pudieran afectar a la sociedad ganancial, los bienes afectados por la citada presunción quedarán afectos al cumplimiento de las obligaciones¹⁹. Por ello, la regulación existente que impedía la libertad de los cónyuges en la fijación del carácter ganancial o privativo de un determinado bien constituía una importante limitación que, de haberse mantenido con el paso del tiempo, hubiera resultado difícil de justificar, en base a la importante libertad de contratación que existe en el resto de los negocios jurídicos.

Ahora bien, a pesar de que produzca efectos frente a todos, las principales manifestaciones de esta presunción de ganancialidad, junto al principio de subrogación real a favor también de la sociedad, se desarrollan entre los sujetos que forman la sociedad ganancial, es decir, los cónyuges, quienes experimentan

17 AZAUSTRE GARRIDO, M.D.: "Atribución de ganancialidad, aportación de bienes y derecho de reembolso. Encrucijada de negocios jurídicos y su resolución desde la óptica de diez sentencias del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2021, núm. 90, p. 35 y ss.

18 GÓMEZ LINACER, A.: "Los acreedores frente a la sociedad de gananciales liquidada: inoponibilidad de la liquidación y acción pauliana", *Actualidad Civil*, núm. 11, 2021, p. 12 y ss.

19 MONTERO GIMÉNEZ, J.M.: "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2020, número 25, p. 6 y ss.

de facto, un empobrecimiento en sus patrimonios privativos, favoreciendo el crecimiento de una sociedad de las que son meros acreedores²⁰.

2. Análisis de la denominada confesión de privatividad.

Como se acaba de exponer, en el régimen económico matrimonial de gananciales, existen una serie de normas que, intentan favorecer al patrimonio ganancial frente al patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges, debido fundamentalmente, a un conjunto de razones de carácter histórico. Ahora bien, como se ha expuesto con anterioridad, el objetivo del presente trabajo radica en la exposición de determinados mecanismos que pueden utilizar los cónyuges para modificar, al menor entre ellos, el carácter ganancial de un bien y, como también se expondrá con posterioridad, también podrán realizar una manifestación al contrario, en el supuesto en que el Código Civil considere que un bien resultaría privativo y, los mismos lo quieren declarar como ganancial²¹.

La primera de las posibilidades que se va a analizar en el presente trabajo, es el ejercicio por parte de los cónyuges de la denominada confesión de privatividad, contemplada en el artículo 1324 CC, donde se establece que para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges²². La razón de ser por la que se analiza en primer lugar el citado instrumento radica en el supuesto de hecho resuelto por la resolución de 29 de junio de 2023, por parte de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública²³, donde se analizan, los efectos prácticos que la citada confesión, producen tanto a los cónyuges, como a los terceros.

En concreto, en la citada resolución se analiza un supuesto de adjudicación de la mitad de una finca a una viuda favorecida en vida por la confesión de privatividad de una vivienda por parte de su marido, teniendo este una hija propia que, evidentemente, sin apreciarse causas de exclusión de su condición, se convirtió tras su fallecimiento en legitimaria del mismo. En concreto, la principal controversia que puede derivarse de la realización de una confesión de privatividad será como se desprende de la lectura del último inciso del artículo 1324 CC citado ya con

20 LINACERO DE LA FUENTE, M.: "Sociedad de gananciales. Disposiciones generales. Bienes privativos y bienes gananciales", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios* (coord. por M. LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 277 y ss.

21 MARIÑO PARDO, F.M.: "Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2016, núm. 71, p. 85 y ss.

22 SABORIDO SÁNCHEZ, P.: "Confesión de privatividad y presunción de ganancialidad. Su relación con la simulación contractual. Comentario a la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2004 (RJ 2004, 5993)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2005, núm. 15, p. 269 y ss.

23 «BOE» núm. 169, de 17 de julio de 2023, páginas 103298 a 103304.

anterioridad, los efectos que se producen tras el fallecimiento del confesante, para sus acreedores y legitimarios. Así, en el supuesto analizado en la reciente resolución de la DGSJFP, resulta necesaria la intervención y ratificación de la confesión por parte de la legitimaria, a pesar de que el bien no se encontraba dentro del caudal relicto del fallecido y, que a la misma, se la habrían respetado sus derechos legitimarios, ya que, el causante la había instituido heredera de las dos terceras partes de su patrimonio, dejando la parte restante para su viuda que, por cierto, renunció a favor de la hija del fallecido en el tercio que le correspondía en función de los deseos del testador.

A partir de los acontecimientos narrados, resulta necesario portanto, desarrollar los principales aspectos del primer instrumento que se está analizando permite alterar el carácter ganancial de un determinado bien, a saber, la denominada confesión de privatividad. Así, en primer lugar, en relación con su origen, debe precisarse que el artículo 1324 CC, no figuraba como tal en las primera redacción existentes en el Código Civil, sino como se expuso con anterioridad, al encontrarse prohibidas las compraventas y donaciones entre cónyuges, difícilmente también se permitiría que los cónyuges ejercitando su escasa e inicial autonomía de la voluntad matrimonial, pudieran alterar por su propia voluntad, el carácter privativo o ganancial de un determinado bien²⁴.

Por ello, su origen legislativo se encuentra de nuevo gracias a la reforma llevada a cabo por la ley de 13 de mayo de 1981, aunque en realidad, lo que realizó la misma, fue recoger el sentir jurisprudencial que empezaba a recoger la necesidad de permitir la realización de negocios jurídicos entre cónyuges, debiendo citarse expresamente al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1965, donde se recogieron los postulados principales de la admisibilidad de una confesión de privatividad, los cuales, como se expondrán a continuación, siguen resultando de aplicación en la actualidad, haciéndose referencia a la difícil impugnación de la confesión realizada o, a la vinculación que la confesión produce a los legitimarios del confesante²⁵.

Otro posible origen de la confesión de privatividad, podría también encontrarse en la redacción tradicional contenida en el artículo 1344 CC, donde se señalaba en relación a la ya no existente figura de la dote, que la misma confesada por el marido, pero sin que se constatase la entrega fáctica de la misma, permitía el ejercicio de acciones personales para reclamarla por parte de la mujer o sus

24 SANCINIENA ASURMENDI, C.: y GAGO SIMARRO, C.: "Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales", *Anuario de derecho civil*, 2022, vol. 75, núm. 4, p.1458 y ss.

25 GAVIDIA SANCHEZ, J.G.: *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal. Análisis del precepto contenido en el artículo 1324 del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 53 y ss.

herederos frente al mismo, pero no frente a otros terceros relacionados con el confesante, que pudieran tener interés en la misma²⁶.

Precisados sus antecedentes, resulta necesario avanzar en los principales aspectos de esta confesión de privatividad, instrumento, que permitirá la no aplicación de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC, aunque, en realidad el desarrollo hipotecario del artículo 1324 CC, no afectará a la calificación jurídica del bien confesado como privativo. Anotado lo anterior, debe advertirse en relación con el campo de aplicación de la citada confesión, es que, se debe coincidir con la doctrina autorizada al respecto, considerando que, al contrario de lo que podría opinarse, la misma no solo resulta de aplicación en el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, sino que existen criterios para aplicarlo también a determinadas situaciones que podrían producirse, por ejemplo, dentro del régimen de separación de bienes²⁷. En concreto, la propia ubicación del precepto, dentro de las normas relativas al régimen económico matrimonial primario, que como es sabido, resultan de aplicación al conjunto de los mismos existentes e, incluso la propia dicción literal del precepto, cuando se alude a bienes propios de los cónyuges y no privativos, resultan argumentos de peso para poder aplicar la citada confesión, al conjunto de relaciones existentes en el régimen de separación de bienes, donde también pueden existir bienes en copropiedad, afectos al desarrollo de actividades propias del núcleo familiar²⁸.

En relación con la naturaleza jurídica de la confesión de privatividad, también pueden encontrarse diferentes posturas. En efecto, la misma, podría ser considerada como un auténtico negocio jurídico entre los cónyuges, permitidos en virtud del actual 1323 CC, o en cambio, podría ser considerado como una especie de la prueba del carácter privativo o propio de un determinado bien en relación con el patrimonio de uno de los cónyuges. La elección de una interpretación frente a la otra no es para nada baladí, debido a los efectos que se producen tras el fallecimiento del confesante frente a sus legitimarios y acreedores, como se adelantó con anterioridad²⁹.

Pues bien, en la actualidad, debido sobre todo a la interpretación que han realizado tanto los tribunales de justicia como la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, se ha optado claramente por la primera

26 MASIDE MIRANDA, J.E.: "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", en AA.VV.: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goyisolo*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 698 y ss.

27 LATAS ESPINO, M.J.: "La confesión de privatividad: un análisis del artículo 1324 CC y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2022, núm. 35, p. 3 y ss.

28 ESTELLÉS PERALTA, P.M.: "Los derechos de reintegro o reembolso en la liquidación del régimen de separación de bienes: análisis jurisprudencial", *Revista Boliviana de Derecho*, 2024, núm. 37, p. 52 y ss.

29 HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: "Régimen jurídico de los bienes privativos confesados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, año 88, núm. 730, p. 862 y ss.

interpretación relativa a los efectos de la confesión de privatividad, funcionando la misma, como un medio de prueba *inter partes*, que excluye para ellos la aplicación de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC³⁰. Así, se sistematiza expresamente en la resolución de la DGDJFP de 8 de junio de 2012³¹, cuya cita se reproduce en el conjunto de resoluciones posteriores sobre la materia, donde se expresa que: “la confesión de privatividad se configura como un negocio de fijación de la verdadera naturaleza del bien, cuando existe incertidumbre sobre su partencia a una u otra masa patrimonial. En resumen, respecto de los cónyuges, la confesión de privatividad se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo de cónyuge del confesante. En definitiva, destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil, creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida a su vez, por una prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante”.

Evidentemente, esta confesión solo podrá ser realizada por los cónyuges y no por un tercero, aunque si éste actuara en calidad de representante, la misma debería ser considerada como válida, ya que no se declara expresamente el carácter personalísimo del citado acto. Además, debe precisarse que tampoco se alude expresamente a ninguna condición especial para el ejercicio de la citada confesión, por lo que, de acuerdo con las actuales corrientes existentes en materia del ejercicio de derecho civiles por parte de las personas que necesiten medidas de apoyo, las mismas deberán contar con la ayuda del Notario que, deberá utilizar los medios técnicos necesarios, para permitir, en su caso, que cualquier persona pueda exteriorizar de realizar la citada confesión³².

Como se expresó con anterioridad, una vez realizada la confesión, se produce un doble régimen jurídico, con efectos distintos para los cónyuges y, para los legitimarios y acreedores del cónyuge confesante. Así, en relación con los cónyuges, debe traerse a colación en este momento, el contenido del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, donde se establece que, si la privatividad de un determinado bien, resultara sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. En realidad, no se produce un acto de traslación del bien, sino una inscripción de la manifestación de voluntad del confesante que, beneficiará a su otro cónyuge, mientras el confesante esté en vida, ya que, como

30 MANZANO FERNÁNDEZ, M.: “Los bienes privativos por confesión en el código civil y en la legislación hipotecaria”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2016, núm. 10, 2016, p. 29 y ss.

31 «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2012, páginas 50134 a 50139.

32 ASÍS GONZÁLEZ CAMPO, F.: “Nuevos intervinientes en procesos de familia y provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17, p. 1898 y ss.

se expondrá a continuación, el régimen muta completamente cuando se produce el fallecimiento de este último³³.

Ahora bien, el carácter probatorio de la cualidad no ganancial del bien afecto a la confesión, también puede ser destruido en vida del confesante, pero, no bastará para ello, la simple declaración contraria emitida por el mismo, en virtud de lo establecido en el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, donde se establece que no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona. No resultando suficiente la mera declaración contraria de voluntad emitida por el confesante³⁴, habrá que recurrir a otros medios probatorios para destruir la citada confesión de privatividad, resultando ilustrativa al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2020, donde se establece que la citada confesión: "responde a la idea de que lo que se dice probablemente es verdad, por lo que debe mantenerse mientras no perjudique a terceros. Pero no se trata de un medio de prueba absoluto y esta sala ha continuado reconociendo la posibilidad de que el confesante impugne su propia confesión, si bien, ha exigido para ello prueba eficaz y contundente".

En virtud de lo anterior, se permite al cónyuge confesante apartarse de su confesión, aunque la prueba resultará, evidentemente compleja. Una vez se constate la veracidad de la confesión, al no determinar la misma la calificación final como privativo de un bien, ya que, simplemente constituye un medio de prueba entre las partes, el bien afecto quedará en un cierto régimen jurídico de indeterminación, como se refleja de forma expresa en la resolución de 29 de junio de la DGSJFP citada con anterioridad, diciendo la misma en concreto que: "adviértase en este mismo sentido cómo el propio Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos, se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, produciéndose una cierta indeterminación registral en lo relativo al carácter de la titularidad de ese bien".

Esta indeterminación jurídica del bien afecto por la confesión todavía es mayor en relación con el conjunto de facultades que puede realizar el cónyuge favorecido por la misma, ya que, en cuanto se produzca el fallecimiento del confesante, aparecen una serie de limitaciones de importante calado para el favorecido inicialmente. Estas limitaciones aparecen en el segundo inciso del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, donde se establece que, el cónyuge favorecido,

33 DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: "La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, año 88, núm. 734, p. 3195 y ss.

34 MEDRANO ARANGUREN, A.: "Aspectos civiles y fiscales de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2021, núm. 249, p. 5 y siguientes.

necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante, el consentimiento de los herederos forzosos de éste, en el caso de que los tuviera.

En virtud de ese segundo apartado del citado precepto, resulta evidente que tras el fallecimiento del cónyuge confesante, sus legitimarios no quedan vinculados por la confesión realizada y, por ende, salvo que realicen el acto de confirmación necesario, el citado bien, en el caso de que siguiera estando en el patrimonio del consorte favorecido, podría ser siendo ganancial para ellos y, por ende, tener derecho a una parte del mismo en la sucesión hereditaria. Sobre esta cuestión, se ha generado a lo largo del tiempo una importante controversia por parte de la doctrina, ya que, parece evidente que el legislador ha establecido esta prebenda para proteger el derecho a la legítima por parte de los herederos forzosos que, en determinadas ocasiones, podrían imaginar que la confesión realizada, tendría como única finalidad, la realización de un negocio simulado con el único objetivo de perjudicar sus derechos legitimarios³⁵.

De hecho, en el mismo sentido, aludiendo al posible perjuicio de sus derechos legitimarios, se ha venido pronunciando la DGSJFP, en sus diferentes resoluciones, citadas, entre otras, en su resolución de 29 de junio que ha dado origen al análisis de la confesión de privatividad, aludiéndose que: “el fallecimiento del confesante tiene como consecuencia que la confesión no vincula a los legitimarios, salvo que éstos la corroboren. En otro caso, los legitimarios tendrían que acreditar que, con tal confesión, se perjudican sus derechos legitimarios. Para ello, sería necesario practicar la partición hereditaria, con las correspondientes computaciones e imputaciones, al objeto de determinar si la confesión realizada perjudica efectivamente a las legítimas, debiéndose recordar que la reducción de una donación inoficiosa no es un efecto producido *ope legis*, sino que se produce a petición de quien resulte legitimado por su cualidad de heredero forzoso y por el concurso del dato de hecho de la comprobada inoficiosidad de la disposición”.

Resulta interesante la propia mención que se realiza en la transcripción que se acaba de realizar, en relación con la figura de la donación, ya que, para parte de la doctrina el conjunto de facultades que se atribuyen a los legitimarios en relación con los actos de disposición del bien afecto por la confesión tras el fallecimiento, son del todo excesivas, debido a que precisamente en la figura de la donación, la persona favorecida de la misma, no necesita del consentimiento de los legitimarios del donatario, para poder realizar ningún acto de disposición tras el fallecimiento del mismo³⁶. Cabría la posibilidad de excluir ese acto de confirmación por parte

35 REPRESA POLO, M.P.: *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Reus, Madrid, 2019, p. 89 y siguientes.

36 REPRESA POLO, M.P.: “El fraude a los legitimarios en la sociedad de gananciales”, en AA.VV.: *Homenaje a José María Castán Vázquez: liber amicorum* (coord. por L.B. PÉREZ GALLARDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 911 y ss.

de los legitimarios, en el supuesto establecido en el inicio final del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, donde se alude a la excepción del mismo, en los supuestos de que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia, ahora bien, como se ha plasmado en diferentes resoluciones de la DGSJFP, la simple exclusión del bien afecto a la confesión del haber hereditario del sujeto confesante, por ser considerado directamente como privativo, sin la declaración expresa en tal sentido realizada por los legitimarios en la citada partición, carece de validez³⁷.

En puridad, aunque posteriormente se desarrollará esta argumentación en el apartado de conclusiones, resulta difícil justificar las prerrogativas que se establecen a los legitimarios, ya que, si en realidad el testador hubiera realizado tal confesión, con el objetivo de privar al mismo del citado bien, en realidad, tal acto obedecerá a razones de lógica del propio testador, dejando apartados los supuestos de vicios del consentimiento claro, está.

Debe recordarse que en virtud de lo establecido en el artículo 1324 CC, no solo son los legitimarios los que pueden verse afectados por los efectos de una confesión de privatividad, sino que también, la citada afectación puede producirse a los acreedores, tanto de la propia comunidad, como en el caso de que lo sean solo de uno de los cónyuges. Evidentemente, resulta difícil imaginar que los acreedores del cónyuge favorecido por la confesión se vean perjudicados por la misma, por lo que, en puridad, los únicos que estarán legitimados para invocar el perjuicio de la confesión, serán los acreedores propios del cónyuge confesante y, los afectados por créditos contraídos por ambos esposos, independientemente de que se encuentren bajo el régimen de gananciales, o de separación de bienes³⁸.

Una vez determinado el conjunto de acreedores a los que se refiere en la práctica el citado precepto, debe precisarse el momento temporal en el que deben ejercer sus derechos estos sujetos. Así, trayendo a colación el contenido del artículo 1317 CC, donde se establece que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, debe interpretarse que el perjuicio que se podrá originar con la confesión a los acreedores, debe ser anterior al conjunto de obligaciones que existieran a su favor, al momento donde se realizó de forma efectiva esa confesión, por lo que, las deudas contraídas posteriormente,

37 CALAZA LÓPEZ, A.: "Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del artículo 1324 del Código Civil", *La Ley Derecho de Familia*, 2022, núm. 35, p. 12 y ss.

38 ARANA, P.: "Reflexiones sobre subrogación real de bienes gananciales: los coindivisarios y la persecución, por parte del acreedor social (no perjudicado) y del acreedor personal", *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales*, 2020, núm. 8, 2020, p. 98 y ss.

no podrían utilizarse como justificación para pedir la anulación de la confesión realizada³⁹.

En relación al ejercicio del citado derecho por parte de los acreedores perjudicados por la confesión, podría resultar aplicable el mecanismo previsto en el artículo 1373 CC, donde se establece que cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, hecho que se notificará inmediatamente al cónyuge no deudor⁴⁰. Ahora bien, la citada notificación, no será válida por sí sola, si no que en virtud de lo contenido en el artículo 114.2 del Reglamento Hipotecario, resulta necesario dirigir demanda contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes. De hecho, la interpretación de ambos preceptos fue objeto de sistematización por parte de la resolución de la DGSJFP, de 4 de octubre de 2010⁴¹, donde se declaró la pertinencia de que el acreedor demandará a ambos cónyuges, al objeto de que en el proceso se declarara el carácter ganancial del bien objeto de la confesión⁴².

Además, el ejercicio de estas acciones por parte de los acreedores, se complica todavía más en la práctica, ya que, a los mismos, le corresponderá la labor de probar el fraude realizado por la confesión de privatividad y, esta posibilidad ostentará carácter subsidiario, como recoge expresamente la STS 15 enero 2001⁴³, cuando se establece que la confesión podrá ser impugnada: "en razón de una propiedad que no haya dejado de ser lo que por confesión se dice que ha cambiado y sobre la que, por lo mismo, pueden pretender realizar sus créditos siquiera para ello han de probar la falsedad de aquella confesión y la imposibilidad de cobrar sus créditos sobre otros bienes".

II. EL PACTO DE GANANCIALIDAD ENTRE CÓNYUGES.

I. Origen y fundamento del pacto.

Una vez analizada la figura de la confesión de privatividad como instrumento que puede ser utilizado por los cónyuges para escapar del carácter ganancial que la ley le atribuye a ciertos bienes, es el momento, de hacer referencia a otro mecanismo, conocido como pacto de ganancialidad en virtud del cual, los cónyuges

39 SANTANA NAVARRO, F.: "El artículo 1317 del Código Civil ¿Un instrumento exclusivo de los acreedores consorciales?", *Actualidad Civil*, 2019, núm. 5, p. 8 y ss.

40 VARGAS BENJUMEA, I.: *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. mecanismos de defensa para el acreedor perjudicado*, Aranzadi, Madrid, 2015, p. 114 y ss.

41 «BOE» núm. 282, de 22 de noviembre de 2010, páginas 97179 a 9718.

42 MATAS BENDITO, M.: "Matrimonio y concurso de acreedores: cuestiones civiles y registrales", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 25, p. 5 y ss.

43 STS 15 enero 2001 (RO): 116, 2001).

pueden también dejar sin efecto la posible calificación jurídica de un bien, en este caso, como privativo, para considerarlo, en virtud de un acuerdo entre ambos, como de carácter ganancial⁴⁴.

La regulación del citado pacto de ganancialidad se encuentra en el artículo 1355 CC, pero ahora bien, el mismo, establece en realidad dos formas de otorgar el carácter ganancial a un bien que, a priori, debería tener carácter privativo, en virtud del citado principio de subrogación real, ya analizado anteriormente. Se debe hacer referencia en primer lugar, al segundo párrafo del citado precepto, donde se introduce otra presunción de ganancialidad, distinta a la enunciada con carácter general en el artículo 1361 CC, al establecer que en los caso donde se produzca por los cónyuges la adquisición de un determinado bien de forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá que los mismos, quieren declarar el bien como ganancial. Parece evidente, que el legislador ha querido reforzar la presunción de ganancialidad genérica, mediante la interpretación de la voluntad de los cónyuges en las adquisiciones conjuntas donde no se determina ningún tipo de cuotas⁴⁵.

La interpretación que realiza el segundo párrafo del artículo 1355 CC, en relación con los deseos presuntamente manifestados por los cónyuges, supone en la práctica el establecimiento de una presunción *iuris tantum*, que permitirá prueba en contrario por los mismos⁴⁶. Ahora bien, para destruir la citada presunción, podría pensarse que resultaría suficiente con acreditar la procedencia privada de los fondos de la adquisición del bien cuya naturaleza se discute, pero en realidad, como ha puesto de relieve la STS 27 mayo 2019⁴⁷, la prueba debe intentar destruir los deseos de los intervinientes, declarando de forma expresa la misma en su fundamento de derecho tercero que: "para desvirtuar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad no basta con probar que el precio pagado es privativo. El que esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el artículo 1355. II CC debe probar que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial".

Ahora bien, con independencia de la citada interpretación de los deseos de los cónyuges, resulta ahora de interés el primer párrafo del artículo 1355 CC,

44 SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, número 29, p. 492 y ss.

45 GARCÍA MEDINA, J.: "Presunción de ganancialidad y prueba en contrario: consentimiento unánime para enajenar bienes antes de liquidar la sociedad de gananciales", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2003, núm. 53, p. 5 y ss.

46 RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "Confesión de ganancialidad en la adquisición de bienes, aportación de bienes a la sociedad de gananciales y atribución convencional de ganancialidad", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* (coord. por M. CUENA CASAS), Dykinson, Madrid, 2013, p. 1485 y ss.

47 STS 27 mayo 2019 (ROJ: 1591, 2019).

donde se establece un verdadero pacto de atribución de ganancialidad que, de no existir entre los adquirentes, provocaría que el ordenamiento jurídico otorgara al bien referenciado la calificación de privativo⁴⁸. En concreto, el citado precepto establece que podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. De la dicción literal del precepto, se distinguen los principales condicionantes que tiene el citado pacto de ganancialidad, debiendo hacerse referencia a sus aspectos básicos en el presente trabajo.

Sobre el origen o la causa de admisión de este pacto de atribución de ganancialidad, debe citarse la interesante resolución de la DGSJFP de 29 de marzo del año 2010⁴⁹, donde se alude a la denominada *causa matrimonii*⁵⁰, como fuente de legitimación del mismo, en concreto: “si bien es cierto que para los negocios de transmisión que implican desplazamientos de bienes de un patrimonio a otro se precisa la expresión de la causa onerosa o gratuita de los negocios jurídicos, no obstante en estos pactos atributivos de ganancialidad no es que sean abstractos, sino que tienen su propia causa legalmente contemplada que se justifica por la posibilidad de ampliación del ámbito objetivo del patrimonio ganancial para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia”.

Sobre la naturaleza jurídica del citado pacto, debe destacarse que la misma, está delimitada con nitidez en la STS 29 mayo 2019⁵¹ aludida con anterioridad, ya que como se desprende en la misma, el citado pacto atribuye carácter ganancial a un bien, debido a que si los cónyuges de forma expresa no manifiestan tal extremo, en virtud del artículo 1346.3 CC, es decir, por el principio de subrogación real, el mismo resultaría ser privativo. En cambio, cuando la adquisición del bien se hubiera realizado con fondos gananciales, este pacto no tendría sentido en sí mismo, debido a que entraría en escena el contenido del artículo 1347.3 CC, ya aludido en el presente trabajo y, el ordenamiento jurídico otorgaría al bien directamente, el carácter de ganancial⁵².

Precisado lo anterior, y observando el carácter indudablemente especial que alberga este negocio jurídico de carácter traslativo, es el momento de hacer

48 RIBERA PONT, M.C.: “La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1989, año 59, núm. 559, p. 1415 y ss.

49 «BOE» núm. 132, de 31 de mayo de 2010, páginas 47075 a 47082.

50 RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, R.: “La causa matrimonii en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2006, núm. 130, p. 3483 y ss.

51 STS 27 mayo 2019 (ROJ: I591, 2019).

52 SANCIÑENA ASURMENDI, C.: y GAGO SIMARRO, C.: “Ganancialidad y adquisición de bienes con dinero privativo”, en AA.VV.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (coord. por I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 56 y ss.

referencia a los condicionantes de validez que venían expresamente determinados en ese primer párrafo del artículo 1355 CC. Así, en primer lugar, se exige que el pacto de ganancialidad sea establecido por ambos cónyuges de común acuerdo, por lo que, a priori, la declaración unilateral no tendría los efectos de atribución del carácter ganancial al bien cuya calificación se está discutiendo⁵³. Muy ilustrativos al respecto, son los razonamientos que se encuentran en el fundamento de derecho tercero de la STS 29 mayo de 2019, donde se establece que: “cuando adquiere un bien uno solo de los cónyuges con su dinero privativo, aunque declare adquirir para la sociedad, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien debe probar la existencia del acuerdo. Ello en atención a que el artículo 1355 CC exige el común acuerdo de los cónyuges para atribuir el carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, con independencia del origen de los fondos, y solo presume la voluntad común en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas”.

Ahora bien, en una sentencia posterior del citado órgano, en concreto fechada el 9 de diciembre de 2021⁵⁴, se consideró que las partes habían realizado de forma tácita un pacto de ganancialidad, sin que constara de forma expresa el consentimiento de ambos cónyuges. En efecto, en la misma, se otorga carácter ganancial a la adquisición realizada solo por uno de los cónyuges, manifestando éste la citada naturaleza del bien, pero sin que en la citada adquisición, figurara el consentimiento para otorgar tal calificación al bien por parte del otro cónyuge. En principio, no debería haberse admitido la existencia de tal pacto, pero el Tribunal Supremo, analizando el supuesto de hecho concreto, donde entre otras cuestiones, existe una escritura pública de venta por parte del cónyuge adquirente, donde se enajena el bien con el carácter de ganancial, lleva al mismo a considerar que se había producido un pacto tácito de ganancialidad entre ambos cónyuges⁵⁵.

Otro requisito de admisión interesante se encuentra en relación al título de adquisición del bien que ambos cónyuges quieren declarar como ganancial, ya que, el artículo 1355 CC alude expresamente a las adquisiciones realizadas a título oneroso. En este sentido, destaca la STS 26 febrero 2002⁵⁶, donde se rechaza la validez del pacto, ya que, la adquisición de la vivienda se había producido como consecuencia de una donación onerosa, cuyo origen se remontaba, a una subrogación en el préstamo hipotecario de la vivienda donada por unos padres

53 GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A.: “La atribución voluntaria de ganancialidad”, en AA.VV.: *Los regímenes económicos matrimoniales, la situación patrimonial de las uniones de hecho* (coord. por F. LLEDÓ YAGÜE), Dykinson, Madrid, 2011, p. 42 y ss.

54 STS 9 diciembre 2021, (ROJ: 4409, 2021).

55 MARIÑO PARDO, F.: “El pacto de atribución de ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil en la jurisprudencia reciente”, *La Ley Derecho de Familia*, 2022, núm. 35, p. 8 y ss.

56 STS 26 febrero 2002 (ROJ: 1354, 2002).

a un hijo que, junto a su cónyuge, quisieron aportar a la comunidad la vivienda objeto de la donación⁵⁷.

Además de la necesidad de un consentimiento común de ambos cónyuges y, la determinación del origen oneroso del bien adquirido, el propio artículo 1355 CC hace referencia a que la citada adquisición, debe producirse durante la vigencia del matrimonio. Ahora bien, resultaría dudosa la aplicación del citado precepto para las declaraciones emitidas en tal sentido, por parte de los cónyuges en un momento posterior a la adquisición, vigente todavía la unión matrimonial, claro está. En este último caso, tal declaración, debería venir amparada por el principio de libertad de contratación entre cónyuges contenido en el artículo 1323 CC y, no por el pacto de ganancialidad regulado en el citado artículo 1355 CC⁵⁸. En este sentido, se ha manifestado la STS 12 febrero 2020⁵⁹, referida a la compra de una vivienda en fecha anterior al matrimonio por parte de uno de los futuros cónyuges que, en el momento de venderlo, declara expresamente el carácter ganancial del mismo, situación que lleva al citado órgano, a considerar el bien como ganancial en virtud del principio de libertad de contratación entre los cónyuges.

El artículo 1355 CC no realiza mención expresa ni a la capacidad necesaria para realizar el citado pacto ni, a la exigencia de una forma específica para realizarlo. Así, respecto a la primera de las cuestiones, habrá que dar por reproducidas las mismas afirmaciones que se realizaron en relación con la capacidad de los intervinientes en la confesión de privatividad, por lo que, cualquier persona que no tenga privado expresamente el ejercicio de este derecho, podría emitir tal declaración, ayudándose de los medios y mecanismos necesarios para ello. Por ello, aunque la no referencia expresa a la exigencia de una forma determinada para realizar el citado pacto, lo lógico y normal para que el citado pacto produzca la plenitud de sus efectos, es que el mismo se realice mediante escritura pública ante Notario⁶⁰.

Un aspecto sin duda controvertido en relación con el pacto de ganancialidad, es sin duda el relativo del acceso al registro de la propiedad de aquellos bienes favorecidos por el pacto expreso de ambos cónyuges, recuérdese posibilidad prevista en el primer párrafo del artículo 1355 CC o, de los bienes que de forma presunta, son considerados como gananciales en los supuestos de adquisiciones

57 NIETO ALONSO, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad. Reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código civil", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. 8, núm. 2, p. 50 y ss.

58 MARAÑÓN ASTOLFI, M.: "La atribución voluntaria de ganancialidad y la libertad de pactos entre los cónyuges. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 374)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2021, núm. 54, p. 8 y ss.

59 STS 12 febrero 2020, (ROJ: 394, 2020).

60 DURÁN RIVACOBA, R.: "El acto atributivo de ganancialidad", en AA.VV.: *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal* (coord. por R. DURÁN RIVACOBA), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 22 y ss.

en forma conjunta y sin atribución de cuotas, en virtud de lo contenido en el segundo párrafo del citado precepto⁶¹. En concreto, la controversia radica en el mismo tratamiento que para ambos actos jurídicos, otorga el artículo 93 del Reglamento Hipotecario, al establecer que se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

Resulta contradictorio el citado tratamiento igualitario, ya que, como se expuso con anterioridad en el análisis del régimen de la confesión de privatividad, en la misma, no se atribuía el carácter privativo al bien, sino que la misma, simplemente constituía un medio de prueba entre las partes que, incluso, podría ser objeto de destrucción mediante el empleo de medios de pruebas, eso sí, firmes. Sin embargo, en este caso, a pesar de que ha quedado de manifiesto que la naturaleza jurídica del acto contenido en el segundo párrafo del artículo 1955 CC, no es más que una mera presunción que admite en prueba en contrario, el Reglamento Hipotecario, decide equiparar el estatus jurídico del bien favorecido por el pacto de ganancialidad, al que resulta objeto de la citada presunción. No se entiende muy bien el trato parejo a dos actos con similar transcendencia jurídica, pero parece evidente que, se vuelve a reforzar la idea tradicional del legislador, de reforzar el conjunto de bienes que forman parte de la comunidad, frente al patrimonio privativo de los cónyuges.

2. La particularidad del derecho de reembolso.

Una vez precisados los anteriores aspectos principales del denominado pacto de ganancialidad, resulta necesario, siguiendo la misma estructura utilizada durante el análisis de la confesión de privatividad, realizar referencia expresa a los efectos que el mismo produce entre las partes y, como no, frente a terceros. Así, cuando se produzca el citado pacto de ganancialidad, es posible que, acontezca un derecho de reembolso a favor del cónyuge que aportó los fondos privativos para la adquisición del bien que es calificado de común acuerdo como ganancial, en virtud de lo establecido con carácter general en el artículo 1358 CC, precepto que establece la regulación del derecho de reembolso, derecho que puede nacer en virtud de determinados negocios posibles entre cónyuges y, no solo a través de este pacto de ganancialidad⁶².

61 CABEZUELO ARENAS, A.L.: "Controversias surgidas en torno a las atribuciones de ganancialidad", en AA.VV.: *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez* (coord. por A. MARÍN VELARDE), Reus, Madrid, 2021, p. 603 y ss.

62 BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, año 96, núm. 781, p. 3052 y ss.

Sobre el nacimiento de este derecho de reembolso, debe precisarse que tal situación se encuentra establecida de forma expresa en la regulación del pacto de ganancialidad contenida en el artículo 1355 CC, pero que su funcionamiento y operatividad, debe encontrarse en la regla general descrita anteriormente, salvo que, constara de forma expresa la renuncia del adquirente con fondos privativos del bien que, es declarado como ganancial. En este sentido, también se pueden encontrar pronunciamientos judiciales, hoy ya superados, donde se negaba la aplicación del derecho de reembolso en los pactos de ganancialidad, en virtud de la aplicación de la denominada teoría de los actos propios⁶³.

Los presupuestos para que nazca el actual derecho de reembolso como consecuencia del pacto de ganancialidad, han quedado en la actualidad claramente determinados por el concurso de dos no muy alejadas en el tiempo sentencias del Tribunal Supremo, en concreto una fechada el 27 de mayo de 2019 y, otra de 2 de marzo del año 2020. Combinando ambos pronunciamientos, se obtiene que el derecho de reembolso previsto con carácter general en el artículo 1358 CC nacerá, aunque el aportante de los fondos privativos no hubiera realizado reserva al respecto y, debido a que la donación no se puede presumir, su fundamento vendrá determinado por la búsqueda del equilibrio entre las masas patrimoniales⁶⁴.

Además, resulta trascendental para que se produzca el nacimiento del citado derecho, la prueba del carácter privativo del dinero con la que se realiza la adquisición del bien que, a priori, debería calificarse como privativo en virtud del referenciado principio de subrogación real, razonamiento que se puede extraer con exactitud del fundamento de derecho tercero de la STS 27 mayo 2019⁶⁵, cuando establece que: “cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo el carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición”.

Ahora bien, como se ha expuesto, puede ocurrir que el cónyuge que aporte dinero privativo para la adquisición, renuncie de forma expresa al derecho de reembolso o, que aunque no renuncie, a pesar de que el mismo pruebe el origen privativo de la aportación económica realizada, no nazca este derecho de reembolso, debido a la existencia de negocios previos entre cónyuges, de modo

63 AZAUSTRE GARRIDO, M.D.: “Atribución de ganancialidad, aportación de bienes y derecho de reembolso. Encrucijada de negocios jurídicos y su resolución desde la óptica de diez sentencias del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2021, núm. 90, p. 33 y ss.

64 GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: “La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2023, núm. 37, p. 12 y ss.

65 STS 27 mayo 2019 (ROJ: 1591, 2019).

que la adquisición realizada del bien que posteriormente se ha declarado como ganancial, obedezca a una especie de compensación entre los mismos⁶⁶.

Para dar por terminada estas referencias al derecho de reembolso entre las partes, resulta necesario determinar el nacimiento exacto del mismo. Así, parece una cuestión pacífica entre la doctrina, que el derecho de reembolso en caso de que se cumplan el conjunto de criterios que se acaban de exponer, nacerá desde el mismo momento en que se atribuya, en virtud del pacto de ganancialidad, el carácter ganancial al bien adquirido con fondos privativos, aunque, el momento en el que el mismo podrá resultar exigible por parte del favorecido, coincidirá con la liquidación de la sociedad ganancial⁶⁷.

Precisados los efectos entre las partes, resulta ahora hacer referencia a la situación en la que pueden encontrarse los terceros afectados por la atribución de ganancialidad efectuada por los cónyuges. En este sentido, debe hacerse de nuevo mención al derecho de reembolso, ya que, su efectividad afectará al derecho de los terceros afectados, especialmente, a los acreedores y los legitimarios del cónyuge que hubiera realizado la adquisición del bien con sus fondos privativos. Así, aunque en el artículo 1355 CC no se alude expresamente a los citados sujetos, a diferencia de lo que ocurre en la regulación de la confesión de privatividad, estos podrán impugnar la atribución de ganancialidad, cuando consideren, que la misma está afectando a sus derechos legítimos⁶⁸.

En este sentido, se ha aludido a que los legitimarios del cónyuge que ha realizado la aportación económica privativa deberán computar para el cálculo de su porción hereditaria, la mitad de la citada aportación, con independencia de que el adquirente, hubiera renunciado de forma expresa a su derecho de reembolso⁶⁹. Y, en el caso de los acreedores cuyos derechos resulten vulnerados y, en el supuesto de que disuelta la sociedad de gananciales, su deudor no tuviera bienes suficientes para atender a sus derechos de crédito y, además este hubiera renunciado al derecho de reembolso, estos podrán ejercer la denominada acción pauliana, con la intención de exigir al cónyuge beneficiado por el pacto de ganancialidad, la mitad de la aportación realizada por el deudor⁷⁰.

66 MECO TEBAR, F.: "Los acuerdos entre cónyuges como mecanismo para atribuir la condición de ganancialidad a bienes privativos: los planes de pensiones. Comentario a la STS núm. 327/2019, de 6 de junio", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 29, p. 544 y ss.

67 CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El derecho de reembolso en la liquidación de la sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Entre persona y familia* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Reus, Madrid, 2023, p. 697 y ss.

68 BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El derecho de reembolso en el régimen de sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez* (coord. por F. YAÑEZ VIVERO, Dykinson, Madrid, 2023, p. 1048 y ss.

69 LÓPEZ PELÁEZ, P.: *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 112 y ss.

70 YAÑEZ DE ANDRÉS, A.: "Doctrina de los actos propios, reembolsos entre cónyuges y disolución de la sociedad ganancial, en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo", *Diario la Ley*, 2019, núm. 9446, p. 6 y ss.

III. ¿PUEDEN LOS CÓNYUGES PACTAR EL CARÁCTER PRIVATIVO DE UN BIEN?

I. La ausencia de regulación específica sobre el pacto de privatividad.

Una vez analizada la figura de la confesión de privatividad contenida en el artículo 1324 CC y el pacto de ganancialidad regulado en el artículo 1355 del mismo texto legal, resulta necesario describir, una tercera vía en virtud de la cual, los cónyuges van a poder excluir el principio de subrogación real y, en este caso, escapar al carácter ganancial de un determinado bien. En concreto, esta repercusión jurídica la van a poder conseguir, a través del denominado pacto de privatividad, aunque como se expondrá, se trata de la posibilidad más controvertida de las analizadas⁷¹.

Como se acaba de exponer, cabe la posibilidad de que los cónyuges, conscientes de que realizando una determinada adquisición, la misma se convertiría en ganancial por efectos de lo establecido en el Código Civil al respecto, quieren atribuir al bien el carácter de privativo, no recurriendo para ello a la confesión de privatividad analizada con anterioridad. Las razones por las que los cónyuges no querrían recurrir al citado recurso previsto en el artículo 1324 CC, podrían ser de un lado, la evitación de los derechos de los legitimarios que, como se ha expuesto, en determinadas ocasiones pueden ser considerados como excesivos y, por otro, una mayor protección registral, ya que la confesión de privatividad únicamente atribuía el carácter probatorio de la privatividad del bien, pero el mismo, no adquiriría tal firmeza en el Registro de la Propiedad.

En virtud de lo expuesto, pueden plantearse una serie de interrogantes en relación a la validez del citado pacto. En efecto y, en primer lugar, cabe advertirse que no existe precepto alguno en el Código Civil que regule el mismo, por lo que, de admitirse su validez, la misma vendría determinada por un negocio nacido de la voluntad de los cónyuges, amparado en el artículo 1255 CC y respaldado por el principio de la libertad de contratación consagrado en el analizado 1323 CC. En segundo lugar, también podría encontrarse fundamentado el pacto de privatividad, en una especie de aplicación inversa de la regulación contenida en el artículo 1355 CC para el pacto de ganancialidad, aunque, parece evidente que si el legislador hubiera querido establecer el pacto inverso, lo hubiera mencionado expresamente, ya fuera en el citado precepto, o en otro totalmente independientemente del supuesto pacto inverso⁷².

71 MOLINA ILLESCAS, S.: "Obra nueva ganancial sobre solar privativo: inscripción de la edificación con distinto carácter que el suelo", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2020, núm. 25, p. 10 y ss.

72 BLANDINO GARRIDO, M.A.: "La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2023, núm. 19, p. 82 y ss.

Admitiendo la validez del citado pacto, ya que como se va a exponer, en realidad, el mismo viene resultado admisible, eso sí, con diferentes matices, desde hace tiempo en la práctica, también se deben mencionar otra serie de complicaciones jurídicas que resultan de su aplicación. Así, debe aludirse de nuevo a la regulación de la confesión de privatividad del artículo 1324, donde como es sabido, se atribuyen a los legitimarios, una suerte de control sobre los actos de disposición que realice el cónyuge favorecido por la confesión, tras el fallecimiento del confesante. En concreto, la admisión generalizada de este pacto supondría en la práctica la eliminación del conjunto de facultades que se le conceden a los legitimarios, es decir, se estaría aceptando la falta de transcendencia de un precepto que, sigue vigente y resulta perfectamente de aplicación, eso sí, aunque después se expondrán legislaciones forales que tienen su propia regulación al respecto⁷³.

La siguiente gran complicación jurídica que acontece de la admisión generalizada de los pactos de privatividad, aparece relacionada con el acceso al Registro del citado pacto. Así, debe traerse a colación el contenido del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario, donde se establece que el carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido, por uno de los cónyuges, deberá justificarse mediante prueba documental pública. Pues bien, a pesar de que no ha existido ningún precepto que habilitará tradicionalmente a los cónyuges a declarar como privativo un bien que según la regulación legal debería ser como ganancial, desde hace tiempo, se vienen atestiguando intentos realizados por los mismos conseguir tal finalidad, aludiendo a los contratiempos existentes en la figura de la confesión de privatividad, intentando demostrar para ello, el carácter privativo del precio de la adquisición del bien, en virtud de lo establecido en el citado artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario⁷⁴.

Ahora bien, si el propio Reglamento Hipotecario permite a los cónyuges probar el carácter privativo de los fondos, ¿Dónde radica la controversia en relación con la admisión generalizada de los pactos de privatividad? Pues la respuesta a esta cuestión se encuentra en la propia dicción e interpretación que tradicionalmente ha realizado del mismo la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ya que, el citado precepto alude de forma expresa a la necesaria justificación del carácter privativo de los fondos, mediante prueba documental pública, situación que ha sido descrita por la doctrina como una prueba de carácter diabólica para las partes⁷⁵.

73 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Confesión de privatividad. Impugnación por el confesante de la manifestación, realizada en el momento de la adquisición, de que el dinero invertido en la compra del inmueble pertenecía en exclusiva a su esposa. Comentario a la STS de 15 de enero de 2020 (RJ 2020, 649)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2020, núm. 114, p. 283 y ss.

74 BORRUEL GARCÉS, Y.: "La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un nuevo negocio jurídico?", *Diario la Ley*, 2022, núm. 10170, p. 6 y ss.

75 LÓPEZ FRIAS, A.: "La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", en *Revista de Derecho*

En este sentido, ya pueden encontrarse resoluciones de la citada DGSJFP añejas, en concreto una fechada el 28 de noviembre de 1988⁷⁶, donde se negaba la cualificación de prueba documental pública del carácter privativo del dinero con el que se realiza la adquisición a las escritura de herencia fechada anteriormente a la adquisición del bien, ya que, a juicio del citad organismo, ambos instrumentos no garantizaban de forma efectiva que el dinero con el que se ha realizado la adquisición, fuera efectivamente privativo y, no ganancial. Esta interpretación restrictiva, ha resultado la dominante hasta prácticamente la actualidad, pudiendo citarse entre otras, por ejemplo, la resolución de II de octubre de 2006⁷⁷, donde no avala la validez de la adquisición realizada mediante transferencia de una cuenta privativa, ya que: “dicha titularidad nos indica que el contrato de cuenta corriente fue efectivamente suscrito por la compradora, pero nada nos indica sobre la procedencia o naturaleza del numerario que fue ingresado en ella”.

La citada interpretación restrictiva en relación a la admisibilidad probatoria del pacto de privatividad y no sobre su posible validez, se mantuvo hasta mediados del año 2020, ya que como se expondrá posteriormente, a partir de ese momento se puede considerar que el citado pacto, es admisible con carácter genérico en la práctica. Hasta entonces, como se ha descrito, se ha cuestionado hasta el extremo, el carácter privativo de los fondos empleados para la adquisición de un bien que debería ser ganancial según el principio de subrogación real, pudiéndose citar ya para concluir esta ejemplificación, la resolución de la DGSJFP de 7 de noviembre de 2018⁷⁸, donde se denegó tal carácter, a la adquisición realizada por un cónyuge, ocho días después de que el mismo constatará que había recibido una donación por parte de su padre, por el mismo importe de la adquisición realizada⁷⁹.

Como se acaba de exponer, la validez del pacto de privatividad, no se ha encontrado realmente condicionada por la doctrina, a diferencia de su prueba. Así, puede ya citarse los fundamentos utilizados de forma expresa por la antiguamente denominada Dirección General de Registros del Notariado en su resolución de 25 de septiembre de 1990⁸⁰, donde se estableció que: “tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, de la libertad de contratación entre los cónyuges (principio recogido en el artículo 1323 del Código Civil, respecto del cual, el artículo 1355 del Código Civil no es sino una aplicación particular para una hipótesis concreta, de la que no puede inferirse, por tanto, la exclusión legal de los demás supuestos de contratación entre esposos) posibilita a estos, para,

Civil, 2022, vol. 9, núm. 4, p. 273 y ss.

76 «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 1988, páginas 36151 a 36152.

77 «BOE» núm. 276, de 18 de noviembre de 2006, páginas 40573 a 40575.

78 «BOE» núm. 21, de 24 de enero de 2019, páginas 6090 a 6096.

79 GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 538 y ss.

80 «BOE» núm. 267, de 7 de noviembre de 1990, páginas 32817 a 32818.

actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado así pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y erga omnes en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación”.

En el mismo sentido, también puede citarse la resolución del citado órgano de 9 de julio de 2012⁸¹, donde se vuelve a recordar la validez del pacto de privatividad, con origen y fundamento distinto de la confesión de privatividad, pero eso sí, siempre y cuando se especifique claramente la causa de la misma. En el mismo sentido, refrendando expresamente la validez del pacto analizado, puede citarse la resolución de 13 de noviembre de 2017⁸², donde se establece que el carácter privativo o ganancial de un determinado bien, debe de ser determinado en primer lugar por los deseos de los cónyuges, posteriormente por las normas especiales que pudieran existir y, en último lugar, dicha calificación debería establecer por el funcionamiento del principio de subrogación real. También sobre su admisibilidad y la necesidad de que se determina la causa de la determinación privativa del bien, se pronuncia la resolución de 30 de julio de 2018⁸³, causalización que puede producirse tanto de forma simultánea o previa a la adquisición o, con carácter posterior incluso⁸⁴.

Por tanto con carácter tradicional se puede concluir que la validez de los pactos de privatividad, a pesar de no venir determinados por el Código Civil, ha sido acordada expresamente, como reflejo del principio de autonomía de la voluntad y el principio de libertad de contratación entre cónyuges, pero ahora bien, se ha dificultado su repercusión práctica, debido al elevado nivel de exigencia en relación con la prueba del carácter privativo de los fondos con los que se producía la adquisición, situación que provocaba, el acceso subsidiario a la confesión de privatividad por parte de los adquirentes, con los consiguientes efectos a terceros y de carácter registral que se derivan de la misma⁸⁵.

81 «BOE» núm. 227, de 20 de septiembre de 2012, páginas 66263 a 66265.

82 «BOE» núm. 291, de 30 de noviembre de 2017, páginas 116565 a 11656.

83 «BOE» núm. 223, de 14 de septiembre de 2018, páginas 89354 a 89362.

84 LÓPEZ IGLESIAS, L.: “La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el registro de la propiedad”, la *Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2020, núm. 25, p. 9 y ss.

85 DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: “La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, año 88, núm. 734, p. 3196 y ss.

2. La actual interpretación del carácter privativo del dinero con el que se realiza la adquisición.

Ahora bien, el escenario descrito en relación con la prueba relativa al pacto de privatividad ha mutado en la actualidad radicalmente, despertándose un importante revuelo en la doctrina. En efecto, este cambio se produjo a partir de dos resoluciones emitidas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública fechadas el 12 de junio de 2020⁸⁶, donde por primera vez, se produjo una flexibilización en la admisibilidad probatoria de los fondos privativos que se derivan del citado pacto entre los cónyuges, situación que es la que se sigue manteniendo en la actualidad. La principal controversia de la actual interpretación viene determinada porque su generalización, determinará la eliminación en la práctica del artículo 1324 CC, es decir, la confesión de privatividad quedará totalmente obsoleta⁸⁷.

Conviene analizar brevemente el razonamiento empleado en ambas resoluciones para expresar mejor con posterioridad, las consecuencias favorables o desfavorables, de las mismas. Así, en ambos supuestos se discute acerca de la inscripción como privativa de una vivienda que los cónyuges querían realizar, a pesar de que en virtud de principio de subrogación real, el mismo debería gozar de la calificación de ganancial. Hasta aquí, parece lógico que los cónyuges querían realizar un pacto de privatividad y, tradicionalmente, se les atribuía esa prueba que parte de la doctrina consideraba diabólica, de probar mediante documento público, el carácter privado de los fondos con los que se ha realizado la adquisición. Pues bien, en estas dos resoluciones de junio de 2020, se admite por parte de la DGSJFP, la validez de la declaración emitida por ambos cónyuges, donde manifiestan que la adquisición se ha realizado con el dinero privativo proveniente de una herencia a favor del cónyuge al que se produce la adquisición, admisión que se realiza, asimilando la declaración de voluntad a la causa de la calificación y, atendiendo a la demostración de la plena conmutatividad entre la herencia recibida y la adquisición privativa realiza con posterioridad.

A partir de las citadas resoluciones, la interpretación acerca de la prueba del carácter privativo del dinero mutó radicalmente, hasta el punto de primar, la voluntad de los cónyuges que de común acuerdo, deciden otorgar carácter de privativo al bien, hasta tal punto, que en alguna resolución posterior, como la fechada el 9 de septiembre de 2021, ni siquiera los cónyuges realizan referencia expresa al origen del dinero con el que se realiza la adquisición del bien. Muy

86 «BOE» núm. 207, de 31 de julio de 2020, páginas 61216 a 61234.

87 DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: "De la confesión de privatividad anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, a la atribución directa del carácter privativo sin acudir a la confesión", AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez* (coord. por F. YAÑEZ VIVERO), Dykinson, Madrid, 2023, p. 1158 y ss.

ilustrativa al respecto, resulta también la resolución de 11 de abril de 2022, donde ambos cónyuges quieren establecer que una mitad de una finca que se encontraba en régimen de condominio, fuera adjudicada de forma privativa a uno de los cónyuges estableciéndose al respecto que: “mediante la extinción de la comunidad tenga carácter privativo del marido adjudicatario, con la voluntad de que se inscriba a nombre de éste por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicha participación mediante aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado, de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, y como resulta de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos”.

Una vez expuesta la situación actual, se debe hacer una referencia al importante debate que se ha originado sobre la misma, ya que como se advirtió con anterioridad, el pacto de privatividad no se encuentra exento de polémica. Pues bien, en este sentido, puede encontrarse doctrina que alaba la interpretación que ha realizado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en relación con la flexibilización de la prueba del dinero privativo que justificaría el pacto de atribución de privatividad entre los cónyuges, debido a que de esta forma, se está produciendo de forma auténtica, un respecto a la autonomía de la voluntad de los intervinientes, los cuales, no tienen por qué verse obligados por un conjunto de normas que establezcan por ellos, el carácter ganancial de un determinado bien en concreto. Además, las voces positivas en relación con la actual interpretación, también muestra su agrado, por la eliminación del conjunto de prerrogativas que ostentan los legitimarios en la figura de la confesión de privatividad que, como es sabido, era la figura que se admitía de forma subsidiaria en los supuestos donde las partes no demostraban documentalmente el origen privativo del dinero con el que se realiza la adquisición⁸⁸.

La posición más negativa sobre la actual interpretación de la figura del pacto de privatividad también tiene motivos para esgrimir al respecto. En efecto, para este sector de la doctrina, con la absoluta flexibilización de la prueba del dinero, ha originado de facto, la supresión del artículo 1324 CC y el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, ya que, en la actualidad, será difícil encontrarse con cónyuges que acudan a la figura de la confesión de privatividad, sino que todos, se acogerán a la comodidad que les otorga el pacto de privatividad, produciendo por ende, un posible fraude en los derechos de los legitimarios y de los acreedores.

88 MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad”, *Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2021, núm. 97, p. 75 y siguientes.

Además, aluden a una incorrecta interpretación de la causa admitida para dar validez al pacto, ya que, la que admite la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, hace únicamente referencia a los deseos internos de los cónyuges y, no al origen de los fondos con los que se realiza la adquisición. Esta parte de la doctrina, recuerda igualmente que si el legislador quisiera, se hubiera atribuido validez expresa a los pactos de privatividad, como ocurre en la ley 83 de Navarra y en el artículo 214 del Código Foral de Navarra, por lo que, la ausencia de disposición legal al respecto, pondría de manifiesto el escaso interés del legislador en que los citados pactos pudieran producirse, optando su preferencia el mismo, por el recurso a la confesión de privatividad, asegurando así, el derecho de los legitimarios⁸⁹.

De las tres figuras expuestas, no cabe duda de que ésta última es la más polémica en relación con la capacidad de los cónyuges de determinar en exclusiva el carácter ganancial o privativo de un determinado bien. Por ello, resultará necesaria una reflexión del presente autor sobre la vigencia e interpretación de esta que será realizada en el apartado final del presente trabajo.

IV. NOTAS FINALES.

En el presente trabajo se han analizado los diferentes mecanismos de los que disponen los cónyuges para alterar la calificación atribuida por la ley a un bien, es decir, cuando el mismo le correspondería ser privativo y, los mismos quieren que se repute como ganancial y, claro está, también en el supuesto inverso. Realizada esta tarea, resulta necesario plantear una serie de notas finales que sintetizen el contenido expuesto.

De este modo, se debe aplaudir, o al menos así lo piensa el presente autor, el reconocimiento a efectos prácticos de la libertad de contratación entre los cónyuges y, la ampliación de su autonomía contractual en lo referido a su matrimonio, que ha quedado plasmada a través de las figuras del pacto de ganancialidad, la confesión de privatividad y, sobre todo, mediante la atribución voluntaria de privatividad, que como se ha visto, resulta ser el instrumento jurídico sujeto a mayor controversia.

Dejando apartado el pacto de ganancialidad contenido en el artículo 1355 del Código Civil, cuyo planteamiento y configuración parece quedar claro en su regulación, articulándose concorde a otros mecanismos como la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, si requiere una mayor profundización la

89 GARCÍA GARCÍA, J.M.: "Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y de 12 de junio de 2020 (1.ª y 4.ª): el pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, núm. 5, p. 12 y ss.

referencia a los instrumentos que permiten a los cónyuges atribuir el carácter privativo a un determinado bien.

Así, debe recordarse que en puridad, el único que regula el Código Civil, es la denominada confesión de privatividad contenida en el artículo 1324 CC, instrumento que en realidad, no permite variar la calificación jurídica de un bien a efectos registrales, sino que, se articula como un medio de prueba entre los cónyuges de que un determinado bien es privativo de uno de ellos. Además de no constituir un instrumento que permita variar esa calificación jurídica, en su configuración, la confesión de privatividad limita el conjunto de facultades del cónyuge favorecido por la confesión, hasta el punto que, tras el fallecimiento del confesante, los legitimarios de éste, deberán autorizar los actos de disposición que se realicen con el bien. Evidentemente, esta situación resulta, a juicio del presente autor, del todo injusta, porque limita la autonomía de la voluntad que emitió, se entiende que libremente, el cónyuge confesante que, por los motivos que estimara oportuno, decidió confesar que el bien era privativo de su consorte y, de este modo, claro está, el mismo no debería formar parte de su patrimonio y, por ende, no podría estar disponible para sus legitimarios en el momento de su fallecimiento.

De la consecuencia anterior y, respetando evidentemente los derechos de crédito de los acreedores, resulta lógico que los cónyuges quieran escaparse de las consecuencias lesivas para sus intereses que se derivan de la confesión de privatividad y, pretendan realizar pactos de atribución de privatividad que, a pesar de no venir recogidos expresamente en la legislación, son perfectamente válidos en el ejercicio de su libertad de contratación, resultando una manifestación de su autonomía de la voluntad. Entendiendo el presente autor, las críticas jurídicas a la situación actual en relación con la prueba del dinero de carácter privativo de los citados pactos, que como se ha visto, se ha flexibilizado hasta tal extremo que, prácticamente ya no hace falta aportar la citada prueba, se debe recalcar también la injusticia que, fuera de los casos de los derechos de crédito, supone para los cónyuges, recurrir a una confesión de privatividad, en virtud de la cual, los legitimarios tendrán un poder de decisión tal, que incluso podrán actuar totalmente en contra de los deseos evidenciados en vida por parte de los cónyuges.

En realidad, el debate sobre la derogación fáctica del artículo 1324 CC y el desarrollo reglamentario del mismo, desde mi humilde opinión, no interesa a efectos prácticos. El punto central de la cuestión vuelve a residir en el concepto que cada uno ostenta sobre la institución matrimonial y los lazos familiares, aspecto que evidentemente, se refleja en la sobreprotección de los derechos de los legitimarios, por los que aboga parte de la doctrina civilista.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Á.: *Compendio de Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2022.

ARANA, P.: "Reflexiones sobre subrogación real de bienes gananciales: los coindivisarios y la persecución, por parte del acreedor social (no perjudicado) y del acreedor personal", *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales*, 2020, núm. 8, 2020, pp. 97-106.

ARRÉBOLA BLANCO, A.: "Las cargas del matrimonio: un concepto jurídico (in) determinado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, año 98, núm. 794, pp. 2981-3035.

ASÍS GONZÁLEZ CAMPO, F.: "Nuevos intervinientes en procesos de familia y provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17, pp. 1890-1913.

AZAUSTRE GARRIDO, M.D.: "Atribución de ganancialidad, aportación de bienes y derecho de reembolso. Encrucijada de negocios jurídicos y su resolución desde la óptica de diez sentencias del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2021, núm. 90, pp. 33-52.

BARRIO GALLARDO, A.: "Los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia", en AA.VV.: *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio* (coord. por M. Á. PARRA LUCÁN), Comares, Granada, 2016, pp. 51-88.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El derecho de reembolso en el régimen de sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez* (coord. por F. YÁÑEZ VIVERO, Dykinson, Madrid, 2023, pp.1047-1068.

- "La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, año 96, núm. 781, pp. 3045-3099.

BLANDINO GARRIDO, M.A.: "La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 70-103.

BORRUEL GARCÉS, Y.: "La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un nuevo negocio jurídico?", *Diario la Ley*, 2022, núm. 10170, pp. 1-17.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: "Controversias surgidas en torno a las atribuciones de ganancialidad", en AA.VV.: *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro*

homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez (coord. por A. MARÍN VELARDE), Reus, Madrid, 2021, pp. 603-626.

CALAZA LÓPEZ, A.: "Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del artículo 1324 del Código Civil", *La Ley Derecho de Familia*, 2022, núm. 35, pp. 10-50.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El derecho de reembolso en la liquidación de la sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Entre persona y familia* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Reus, Madrid, 2023, pp. 686-714.

DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: "La sociedad de gananciales: bienes privativos y bienes gananciales", en AA.VV.: *GPS Familia* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2023, pp. 431-448.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: "De la confesión de privatividad anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, a la atribución directa del carácter privativo sin acudir a la confesión", AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo: liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez* (coord. por F. YÁÑEZ VIVERO), Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1155-1170.

- "La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, año 88, núm. 734, pp. 3195-3212.

DÍAZ GIRÓN, I.: "Calificación y determinación de los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Derecho de familia 2022* (coord. por E. ORTEGA BURGOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 127-152.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Confesión de privatividad. Impugnación por el confesante de la manifestación, realizada en el momento de la adquisición, de que el dinero invertido en la compra del inmueble pertenecía en exclusiva a su esposa. Comentario a la STS de 15 de enero de 2020 (RJ 2020, 649)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2020, núm. 114, pp. 275-302.

DURÁN RIVACOBA, R.: "El acto atributivo de ganancialidad", en AA.VV.: *Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal* (coord. por R. DURÁN RIVACOBA), Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 17-41.

ESTELLÉS PERALTA, P.M.: "Los derechos de reintegro o reembolso en la liquidación del régimen de separación de bienes: análisis jurisprudencial", *Revista Boliviana de Derecho*, 2024, núm. 37, pp. 44-87.

FUENTES BUESO, M.: "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2020, núm. 82, pp. 2257-2296.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: "La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2023, núm. 37, pp. 3-27.

GARCÍA GARCÍA, J.M.: "Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y de 12 de junio de 2020 (1.ª y 4.ª): el pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, núm. 5, pp. 1-18.

GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

GARCÍA MEDINA, J.: "Presunción de ganancialidad y prueba en contrario: consentimiento unánime para enajenar bienes antes de liquidar la sociedad de gananciales", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2003, núm. 53, pp. 1-14.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.G.: *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal. Análisis del precepto contenido en el artículo 1324 del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1987.

GÓMEZ LINACER, A.: "Los acreedores frente a la sociedad de gananciales liquidada: inoponibilidad de la liquidación y acción pauliana", *Actualidad Civil*, núm. 11, 2021, pp. 1-15.

GÓMEZ-BELLO PAGLIARO, A.: "Adquisición de un inmueble por uno o ambos cónyuges terminando de abonar su precio constante la sociedad de gananciales", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 2021, núm. 28, pp. 319-340.

GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad", en AA.VV.: *Los regímenes económicos matrimoniales, la situación patrimonial de las uniones de hecho* (coord. por F. LLEDÓ YAGÜE), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 35-56.

HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: "Régimen jurídico de los bienes privativos confesados", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, año 88, núm. 730, pp. 857-906.

LATAS ESPINO, M.J.: "La confesión de privatividad: un análisis del artículo 1324 CC y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2022, núm. 35, pp. 1-20.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: "Sociedad de gananciales. Disposiciones generales. Bienes privativos y bienes gananciales", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios* (coord. por M. LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 277-308.

LÓPEZ FRÍAS, A.: "La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. 9, núm. 4, pp. 269-301.

LÓPEZ IGLESIAS, L.: "La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el registro de la propiedad", *la Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2020, núm. 25, pp. 1-22.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: "El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad", *Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2021, núm. 97, pp. 70-77.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.: "Los bienes privativos por confesión en el código civil y en la legislación hipotecaria", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2016, núm. 10, 2016, pp. 29-54.

MARAÑÓN ASTOLFI, M.: "La atribución voluntaria de ganancialidad y la libertad de pactos entre los cónyuges. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 374)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2021, núm. 54, pp. 1-12.

MARIÑO PARDO, F.: "El pacto de atribución de ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil en la jurisprudencia reciente", *La Ley Derecho de Familia*, 2022, núm. 35, pp. 1-20.

- "Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2016, núm. 71, pp. 81-107.

MASIDE MIRANDA, J.E.: "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", en AA.VV.: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 640-720.

MATAS BENDITO, M.: "Matrimonio y concurso de acreedores: cuestiones civiles y registrales", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 25, pp. 1-12.

MECO TÉBAR, F.: "Los acuerdos entre cónyuges como mecanismo para atribuir la condición de ganancialidad a bienes privativos: los planes de pensiones. Comentario a la STS núm. 327/2019, de 6 de junio", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 29, pp. 542-549.

MEDRANO ARANGUREN, A.: "Aspectos civiles y fiscales de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2021, núm. 249, pp. 1-17.

MOLINA ILLESCAS, S.: "Obra nueva ganancial sobre solar privativo: inscripción de la edificación con distinto carácter que el suelo", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2020, núm. 25, pp. 1-14.

MONTERO GIMÉNEZ, J.M.: "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2020, número 25, pp. 1-18.

NIETO ALONSO, A.: "Autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas horizontales de derecho de familia", en AA.VV.: *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona* (coord. por M. P. GARCÍA RUBIO), Colex, Santiago, 2023, pp. 133-161.

- "La atribución voluntaria de ganancialidad. Reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código civil", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. 8, núm. 2, pp. 39-91.

PARRA LUCAN, M.Á.: "La autonomía privada en el Derecho de Familia", en AA.VV.: *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías : la jurista que se adelantó a su tiempo* (coord. por P. ABAD TEJERINA), Sepin, Madrid, p. 345 y ss.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "Confesión de ganancialidad en la adquisición de bienes, aportación de bienes a la sociedad de gananciales y atribución convencional de ganancialidad", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* (coord. por M. CUENA CASAS), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1485-1508.

REPRESA POLO, M.P.: "El fraude a los legitimarios en la sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Homenaje a José María Castán Vázquez: liber amicorum* (coord. por L.B. PÉREZ GALLARDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 911-932.

- *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Reus, Madrid, 2019.

RIBERA PONT, M.C.: "La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1989, año 59, núm. 559, pp. 1413-1433.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, R.: "La causa matrimonii en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2006, núm. 130, pp. 3483-3494.

ROZALÉN CREUS, L.: "Evolución histórica de la autonomía de la voluntad en el Derecho matrimonial", *Revista Boliviana de Derecho*, 2021, núm. 32, 2021, pp. 1090-1109.

RUIZ ALCARAZ, S.: "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *Actualidad Civil*, 2016, núm. 12, pp. 1-19.

SABORIDO SÁNCHEZ, P.: "Confesión de privatividad y presunción de ganancialidad. Su relación con la simulación contractual. Comentario a la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2004 (RJ 2004, 5993)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2005, núm. 15, pp. 269-276.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: y GAGO SIMARRO, C.: "Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales", *Anuario de derecho civil*, 2022, vol. 75, núm. 4, pp. 1451-1521.

- "Ganancialidad y adquisición de bienes con dinero privativo", en AA.VV.: *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (coord. por I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 37-108.

SANTANA NAVARRO, F.: "El artículo 1317 del Código Civil ¿Un instrumento exclusivo de los acreedores consorciales?", *Actualidad Civil*, 2019, núm. 5, pp. 1-14.

SANTILLA SANTA CRUZ, R.: "Atribución voluntaria de ganancialidad vs: prueba de la privatividad de los bienes: ámbito y efectos. Comentario a la STS de España núm. 295/2019, de 27 de mayo", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, pp. 732-745.

- "De vuelta a lo esencial: el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales", *Vox Juris*, 2021, vol. 39, núm. 1, pp. 125-136.

- "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, número 29, pp. 488-499.

VARGAS BENJUMEA, I.: *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. mecanismos de defensa para el acreedor perjudicado*, Aranzadi, Madrid, 2015.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A.: "Doctrina de los actos propios, reembolsos entre cónyuges y disolución de la sociedad ganancial, en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo", *Diario la Ley*, 2019, núm. 9446, pp. 1-20.



EXAMEN COMPARATIVO ENTRE LAS MEDIDAS DE APOYO
AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA ESTABLECIDAS
POR EL LEGISLADOR ESTATAL Y LAS PREVISTAS EN
EL “AVANTPROJECTE DE LLEI DE MODIFICACIÓ DEL
CODI CIVIL DE CATALUNYA EN MATÈRIA DE SUPORTS
A L’EXERCICI DE LA CAPACITAT JURÍDICA DE LES
PERSONES”. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS

*COMPARATIVE ANALYSIS OF THE SUPPORT MEASURES FOR
THE EXERCISE OF LEGAL CAPACITY ESTABLISHED BY THE
STATE LEGISLATOR AND THOSE PROVIDED FOR IN THE
“AVANTPROJECTE DE LLEI DE MODIFICACIÓ DEL CODI CIVIL
DE CATALUNYA EN MATÈRIA DE SUPORTS A L’EXERCICI DE
LA CAPACITAT JURÍDICA DE LES PERSONES”. ANALOGIES AND
DIFFERENCES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 728-797

Celia PRADOS
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Con este trabajo se realiza un examen comparativo entre las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica establecidas por el legislador estatal, en la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y las propuestas por la Comisión Catalana de Codificació en el "Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones". Se busca la comparación corta entre el sistema ya vigente en el Código civil y el que se pretende, tras la pertinente tramitación parlamentaria, instaurar en el Código Civil de Cataluña, trabajo con el que se pretende contribuir al estudio de la capacidad jurídica, ahora desde el ángulo de la diversidad legislativa civil en el ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; medidas de apoyo; Código civil catalán.

ABSTRACT: *This work makes a comparative examination between the support measures for the exercise of legal capacity established by the state legislator in Law 8/2021, of 2 June which reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, and those proposed by the Comisión Catalana de Codificació (Catalan Codification Commission) in the "Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones". A brief comparison is planned between the current system in force in the Civil Code and that it is intended to introduce, after the relevant parliamentary procedure, to establish the work with which to contribute to the study of legal capacity in the Civil Code of Catalonia, now from the perspective of civil legislative diversity in the Spanish legal system.*

KEY WORDS: *Legal capacity; support measures; Catalan Civil Code.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL NUEVO PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD. EL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DEL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A CONTAR CON APOYO EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS.- I. El significado general de la CDPD.- 2. El art. 12 de la CDPD.- A) Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás. Doble dimensión de la capacidad jurídica.- B) Derecho al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Concepto amplio de apoyo.- 3. La obligación del Estado español de cumplir con la CDPD y su cumplimiento en Derecho interno.- A) Ratificación de la CDPD y cumplimiento/incumplimiento progresivo.- B) El cumplimiento del art. 12 en el Estado plurilegislativo en materia civil- Referencia a la distribución competencial en materia civil (art. 149.1.8ªCE).- C) Los aspectos civiles de la discapacidad pueden ser competencia autonómica. El caso catalán, aragonés o navarro versus el caso gallego (STC 133/2017).- III. LA LEGISLACIÓN ESTATAL DESTINADA A CUMPLIR CON EL ART. 12 CDPD: LEY 8/2021, DE MODIFICACIÓN DEL CC Y OTRAS LEYES (ESTATALES) COMPLEMENTARIAS.- I. Objetivos y principios generales de ley.- A) El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.- B) Principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad de los apoyos.- C) El derecho al apoyo y a su renuncia.- 2. Las medidas de apoyo previstas en la ley.- A) Las reglas comunes.- B) Las medidas voluntarias: en especial los poderes para el ejercicio de la capacidad jurídica.- C) Las medidas informales. La guarda de hecho.- D) Las medidas judiciales: la curatela y el defensor judicial.- E) Las reglas transitorias.- IV. LA LEGISLACIÓN CATALANA DESTINADA A CUMPLIR CON EL ART. 12 CDPD.- I. La regulación de la incapacitación en el libro I del CCC antes de la ley 8/2021.- 2. El Decreto-ley 19/2021 por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.- 3. Proyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código Civil de Cataluña.- 4. El Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.- A) Objetivos y principios generales.- B) Las medidas de apoyo previstas en la ley catalana.- C) Las medidas transitorias de protección y apoyo.- D) Algunas cuestiones procesales y posible conflicto competencial.- E) Régimen transitorio.- V. FUNDAMENTALES SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LAS DOS REGULACIONES SUSTANTIVAS EN MATERIA DE APOYOS (ESTATAL Y CATALANA).- 1. Constatación de la analogía o identidad de los objetivos y principios generales.- 2. Examen comparativo del conjunto de medidas de apoyo previstas.- A) Analogías y diferencias en la tipología y nomenclatura.- B) Analogías y diferencias en las medidas espontáneas o no formalizadas.- C) Analogías y diferencias en las medidas voluntarias.- D) Analogías y diferencias en las medidas formalizadas no voluntarias. ¿Hacia una mayor desjudicialización de los apoyos?

I. INTRODUCCIÓN¹.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD, en adelante), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, abordó, por primera vez, la discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos e incorporó en su art. 12 un nuevo significado de capacidad jurídica, que reconoce que todas las personas mayores de edad son titulares de derechos y tienen capacidad para ejercitarlos. Para hacerlo posible, desarrolla un

¹ Quisiera mostrar mi agradecimiento a la profesora María Paz García Rubio, por su inestimable ayuda desde que comencara el estudio de la reforma y por sus valiosas aportaciones a este trabajo.

• Celia Prados García

Profesora Permanente Laboral de la Universidad de Córdoba (acreditada a Profesor Titular de Universidad).
Correo electrónico: cprados@uco.es

sistema de apoyos, en torno al principio de dignidad, para que todas las personas puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás.

Desde su ratificación por el Estado español, se ha venido adaptando el ordenamiento jurídico interno al nuevo significado de capacidad otorgado por la Convención. En el marco estatal, la adaptación del art. 12 se ha realizado a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, LAPD). Pero, siendo el español un sistema plurilegislativo en materia civil, la ley estatal no agota esa función de adaptación, de modo de las Comunidades Autónomas con competencias en materia civil están obligadas también a acometer tal tarea. Algunas lo han hecho ya y otras están el camino. Precisamente, en este trabajo se persigue realizar un análisis comparativo entre las medidas de apoyo implantadas por el legislador estatal en la citada Ley 8/2021 y la Propuesta prelegislativa elaborada por la Comisión de Codificación catalana denominada "Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones" (en adelante, Anteproyecto)².

Teniendo en cuenta los objetivos definidos, se ha desarrollado una metodología que parte de la explicación del modelo social de la discapacidad regulado en la CDPD y está dirigida al análisis comparativo entre el texto vigente del CC procedente de la LAPD y la propuesta formulada en el Anteproyecto. A continuación, se hace una breve descripción del modelo plurilegislativo español en materia civil, a los efectos de contrastar su trascendencia en el tema que nos ocupa. El propósito es establecer las semejanzas y diferencias entre el derecho general y el foral catalán. También han resultado de especial interés los datos extraídos del proceso participativo de consulta, impulsado por el Departamento de Justicia, sobre la adaptación del Código Civil de Cataluña a la CDPD, mediante la presentación del documento de Bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica³.

2 Conviene adelantar, desde ahora, que, en el momento de concluir este trabajo, el Parlamento de Cataluña ha sido disuelto por Decreto 60/2024, de 18 de marzo, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución.

3 La Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación organizó, el 11 de diciembre de 2019, un taller participativo sobre el primer borrador de las bases del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, para dar a conocer las propuestas a las entidades jurídicas, a las personas directamente afectadas, a los profesionales del ámbito de la salud, juristas y miembros de las administraciones públicas, y que todos los agentes implicados pudiesen iniciar un diálogo participativo. Como resultado del taller participativo, el borrador de las bases fue enmendado y muchas de las aportaciones de los participantes fueron incorporadas a la redacción final. A continuación, del 15 de julio al 15 de octubre de 2020, se llevó a cabo un proceso participativo a través del canal Participa. Resultado de aquel proceso fueron las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, que han orientado el diseño de las reformas de las instituciones del título II del libro segundo del Código civil de Cataluña. Con posterioridad, aunque con carácter previo a la aprobación definitiva del borrador del Anteproyecto de Ley, el Departamento de Justicia, Derecho y Memoria convocó una nueva ronda de participación de los colectivos interesados. Las propuestas y observaciones recibidas

II. EL NUEVO PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD. EL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DEL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A CONTAR CON APOYO EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS.

I. El significado general de la CDPD.

La CDPD conlleva un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad al desarrollar un modelo social que persigue la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad. Este modelo entiende la discapacidad como un contexto en el que las restricciones personales no tienen su origen en las características de la persona, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan⁴. En este sentido, el art. 12 CDPD constituye el núcleo del paradigma social de la discapacidad, pues supone el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduce un nuevo sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

2. El art. 12 de la CDPD.

A) *Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás. Doble dimensión de la capacidad jurídica.*

Los Estados partes reafirman, en el párrafo primero del art. 12 CDPD, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad⁵. Este reconocimiento se extiende a todos los aspectos de la vida, sin distinción por razón de discapacidad alguna, prescindiendo el texto de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar⁶. Es decir, la expresión “capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás” incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercerlos. Así se concreta en la Observación General núm. 1 del Comité de Derechos

en aquella ocasión también fueron incorporadas al proceso de redacción del Anteproyecto de Ley en el seno de la Sección de Persona y Familia de la Comisión de Codificación de Cataluña.

- 4 La existencia de estas barreras pone en funcionamiento “un círculo vicioso” que tiene como punto de partida la exclusión de las personas con discapacidad, discurre por la discriminación *de iure* y *de facto* y concluye con su separación e institucionalización (COURTIS, C.: “Dos pasos adelante y algún mareo. La reforma constitucional española en materia de derechos de las personas con discapacidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, nº1, pp.1-31, p.13).
- 5 Un derecho que ha sido elevado a la categoría de nuevo derecho humano, de cuya afirmación se derivaría su inalienabilidad e indivisibilidad. BOOTH GLEN, K.: “Introducing a new human right: learning from others, bringing legal capacity home”, *Columbia Human Rights Review*, 2018, pp.2-98, esp.5; GARCÍA RUBIO, M. P.: “Variaciones sobre la reforma con discapacidad. Las resistencias y la reconstrucción de la voluntad”, en AA.VV.: *Debates en torno a la contractualización del Derecho de familia y la persona* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO) Colex, A Coruña, 2023, pp.337-364.
- 6 Ha estudiado en profundidad el nacimiento y negociación del art. 12 CDPD TORRES COSTAS, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

sobre las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité)⁷. Asimismo, el art. 12 CDPD no solo reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que en su apartado tercero se ordena a los Estados que adopten los apoyos necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. Dichas medidas de apoyo deben respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. De ahí que deban desarrollarse las salvaguardias precisas para evitar situaciones de abuso o de influencia debida.

En síntesis, del precepto se extraen tres ideas básicas: la personalidad entendida como la tradicional capacidad de obrar, el reemplazo del modelo sustitutivo de la voluntad por un sistema de apoyos para la toma de decisiones, y el establecimiento de salvaguardas para asegurar el reconocimiento de la capacidad jurídica⁸.

B) Derecho al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Concepto amplio de apoyo.

Como se ha explicitado, la Convención reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de la capacidad jurídica. De forma que los Estados no solo no deben negar la capacidad jurídica, sino que deben proporcionar los apoyos necesarios para la toma de decisiones que tengan efectos jurídicos.

El párrafo tercero del art. 12 CDPD no ofrece una definición de apoyo ni especifica cómo debe ser éste. Sin embargo, el Comité ha concretado que se trata de “un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”, sobre los que aporta algunos ejemplos⁹. Así, la persona con discapacidad puede escoger a una o más personas de confianza para que le ayuden al ejercicio de la capacidad jurídica. Pero también puede recurrir a otras formas, como “el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse”¹⁰. Además, el Comité concreta que el apoyo puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales, como puede ser la exigencia de que las entidades públicas y privadas proporcionen información en un formato comprensible u ofrezcan apoyo a través de intérpretes de lengua de signos, para que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para la apertura de una cuenta bancaria, realizar transacciones sociales o celebrar un contrato.

7 “(...) la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)” NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/I. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.

8 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2018, tomo 58, pp.143-192, esp.151-153.

9 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/I, p.5.

10 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/I, p.5.

Asimismo, el apoyo puede consistir en la elaboración y reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, en particular, para las personas que utilizan formas de comunicación no verbales¹¹. Por último, el Comité se ocupa de los apoyos planificados anticipadamente por la propia persona, para los que los Estados partes deben ofrecer distintos mecanismos.

3. La obligación del Estado español de cumplir con la CDPD y su cumplimiento en Derecho interno.

A) Ratificación de la CDPD y cumplimiento/incumplimiento progresivo.

El Estado español ratificó la CDPD el 23 de noviembre de 2007, sin que presentara reserva alguna al tratado internacional, y desde entonces está adaptando de manera progresiva su ordenamiento jurídico a la Convención¹². En este sentido, conviene señalar la reciente reforma del art.49 CE, con el propósito

11 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1, p.5.

12 En lo que respecta al trabajo de adaptación del ordenamiento jurídico estatal: Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. LO 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de datos personales y garantía de los Derechos digitales. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Reforma del art. 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024. BOE nº43, de 17 de febrero de 2024.

de adaptar el texto constitucional al nuevo paradigma de la discapacidad. El artículo, en su redacción original¹³, atendía al modelo médico-rehabilitador, reservando al Estado un mandato paternalista y protector. De esta forma, configuraba a las personas con discapacidad como sujetos destinatarios de políticas públicas – con un marcado carácter médico- sin que contuviera un mandato antidiscriminatorio por razón de discapacidad, silencio que se extendía al art.14 CE. Un precepto que no respondía a los estándares contenidos en la CDPD, cuyo tenor ha sido reemplazado por el siguiente:

Artículo 49. “1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

Sobre la coherencia del nuevo precepto con los principios generales de la CDPD se ha pronunciado Christian Courtis, que sostiene que, aunque la reforma no es perfecta, incorpora los valores que inspiran el tratado internacional, si bien, lo hace con cierto desorden conceptual. Entre otras cuestiones, señala como “debilidades” de la reforma, el uso genérico del término “protección especial” y la ausencia de mención de un enfoque antidiscriminatorio, entre otras¹⁴.

No obstante, volviendo a la LAPD, que constituye hasta ahora la reforma principal en el proceso de adaptación de la legislación civil, han sido muchas las normas que han quedado intactas y cuya reforma debió ser acometida para dotarlas de coherencia con el art. 12 CDPD. Es el caso de la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el art. 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que regula el ingreso involuntario, así como otras normas relativas a la investigación biomédica, que siguen ancladas en el modelo médico-rehabilitador de la discapacidad, pese a que afectan a derechos fundamentales de las personas con discapacidad¹⁵.

13 Art. 49CE: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”

14 COURTIS, C.: “Dos pasos adelante”, cit., p.28.

15 Véase: PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2023.

Sin embargo, conviene resaltar que, en tanto se ha ido acometiendo la progresiva reforma del ordenamiento jurídico, se ha venido interpretando y aplicando el tratado conforme al modelo sustitutivo de la voluntad, obstaculizándose el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Y ello a pesar de que la cuestión del control de convencionalidad y el diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales fue abordada en el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre, sobre la base del art. 96 CE¹⁶: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

En este sentido, la STC 140/2018 constituyó un auténtico hito para la consolidación del sistema de fuentes del Derecho, poniendo el énfasis en el papel de los órganos judiciales nacionales en la articulación de los sistemas de fuentes jurídicas y de derechos fundamentales¹⁷, que, sin embargo, parecían resistirse al cambio de paradigma al que nos obligaba la Convención. Es más, incluso la entrada en vigor de la LAPD no ha conllevado un cambio interpretativo automático, tal y como requería el giro copernicano operado ya por vía normativa¹⁸, evidenciándose que el modelo social no está siendo bien comprendido ni aceptado, incluso, puede afirmarse que, en algunos ámbitos, genera rechazo por razones de distinta índole, de naturaleza conceptual/filosófica, jurídica y política¹⁹. Sobre esta cuestión ha reflexionado críticamente un sector de la doctrina²⁰, que llega a la conclusión de que aún queda pendiente el necesario cambio de mentalidad²¹, no solo de los operadores jurídicos, sino de la sociedad en general, que debe concebir a la persona con discapacidad desde la dimensión de la ciudadanía plena²².

B) El cumplimiento del art. 12 en el Estado plurilegislativo en materia civil- Referencia a la distribución competencial en materia civil (art. 149.1.8ª CE).

La Constitución Española de 1978 consagra un Estado de las Autonomías de carácter plurilegislativo, al reservar el art. 149.1.8 CE a la competencia exclusiva del

16 STC 140/2018, de 20 de diciembre. BOE núm.22, de 25 de enero de 2019. ECLI: ES: TC: 2018: 140.

17 MARULLO, M. C.: “La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, núm. 2, p. 311-318.

18 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y urgente”, cit.

19 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Variaciones sobre la reforma”, cit.341.

20 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Variaciones sobre la reforma”, cit. BACH, M.: “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la capacidad para la toma de decisiones”, en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (ed. por BACH y ESPEJO YAKSIC) Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp.29-56.

21 En este sentido, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano responsable de la supervisión y aplicación de la Convención, ha puesto de manifiesto en sucesivas ocasiones su preocupación por cómo está aplicando España la Convención a través de una serie de recomendaciones específicas.

22 PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso involuntario*, cit. p.218.

Estado la legislación civil, "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan"²³. Esto supuso el abandono definitivo de la idea de Código único y la existencia de un modelo plural de Derechos civiles con una problemática particular²⁴: como ha puesto de manifiesto Encarna Roca, la redacción de este artículo introdujo dificultades interpretativas sobre el alcance de la competencia, la titularidad de la misma y el contenido del concepto "legislación civil". Cuestiones que, si bien, no pueden discutirse en profundidad en este trabajo, conviene dejar reseñadas²⁵.

La lectura del precepto constitucional citado pone de manifiesto, de un lado, la existencia de una competencia a favor del Estado en materia civil y, de otro, la concurrencia de los parlamentos de ciertas Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil foral o especial. Además, se reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre las materias explícitamente citadas en el art. 149.1.8ºCE. Asimismo, es preciso tener en cuenta la cláusula de supletoriedad del Derecho del Estado (art. 149.3 CE) que rige en caso de que las Comunidades Autónomas no hayan ejercido su poder normativo²⁶.

Puesto que el objetivo de la LAPD es la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención e incide en todo el ordenamiento jurídico, la reforma también ha de llevarse a cabo en los demás Derechos civiles que coexisten en el territorio español, ya sea mediante la modificación de los distintos derechos forales que inciden en la capacidad jurídica o por la vía de entrada del Derecho supletorio. En virtud del art. 149.1.8 CE y de los correspondientes estatutos de autonomía, la LAPD -en su parte sustantiva estrictamente civil- no resulta necesariamente de aplicación a todo el Estado, por lo que es necesaria la adaptación de los ordenamientos civiles autonómicos competentes en la materia. No obstante, la reforma que afecta a la legislación procesal (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Jurisdicción Voluntaria) y registral (Ley de Registro Civil y Ley Hipotecaria) es aplicable *tout court* en todo el Estado en base a los arts.149.1.6 y 149.1.8 CE, que

23 La STC 88/1993 trató de aclarar el término "allá donde existan", que "ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas".

24 ROCA TRIAS, E.: "La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta", *Anuario de historia del derecho español*, 2012, nº82, pp.176-200, esp.176.

25 Son abundantes los estudios sobre el "enrevesado" y "oscuro" art. 149.1.8 CE, a modo de síntesis, entre lo más recientes, GARCÍA RUBIO, M.P.: "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, núm. 4, pp. 1-43. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Curso de Derecho civil. Derecho privado y derechos subjetivos*, tomo I, vol. I, Edisofer, 2022. PALAZÓN GARRIDO, M.L.: "El Derecho civil", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona* (coord. por F.J. SÁNCHEZ CALERO, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.31-54.

26 GARCÍA RUBIO, M. P.: *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, 2002, p.57.

respectivamente otorgan competencia legislativa exclusiva al Estado en materia de legislación procesal y en materia de registros e instrumentos públicos²⁷.

C) Los aspectos civiles de la discapacidad pueden ser competencia autonómica. El caso catalán, aragonés o navarro versus el caso gallego (STC 133/2017).

El sistema de distribución del poder normativo en materia civil no está exento de discrepancias doctrinales e incertidumbre jurídica, a lo que ha contribuido el Tribunal Constitucional con las interpretaciones llevadas a cabo, especialmente en los últimos años, con vaivenes constantes, sometiendo este diseño de competencias a un profundo caos jurídico. Si bien, el objeto central de este trabajo nos impide analizar en profundidad el marco teórico de la atribución de competencias, sí nos obliga a detenernos, al menos brevemente, en los aspectos meramente civiles de la discapacidad, y si estos pueden constituir o no materia de competencia autonómica. Especialmente, por el desconcierto que ha generado el cambio de criterio interpretativo del Tribunal Constitucional en torno al término “allí donde existan” en la STC 133/2017, que declaró inconstitucional los arts.27 a 45 de la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, relativos a la adopción y la autotutela. En esta sentencia el Tribunal se aparta del criterio seguido en la STC 88/1993, en la que entendió que el término “allí donde existan” hacía referencia al Derecho foral en su conjunto y no tanto a instituciones forales concretas²⁸. De acuerdo a esta interpretación, para la legitimación del desarrollo del derecho foral no es necesario que exista una institución determinada en conexión con la cual se legisle, sino que es suficiente con que exista derecho foral y alguna conexión entre la nueva forma y el conjunto de instituciones preexistente. Sin embargo, en la STC 133/2017 el Tribunal determinó necesaria la acreditación de la existencia de la institución concreta a la entrada en vigor de la CE, su reconocimiento en la Compilación de 1963 o, en su defecto, el carácter consuetudinario que pudiera entenderse conexa con la autotutela regulada en la Ley de 2006. De esta forma, el Tribunal restringía al límite de lo posible, el desarrollo del derecho foral gallego, tal y como ya había hecho con anterioridad con el derecho valenciano²⁹, dificultando, tal y como puso de manifiesto Xiol Ríos en su voto particular, la coexistencia de los distintos derechos civiles existentes en el territorio español. En realidad, y con un devenir que no puede ser explicado aquí con detenimiento, el resultado ha sido que en la práctica parecen distinguirse, de un lado, el derecho valenciano

27 Véanse al respecto, entre las últimas y más destacadas, la STC 7/2019, de 17 de enero, sobre la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña y la STC 132/2019, de 13 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra los arts.3, 4 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

28 Es lo que se ha denominado “conexión orgánica”, es decir, una conexión referida al conjunto del ordenamiento, incluidos sus principios informadores.

29 STC 82/2016, STC 110/2016 y STC 192/2016.

y gallego, y de otro, el derecho catalán, navarro y aragonés, cuyas competencias autonómicas no han sido cuestionadas³⁰, pues resulta que después de la STC 133/2017, y en sentencias referidas a estas otras Comunidades Autónomas el alto tribunal volvió al criterio de la STC 88/1993, evidenciándose la necesidad de una revisión y modificación profunda del sistema plurilegislativo en materia civil³¹.

En el caso catalán, el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC) reconoce la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de derecho civil, con la excepción de las materias reservadas al Estado por el art. 149.1.8 a CE³². Asimismo, de acuerdo con el art. 110 EAC corresponde a la Generalitat, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de forma íntegra, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Siendo el derecho catalán, en materia de las competencias exclusivas de la Generalitat, el derecho aplicable en su territorio con preferencia sobre cualquier otro³³. En el caso de la regulación de las instituciones de protección y apoyo de la persona, la Generalitat de Cataluña tiene competencia de conformidad con lo previsto en el EAC, aunque no exista ningún título competencial expreso sobre esta cuestión, que parece embebida en la genérica del Derecho civil. No obstante, es innegable que el EAC atrae la competencia de la Generalitat en materia civil atendiendo a un conjunto de artículos que, interpretados de forma sistemática y conjunta, permiten afirmar ese extremo. Concretamente, las referencias normativas que justifican la competencia material de la Generalitat se encuentran en los artículos 15 (derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía) y 40 (protección de las personas y de las familias). Precisamente con esta premisa competencial, y en tanto se llevaban a cabo los trabajos de preparación de un proyecto de ley en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, se aprobó el Decreto-Ley

30 GARCÍA RUBIO, M.P.: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos gallegos y el futuro del Derecho civil de Galicia", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (coord. por M.C. BAYOD LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.141-178.

31 STC 132/2019, de 13 de noviembre, que resuelve el recurso interpuesto por el presidente del Gobierno contra los arts. 3, 4 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

32 Art. 129 EAC: "corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña". Este artículo fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, el cual, en sentencia 31/2010, de 28 de junio (Tol 1880189), llega a la conclusión de que es constitucional, pero aclara que la competencia se refiere únicamente al derecho civil catalán y que como tal se limita a la fórmula "conservación, modificación y desarrollo". En palabras de María Paz García Rubio, el límite no lo constituyen las submaterias que aparecen en el segundo inciso del art. 149.1.8 y que se atribuyen exclusivamente al Estado, sino el propio Derecho civil catalán existente. GARCÍA RUBIO, M. P.: *Introducción al Derecho civil*, cit. p.64.

33 En ejercicio de esta competencia exclusiva en materia de derecho civil, ya atribuida por el art. 9.2 del Estatuto de 1979, se inició un proceso de actualización del derecho civil catalán. Si bien se distinguen varias fases, el proceso codificador tuvo su culminación con la promulgación de la Primera ley del Código civil de Cataluña, aprobada por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, con el que se pretende recoger en un único texto toda la legislación catalana existente, debidamente sistematizada y desarrollada.

19/2021, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a esta reforma, cuyo estudio comentaremos más adelante³⁴.

Respecto del derecho foral aragonés³⁵, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en la creación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes, así como en materia de derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés (art. 71.2ª y 3ª del Estatuto de Autonomía de Aragón). En este sentido, el 20 de diciembre de 2023 la Comisión Aragonesa de Derecho Civil presentó el Proyecto de Ley de modificación del Código del Derecho foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas³⁶. En tanto transcurre su tramitación parlamentaria, existe un desfase entre el Código del Derecho Foral y la legislación estatal en materia de capacidad jurídica, pues la regulación foral conserva un capítulo dedicado a la “Incapacidad e incapacitación”, que sigue contemplando la posibilidad de privar o limitar la capacidad de las personas con discapacidad y el régimen sustitutivo de la voluntad en la toma de decisiones, situación que impone un esfuerzo adicional de los operadores jurídicos en tanto se tramita el Proyecto de Ley.

En el caso navarro el art. 44 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, atribuye a la Comunidad Foral competencia exclusiva en determinadas materias, entre otras, las de asistencia social; desarrollo comunitario, políticas de igualdad, política infantil, juvenil y de la tercera edad; instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social. En este sentido, se ha aprobado la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos. La Ley adapta el ordenamiento foral al art. 12 CDPD y establece los principios fundamentales en el capítulo IV, así como la promoción del nuevo sistema de provisión de apoyos que garanticen el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, completando y modificando las disposiciones contenidas en el Fuero Nuevo a los cambios producidos por la LADP.

En Galicia, probablemente por los temores derivados de la citada STC 133/2017, aún no se ha llevado a cabo la adaptación del derecho propio, en particular no se ha reformado la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (LDCG). Sobre esta cuestión, sostiene un sector de la doctrina que la intervención del

34 Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. BOE nº265, de 5 de noviembre.

35 Véase: LÓPEZ AZCONA, A.: “El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en derecho aragonés”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, nº17, pp.2386-4567.

36 Proyecto de Ley de modificación del código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón nº40, de 7 de febrero de 2024. Disponible en: [http://bases.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/\(BOCAID\)/F08DA26484AD7ACDC1258ABD00473351?OpenDocument](http://bases.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/(BOCAID)/F08DA26484AD7ACDC1258ABD00473351?OpenDocument)

legislador debería ser de mínimos, limitándose a suprimir algunos obstáculos para el ejercicio de la capacidad jurídica, pues a diferencia de otros ordenamientos jurídicos forales, el gallego regula de forma escueta las cuestiones nucleares sobre las que se proyecta la Convención³⁷. La LDCG no dispone una regulación propia de la capacidad ni de las instituciones de guarda³⁸ y la regulación que hacía de la autotutela quedó derogada por la STC 133/2017 que entendió que Galicia no tenía competencias en esta materia. Al respecto nos parece de interés mencionar la ausencia de conexión que encontró el TC entre la autotutela y los poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas, al entender que su desarrollo competencial correspondía al ámbito de la sanidad por tratarse de normas de carácter público (art. 33EAG y art. 148.1.21CE). Nada más lejos de la realidad, ya que “los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos basados en la autonomía de la persona y en su poder de decidir sobre sus asuntos, exactamente igual que la autotutela (...) y eso tanto si se incluyen en una ley llamada civil, como si lo hacen en otra que tenga un apellido sanitario”³⁹. Precisamente en este marco, recordamos que el legislador catalán dedicó el Capítulo Segundo del Libro II (Persona y Familia) del CCcat a la autonomía de la persona en el ámbito de la salud y un precepto concreto al documento de voluntades anticipadas (art. 212-3 CCcat), que no ha sido considerado inconstitucional por no ser materia civil. Lo que ha llevado a afirmar a un sector de la doctrina que el TC no emplea “la misma vara de medir con todos los legisladores autonómicos competentes en materia civil”⁴⁰, pues lo que es materia civil para Cataluña no lo es para Galicia, lo que conlleva un trato discriminatorio entre legisladores autonómicos que contaban con compilaciones de Derecho civil en 1978.

Por último, conviene remitirnos brevemente a Baleares. El Estatuto de Autonomía de Illes Balears (en adelante, EAIB) regula entre sus competencias exclusivas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1CE, la “conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio” (art. 30.27EAIB⁴¹). Asimismo, son competencias exclusivas las relativas a materias como “tercera edad” o “políticas de protección y apoyo a las personas con discapacidades físicas, psíquicas

37 ÁLVAREZ LATA, N.: “El impacto de la reforma sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho civil de Galicia. Cambios pendientes e interpretaciones necesarias en la aplicación de la Ley2/2006, de 14 de junio”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 2023, vol.3, nº6, pp.10-44.

38 En este sentido: ÁLVAREZ LATA, N.: “El impacto de”, cit. y MAYOR DEL HOYO, M.V.: “La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales (I)”, *Diario La Ley*, 2021, nº9859.

39 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La competencia del legislador gallego sobre derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre, ¿Interpretación del artículo 149.1.8ºCE asimétrica o sencillamente discriminatoria?”, *Foro Galego*, 2018, nº205, pp.9-39, esp.24.

40 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La competencia del legislador”, cit. p. 37.

41 Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Illes Balears, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto las reglas relativas a la aplicación y la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal.

y sensoriales”, de entre un largo listado de materias enumeradas en el Estatuto (art. 30EAIB)⁴². Sin embargo, conviene señalar que la Compilación del derecho civil (en adelante, CDCIB), regulada en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre⁴³, no ha regulado hasta la fecha la capacidad ni las instituciones de protección asociadas al derogado procedimiento de incapacitación. En consecuencia, en defecto de derecho propio de las Illes Balears ha resultado y sigue resultando de aplicación supletoria el derecho del Estado (art. 87 EAIB⁴⁴ y art. 1.3.5. CDCIB⁴⁵), o lo que es lo mismo, rige la reforma operada por la LAPD⁴⁶, y que requiere de la adaptación del derecho civil balear al nuevo modelo de capacidad jurídica, por constituir ésta uno de los pilares del Derecho privado⁴⁷.

A pesar de que no hemos encontrado pronunciamientos doctrinales sobre los motivos que llevaron al legislador autonómico a no desarrollar una materia sobre la que, en principio, tiene competencia (art. 30.15 EAIB⁴⁸), un sector de la doctrina indica que desde los años noventa se ha evidenciado una pérdida de interés por desarrollar el derecho civil balear; incluso se aprecia cierto descuido del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia en legislación civil⁴⁹.

-
- 42 Sostiene un sector de la doctrina que la reforma estatutaria por ley 1/2007, de 28 de febrero, que incorporó el vigente art. 30 EAIB, no consiguió, pese a su pretensión inicial, una mejor interpretación de los términos constitucionales en materia de alcance de la competencia en derecho civil. FERRER VANRELL, M. P.: “La competencia legislativa del Parlamento de las Illes Balears y su ejercicio, Ex art. 30.27 EAIB”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2017, nº18, pp.223-234, esp.228.
- 43 Modificado por la Ley 7/2017 de 3 de agosto, reforma que fue considerada “fragmentaria e insuficiente”, por afectar a cuestiones puntuales que no admitían demora. Véase: FERRER VANRELL, M.P.: “La competencia”, cit.
- 44 Art. 87 EAIB. Derecho propio: 1. En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Illes Balears es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en este Estatuto. 2. En la determinación de las fuentes del Derecho Civil de las Illes Balears se respetarán las normas que en el mismo se establezcan. 3. En todo aquello que no esté regulado por el derecho propio de las Illes Balears será de aplicación supletoria el derecho del Estado.
- 45 Art. 1.3.5. CDCIB: Por defecto de norma de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio y que el vacío normativo no sea querido por el legislador balear, en el marco de sus competencias
- 46 MUNAR BERNAT, P.A.: “Los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Civil del siglo XXI”, *Revista jurídica de les Illes Balears*, 2022, nº22.
- 47 A modo de ejemplo, la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, que rige en Baleares, exige “capacidad de obrar plena” para otorgar voluntades anticipadas.
- 48 Art. 30.15 EAIB: Acción y bienestar social. Desarrollo comunitario e integración. Voluntariado social. Complementos de la seguridad social no contributiva. Políticas de protección y apoyo a las personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales. Políticas de atención a personas dependientes. Políticas de atención a las personas y a los colectivos en situación de pobreza o necesidad social.
- 49 FERRER VANRELL, M.P.: “La competencia”, cit., p.234.

III. LA LEGISLACIÓN ESTATAL DESTINADA A CUMPLIR CON EL ART. 12 CDPD: LEY 8/2021, DE MODIFICACIÓN DEL CC Y OTRAS LEYES (ESTATALES) COMPLEMENTARIAS⁵⁰.

I. Objetivos y principios generales de ley.

Como hemos dicho, el legislador estatal abordó la adaptación de nuestra legislación civil al art.12 CDPD, en su ámbito de competencias a través de la LAPD. Esta Ley persigue un objetivo central: respetar y garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones, especialmente cuando estas tienen trascendencia jurídica⁵¹. Para ello es preciso asegurar el respeto a la voluntad, frente al anterior modelo del mejor interés, que no tiene cabida en el art.12.4 CDPD, tal como ha dejado claro el Comité en su Observación General Primera, dictada en 2014 justamente para precisar el contenido y alcance del citado art.12. En consecuencia, supone dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Este cambio radical conlleva la desaparición del modelo de la sustitución en la toma de decisiones y el desarrollo normativo de un régimen de provisión de apoyos que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica.

A) *El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.*

El art. 249 CC establece como único principio de actuación el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En este sentido, las personas que prestan el apoyo lo hacen en calidad de orientadoras, informadoras y facilitadoras, para que la persona con discapacidad pueda conformar su propia voluntad y expresar sus preferencias, al tiempo que intentan que, en el futuro, pueda hacerlo con menos apoyo⁵². Solo con carácter excepcional se contemplan las funciones representativas: "cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona"⁵³. No obstante, señala el precepto que, en este caso, deberá tenerse en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus valores y creencias, "así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría

50 Este apartado adapta y sintetiza parte de un trabajo previamente publicado: PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso*, cit.

51 GARCÍA RUBIO, M.P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, 2021, nº136, sp.

52 GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *ADC*, 2022, tomo LXXV, fasc. I, pp.279-334, esp.216. QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: "Propuestas para reflexionar sobre discapacidad intelectual, enfermedad mental y nueva sensibilidad social y legal en cuestiones de capacidad jurídica", *Actualidad Civil*, 2022, nº7-8, p.7.

53 Art. 249 CC.

adoptado la persona en caso de no requerir representación⁵⁴. También cuando la persona con discapacidad no puede formar o expresar su voluntad, “y, por añadidura, carece de trayectoria vital que pueda ser interpretada⁵⁵, ha entendido el legislador estatal que la persona que presta el apoyo actuará con funciones representativas acorde al modelo social de la discapacidad. Esto conlleva tener en cuenta cualquier información que permita tomar la decisión que habría adoptado la persona necesitada de apoyo en caso de no requerir representación⁵⁶, con lo que en ningún caso se trata de representación sustitutiva⁵⁷, de tal manera que el representante no puede actuar según su criterio, sino que su actuación es la de un agente transmisor de la voluntad de la persona con discapacidad⁵⁸.

En definitiva, las funciones de representación que pueden desempeñar las personas que prestan el apoyo son la excepción a la regla general⁵⁹, de suerte que la sustitución en la toma de decisiones queda reducida a supuestos absolutamente límite en los que no cabe la reconstrucción de la voluntad de la persona con discapacidad, ni ésta tenga trayectoria vital a la que recurrir.

B) Principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad de los apoyos.

El art. 249 CC establece que las medidas de apoyo deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Si bien, otros preceptos contienen reglas relacionadas con estos principios. Es el caso del art. 250 CC cuando establece que las medidas de apoyo deben asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica cuando sea necesario. El principio de proporcionalidad, en cambio tiene que ver con la intensidad de la medida de apoyo, es decir, el grado de intervención de la persona que presta el apoyo en la toma de decisiones (art. 268 CC). En algunos casos puede consistir en un simple acompañamiento, pero en otros puede suponer una codecisión o, incluso, puede requerir de una representación. Por último, el principio de subsidiaridad determina que el apoyo formal procederá cuando la persona no haya encontrado apoyo en su entorno familiar o comunitario. De forma que solo con carácter subsidiario se adoptarán medidas de apoyo judiciales en un proceso de jurisdicción

54 Art. 249 CC.

55 GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos”, cit. 217.

56 Art. 249 CC.

57 PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso*, cit. Por el contrario, entiende que estamos ante un tipo de representación sustitutiva de la voluntad del representado, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Artículo 249 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por Cr. GUILARTE MARTÍN CALERO), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp.512-526.

58 GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos”, p.217.

59 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M.C. GETE-ALONSO CALERA), Marcial Pons, Madrid, 2020, pp.39-62.

voluntaria, no sin antes explicar a la persona con discapacidad la posibilidad de adoptar medidas voluntarias (art. 42 bis LJV).

C) *El derecho al apoyo y a su renuncia.*

El derecho al apoyo es una exigencia derivada del art. 12 CDPD, que ha quedado plasmada en la LAPD. Sin embargo, resulta especialmente controvertida la cuestión relativa a si se puede o no renunciar al apoyo. Pese a que un sector doctrinal se ha pronunciado positivamente sobre este derecho⁶⁰, ni en el texto de la ley ni en el de la propia Convención se menciona expresamente. Sí lo hace de forma explícita la Observación General Primera del Comité, cuando afirma que: “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”⁶¹. Esta afirmación del Comité ha sido objeto de crítica⁶² y pronunciamientos judiciales contrarios⁶³, que vuelven a ser objeto de debate como consecuencia del silencio de la LAPD. Por nuestra parte, entendemos que esta falta de precisión del legislador requiere de una interpretación sistemática del conjunto de la reforma. De un lado, concordamos con quien estima que “es posible y legítimo que la persona con discapacidad rechace el apoyo que se le ofrece o al que tiene derecho”⁶⁴, principalmente por la prevalencia de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, recogido en los arts.249 y 250 CC; en esta misma línea, incluso hay quien sostiene que la adopción de medidas judiciales de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad constituye un atropello del modelo social de la discapacidad⁶⁵.

Sin embargo, también se encuentran fundamentos para negar el derecho a renunciar a los apoyos⁶⁶, aunque esta interpretación no es acorde a la CDPD, ni

60 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria”, cit. y GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M.E.: “Primeros pronunciamientos”, cit.

61 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado”, cit.

62 Se han mostrado contrarios al derecho a renunciar a los apoyos: MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y PÉREZ GALLARDO), Olejnik, 2021, pp.85-112, y DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, año n°96, n°780, pp.2227-2268.

63 Entre otras: SJPI núm. 9 de Castellón 371/2021, de 23 de septiembre. ECLI: ES: JPI: 2021: 1530. SAP Navarra, de 28 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APNA:2021:2154). SAP de Pontevedra 445/2021, de 28 de octubre. ECLI: ES: APPO: 2021: 2457. SAP de Barcelona 5995/2022, de 24 de mayo de 2022. SAP Barcelona de 28 de abril de 2022. ECLI: ES:APB:2022:4724. SAP Barcelona n°102, de 24 de mayo de 2022. ECLI: ECLI:ES:APB:2022:5995. SAP Castellón de la Plana n°30, de 17 de marzo de 2022. ECLI:ES:APCS:2022:331. SAP B 4504/2022, de 20 de abril (ECLI: ES: APB: 2022: 4504). SAP de Castellón de la Plana 331/2022, de 17 de marzo de 2022. ECLI:ES:APCS:2022:331.

64 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado”, cit.

65 CALAZA LÓPEZ, S.: “Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos trajes a medida procesales para único abrigo sustantivo?”, en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, pp.617-643.

66 Es el caso del art. 756.1 LEC relativo a la configuración procesal del sistema de provisión de apoyos que dispone lo siguiente: “en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea

a la LAPD, que ordenan el respeto a la voluntad, deseos y preferencias para la provisión de medidas de apoyo como principio elemental e imperativo. Esta es la tesis del Tribunal Supremo, en su sentencia n°589/2021, de 8 de septiembre de 2021, que ha entendido que puede obviarse la voluntad de la persona e imponerse el apoyo en base a fundamentos que residen en la anosognosia o falta de conciencia de enfermedad, que anula o limita la capacidad volitiva y provoca un deterioro físico y mental que lleva a la persona a tomar decisiones que, de ser plenamente consciente, no desearía⁶⁷.

2. Las medidas de apoyo previstas en la ley.

El art. 250 CC recoge expresamente las medidas de apoyo, clasificándolas en tres grupos: voluntarias (poderes y mandatos preventivos), informales (guarda de hecho) y judiciales (curatela y defensor judicial). Sobre esta clasificación tripartita conviene señalar la desaparición de la tutela, que queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, y el uso de términos propios de nuestra tradición jurídica (guarda de hecho, curatela y defensor judicial), pero que obedecen a un marco normativo distinto.

Cabe añadir, no obstante que el Preámbulo de la LAPD se remite a la Observación General Primera, definiendo el apoyo como un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad⁶⁸. De esta manera, además de las medidas reconocidas expresamente en el art. 250 CC, existen otro tipo de instrumentos que podrían ser utilizados como “vehículos de cuidado y apoyo a las personas con discapacidad”⁶⁹, que pueden estar formalizados o no, de modo que no tienen por qué limitarse estrictamente a las medidas que la ley recoge de modo expreso.

A) *Las reglas comunes.*

La función de las medidas de apoyo consiste en la asistencia a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en los ámbitos que sea

pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo”. Lo que significa que en los casos en los que hay oposición, el procedimiento pasa a ser contencioso, deduciéndose que en el juicio podrían adoptarse medidas en contra de la voluntad del interesado.

67 Razones para contradecir esta tesis en GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M.E.: “Primeros pronunciamientos”, cit. p.213.

68 Preámbulo de la LAPD.

69 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250 Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.221-237, esp.222.

necesario, respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 250 CC). Asimismo, quien preste el apoyo debe fomentar que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Estas medidas deben “estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales” (art. 249 CC). Respecto de las medidas de origen judicial, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona concernida, debiendo ajustarse, en cualquier caso, a los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 249 CC).

Al determinar las medidas de apoyo deben evitarse situaciones en las que puedan producirse conflictos de intereses o influencia debida (art. 250 CC). De ahí que el legislador haya considerado que no puedan ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo (art. 250 CC)⁷⁰.

B) Las medidas voluntarias: en especial los poderes para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Las medidas voluntarias son las establecidas por la persona con discapacidad “en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica”⁷¹. En cuanto a su clasificación se distingue entre: medidas de presente, que despliegan eficacia desde su otorgamiento, y medidas preventivas o de futuro, entre las que se encuentran especialmente regulados los poderes y mandatos preventivos⁷². Para este último caso, la vigencia de estos poderes queda supeditada a la necesidad de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, por ello deberá acreditarse dicha circunstancia. En este sentido se pronuncia el art. 257 CC, añadiendo que, si fuera preciso, se otorgará acta notarial o se incorporará, a juicio del notario, un informe pericial.

El legislador ha optado por no imponer un contenido mínimo necesario, precisamente porque este tipo de medidas puede ser muy heterogéneo⁷³. Así,

70 Esta prohibición se inspira en el art. 227.17 CCC, que establece una exclusión por conflicto de intereses: 1. No pueden ser titulares de la tutela ni de la administración patrimonial, ni ejecutoras materiales de las funciones tutelares, las personas físicas o jurídicas privadas que estén en una situación de conflicto de intereses con la persona protegida. En particular, no pueden serlo las que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida. 2. No obstante lo establecido por el apartado 1, ante circunstancias excepcionales por necesidades de la persona tutelada, la autoridad judicial puede autorizar a las entidades tutelares a prestar servicios asistenciales y residenciales. Véase: GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit. p.222.

71 Art. 255 CC.

72 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit.

73 Durante el proceso de elaboración de Ley hubo voces que reclamaron este contenido mínimo. Véanse: GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit. p.227 y MORO ALMARAZ, M.J.: “Artículos 256, 257, 258, 259, 260, 261 y 262”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.269-294, esp.281.

debe huirse de poderes estandarizados y procurarse tanta diversidad de los mismos como necesidades de apoyo puedan darse⁷⁴. Aunque sí se incorpora un requisito formal, pues habrán de otorgarse en escritura pública (art. 260 CC), garantizándose tanto la seguridad jurídica como la asistencia profesional⁷⁵.

Las medidas voluntarias pueden incluir el establecimiento del régimen de actuación del apoyo, el alcance de las facultades de la persona o personas, así como la forma de ejercicio, que siempre debe prestarse de acuerdo a lo dispuesto en el art. 249 CC. De igual forma, se pueden prever las medidas de control y salvaguardas que se estimen necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida.

Nada impide que la persona otorgue un poder preventivo de carácter general, que abarque todas las materias de índole personal y patrimonial (art. 259 CC). Si bien, conviene explicitar, en la medida de lo posible, el ámbito de actuación del apoderado, sus facultades, limitaciones, prohibiciones, extinción y salvaguardas oportunas.

C) *Las medidas informales. La guarda de hecho.*

La situación más frecuente en la práctica es aquella en la que la persona con discapacidad viene recibiendo el apoyo que necesita desde su entorno más cercano y de una manera informal, sin necesidad de investidura. En este sentido, el legislador apuesta por la desjudicialización del nuevo modelo y el papel desempeñado por la familia⁷⁶. Asimismo, la guarda de hecho se configura como un apoyo estable e indefinido que puede ser único, si es suficiente, o puede coexistir con otras medidas⁷⁷. Así, establece el art. 263 CC que quien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho continuará en el desempeño de su función,

74 MORO ALMARAZ, M.J.: "Artículos 256", cit. p.282.

75 MORO ALMARAZ, M.J.: "Artículos 256", cit. p. 290. Sobre la pertinencia o no de este requisito: GARCÍA RUBIO, M.P.: "Artículo 250", cit. p. 226.

76 DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia", *Diario La Ley*, 2022, nº10168. PEREA GONZÁLEZ, A.; GONZÁLEZ GUTIERREZ, J.; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.; GONZÁLEZ-PERABÁ MIRALLES, J.; RODRIGO, P.; FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial LXXVIII. Discapacidad y Derecho: tres años después de la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Diario LA LEY*, 2024, nº10476. PRADOS GARCÍA, C.: "La guarda de hecho. Misma denominación, pero distinto modelo", *Revista de Actualidad Civil*, marzo, 2023. SANTOS URBANEJA, F.: "La razonable desjudicialización de la discapacidad", en *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS, vol.I, Fundación Notariado, 2022, pp.687-720.

77 MUÑOZ CALVO, A.: "El guardador de hecho y la protección de las personas con discapacidad. Una muy acertada Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública", *Diario La Ley*, 2024, nº10472.

PEREA GONZÁLEZ, A., GARCÍA RUBIO, M.P., SEGARRA CRESPO, M.J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario la ley*, 2021, nº9980. LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C.: "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *El Notario del Siglo XXI*, nº100, 2021.

incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial y éstas no se estén aplicando eficazmente. Además, recoge que la autoridad judicial procederá a adoptar medidas supletorias o complementarias cuando la guarda de hecho no suponga apoyo suficiente (art. 255 CC)⁷⁸. Es además una medida de apoyo de carácter prioritario respecto a las medidas judiciales, que tienen carácter subsidiario; por consiguiente, se ha de acudir al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos únicamente en defecto de guarda de hecho eficaz en relación al acto o conjunto de actos de que se trate.

Las funciones que puede desempeñar el guardador de hecho tendrán carácter asistencial y no representativo. De forma excepcional, se prevé que el guardador de hecho asuma funciones representativas para actos concretos, en los términos previstos en el art. 264CC. En este caso, se contempla la necesidad de que el guardador que pretenda actuar como apoyo obtenga autorización judicial *ad hoc*, a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se examinarán las circunstancias concretas que justifican o no la representación. Añade el precepto que no será necesaria autorización judicial cuando quien preste el apoyo solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre y cuando esto no suponga un cambio significativo en su cambio de vida, o realice actos jurídicos sobre bienes de escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

Por otra parte, la LAPD contempla que la autoridad judicial pueda requerir al guardador de hecho en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe o rinda cuentas de las distintas actuaciones que está llevando a cabo, así como establecer las salvaguardias que considere oportunas (art. 265CC). En este sentido, es preciso señalar que el precepto obedece a los controles y garantías necesarios para asegurar el respeto a la voluntad de la persona, que viene a ser el objetivo principal de las salvaguardias tal y como establece el art. 12.4 CDPD⁷⁹.

D) Las medidas judiciales: la curatela y el defensor judicial.

La LAPD regula dos medidas judiciales de apoyo: la curatela y el defensor judicial. Acorde al orden de preferencia y al principio de subsidiariedad establecidos

78 En la STS 1443/2023, de 20 de octubre, en la que la guardadora de hecho solicita el cambio de medida a una curatela representativa en todos los ámbitos, patrimonial y personal, de su esposo, al considerar que la guarda de hecho que venía ejerciendo era insuficiente debido a los obstáculos que encontraba en el ámbito bancario y sanitario respecto del carácter informal de la medida. En respuesta, el TS atiende principalmente la intensidad de la necesidad de apoyo, debido a la discapacidad del esposo, en lugar de resolver de acuerdo al principio de subsidiariedad. En esta misma línea de interpretación se ha pronunciado en la STS 1444/2023, dictada en el mismo día.

79 NIETO ALONSO, A.: "Artículo 265", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.311-324, esp. 311. PRADOS GARCÍA, C.: "La guarda de", cit.

en el art. 249 CC, las medidas judiciales de apoyo sólo deberán ser establecidas cuando no existan medidas voluntarias o guarda de hecho eficaz y suficiente. En este sentido, el orden secuencial cronológico de la provisión de apoyos sería el siguiente. En primer lugar, debe procurarse apoyo voluntario, ya sea formal (poder preventivo) o espontáneo (guarda de hecho)⁸⁰. Solo cuando se descarta la opción voluntaria, que puede deberse a la imposibilidad de la persona con discapacidad para manifestar la voluntad, pero también a una confrontación entre ésta y el resto de personas legitimadas para solicitar la provisión judicial de apoyos, la provisión judicial de apoyo se deriva al marco de actuación procesal⁸¹. Así, en el marco del expediente de provisión de apoyo, la LJV invita a la autoridad judicial a asesorarse de las posibles alternativas existentes y a informar a la persona con discapacidad acerca de las posibilidades existentes para obtener el apoyo que precisa, bien desde su entorno social o comunitario, o a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria (art. 42 bis b LJV). En definitiva, nos encontramos ante una desjudicialización encomendada al Juez, pues más que avenir a las partes a la hora de seleccionar al mejor curador posible, debe desjudicializar el asunto⁸².

La curatela.

La curatela es una medida de apoyo constituida judicialmente en resolución motivada "cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad" (art. 269 CC). Hasta tal extremo que el art. 42bis b) 3 LJV establece que, en la comparecencia del expediente de provisión de apoyos, cuando tenga lugar la entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, se debe informar de las alternativas existentes para obtener el apoyo que necesita, poniéndose fin al expediente si opta por una de ellas. Aunque sea la medida de apoyo con mayor densidad normativa, no significa que sea la figura más importante de la reforma. Por el contrario, ello obedece a su carácter formal y supletorio, que lleva al legislador a incorporar un mayor número de reglas que en aquellas medidas que están basadas en la voluntad de la persona o tienen carácter informal⁸³.

El origen remoto de la curatela puede ser voluntario o judicial, pero, en cualquier caso, el nombramiento es judicial. En el primer caso, nos encontramos con la autocuratela, regulada en el art. 271 CC como una figura de naturaleza mixta que permite a la persona proponer en escritura pública el nombramiento

80 CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm.3, pp.53-85, p. 57.

81 CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales", cit. p. 57.

82 CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales", cit. p.59.

83 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, 2022, n°10021. DONADO VARA, A.: "La curatela como clave del sistema de apoyos", en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ y E. PILLADO GONZÁLEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.119-148, esp.120. GARCÍA RUBIO, M.P.: "Artículo 250", cit. p.235. GARCÍA RUBIO, M.P.: "Contenido y significado", cit.

o la exclusión de una o varias personas para el ejercicio de la función de curador. Asimismo, podrá establecer disposiciones referidas al funcionamiento y contenido de la medida de apoyo.

La curatela tiene carácter eminentemente asistencial y sólo excepcionalmente representativo, debiendo la resolución judicial concretar los actos para los que la persona requiera asistencia y/o representación del curador. Los supuestos en los que se requiere autorización judicial previa quedan enumerados en el art. 287 CC, si bien, sostiene un sector de la doctrina, que no se trata de un *numerus clausus*, pues en la resolución pueden preverse otros actos diferentes para los que se el juzgador considere conveniente⁸⁴. En todo caso, debe quedar claro que lo que tiene que controlar la autoridad judicial para dar o negar su autorización es que el curador respeta o va a respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y no su mejor interés o ninguna otra consideración.

El defensor judicial.

El defensor judicial es una medida formal de apoyo, en tanto se establece mediante resolución judicial, para el caso de que la necesidad de la medida sea ocasional, aunque lo sea de modo recurrente⁸⁵. En este sentido, nos encontramos ante una medida de carácter subsidiario respecto de los apoyos voluntarios y preferente respecto de la curatela, que será constituida cuando no exista otra medida de apoyo suficiente según establece el art. 269 CC.

El art. 295 CC regula los casos concretos en los que corresponde su designación: cuando la persona que presta el apoyo no puede hacerlo, en tanto se designa a otra persona o cesa la causa determinante; cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que ha de prestar el apoyo; cuando el curador alegue excusa o se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales y la autoridad judicial considere necesario proveerla de apoyo y, por último, cuando la necesidad de apoyo tenga carácter ocasional, aunque pueda ser recurrente (art. 295 CC).

Como el resto de las medidas, debe garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo⁸⁶. Es más, de hacerse un buen uso de esta figura, de acuerdo al principio de necesidad y proporcionalidad, se

84 MUNAR BERNAT, P.: "Artículo 269 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.433-442.

85 BLANDINO GARRIDO, A.: "El defensor judicial de la persona con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, pp.401-460, esp.405.

86 GARCÍA GOLDAR, M.: "Artículo 295 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.465-470, esp.466.

evitaría un gran número de casos en los que se acude a la curatela, medida mucho más invasiva de la autonomía de la voluntad⁸⁷.

E) Las reglas transitorias.

Como se ha expuesto anteriormente, la LAPD conlleva un cambio radical y complejo respecto del sistema precedente, por lo que surgió la necesidad de establecer normas transitorias para dar solución a las posibles colisiones que puedan darse entre el sistema sustitutivo de la voluntad y el nuevo modelo social de la discapacidad. Para ello, se dejaron sin efecto ex lege las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad⁸⁸, y se ordenó la revisión de las medidas acordadas conforme al sistema anterior en un plazo de tres años como máximo⁸⁹. Respecto de las figuras de protección nombradas bajo el régimen anterior, se ordenó su ejercicio conforme a las disposiciones de la LAPD⁹⁰.

IV. LA LEGISLACIÓN CATALANA DESTINADA A CUMPLIR CON EL ART. 12 CDPD.

I. La regulación de la incapacitación en el libro I del CCcat antes de la ley 8/2021.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro II del CCcat, relativo a la persona y la familia, incorporó al ordenamiento jurídico catalán la figura de la asistencia y la posibilidad de constituir un patrimonio protegido, para lo que intentó adaptar su regulación a la Convención⁹¹. Sin embargo, no se aprovechó esa oportunidad para introducir los principios rectores del modelo social de la discapacidad y, en su lugar, incorporó la asistencia como un instrumento de protección que mantenía el carácter tuitivo de las instituciones asociadas a la incapacitación⁹². Así, puso énfasis en el respeto a la autonomía de las personas, pero lo hizo desde el tradicional enfoque de la capacidad natural como fundamento de la capacidad de obrar (art. 211-3 CCcat)⁹³. De esta forma, entre las disposiciones

87 GARCÍA RUBIO, M.P.: "Artículo 250", cit. p.237.

88 Disposición Transitoria Primera de la LAPD.

89 Para los casos en los que no haya existido esta solicitud, la revisión se realizará de oficio por parte de la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal. Disposición Transitoria Quinta de la LAPD.

90 Disposición Transitoria Segunda de la LAPD.

91 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. BOE-A-2010-13312

92 Han estudiado esta institución: NÚÑEZ ZORRILLA, M.C.: *La asistencia: la medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Dykinson, Madrid, 2014. RUF I AIXÀS, J. y Tresserras Basela, J.: "Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia", *REDIS*, 2015, vol. 3, nº1, pp.193-210. CUADRADO SOLER, J.: "La adaptación del Código Civil de Cataluña a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, Año nº98, nº790, pp.1166-1194.

93 Este artículo se modificó por la disposición final 2.1 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, que añadió el apartado cuarto relativo al pronunciamiento de la autoridad judicial sobre el ejercicio del derecho de

comunes se definen las funciones de protección de las personas, tanto menores como mayores de edad, desde el principio del mejor interés de la persona asistida (art. 221-1 CCcat), se configura el ejercicio de sus funciones como un deber (art. 221-2 CCcat), se regula la tutela para personas incapacitadas (art. 222-1 CCcat), debiendo el tutor “respetar tanto como sea posible los deseos” que la persona incapacitada exprese de acuerdo con su capacidad natural (art. 222-3 CCcat). Asimismo, se regula la curatela (art. 223-6 CCC), la guarda de hecho (art. 225-1 CCcat) y el defensor judicial (art. 224-1 CCcat) conforme al modelo sustitutivo de la voluntad. Precisamente, la Memoria de evaluación de impacto del Anteproyecto que en este trabajo nos ocupa se refiere a esta regulación post CDPD como discriminatoria por apartarse del principio de igualdad entre las personas.

Esta misma reforma introdujo la figura de la asistencia, inspirada en la alemana *Betreuung* (parágrafos 1896 a 1908 BGB), que se configuró como una institución de protección de la persona cuando concurría una circunstancia de vulnerabilidad o dependencia que no hacía necesaria su incapacitación de acuerdo a los principios de necesidad y subsidiaridad de la Convención⁹⁴. De este modo, el art. 226-1 CCcat establecía que cualquier “persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas”⁹⁵, podía solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Debiendo la autoridad judicial respetar la voluntad de la persona tanto en el nombramiento como en la exclusión de alguna persona para ejercitar las funciones de asistente⁹⁶. Por último, pese a que un sector de la doctrina sostuvo en su momento que el legislador catalán se había anticipado al estatal y dado respuesta a una necesidad social que demandaba una regulación⁹⁷, estamos ante una figura de escasa repercusión en la práctica, prácticamente en desuso desde su incorporación al CCcat.

2. El Decreto-ley 19/2021 por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

La entrada en vigor de la LAPD en el ámbito estatal provocó que el Parlamento de Cataluña publicase el Decreto-Ley 19/2021, por el que se adapta el CCcat a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad⁹⁸. Se estimó

sufragio cuando declare la modificación de la capacidad de una persona.

94 CUADRADO SOLER, J.: “La adaptación”, cit.

95 Pareciera que el legislador estaba pensando en una capacidad natural que no estaba lo suficientemente afectada como para justificar la incapacitación, pues en el Preámbulo de la Ley 25/2010 del libro II CCC se recogía a modo de ejemplo el retraso mental leve.

96 Artículo modificado por el art. 2 del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto. BOE-A-2021-18037.

97 NUÑEZ ZORRILLA, M.C.: “Los motivos que han originado la regulación de la asistencia como medida de protección del discapacitado psíquico alternativa al procedimiento judicial de incapacitación”, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, 2012, nº45 pp.101-186, esp.102.

98 Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. BOE nº265, de 5 de noviembre.

que la supresión de este procedimiento, operada por el legislador estatal, dejaba sin cobertura sustantiva los presupuestos de la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada, pues el Derecho civil catalán el procedimiento de modificación judicial de la capacidad constituía el presupuesto de acceso a las instituciones tutelares y condicionaba toda la estructura del Código Civil de Cataluña⁹⁹. Lo que parecía claro es que la LAPD, respecto de su contenido sustantivo, no resultaba de aplicación directa ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los arts. 111-2 y 111-5 del CCcat¹⁰⁰. En consecuencia, esta laguna legal podía generar indefensión para las personas que requieren apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, así como propiciar distintas interpretaciones por parte de los operadores jurídicos, provocándose una situación de incertidumbre e inseguridad jurídicas. En este contexto de urgencia quedó justificada la aprobación del citado Decreto-Ley 19/2021¹⁰¹. De esta forma, la norma se presenta como una solución provisional y parcial, adoptada en una situación de urgencia, para hacer frente a una necesidad indiscutible, en tanto se lleva a cabo la aprobación de los textos legales que implanten un nuevo régimen de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en el Código civil de Cataluña¹⁰². Así, con el propósito de hacer efectivo este proceso con la celeridad necesaria, la disposición final segunda del Decreto-ley ordena al Gobierno que, en el plazo de doce meses, presente un proyecto de ley en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

El Decreto-ley 19/2021 establece un nuevo régimen que se fundamenta en la modificación de la institución de asistencia, revitalizando una figura que como se ha dicho apenas se usaba, destinada a reemplazar en Cataluña a las derogadas instituciones tutelares respecto de personas adultas. No obstante, su contenido

99 Más de un año después de la entrada en vigor del Decreto, se seguía observando en la práctica judicial de Cataluña cierta imprecisión en cuanto a las medidas de apoyo de aplicación y al propio modelo social de la discapacidad. Como muestra el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Blanes, en un auto de 12 de diciembre de 2022, hace constar que: “en Cataluña es preferente la asistencia, por lo que será la figura que rijan”. El Auto también hace referencia, cuando cita el informe forense, a la necesidad de adoptar una medida de apoyo judicial ante la insuficiencia de la guarda de hecho, medida que no es de aplicación en Cataluña para personas adultas. Este mismo informe se remite a la discapacidad como una enfermedad limitante de la capacidad, alejándose de los principios del modelo social de la CDPD. Auto n°287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402

100 Art. 111-2 CCCat: 1. En su aplicación, el derecho civil de Cataluña debe interpretarse y debe integrarse de acuerdo con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana. 2. En especial, al interpretar y aplicar el derecho civil de Cataluña deben tenerse en cuenta la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente Código u otras leyes. Una y otra pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación. Artículo 111-5 CCCat: Preferencia y supletoriedad. Las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan.

101 “El único instrumento normativo que permite la celeridad requerida para cubrir el vacío normativo que podría producirse es el Decreto ley, que es el que se adopta para establecer el régimen de los apoyos a la capacidad de las personas” (Exposición de motivos del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto).

102 Memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat (en adelante, Memòria preliminar).

incompleto y el hecho de que estén unificadas las instituciones de protección de las personas menores de edad y las, hasta ahora, de protección de las personas mayores de edad, provocan contradicciones e incoherencias¹⁰³, esencialmente, porque no existe un tratamiento unitario en los preceptos del Código Civil de Cataluña del concepto de capacidad jurídica.

La reforma también incorpora la posibilidad de designar al asistente mediante el otorgamiento de escritura pública notarial, en lo que parece un intento progresivo de desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y de sus familias¹⁰⁴. En este sentido, la propia persona puede nombrar en escritura pública, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, a una o más personas para que ejerzan la asistencia (art. 226-3.1 CCcat). Asimismo, la asistencia notarial puede incluir disposiciones sobre su funcionamiento, el contenido del régimen de apoyo y medidas de control para garantizar los derechos y el respeto a la voluntad de la persona concernida, evitándose abusos, conflictos de intereses e influencia indebida.

La designación judicial de asistencia puede ser solicitada por la persona concernida (art. 226-1.1.2 CCcat) o por las personas legitimadas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria para promover el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo¹⁰⁵. Pero, para ello, es preciso que la asistencia no se haya constituido de forma voluntaria, y que no exista un “poder preventivo en vigor que sea suficiente para proporcionar el apoyo que la persona requiere” (art. 226-1.3 CCcat). Si bien no explica cuándo se entiende suficiente el apoyo, el siguiente párrafo puntualiza que el ejercicio de las funciones de asistencia “se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias” (art. 226-1.4 CCcat)¹⁰⁶. Sobre la designación de la persona

103 Memòria preliminar.

104 Exposición de Motivos del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto. Aunque lo cierto es que parece que en la revisión de medidas no se está contribuyendo a la desjudicialización. Así, en el supuesto de una persona, incapacitada desde 2014, cuya tutora era la Fundación Tutelar de les Comarques Gironines que pasa ahora a asistente, la autoridad judicial pudo haber recomendado la constitución de una asistencia notarial, en coherencia con el art. 42 bis b LJV, especialmente porque la persona en cuestión no presentaba dificultades para el ejercicio de la capacidad jurídica, salvo por la excepción de limitaciones de movilidad causadas por un ictus. Por el contrario, optó por la designación judicial de asistencia a favor de la Fundación que venía ejerciendo la tutela. (Auto nº759/2022, de 18 de julio, Jutjat de Primera Instància núm. [...] de Girona. NIG. 11707942120228196127). La memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas por el Anteproyecto recoge los siguientes datos extraídos de la Estadística del Consell General del Poder Judicial de 2021 de los tres primeros trimestres de 2022 en cuanto a la actividad de los juzgados de primera instancia de Cataluña: en el año 2021 se resolvieron en Cataluña 1599 expedientes de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. Por el contrario, durante los tres primeros trimestres del año 2022, en plena vigencia del Decreto ley 19/2021, se adoptaron un total de 766 expedientes de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, de los cuales 481 se tramitaron de acuerdo a la Ley de Jurisdicción Voluntaria al no tratarse de asuntos contenciosos, mientras que los 285 restantes se van a tramitar conforme a lo previsto en la LEC.

105 Es el caso del Auto nº444/2022, de 28 de noviembre. Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Olot (UPAD Civil I). N.I.G. 1711442120228175960

106 En el Auto nº444/2022 de 28 de noviembre del JPI de Olot se hace constar que la Fundación asistente debe velar siempre por conocer previamente y respetar la voluntad del asistido. Auto nº444/2022, de 28 de

asistente, el art. 226-2.1 CCcat se remite al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida. Para el caso en el que la persona no pueda expresar su voluntad y no haya realizado la designación notarial de la asistencia, establece el art. 226-2.2 que la designación judicial del asistente se base en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida, acorde a su trayectoria vital, incluyendo el legislador la referencia a “sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares o la información con la que cuentan las personas de confianza”. En estos casos, es obligatorio comunicar a la autoridad judicial cualquier circunstancia conocida en relación a los deseos manifestados por la persona asistida. No obstante, el párrafo tercero establece, con carácter excepcional, la posibilidad de prescindir de la voluntad manifestada por la persona cuando se acrediten circunstancias graves, situaciones de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida¹⁰⁷. Aunque el precepto exige que se haga mediante resolución motivada, consideramos que su mensaje se aleja del espíritu y la letra de la CDPD, situándose en la estela de la STS de 8 de septiembre de 2021, si bien el precepto añade la posibilidad de fijar las medidas de control oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con necesidades de apoyo, en absoluta contradicción con el párrafo anterior.

Respecto del contenido de la asistencia constituida judicialmente, el art. 226-4 CCcat establece que la voluntad, deseos y preferencias sean tenidas en cuenta respecto al tipo y alcance¹⁰⁸. Además, la resolución de nombramiento debe concretar las funciones a desempeñar por el asistente, que pueden circunscribirse tanto al ámbito personal como patrimonial de la persona necesitada de apoyo (art. 226-4.2 CCcat). Por último, con carácter excepcional y en resolución motivada, la autoridad judicial podrá determinar los actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir funciones de representación¹⁰⁹. En particular, el párrafo tercero del art. 226-4 CCcat concreta que debe de tratarse de un caso en

noviembre. Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Olot (UPAD Civil I). N.I.G. 1711442120228175960.

107 En este sentido se pronuncia el Auto nº287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402

108 Alejándose del modelo social de la discapacidad, se acuerda designar asistente con funciones de representación a la Fundació Support-Girona, pese a que la persona necesitada de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica solicitó un asistente sin funciones representativas. Se argumenta en la resolución judicial, que esta decisión queda motivada por la grave descompensación de la enfermedad que está atravesando la persona, de acuerdo con el informe médico-forense y los testimonios escuchados en el acto de la visita. Auto nº44/2023, de 31 de enero, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Puigcerdá (UPSD). N.I.G. 17141421202283339401

109 Véanse: Auto nº44/2023, de 31 de enero, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción [...] de Puigcerdá (UPSD). N.I.G. 17141421202283339401. Auto nº287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402. Auto nº326/2022, de 2 de noviembre, Sección Civil. Jutjat de Primera Instancia e Instrucció núm [...] d'Olot (UPSD Civil). N.I.G. 1711442120228129909

el que resulte imprescindible la representación por las circunstancias de la persona asistida¹¹⁰.

Por último, en relación con las asistencias constituidas antes del 3 de septiembre de 2021, se dice que “se mantienen en los términos en los que fueron acordadas por la autoridad judicial competente”, sin perjuicio de que puedan ser modificadas a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, lo que permite la subsistencia de medidas que no son conformes con la CDPD y que vulneran derechos fundamentales. Entendemos que hubiera sido más acertado, al igual que hizo el legislador estatal, incluir una regla transitoria que dejara sin efecto las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad. Ocurre lo mismo con la disposición transitoria 2ª, relativa a la revisión de las medidas judiciales en vigor, que establece que, desde la entrada en vigor del Decreto-ley, la tutela, curatela y potestad parental prorrogada o rehabilitada no podrán constituirse en relación a personas mayores de edad, pero deja intactas las medidas adoptadas con anterioridad hasta que se produzca su revisión¹¹¹. Para solicitar la citada revisión, están legitimadas las personas con discapacidad - el texto usa el término “capacidad modificada judicialmente”-, los progenitores que tienen la potestad parental prorrogada o rehabilitada y las personas que ejercen cargos tutelares o de curatela. Si ninguna de las personas legitimadas lo hiciera, lo hará de oficio la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor del Decreto-ley¹¹².

Antes de concluir este apartado, conviene resaltar que las mismas reticencias observadas ante la aplicación práctica de la LADP se vienen observando en la del Decreto-ley de 2021, lo que pone en evidencia que el modelo social de la discapacidad no está siendo del todo aceptado por los operadores jurídicos¹¹³. Desde la perspectiva conceptual, sigue imperando el enfoque del modelo médico

110 Auto nº103/2023, de 21 de abril. Sección nº01 civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01). N.I.G. 1707942120228010204. Se solicita la adopción de medida cautelar urgente consistente en una asistencia provisional con facultades de representación en el ámbito de la salud y en la esfera patrimonial a favor de la entidad Support Girona. La persona concernida se encuentra en Polonia, “donde fue objeto de ingreso involuntario debido a que fue hallada deambulando por la calle, descalza, desvalida y en situación de descompensación, mostrando actitudes agresivas”. Se designa asistente provisional a Support Girona con facultades de representación en la gestión de asuntos de la esfera económica y patrimonial, tanto en los asuntos de administración ordinaria (incluyendo reintegros o cualquier otra operación bancaria) como extraordinaria de bienes, derechos y obligaciones previstos en el art. 222-43 CCC. Además, se autoriza expresamente al asistente para que pueda realizar las gestiones oportunas para la repatriación, incluso concreta la resolución judicial que los gastos deben ser asumidos por la familia solicitante.

111 Sobre revisión de oficio de medidas, véanse: Auto nº759/2022, de 18 de julio, Jutjat de Primera Instància núm. [...] de Girona. NIG. 11707942120228196127. Auto nº273/2023, de 30 de mayo. Juzgado de Primera Instancia nº6 de Girona (ant.CI-7). N.I.G. 1707942120228375620.

112 Revisión de oficio de las medidas de apoyo judiciales adoptadas por sentencia nº393/2014, de 16 de junio. Auto nº759/2022, de 18 de julio, Jutjat de Primera Instància núm. [...] de Girona. NIG. 11707942120228196127

113 Considera que el Decreto se limita a poner un parche al CCC, pues incorpora una institución que ya existía en Cataluña y que estaba inspirada en un modelo que no es posible ni acorde a la Convención, CUADRADO SOLER, J.: “LA ADAPTACIÓN”, CIT., P.1184.

rehabilitador¹¹⁴ y el apoyo entendido como un complemento a la capacidad¹¹⁵. Algo a lo que contribuyen las propias modificaciones legislativas, especialmente aquellas que no son plenamente coherentes con el art. 12 CDPD.

3. Proyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código Civil de Cataluña.

En el momento de dar comienzo a este trabajo se encontraba en fase de tramitación parlamentaria el “Projecte de Llei d’actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya”, con el objetivo de incorporar determinadas modificaciones exigidas por la evolución de la sociedad o la necesidad de dar una respuesta satisfactoria a situaciones que la práctica ha constatado controvertidas, entre las que se encuentra el concepto de capacidad jurídica¹¹⁶. El Preámbulo pone de manifiesto la necesidad de adaptar el Código Civil de Cataluña al contexto del siglo XXI en el que, se aprobó la CDPD. En este sentido, se propone revisar los principios generales de la capacidad del Título I del Libro II de acuerdo al paradigma social de la Convención, por lo que se propone la eliminación de las referencias a la incapacitación y se hace mención a las medidas de apoyo para la toma de decisiones.

La iniciativa parlamentaria se admitió a trámite el 13 de diciembre de 2022, es decir, cuando el Decreto 19/2021 ya estaba en vigor y habían dado comienzo los trabajos de la Comisión de Codificación Catalana en el Anteproyecto en materia de apoyos. El Proyecto propone la modificación del art. 211-3 CCcat, relativo a la capacidad de obrar, pero, sorprendentemente, fundamenta la institución desde el concepto de la capacidad natural, pudiendo incluso ser limitada¹¹⁷. Así, el Proyecto propone la siguiente redacción del precepto 211-3 CCcat, denominado “Exerciti dels drets”:

114 Esto ocurre cuando la resolución judicial se basa exclusivamente en el informe médico, como si de una patología irreversible se tratase, en lugar de centrarse en la intensidad del apoyo en atención a su necesidad y proporcionalidad. Véase: Auto nº287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402

115 Auto nº326/2022, de 2 de noviembre, Sección Civil. Jutjat de Primera Instancia e Instrucció núm [...] d’Olot (UPSD Civil). N.I.G. 1711442120228129909

116 Projecte de Llei d’actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya. Número de expediente 200-00010/13. BOPC 457 19 de desembre de 2022. El Proyecto, propuesto por el Govern, se encontraba en término prorrogado para la presentación de comparecencias cuando dio comienzo la redacción de este trabajo. Desde el 19 de marzo de 2024, su situación es de “cloenda política”, tras la disolución del Parlamento catalán tras convocarse elecciones anticipadas. Puede consultarse aquí: <https://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap/index.html?STRUTSANCHORI=detallExpedient.do&criteri=200-00010/13&ad=1>

117 Art. 211-3 CCcat. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural. 4. La autoridad judicial debe pronunciarse expresamente sobre la capacidad para ejercer el derecho de sufragio cuando declare la modificación de la capacidad de una persona, de acuerdo con lo establecido por la legislación procesal y la de régimen electoral.

“1. Totes les persones poden exercitar per si mateixes els seus drets civils amb les mesures establertes per la llei en el seu benefici, d'acord amb la seva capacitat natural. 2. Per garantir l'exercici dels drets, en situacions personals en què sigui convenient, a petició de la pròpia persona o d'una altra persona en el seu interès, es poden adoptar mesures d'assistència o de suport. En tot cas, les mesures han de ser conformes a la dignitat de la persona, han de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, són temporals i s'interpreten de manera restrictiva. 3. Totes les persones poden exercir el dret de sufragi d'acord amb el que estableix la legislació electoral”.

Conviene resaltar que el art. 211-3 CCcat no ha sido objeto de propuesta de reforma en el Anteproyecto en materia de apoyos que ocupa el objeto de este estudio. Lo que podría conllevar a futuro la coexistencia de dos modelos antagónicos en el CCcat, por contribuir el 211-3 proyectado a la continuidad del concepto de capacidad natural y el principio del mejor interés de la persona.

Asimismo, el Proyecto se ocupa de la adaptación del consentimiento informado (art. 212-2 CCcat), las voluntades anticipadas (art. 212-3 CCcat) y los ingresos involuntarios (arts.212-4 y 5), algo que no hace la LAPD ni el propio Anteproyecto, como veremos más adelante¹¹⁸. La propuesta mantiene la redacción de los párrafos 1 y 2, añadiendo al segundo -que remite a la normativa sanitaria- que el consentimiento ha de respetar la dignidad de la persona y ser conforme a su voluntad y preferencias. Asimismo, propone la modificación del párrafo tercero que establece que “el interesado, o las personas que suplen su capacidad, en interés del propio interesado, puedan revocar el consentimiento otorgado” por “el consentiment es pot revocar abans de la realització de l'acte pel qual s'ha prestat”.

Por último, se propone la reforma del párrafo cuarto¹¹⁹, que se cambia por el siguiente tenor:

“En interès de la persona, l'autoritat judicial pot autoritzar la intervenció a sol·licitud de la persona facultativa responsable si les persones cridades a donar consentiment, d'acord amb el que estableix l'apartat 2, s'hi neguen”.

¹¹⁸ Recordemos el trato discriminatorio existente entre legisladores autonómicos respecto de esta materia desde la STC 133/2017. Mientras que las voluntades anticipadas reguladas en el CCcat no han sido cuestionadas por el TC, los poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas desarrolladas por legislador gallego en la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, relativos a la adopción y la autotutela, sí fueron declaradas inconstitucionales por considerar el alto tribunal que se trataba de normas de carácter público (art. 33 EAG y art. 148.1.21 CE). Algo que fue especialmente cuestionado en los votos particulares de la sentencia y ha sido objeto de crítica doctrinal, no tanto por su regulación en el CCcat, sino porque solo se haya cuestionado la naturaleza civil en el caso gallego.

¹¹⁹ “Si las personas llamadas a dar consentimiento por sustitución se niegan a darlo, la autoridad judicial puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no puede consentir”.

Una vez más, el legislador desaprovecha la ocasión para llevar a cabo una reforma coherente con la Convención, en la que no hay cabida para el principio del mejor interés ni el consentimiento por representación.

4. El Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

En base a las observaciones expuestas en los epígrafes anteriores, se puede afirmar que la adaptación del Código Civil de Cataluña a la nueva concepción de la capacidad jurídica que resulta de la CDPD es, hasta la fecha, incompleta y contradictoria, teniendo el Decreto-ley 19/2021 carácter transitorio y parcial, a la espera de la regulación global. En este sentido, el Anteproyecto, elaborado por la Sección de Persona y Familia de la Comisión de Codificación de Cataluña, propone una reordenación profunda y sistemática de los capítulos I y II del título I del libro segundo del Código civil de Cataluña, con el propósito de incorporar una regulación completa y exhaustiva de las instituciones de apoyo, así como dotar al ordenamiento jurídico catalán de un marco normativo definitivo que adapte el derecho interno a la CDPD¹²⁰.

El Anteproyecto consta de una exposición de motivos, un artículo único -que tiene por rúbrica “Modificació del Títol II del Libre segon del Codi Civil de Catalunya”-, una disposición adicional, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales. El título II (Les institucions de protecció i de suport a la persona) del CCcat está compuesto por cuatro capítulos. El primero regula las instituciones de protección de las personas menores de edad; el segundo las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica (“Mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica”)¹²¹; el tercero se ocupa de las medidas transitorias de protección y apoyo, y el cuarto regula el patrimonio protegido de personas con discapacidad o en situación de dependencia. En esta sede nos ocuparemos exclusivamente del estudio del capítulo segundo, relativo a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad. Este capítulo se divide en cuatro secciones, la primera dedicada a los principios generales de la Convención que se incorporan a la normativa catalana, mientras que las otras secciones regulan los diferentes apoyos propuestos.

120 Por acuerdo del Govern de 22 de marzo de 2022 se aprobó la memoria preliminar del Anteproyecto y la realización de la consulta pública previa articulada a través del portal “Participa”. El 29 de marzo de 2023 la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació tramita ante la Assessoria Jurídica de la Secretaria General de la Generalitat de Catalunya, el texto del Anteproyecto, acompañado de una memoria general y una memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas. Sin embargo, en la fecha en la que se termina este trabajo (marzo, 2024) el Parlamento de Cataluña ha sido disuelto, tras la convocatoria anticipada de elecciones por el presidente de la Generalitat, sin que antes se hubiese aprobado el texto del Anteproyecto.

121 El legislador catalán ha escogido la expresión “mesuras de suport”, que puede traducirse como medidas apoyo, siguiendo la fórmula del legislador estatal en la LAPD; se recuerda que la Convención habla de apoyos en sentido amplio, por lo que se podría haber optado por otro término general para aludir a todos los tipos de apoyo.

Conviene, no obstante, advertir que las disposiciones finales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta modifican respectivamente diversos artículos de los libros primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del CCcat para adaptarlos, tanto desde un punto de vista terminológico como de contenido, al nuevo régimen de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica que establece el Anteproyecto¹²². También se incorpora una disposición derogatoria, por la cual se deroga el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta del Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación de la capacidad.

A) *Objetivos y principios generales.*

El Anteproyecto tiene como objetivo principal modificar el CCcat e incorporar un régimen jurídico integral en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica que se adapte plenamente al espíritu y letra de la CDPD¹²³. En consecuencia, la reforma parte de la eliminación de la incapacitación, como no podía ser de otra manera y al igual que hizo el legislador estatal en la Ley 8/2021, y de la obligación de un nuevo replanteamiento de las instituciones de protección de las personas mayores de edad reguladas en el CCcat. En este sentido, los “suports” al ejercicio de la capacidad jurídica giran en torno al principio de respeto a la voluntad, la dignidad y autonomía individual de la persona, así como a sus valores, creencias y tradiciones culturales, siempre que sean conformes a los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico (art. 222-8). De esta forma, se pasa de un modelo sustitutivo de la voluntad en la toma de decisiones a uno de apoyo que hace inadecuadas la tutela, curatela y potestad parental prorrogada, precisamente, porque no tienen en cuenta la voluntad de la persona¹²⁴. Este modelo se estructura en torno a una regla básica de actuación, la misma que rige en la LAPD, que

122 Se modifican los arts.121-12, 121-16 y 121-19 del libro primero del CCcat.

Se modifican los arts.211-7, 211-12, 231-21, 232-33, 233-2, 235-11, 235-12, 235-14, 235-17, 235-20, 235-24, 235-25, 235-26, 235-27, 235-30, 235-36, 236-1, 236-6, 236-10, 236-18, 236-31, 237-2, 237-3, 237-10 y se suprime la sección cincuenta, del capítulo 6 del título tres, del libro segundo del CCcat.

Se modifican los arts.321-2, 232-1, 322-10, 322-11, 322-18, 323-1, 331-2, 332-3 y 332-12 del libro tercero del CCcat.

Se modifican los arts.412-5, 421-3, 421-4, 421-7, 421-8, 421-9, 421-10, 421-11, 422-1, 424-6, 425-7, 425-10, 425-11, 425-12, 425-13, 428-6, 429-3, 429-14, 431-4, 431-10, 431-12, 432-3, 461-9, 461-10, 461-12, 461-16 y 461-24 del libro cuarto del CCcat.

Se modifican los arts.521-3, 531-10, 531-21, 531-26, 552-10, 553-16, 553-25 y 569-29 del libro cinco del CCcat.

Se modifican los arts.621-4, 621-45, 622-33, 622-37 y 623-5 del libro sexto del CCcat.

123 La memoria general del Anteproyecto recoge los siguientes objetivos: garantizar la protección efectiva de las personas con discapacidad que actúen en el ámbito civil; disponer de un marco normativo adaptado a la realidad jurídica y social actual de las personas con discapacidad que intervienen en el ámbito civil; ordenar definitivamente el régimen aplicable a Cataluña a partir de la entrada en vigor de la LAPD, para que las instituciones de apoyo y protección de las personas con discapacidad sean acordes al nuevo concepto de capacidad jurídica que regula; remover los obstáculos que pueda haber para que las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad, deseos y preferencias, y adaptar los capítulos I y II del CCcat para incorporar una regulación completa que garantice la efectividad del cumplimiento de las previsiones recogidas en la CDPD.

124 Preámbulo del Anteproyecto.

determina que el ejercicio del apoyo no debe fundamentarse en ningún caso en el interés superior de la persona concernida, sino en su dignidad y sus derechos¹²⁵. En consecuencia, obliga a los poderes públicos y a las administraciones a ofrecer y crear los apoyos que permitan a las personas con discapacidad desarrollar sus habilidades y capacidades respetando su dignidad, autonomía individual, voluntades y preferencias¹²⁶. También se regula el derecho de toda persona al disfrute de las medidas de accesibilidad universal que le permitan el ejercicio de la capacidad jurídica para la toma de decisiones con trascendencia jurídica.

Asimismo, el Anteproyecto incorpora expresamente el derecho al apoyo de toda persona “accedir a mesures de suport individualitzades i adaptades a la seva situació per prendre decisions amb efectes jurídics en condicions d'igualtat” (art. 222-1). Sin embargo, la Comisión de Codificación catalana no se ha pronunciado directamente sobre el derecho a renunciar al apoyo, como tampoco lo hizo el legislador estatal. Se debe hacer notar que, en el documento de bases elaborado por la Comisión de Codificación de Cataluña, que establecía los principios sobre los que debía orientarse la reforma, sí se regulaba el derecho a renunciar el apoyo. En particular, la base 4ª, relativa a la “voluntarietat”, establecía: “com a principi general, el suport és voluntari i s'instaura per la propia persona, que pot negarse a rebre'l i pot canviar-lo o posar-hi fi en qualsevol moment”¹²⁷; al respecto, autores muy significativos manifestaron, cuando aún no había finalizado la fase de redacción del Anteproyecto, que era preciso “superar la idea de que existe un interés objetivo (general) de la persona con discapacidad que otras personas pueden valorar”¹²⁸. Lástima que, lo que parecía un avance constatable respecto de la reforma llevada a cabo por el legislador estatal, no haya sido incorporada finalmente al texto prelegislativo.

No obstante, este silencio requiere de una interpretación acorde al modelo social de la discapacidad, que otorga preferencia a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En este sentido, en el proyectado art. 222-3 se explicita que el

125 Por el contrario, creemos que no sigue esta regla el Proyecto aragonés mencionado más arriba en el texto, que se aleja del paradigma de la discapacidad querido por la CDPD. Véase, a modo de ejemplo, el proyectado art. 37.2 Código del Derecho Foral de Aragón: “Cuando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no puedan conocerse, su cumplimiento resulte imposible o extraordinariamente difícil o puedan suponer un peligro significativo para su bienestar o el de las personas a su cargo o graves perjuicios a terceros, se actuará en función de lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses de la persona afectada” (Proyecto de Ley de modificación del código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón nº40, de 7 de febrero de 2024).

126 Añadiendo el Preámbulo, el reconocimiento del derecho de las personas a asumir riesgos y a cometer errores, cuando ha podido tener el apoyo adecuado para tomar una decisión.

127 Disponible en: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf (Consultada el 9/03/2024).

128 SOLÉ RESINA, J.: “La reforma del derecho catalán en materia de discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, nº17, pp. 122-149, esp.127. O lo que es lo mismo, en palabras de la propia autora, “el apoyo es un derecho y no una obligación”, por lo que la persona puede rechazarlo, en absoluta sintonía con el Comité en la Observación General Primera

apoyo para la adopción de decisiones no supone, en ningún caso, una limitación a la capacidad jurídica¹²⁹, lo que puede interpretarse en el sentido de que el apoyo no se puede imponer. Sin embargo, a lo largo del Anteproyecto encontramos huellas que parecen inclinarse en el sentido de negar el derecho a renunciar al apoyo. Es el caso del artículo 222-6 que establece la voluntariedad del apoyo en el establecimiento, contenido y ejercicio de la medida acordada, pero siempre que la voluntad no sea resultado de una sintomatología clínica que limite el pleno conocimiento de su situación y necesidades, con riesgo grave para su persona o terceros; son supuestos en los que la autoridad judicial debe establecer de forma motivada la “medida de apoyo” necesaria de acuerdo a los proyectados arts. 222-32 a 222-37. A nuestro juicio, esta norma es claramente contraria a la CDPD, si bien es cierto que se sitúa en la estela interpretativa del Tribunal Supremo tras su sentencia nº589/2021, de 8 de septiembre de 2021, en aplicación del derecho estatal, resolución con la que tampoco concordamos¹³⁰.

La citada no es la única contradicción con el modelo social de la discapacidad que encontramos en el Anteproyecto. Así, por ejemplo, ya en el Preámbulo, tras exponer los principios rectores en las medidas de apoyo formalizadas, se dice que sólo en supuestos excepcionales, “aunque con más frecuencia de la deseada, estos apoyos conllevan la imposición de la representación y del mismo apoyo sin la voluntad, aunque, en la medida de lo posible, se debe indagar cuál habría sido su voluntad hipotética de haber podido expresarla¹³¹”. La referencia “en la medida de lo posible” nos lleva de nuevo al argumento de la falta de conciencia de la enfermedad, que constituye uno de los postulados del modelo médico-rehabilitador y no es conforme al espíritu y letra de la Convención, ni de la LAPD, por más que esta sea objeto de interpretaciones reduccionistas.

B) Las medidas de apoyo previstas en la ley catalana.

Las reglas comunes.

El texto del Anteproyecto delimita el ámbito del apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, que tiene por objeto la toma de decisiones con efectos jurídicos, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial (art. 222-2). Aunque añade el texto que el acceso y participación en el ámbito de la justicia se regula

129 Sí se hacía una referencia expresa al derecho a renunciar el apoyo en la base 4ª de la reforma que hacía referencia a la voluntariedad del apoyo: “Com a principi general, el suport és voluntari i s’insta per la propia persona, que pot negar-se a rebre’l i pot canviar-lo o posar-hi fi en qualsevol moment”. Bases de la reforma del Codi Civil de Catalunya en materia de suport a l’exercici de la capacitat jurídica.

130 Para una crítica exhaustiva de esta sentencia, GARCIA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M.E.: “Primeros pronunciamientos”, cit.

131 “Només en supòsits excepcionals, malgrat que n’hi hagi amb més freqüència de la desitjada, aquests suports comporten la imposició de la representació i del mateix suport sense la voluntat, tot i que, en la mesura del que es pugui, s’ha d’indagar quina hauria estat la voluntat hipotètica de la persona concernida, si hagués pogut expressar-la”. Preámbulo del Anteproyecto.

por la legislación procesal; también se remite a normas específicas para cuestiones relativas al ámbito de la salud¹³², pero, al igual que en la LAPD no se concretan los motivos por los que se dejan fuera estas últimas cuestiones, y ello a pesar de que el Código Civil de Cataluña sí dedica un precepto al documento de voluntades anticipadas (art. 212-3 CCcat)¹³³.

Acorde al espíritu de la Convención, que apuesta por la autonomía de la persona y pasa de un modelo de sustitución de la voluntad a un modelo de apoyo en la toma de decisiones, el Anteproyecto incorpora sus principios rectores, en particular, el principio de respeto a la voluntad de la persona que, al fin y al cabo, es quien determina el establecimiento, contenido, ejercicio y alcance del apoyo que desea recibir (art. 222-6)¹³⁴.

Por otro lado, el prelegislador catalán ha delimitado vagamente la forma en que han de prestarse las funciones de apoyo, remitiéndose a la diligencia propia de una persona razonable y dentro de los límites fijados por el acuerdo o la resolución en la que se haya establecido el apoyo (art. 222-8); a nuestro juicio, hubiera sido más acorde con el nuevo modelo limitarse a incluir una referencia expresa a la voluntad de la persona concernida como límite de actuación, en la línea marcada por el legislador estatal en el art. 249 CC.

Respecto de las salvaguardas, que son referidas de modo expreso y con ese término convencional, son definidas en el art. 222-38 como: “aquelles mesures adreçades a garantir que el procés de designació del suport i el seu desenvolupament es duen a terme amb proporcionalitat, sense abús, conflicte d'interessos ni influència indeguda”.

Así, conforme a lo establecido en el art. 12.4 CDPD, y como hiciera el legislador estatal, pero sin utilizar el término “salvaguardas” (art. 250 CC), incorpora estos mecanismos de control sobre el desempeño de las medidas de apoyo, aunque sin definirlos expresamente. El Anteproyecto otorga preferencia a las establecidas al constituirse el apoyo, aplicándose, en su defecto, las establecidas en el texto de la norma. En cuanto a la tipología, son enumeradas en el Preámbulo y concretadas en el art. 222-40 proyectado. Así, las salvaguardas pueden consistir

132 En el ámbito procesal será de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Y en el ámbito de la salud la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica. URI ELI: <https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/1/2000/12/29/21/con/20240407>

133 No se pronuncia sobre esta cuestión el Proyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código Civil de Cataluña, antes citado; sostiene que se quedan fuera las disposiciones de los capítulos I y II del CCcat, en materia de tratamientos médicos e internamientos, “que concuerdan y despliegan normas estatales básicas u orgánicas” SOLÉ RESINA, J.: “La reforma”, cit., p.125.

134 Este principio está presente a lo largo del texto del Anteproyecto, desde el mismo Preámbulo, que lo recoge como principio rector de las instituciones de apoyo, y sirve de explicación y justificación de las generalidades o abstracciones que se puedan detectar en el texto del Anteproyecto.

en el establecimiento de audiencias, la obtención de informes y las diligencias necesarias para determinar la idoneidad de la persona que debe prestar el "suport". Debe subrayarse que la referencia a la obtención de informes puede contribuir a una interpretación contraria al modelo social, si se está pensando en que sea un tercero quien valore la aptitud de la persona designada para prestar el apoyo; por el contrario, para respetar el modelo convencional, los informes deben limitarse a cotejar que se respeta la voluntad de la persona concernida. Asimismo, las salvaguardas pueden consistir en la prestación de caución, la práctica de inventario, la rendición de cuentas a la autoridad competente, el control o la autorización judicial previa, la remoción del nombramiento, la revisión periódica de las medidas de apoyo, la impugnación de los actos realizados por el apoyo y, por último, el nombramiento de una defensa judicial.

Tipología. Apoyos formales y no formalizados.

Al igual que la LAPD, el Anteproyecto no define explícitamente el apoyo, pero establece que puede consistir en "l'ajut a la comunicació de la voluntat de la persona concernida, la presa de decisions amb efectes jurídics i la configuració de la seva voluntat" (art. 222-4). En el primer caso, el apoyo en la comunicación consiste en trasladar la voluntad de la persona concernida a través de la que presta el apoyo. Por su parte, el apoyo en la toma de decisiones con efectos jurídicos puede consistir en: a) un acompañamiento para el desarrollo de las relaciones sociales necesarias para el ejercicio de su autonomía; b) la facilitación de información adecuada sobre cuestiones de interés; c) la orientación sobre sus derechos y el ejercicio de los mismos; d) prestarle ayuda para comprender los actos jurídicos y las consecuencias que puedan derivarse de estos; e) asistirle en la consideración de las distintas opciones y hacerle recomendaciones en relación con un determinado acto jurídico; f) facilitarle que llegue a acuerdos con terceras personas y que se hagan efectivos. Asimismo, el apoyo también puede consistir en la conclusión de actos jurídicos de la persona concernida, prestar la conformidad cuando se establezca como requisito de eficacia del acto o a actuar en nombre y por cuenta de ésta cuando el apoyo incluya la representación de la persona. Sobre esta cuestión volveremos más tarde, aunque cabe ya anticipar que no aclara ante qué tipo de representación nos encontramos, es decir, si es o no sustitutiva de la voluntad y, en su caso, con qué extensión.

Los apoyos pueden ser de dos tipos: formales o no formalizados (art. 222-5). Se entiende por formales los que se constituyen en escritura pública o en resolución judicial (poderes preventivos y asistencia), y por no formalizados aquellos que tienen lugar al margen de un procedimiento judicial o notarial previsto legalmente (art. 222-5).

Apoyos no formalizados.

Lo apoyos no formalizados son prácticas sociales, que se prestan en el ámbito social y familiar para el ejercicio de la capacidad jurídica, a los que la ley reconoce efectividad sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial o notarial. Añade el Preámbulo que, en aplicación de los principios de la Convención, se prescinde intencionadamente tanto de la institución como de la terminología de la guarda de hecho para personas mayores de edad, por considerar que conlleva la sujeción al guardador, pese a que “a la persona mayor no se la protegeix, se l’ajuda”¹³⁵. Aunque sea de modo incidental, no estamos de acuerdo con esta interpretación de la guarda de hecho de la LAPD, entre otras razones porque todas las modalidades de apoyo requieren el consentimiento de la persona que lo presta, sin el cual ningún apoyo es posible; ello no obsta para considerar que tal vez hubiera sido más oportuno utilizar por un nuevo término, con el fin de evitar interpretaciones continuistas del modelo anterior; con todo, consideramos sin duda que en el concepto amplio de apoyo de la CDPD tiene perfecta cabida la [nueva] guarda de hecho configurada en la LAPD¹³⁶, tema sobre el que volveremos más adelante.

Considera el texto que las distintas actuaciones e intervenciones de terceras personas en la esfera jurídica y fáctica de cualquier persona mayor de edad que comporte la prestación de algún apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, constituyen una manifestación de los diferentes apoyos no formalizados a los que se reconoce eficacia. De esta forma, el texto prelegislativo catalán opta por no asignarle un nombre ni estatus jurídico determinado a esta situación de apoyos no formalizados, al contrario de lo que se hace en la LAPD con la guarda de hecho.

Pese a la desjudicialización que se pretende de modo expreso, y a diferencia de lo que hace el legislador estatal (art. 255 CC), el texto catalán no otorga carácter prioritario a los apoyos no formalizados; en realidad, más bien parece que aunque pueden coexistir con otras medidas de carácter formal, el art. 222-5 CCat proyectado recoge la prevalencia del apoyo formal sobre el no formalizado, cuando ambos sean incompatibles, lo que no siempre resultará conforme con el nuevo modelo. Así, por ejemplo, cabría imaginar un supuesto en el que la persona designada como apoyo mediante poder preventivo se aleja de los principios de actuación de esta figura, básicamente, no respetando la voluntad de la persona

135 En este sentido ya se ha dicho que la guarda de hecho no tiene carácter voluntario, pues es la persona guardadora quien decide llevar a cabo o no la medida de apoyo, en lugar de la persona con discapacidad (SOLÉ RESINA, J.: “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, n°31, pp.18-83). No lo entendemos así, pues sería una interpretación de la guarda de hecho de la LPDC que no casa con el espíritu de la Convención (PRADOS GARCÍA, C.: “La guarda”, cit.).

136 PRADOS GARCÍA, C.: “La guarda”, cit. FÁBREGA RUIZ, C. F.: “La nueva visión de la guarda de hecho a la luz del nuevo régimen jurídico de protección de la discapacidad”, en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Fundación Notariado, 2022, pp.721-748.

concernida, de modo que si la persona necesitada de apoyo decide hacer uso de una medida no formalizada en tanto revoca el poder; a la pregunta ¿prevalece el apoyo formalizado frente a la voluntad de la persona? entendemos que debería responderse que no, pues la voluntad de la persona ha de constituir el único eje de actuación en materia de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. En este sentido, recordamos que el legislador estatal ha otorgado carácter estable e indefinido a la guarda de hecho, que puede ser un apoyo único, si es suficiente, o puede coexistir con otras medidas formales (voluntarias o judiciales) si éstas no se están aplicando eficazmente (art. 263 CC), además de que se reconoce el carácter subsidiario a las medidas judiciales (art. 255 CC), reglas que a nuestro entender son más acordes con el principio de respeto incondicionado a la voluntad de la persona.

En cuanto al alcance de los apoyos no formalizados, estos pueden afectar tanto a la esfera personal como a la patrimonial y se pueden prestar de manera continuada, puntual o esporádica, por lo que se constituyen con carácter estable y permanente, dejando a salvo la prevalencia incondicionada del apoyo formalizado vista en el párrafo anterior y que no terminamos de compartir. Pueden consistir en ayuda a la persona concernida a comunicar su voluntad; aconsejar a la persona en la toma de decisiones con efectos jurídicos y concluir, de acuerdo con los usos sociales los trámites y actos de administración ordinaria propios de la persona concernida (art. 222-II).

Las funciones que puede desempeñar la persona que preste el apoyo no formalizado no tienen en ningún caso carácter representativo. En este sentido, el Preámbulo dice que para llevar a cabo actos jurídicos en nombre de la persona concernida se requiere de la formalización de un poder representativo o la constitución de una asistencia notarial o judicial que permita la representación de la persona para un acto concreto o para un conjunto de actos durante un tiempo determinado; se añade que la persona que presta el apoyo no formalizado con carácter de continuidad también puede solicitar la constitución judicial de la asistencia judicial. En definitiva, no nos encontramos ante una medida de apoyo de carácter permanente, como pueda ser la guarda de hecho regulada en la LAPD; en la propuesta catalana estos apoyos informales se han de tornar formales para actuaciones de tipo representativo.

El apoyo no formalizado, al igual que los formalizados, debe prestarse con diligencia y lealtad, respetando los derechos y preferencias de la persona concernida. En este sentido, el art. 222-II proyectado establece que el apoyo responde en todo momento a la voluntad de la persona. Asimismo, le son de aplicación las reglas de las salvaguardias contenidas en la sección quinta del Anteproyecto, con el fin de prevenir los abusos, influencias indebidas y conflictos de intereses entre

la persona que los presta y la persona concernida. Además, la persona que presta el apoyo puede ser requerida en cualquier momento por la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal – de oficio o a instancia de la persona a quien se presta el apoyo o de cualquier persona legitimada- para que informe y rinda cuentas de su actuación.

Se establece que cuando el apoyo consista en la conclusión de actos de trámite, de acuerdo con los usos sociales y de administración ordinaria, se registrá, en todo lo que no establezca el capítulo II del Anteproyecto, por las normas del mandato o la gestión de asuntos ajenos sin mandato, según proceda (art. 222-12). Parece que una norma de este tipo refleja la preferente perspectiva patrimonial desde la que se proyecta la reforma, frente a la atención bifronte prestada por el legislador estatal en la LAPD, en el que se trata con mayor equilibrio tanto los aspectos personales como patrimoniales de la persona con discapacidad¹³⁷.

Estos apoyos no formalizados no solo se dan en el ámbito familiar, social o comunitario de la persona, sino que, también pueden ser prestados por entidades públicas o privadas en aquellos casos en los que la persona concernida no cuenta con ellos en su entorno (art. 222-11). Asimismo, se puede prestar para la adopción de una decisión concreta o con carácter general, por tiempo limitado o de forma indefinida (art. 222-12).

Las medidas de apoyo no formalizadas se extinguen por la voluntad de la persona implicada; la finalización del asunto en el que se actúa; la adopción de otras medidas de soporte formal o no formalizado que se sean incompatibles; el fallecimiento de la persona concernida o de la persona que presta el apoyo o la decisión o imposibilidad de la persona que lo presta; en este último caso, propone el Anteproyecto que se tomen las medidas necesarias para evitar perjuicios a la persona concernida (art. 222-13). Vemos, por tanto, similitudes con los supuestos de extinción de la guarda de hecho regulados en el art. 267 CC¹³⁸. En ambos casos la medida informal de apoyo puede extinguirse por la voluntad de la persona, como no podía ser de otra manera, además de que se tienen en cuenta el cambio de circunstancias tanto en la persona que presta el apoyo y como en el propio contexto. Asimismo, se contempla la extinción de la medida de apoyo informal o no formalizado cuando se adopte un apoyo judicial -entendemos que la constitución de un poder o una asistencia notarial entra dentro del supuesto de la voluntad de la persona concernida- que resulta incompatible con la medida no

137 La LAPD contempla a la persona en su integridad atendiendo al conjunto de sus derechos, tanto personales como patrimoniales, en el convencimiento de que muchas personas tienen más interés en los primeros que en los segundos. GARCÍA RUBIO, M.P.: "Contenido y significado", cit.

138 La voluntad de la persona, desaparición de las causas que la motivaron, desistimiento del guardador de hecho o cuando la autoridad judicial lo considere conveniente (a instancia del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona.

formalizada en el caso catalán, recordemos que es subsidiaria, a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente (art. 255 CC), en el estatal.

Apoyos formalizados. El poder preventivo.

La sección tercera del capítulo segundo contiene el despliegue normativo del poder preventivo, que viene a ser un instrumento de apoyo formal otorgado en escritura pública, por el cual una persona, el poderdante, planifica su voluntad y preferencias ante la posibilidad de encontrarse en una situación en la que no pueda comunicarla. Por y para ello, nombra a uno o más “representants”, personas físicas o jurídicas, a las que faculta para cuidar de sus intereses personales y patrimoniales (art. 222-14).

En cuanto a su clasificación, el Anteproyecto regula dos modalidades de poder: de eficacia inmediata y diferida. De esta forma, el poder puede tener vigencia desde el mismo instante en que se otorga o puede dar comienzo cuando se den determinadas circunstancias, una de las cuales puede ser la necesidad de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En este punto y a nuestro entender, desafortunadamente, el texto hace referencia a la pérdida de aptitud necesaria para conocer el alcance de la actuación del apoderado¹³⁹, alejándose así del modelo social de la discapacidad que deja atrás conceptos como aptitud o capacidad natural¹⁴⁰. Conviene recordar que la CDPD huye del tradicional planteamiento capacitista-centrista que sostiene que algunas personas no tienen las habilidades cognitivas para tomar decisiones con trascendencia jurídica, precisamente porque este argumento ha servido de justificación social y legal para eliminar la capacidad jurídica de las personas¹⁴¹.

En el supuesto del poder de eficacia inmediata, el texto catalán insiste en el concepto de aptitud, pues el apoderado debe manifestar, bajo su responsabilidad, si el poderdante tiene aptitud necesaria para conocer el alcance de su actuación, a efectos de aplicar las previsiones establecidas por el poderdante en este caso y, en particular, determinar si es necesaria alguna de las autorizaciones exigidas por el poderdante o la ley, salvo que estas se hubiesen suprimido en el otorgamiento. Para el poder preventivo de eficacia diferida, el apoderado debe acreditar su vigencia con documento fehaciente que justifique las circunstancias establecidas por el poderdante. De no haberse previsto, el apoderado puede fijar, de nuevo bajo su responsabilidad, el inicio de su cometido (art. 222-16).

139 “(...) pèrdua de l'aptitud necessària per conèixer l'abast de l'actuació de l'apoderat”.

140 TORRES COSTAS, M.E.: “La capacidad”, cit. pp. 89, 295 y 344.

141 BACH, M.: “Perder la”, cit., p.85.

En cuanto al contenido del poder, puede ser de carácter general o especial, según el alcance de las facultades conferidas al apoderado (art. 222-17). En el primer caso, el poder comprende todas las facultades legalmente delegables en el ámbito personal y patrimonial, incluidas aquellas por las que la ley exige un mandato expreso, sin que sea necesario enumerar las facultades del apoderado. Si bien, quedan exceptuadas las excluidas en el otorgamiento y las facultades de disposición a título gratuito, de aval o de fianza personal o real, que deben ser expresamente atribuidas, aunque sea de forma genérica. Por último, añade el art. 222-18 que podrá otorgarse más de un poder preventivo, tanto de carácter general como de carácter especial.

El apoderado debe actuar con la diligencia establecida en el otorgamiento y, si no se ha establecido, con lo exigible a una persona razonable, de acuerdo con sus circunstancias personales o profesionales (art. 222-18). Llama la atención que no se haga remisión al respeto a la voluntad de la persona concernida como único límite de actuación, como sí hace, en cambio, la LADP al determinar que todas las medidas de apoyo han de prestarse de acuerdo al art. 249 CC, con independencia de las medidas de control y salvaguardas que puedan preverse en el poder (art. 255 CC). Es cierto que se dice que "*l'apoderat s'ha d'ajustar a les instruccions del poderdant*" (art. 222.18.2), fórmula que pudiera llevar a interpretaciones contrarias al modelo social de la discapacidad en torno a la que pueda entenderse por "ajustarse", ya que esto no es lo mismo que respetar la voluntad del poderdante.

Asimismo, el precepto permite al poderdante condicionar el ejercicio de determinadas facultades a unos requisitos previos o posteriores, como pueden ser la tasación, la autorización de quien supervise, la comunicación posterior a éste, o cualquier otra fórmula que estime oportuna.

Para el caso de que exista una pluralidad de apoderados en el mismo instrumento y no se haya previsto nada al respecto, la actuación se entiende conferida de forma indistinta para los actos de administración ordinaria, y de forma conjunta para los actos de administración extraordinaria. Añade el precepto que cada uno de los apoderados debe informar a los demás, dentro de un "termini razonable", de las gestiones llevadas a cabo.

El art. 222-19 regula cuestiones referidas a la sustitución y delegación de facultades. Así, la sustitución se rige por lo que establezca el poderdante, salvo que circunstancias sobrevenidas no la hagan aconsejable. Añade el precepto que, en este caso, lo decide la persona encargada de ejercer la supervisión, si se le ha otorgado esta facultad. En caso contrario, corresponde decidirlo a la autoridad judicial, si bien, aunque no lo recoge expresamente, entendemos que esta decisión ha de ser acorde a los principios rectores de la Convención.

Con carácter excepcional se permite al apoderado delegar funciones para un asunto determinado, pero ha de especificar la persona, el objeto y las principales condiciones del asunto; en este caso el apoderado responde de la gestión del sustituto o delegado, por lo que nos preguntamos, una vez más, donde queda aquí el respeto a la voluntad del poderdante, de acuerdo al modelo social de la discapacidad.

Aunque no se regulan reglas especiales de capacidad para el otorgamiento del poder preventivo, en el Preámbulo se expone que el punto de partida es una situación en la que la persona que otorga el poder disfruta de la capacidad natural para expresar su voluntad y deseos¹⁴², cosa que no se hace nunca en la LAPD. De nuevo, cabe considerar que con esta referencia a la capacidad natural el legislador catalán cuestiona el concepto de capacidad jurídica de la Convención y contribuye a interpretaciones continuistas del modelo médico; recordemos que este modelo se centra en el concepto de deficiencia y justifica un trato jurídico diferente, desde el presupuesto de la protección, a las personas con discapacidad como sujetos especiales¹⁴³.

Añade el precepto propuesto que el poder mantiene su validez, aunque con posterioridad varíen la situación y las circunstancias del poderdante, mientras no sea revocado o modificado por otras medidas de apoyo. Entendemos que el legislador está pensando en otras medidas de carácter formal, pues como vimos con anterioridad, otorga preferencia a estas medidas sobre las informales cuando sean incompatibles.

El poder preventivo se extingue por las causas establecidas en el título de constitución; la revocación otorgada por el poderdante o por la persona autorizada expresamente; la muerte, declaración de muerte o ausencia del poderdante o del apoderado (aunque el apoderado debe continuar la gestión comenzada hasta ponerla a disposición de quien suceda al poderdante); el desistimiento del apoderado (notificado notarialmente); el concurso del apoderado (en lo que se refiere a las facultades patrimoniales, excepto que se haya dispuesto de otro modo); las causas establecidas en el art. 222-13 (salvo lo dispuesto en contrario); y en el caso de personas jurídicas por la disolución o extinción de la persona jurídica apoderada.

Apoyos formalizados. La asistencia.

Se dedica la sección cuarta del capítulo II del Anteproyecto a la regulación de la asistencia notarial y judicial. Nos encontramos ante una institución mediante la

142 "(...) gaudeix de la capacitat natural per expressar la voluntat i els seus desitjos".

143 CUENCA GÓMEZ, P.: "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, octubre-diciembre, 2012, pp.103-307.

cual, la persona concernida tiene el apoyo de una o varias personas que le asisten, con eficacia jurídica en los ámbitos y actos que quedan establecidos cuando se constituye. A largo del texto del Anteproyecto se remarca la idea de que la asistencia no conlleva la privación de la voluntad de la persona, que mantiene su intervención. Sin embargo, nos parece que encuentran, con más frecuencia de la deseada, contradicciones al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, algunas comentadas en epígrafes anteriores y otras, referidas a la asistencia, que analizaremos a lo largo de este apartado.

La elección del *término* asistencia que, no solo existía con anterioridad, sino que coincide con el de asistente personal de promoción de la autonomía personal y de atención en situaciones de dependencia, ha llevado al legislador catalán a incluir en el Preámbulo una distinción expresa entre ambas figuras. La asistencia personal, que se regula por normas especiales, consiste en una prestación social que se concede, mediante resolución administrativa, en el contexto de la normativa de dependencia y se configura como un servicio en el que la persona realiza o colabora en los trabajos de la vida cotidiana de una persona dependiente para fomentar, promover y potencia su autonomía. Las diferencias entre una y otra institución que el Preámbulo del Anteproyecto trata de aclarar, estuvieron presentes en el proceso de consulta pública previa¹⁴⁴. Asimismo, cuando delimita el ámbito de actuación del apoyo el texto se remite expresamente a las normativas específicas tanto en lo relativo a la asistencia personal como en lo concerniente a los derechos a la información y autonomía en el ámbito sanitario.

La regulación de la asistencia se divide en tres subsecciones, regulando en la primera las disposiciones generales que son de aplicación tanto a la asistencia notarial como a la judicial. Sin embargo, en la primera subsección no se ofrece una definición de la asistencia, limitándose a regularla como medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, que puede abarcar tanto el ámbito personal como el patrimonial, y tener como objeto el soporte para un asunto concreto, ocasional, recurrente o continuado en el tiempo (art. 222-23 CCcat).

Las distintas modalidades de asistencia vienen determinadas por la forma mediante la que pueden ser constituidas. Así, la asistencia será notarial cuando se constituya por acuerdo notarial, y judicial cuando se constituya judicialmente, a instancia de la persona concernida o de otras personas legitimadas que enumera en el art. 222-32 CCcat. Asimismo, en las disposiciones generales se regula el alcance y funciones del asistente, distinguiéndose entre la asistencia de colaboración, que consiste en aconsejar a la persona; la de codecisión, que requiere que se establezcan expresamente los ámbitos de actuación del asistente, ya sea conjunta

144 Insistió en la necesidad de diferenciar ambas figuras Som Fundació. Consulta pública previa de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports.

o con el consentimiento de la persona asistida; y la asistencia representativa, que tiene carácter excepcional. Sobre esta última se hace constar en el Preámbulo que debe expresarse – aunque no lo especifica entendemos que en el acto de constitución- si comporta o no una limitación de facultades de la persona asistida y si el asistente requiere de autorización para determinados actos¹⁴⁵.

No deja claro el texto catalán ante qué tipo de representación estamos, en su caso. Entendemos que, de acuerdo al modelo social de la discapacidad, se ha de entender como criterio rector que quien presta el soporte lo hace en calidad de enlace entre la persona y el tercero con el que se relaciona jurídicamente, pero no decide por ella, limitándose su actuación a un acompañamiento en la toma de decisiones. Es la idea que se recoge en el art. 249 CC, donde se establecen los principios generales de actuación de apoyo, que a nuestro juicio lamentablemente, no tiene equivalente en el Anteproyecto.

La asistencia se extingue por: a) la voluntad de la persona concernida; b) la finalización del asunto para el que se constituyó; c) la desaparición de las circunstancias que la determinaron; d) el fallecimiento o declaración de fallecimiento o ausencia de la persona asistida o del asistente; e) la disolución o extinción de la persona jurídica a la que se ha encomendado la asistencia (art. 222-27). Añade el precepto la obligación del asistente de informar a la autoridad judicial sobre los cambios que haya tenido conocimiento y que puedan dejar sin alcance la asistencia, aunque este deber de información solo hace referencia a la asistencia constituida judicialmente, entendemos que debe ser extensible al resto de apoyos formales.

Respecto de la asistencia notarial se formaliza en escritura pública y requiere de un acta previa, salvo que se trate de una asistencia de mera colaboración (art. 222-28). El acta tiene por objeto acreditar las circunstancias personales que acreditan que, la asistencia que se pretende constituir es acorde a la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida (art. 222-28.2). En este sentido el Preámbulo establece que la finalidad del acta es preservar la intimidad de la persona concernida a fin de que en la escritura sólo conste lo que es importante para que la persona con discapacidad pueda actuar en el tráfico jurídico, sin aludir a otras circunstancias de ésta. En el punto tercero del artículo proyectado se permite consignar de forma separada las manifestaciones de las personas y profesionales de todo tipo, pudiendo incorporarse los informes que se consideren necesarios (entendemos, aunque no lo dice expresamente, que a criterio del notario). Añade el Anteproyecto que cuando se trate de una asistencia de representación debe incorporarse un inventario de bienes, salvo que la actuación del asistente se limite

145 (...) en la qual s'ha d'expressar si comporta una limitació de facultats de la persona assistida i si la persona que presta l'assistència necessita alguna autorització per a determinats actes”.

a determinados bienes que sean identificados. El acta debe cerrarse con una diligencia en la que la autoridad notarial declara que la persona asistida conoce suficientemente el alcance y las consecuencias de la designación. Por último, el proyectado art. 222-28 subraya que no será necesaria formalizar la escritura de constitución de la asistencia cuando el apoyo se requiera para un acto concreto o para el otorgamiento de un poder específico, bastando solo con el acta previa a la que debe hacerse referencia en el instrumento público en el que se formalice o ejecute.

La escritura de constitución se otorga por la persona concernida, en su caso con el apoyo de quien facilite la expresión de su voluntad y por la persona o personas designadas para prestar la asistencia (art. 222-29)¹⁴⁶. La autoridad notarial califica el tipo de asistencia atendiendo a la voluntad de la persona. En defecto de calificación se presume que es de colaboración; por el contrario, tanto en la asistencia de codecisión como en la representativa debe establecerse expresamente el ámbito de actuación del asistente. Por último, respecto de la revocación y modificación de la medida se propone que la asistencia constituida posteriormente (no especifica que sea notarial) sustituya a la anterior en todo aquello que la modifique o sea incompatible.

La subsección tercera, relativa a la asistencia judicial, no concreta en qué casos debe acudir a este tipo de medida de apoyo. En el primero de los artículos que proponen su regulación se hace referencia a que puede ser solicitada por cualquier persona mayor de edad, que requiera de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. También regula el Anteproyecto la posibilidad de constituir la asistencia judicialmente cuando el apoyo sea requerido por una persona menor de edad no emancipada, mayor de diecisiete años, y se acredite que seguirá necesitando el apoyo al alcanzar la mayoría de edad (art. 222-32 CCcat).

Como novedad, se incorpora el plan de asistencia que debe presentarse cuando se solicita la constitución de la asistencia judicial. El plan se configura como un documento en el que constan los elementos que, de acuerdo a la voluntad de persona, deben tenerse en consideración en el momento de constituir la asistencia, con el fin de determinar su alcance y funcionamiento. Señala el Preámbulo la utilidad del plan cuando la medida ha sido solicitada por alguna de las personas legitimadas, puesto que se contribuye a delimitar la actuación del asistente, evitándose modelos de apoyo estandarizados. No obstante, el Anteproyecto propone el contenido del plan de asistencia que, en todo caso, debe respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida (art. 222-33.I CCcat). En particular, en el plan se ha de indicar: a) la persona o personas propuestas para

¹⁴⁶ “L'escriptura de constitució de l'assistència s'atorga per la persona concernida, si escau amb el suport de qui faciliti l'expressió de la seva voluntat, i per la persona o persones designades per prestar l'assistència” (Art. 222-29).

prestar la asistencia; b) el alcance y funciones de la asistencia de acuerdo al art. 222-25, detallando los ámbitos y tipos de actos en los que se requiere el apoyo; c) el régimen de comunicación entre la persona que presta la asistencia y la persona asistida; d) las propuestas dirigidas a incrementar la autonomía de la persona asistida, siempre que sea posible; e) las salvaguardias que se estimen oportunas.

El plan de asistencia nos recuerda al plan de parentalidad introducido en 2010 en el Libro II del CCcat, que sirve para concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. De hecho, encontramos similitudes respecto del contenido de ambos planes, como puede ser el régimen de comunicación o el alcance de las funciones en la asistencia y las tareas detalladas de las que debe responsabilizarse cada progenitor; con la salvedad de que del plan de parentalidad contribuye a la corresponsabilidad entre ambos progenitores y el plan de asistencia a garantizar el respeto a la voluntad de la persona concernida. En fin, aunque consideramos positiva su incorporación, en la medida en que puede contribuir al efectivo ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, al delimitar con detalle la forma en que ha de prestarse la asistencia en cada caso concreto, de alguna manera trae a la mente el paralelismo entre instrumentos de protección de personas menores y medidas de apoyo de personas con discapacidad, del que se debe huir en el nuevo modelo.

El art. 222-34 regula la designación de la persona que ha de prestar la asistencia. Para ello, establece el precepto que ha de tenerse en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida. Cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona, la designación debe basarse en la mejor interpretación posible de la voluntad de acuerdo con su trayectoria vital, añadiendo el precepto cualquier manifestación previa de voluntad en contextos similares, la información que tengan sus personas de confianza o cualquier consideración que pueda ser pertinente (art. 222-34.2 CCcat). Con carácter excepcional, mediante resolución motivada, pero a nuestro entender contraria a los principios rectores de la Convención, se propone que la autoridad judicial pueda prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada. Para ello añade el precepto proyectado dos supuestos: que se acrediten circunstancias graves desconocidas por la persona, o que, habiendo designado a la persona propuesta por la concernida, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida; este último supuesto vuelve a evidenciar, a nuestro juicio, un poso de paternalismo con el que el texto catalán ha acometido la reforma. En este caso, la autoridad judicial puede designar a la persona del entorno familiar o comunitario que considere más idónea, siempre que no haya sido excluida por la persona asistida. Nos parece que, de esta forma, el Anteproyecto, a pesar de haberlo negado en la Exposición de Motivos, mantiene el principio del mejor interés de la persona, con el único límite de que el asistente no haya sido excluido expresamente. Aunque, a continuación, extiende

el principio del mejor interés a dos supuestos posibles: que no cuente con apoyos en su entorno, o que, de tenerlos, considere la autoridad judicial que no pueden asumir la asistencia de manera adecuada, pudiendo nombrar, en este caso, a una persona jurídica, pública o privada, sin ánimo de lucro, que pueda asumirla satisfactoriamente. En definitiva, entendemos que esta regulación contraviene una vez más los principios del modelo social de la discapacidad, pues antepone la deficiencia al reconocimiento de la capacidad jurídica. A esta opinión contribuye la regla según la cual la autoridad judicial puede tener en cuenta las propuestas de terceros (progenitores, cónyuge o conviviente en unión estable) que hubieran hecho en testamento o escritura pública (art. 222-34.5 CCcat), sin que se refleje de modo expreso, como creemos que se debería hacer, que estas propuestas deban respetar la voluntad o trayectoria vital de la persona.

En cuanto al contenido de la asistencia judicial, la resolución debe pronunciarse sobre la idoneidad del plan de asistencia propuesto en la solicitud. Este plan podrá ser modificado, de forma motivada, si la voluntad y las necesidades de la persona concernida lo requieren (art. 222-36.2 CCcat).

Por último, también con carácter excepcional, en los casos en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona, podrán determinarse los actos concretos en los que el asistente puede asumir la representación de la persona concernida, incluso si en estos actos se limitan sus facultades de actuar y el asistente requiere de autorización judicial (art. 222-36.3 CCcat). Nos preocupa a este respecto que el texto catalán no haya sido tan contundente como el estatal (art. 249 CC) sobre la forma en que han de prestarse los apoyos (art. 222-8 CCcat); a ello se suma la posibilidad de limitar las facultades de actuar de la persona concernida, algo que casa más con las instituciones propias de un sistema incapacitante que con un sistema de apoyos para el que, en principio, se acomete la reforma. A nuestro entender el problema está mejor resuelto por el legislador estatal que, en coherencia con los principios de la CDPD, se remite expresamente al art. 249 CC en los arts. 269, 270 y 282 CC¹⁴⁷, de forma que la actuación del curador no puede ser sustitutiva de la voluntad, debiendo respetar siempre la voluntad de la persona con discapacidad, incluso cuando ésta no pueda expresarla, pues tiene una historia vital a la que acudir para realizar una interpretación de su voluntad; igualmente, cuando la actuación del curador sea de representación y requiera de autorización judicial conforme al art. 287 CC, la función del juez no debe estar orientada al beneficio o no de la decisión, sino a que se esté respetando

147 Esta referencia expresa se incorporó en sede parlamentaria, aunque ha sido considerada innecesaria por un sector de la doctrina, por no mejorar técnicamente la medida, por estar debidamente regulado el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a lo largo del texto de la norma. MUNAR BERNAT, P.: "Artículo 269 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.343-350, esp.350.

la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida conforme al art. 249 CC¹⁴⁸.

C) *Las medidas transitorias de protección y apoyo.*

Las medidas transitorias de protección y apoyo, reguladas en el capítulo III, incluyen los supuestos en los que la autoridad judicial nombra provisionalmente una persona que actúa como defensora judicial de la persona necesitada de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, de forma similar a como lo hace la LAPD (arts.295-298 CC)¹⁴⁹. En particular, la autoridad judicial debe nombrar provisionalmente a una persona que actúe como defensora judicial en los casos establecidos en el art. 223-I proyectado: cuando lo exijan las circunstancias de la persona necesitada de apoyo, mientras se constituye la medida judicial de apoyo; cuando las personas designadas no puedan ejercitar o no ejerzan adecuadamente sus funciones, en tanto se designa a otra persona; cuando exista conflicto de intereses entre quien la persona que ejerce la medida de apoyo y la persona asistida; y en los demás casos determinados por la ley.

Tampoco en este punto el prelegislador catalán ha incorporado una remisión expresa al deber de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad por parte de la autoridad judicial en la designación de la persona que actúe como “defensora judicial”. De nuevo contrasta con el legislador estatal, que sí establece que el nombramiento del defensor judicial por la autoridad judicial se lleve a cabo “una vez oída la persona con discapacidad” (art. 295 CC). Añade el precepto que la autoridad judicial puede nombrar a quien considere “más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad.

D) *Algunas cuestiones procesales y posible conflicto competencial.*

Como se ha comentado con anterioridad, y en virtud del art. 149.1.8ªCE, la LAPD resulta de aplicación a todo el Estado en la parte procesal, por lo que no es necesaria la adaptación de los ordenamientos civiles autonómicos en esta materia. No obstante, el Anteproyecto propone la regulación de la legitimación activa para solicitar la constitución de asistencia judicial mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria correspondiente. En este sentido, el art. 222-32 CCCat, además de reproducir la legitimación e intervención judicial del art. 757 LEC,

148 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado”, cit.; MAYOR DEL HOYO, M.V.: “La incidencia”, cit., p.4.

MUNAR BERNAT, P.: “Artículo 287 CC”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.433-442, esp.437.

149 Aunque se refiere a “mesuras transitoríes de protección i suport”, la persona designada actúa como defensora judicial. De ello parece deducirse que el legislador catalán rehúsa denominarlo expresamente “defensor judicial”, en los términos exactos que lo hiciera el legislador estatal, aunque le otorga una regulación similar a la contenida en la LAPD.

modificado por el art. 14.4 LAPD¹⁵⁰, amplía la legitimación activa a “qualsevol altra persona que presti un suport continuat a la persona concernida”. Cabría plantear, no obstante, si esta norma está suficientemente justificada por el art. 149.1.6ª CE en el punto en el que hace referencia a las especialidades que en el orden procesal se deriven de las particularidades de derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, o si en realidad estamos ante un posible conflicto competencial. No obstante, que el tema de la legitimación activa siempre ha tenido una naturaleza híbrida sustantivo-procesal, que también podría justificar la presencia de la norma señalada. En otro orden de cosas, se puede plantear si esta misma norma no contradice uno de los hitos esenciales de la reforma: la pretendida desjudicialización, siempre que sea posible la provisión voluntaria del apoyo¹⁵¹.

Asimismo, el Anteproyecto prevé una disposición adicional segunda en la cual se establece el deber de los poderes públicos de promover la difusión de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como la mediación, entre otras, para evitar la incoación de procedimientos judiciales de carácter contencioso en la adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En este sentido entendemos que, frente al binomio “Jurisdicción voluntaria-Jurisdicción contenciosa”, que no es respetuoso con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, sería recomendable derivar a una mediación el posible enfrentamiento de la persona con discapacidad con sus familiares, en relación a la designación del apoyo¹⁵². Al mismo tiempo que se contribuye a la necesaria desjudicialización en una sociedad excesivamente jurisdiccionalizada¹⁵³.

E) Régimen transitorio.

El cambio radical y complejo que conlleva la reforma hace necesario el establecimiento de normas transitorias para dar solución a las posibles colisiones que puedan darse entre el sistema sustitutivo de la voluntad y el nuevo modelo social de la discapacidad. En el caso del Anteproyecto, el régimen transitorio se contiene en cinco disposiciones que regulan los criterios a seguir sobre normativa aplicable en el momento en el que entre en vigor la propuesta. Respecto de las personas mayores de edad necesitadas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se distinguen diversas situaciones teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Decreto ley 19/2021 pues, pese a que

150 PÉREZ MARTÍN, M.A.: “Artículo 757”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.909-914.

151 CALAZA LÓPEZ, S.: “Hitos estructurales de la discapacidad”, *Actualidad Civil*, 2022, nº10, p. 5.

152 CALAZA LÓPEZ, S.: “Hitos estructurales”, cit., p.7.

153 BARONA VILAR, S.: *Masc, to be or not to be?: (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

ya se han revisado y adaptado numerosas medidas de apoyo al nuevo sistema, aún quedan muchas resoluciones por revisar.

La entrada en vigor del régimen previsto en el Anteproyecto conllevaría la instauración del nuevo régimen de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad. Con el propósito de facilitar el tránsito a la nueva regulación, se mantienen los plazos establecidos por la disposición transitoria segunda del Decreto ley 19/2021 que comenzarían a contar de nuevo.

De acuerdo con la disposición transitoria primera, se mantienen en los términos que fueran adoptadas por la autoridad judicial, las medidas de asistencia constituidas hasta la entrada en vigor del Decreto ley que no se hayan revisado de conformidad con lo establecido en los apartados 3 y 4 de la disposición transitoria segunda, sin perjuicio de la modificación judicial a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa.

La disposición transitoria segunda establece la posibilidad que tienen las personas legitimadas para solicitar la revisión de las medidas judiciales en vigor y, en su caso, aplicar el régimen de asistencia previsto en la nueva norma, así como con la obligatoriedad de que esta revisión se efectúe de oficio en un término máximo de 3 años.

La disposición transitoria tercera se refiere a las delaciones hechas por la persona para el caso de modificación judicial de la capacidad, que mantienen su eficacia y se aplican en caso de que se pida el nombramiento judicial de una persona para que asista al otorgante en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para ello se remite a lo establecido en el art. 222-32 y concordantes del CCcat.

La disposición transitoria cuarta establece el régimen aplicable a los poderes preventivos, cualquier que sea la fecha de su otorgamiento, que quedan sujetos en cuanto a sus efectos y régimen de ejercicio a lo establecido en el Anteproyecto¹⁵⁴.

154 Se puntualiza en el Preámbulo, que con esta norma transitoria se quiere superar la disparidad de regímenes que ha existido hasta ahora. En los poderes otorgados desde 2011 había que hacer exclusión expresa a la necesidad de autorización judicial para determinados actos, mientras que los anteriores se regían exclusivamente por lo que hubiera dispuesto el poderdante. Por el contrario, para los poderes preventivos otorgados con posterioridad al 1 de enero de 2011, la autorización judicial no es necesaria si el poderdante no se ha manifestado al respecto, régimen por el que opta esta ley.

V. FUNDAMENTALES SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LAS DOS REGULACIONES SUSTANTIVAS EN MATERIA DE APOYOS (ESTATAL Y CATALANA).

I. Constatación de la analogía o identidad de los objetivos y principios generales.

Como no podía ser de otra manera, tanto la reforma estatal como la catalana tratan de suscribir los principios rectores de la Convención, especialmente en lo que al derecho al apoyo se refiere, como obligación ineludible del art. 12 CDPD. Sin embargo, en ambos textos permanecen algunas ambigüedades. Así, por ejemplo, sigue sin dilucidarse si cabe o no el derecho a renunciar el apoyo. El legislador estatal no se pronunció al respecto y tampoco lo ha resuelto debidamente el Anteproyecto en su propuesta del art. 222-1, aunque sí se hacía inicialmente en el documento de bases elaborado por la Comisión de Codificación de Cataluña. En ambos casos se incorporan expresamente el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas mayores de edad, así como el derecho a acceder a medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Aunque el texto catalán añade que éste no puede suponer una limitación de la capacidad jurídica, lo que, en coherencia con la Convención, dejaría fuera cualquier imposición de la medida de apoyo en contra de la voluntad de la persona. Ello supondría, a nuestro juicio, un paso adelante respecto a los dados por el legislador estatal si no fuera porque en el art. 222.6 proyectado regula la voluntariedad del apoyo siempre que “no sigui el resultat d’una simptomatologia clínica que limita el ple coneixement de la seva situació i necessitats, am risc greu per a la seva persona o per als tercers”. En definitiva, traza el diseño del modelo médico-rehabilitador al excluir el carácter voluntario del apoyo cuando la voluntad sea resultado de una sintomatología clínica, contribuyendo a la perpetuación de un modelo que tanto la Convención como la LAPD pretenden derogar.

2. Examen comparativo del conjunto de medidas de apoyo previstas.

A) Analogías y diferencias en la tipología y nomenclatura.

En lo que se refiere a la nomenclatura elegida para la denominación de las figuras de apoyo, conviene resaltar que, en ambos casos, se ha optado por utilizar términos propios que ya existían en el ordenamiento jurídico, aunque se les ha dotado de un contenido distinto del que tuvieron en la regulación inmediatamente anterior a la LADP y en las normas que propone reformar el Anteproyecto¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Sobre la conveniencia de usar o no una terminología nueva, en particular para evitar interpretaciones continuistas del precedente modelo proteccionista y sustitutivo de la voluntad, se ha pronunciado un sector de la doctrina, desde el convencimiento de que lo importante no es el cambio terminológico, sino la interpretación de las nuevas medidas de apoyo conforme a las normas de Derecho positivo que conforman el modelo social de la discapacidad (GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit. y PRADOS GARCÍA, C.: “La guarda”, cit.).

El Anteproyecto catalán distingue entre apoyos formales y no formalizados, en función de que se constituyan en escritura pública, resolución judicial o tengan carácter fáctico, mientras que el legislador estatal distingue, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC). Las medidas de apoyo constituidas vía notarial reciben la denominación de poderes preventivos en ambos casos, si bien, el legislador catalán incluye la asistencia notarial, que ya había sido incorporada por el Decreto-ley 19/2021, y que parece además la opción preferida. Respecto de las medidas que se constituyen mediante resolución judicial, el legislador estatal ha optado por mantener la denominación de la curatela y el defensor judicial, prescindiendo de la tutela, mientras que, en el caso catalán se suprime tanto la tutela como la curatela para prestar apoyo a personas adultas y se opta por el término de asistencia judicial, conservando, eso sí, la denominación del defensor judicial. Por el contrario, mientras que el legislador estatal mantiene la denominación de la guarda de hecho como apoyo informal, el Anteproyecto prescinde intencionadamente de esta terminología para personas mayores de edad, y opta por el reconocimiento genérico de apoyos no formalizados, en un sentido amplio. En definitiva, así quedaría el cuadro de clasificación de las figuras de apoyo:

Clasificación / Normativa	LAPD	Anteproyecto
Apoyos formales de origen notarial	Poder preventivo	Poder preventivo
		Asistencia notarial
Apoyos formales de origen judicial	Curatela	Asistencia judicial
	Defensor judicial	Defensor judicial
Apoyos informales	Guarda de hecho	Apoyos no formalizados

En cualquier caso, el uso de términos que ya existían en el sistema anterior, no debe dar pie a interpretaciones continuistas; aunque en ambos sistemas, el estatal y el catalán, se conserve la denominación, se regulan figuras distintas de acuerdo a la CDPD. Algo sobre lo que es preciso hacer especial hincapié, pues no son infrecuentes los intentos de interpretar las nuevas figuras de apoyo con la experiencia de las pretéritas de sustitución y protección de los llamados incapaces o incapacitados, propias del modelo médico pasado, práctica que es a todas luces incorrecta y que no puede llevar a resultados compatibles con la CDPD. Asimismo, en los casos en los que se apuesta por una terminología nueva, la ruptura entre el nuevo y el viejo sistema debe resolverse en la regulación de su contenido y no solo en la nomenclatura elegida.

B) Analogías y diferencias en las medidas espontáneas o no formalizadas.

Tanto la guarda de hecho prevista en la ley estatal como las medidas no formalizadas del legislador catalán tienen carácter informal o espontáneo, pues

estamos ante apoyos prestados en el ámbito social y familiar para el ejercicio de la capacidad jurídica. Este reconocimiento *post facto* de las medidas informales obedece tanto al reconocimiento de la realidad social que constata que es el ámbito de relaciones más íntimo de la persona, y en particular la familia, la sede más frecuente de apoyo de la persona con discapacidad, como a la pretendida desjudicialización de la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Sin embargo, ambos sistemas difieren en el modo de considerar esta situación fáctica pues, frente al carácter prioritario de la guarda de hecho respecto de otras medidas de apoyo que consagra el CC estatal, el Anteproyecto catalán prioriza el apoyo formal sobre el no formalizado cuando sean incompatibles.

Conviene recordar aquí que el texto catalán ha prescindido tanto de la institución como del término de la guarda de hecho para referirse a los apoyos informales, por considerar que la configuración de esta última responde a la de institución ligada a la protección de la persona y no a su apoyo. Los argumentos de este planteamiento se sustentan en la propia configuración de la medida de apoyo, al considerarse que es la persona guardadora quien decide llevar a cabo este cometido, cuando no exista otra medida de apoyo voluntaria o judicial que cubra estas necesidades¹⁵⁶; por nuestra parte, consideramos que esta interpretación de la guarda de hecho no comulga con el espíritu de la Convención y obedece a un prejuicio basado en los rasgos de la antigua guarda de hecho. En definitiva, aunque probablemente lo mejor sería la adopción de un nuevo término para las medidas informales de apoyo para evitar interpretaciones continuistas entre la antigua y la nueva medida de apoyo, no estamos de acuerdo con los argumentos referidos, pues no creemos que esa sea la manera acertada de interpretar la guarda de hecho en la LAPD; baste recordar la forma en que el guardador de hecho debe prestar el apoyo: conforme al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Se trata de un principio que también obliga a la autoridad judicial, tanto en el reconocimiento de la guarda de hecho, como en las solicitudes de autorización para la toma de decisiones del art. 287CC, debiendo limitarse su actuación a la constatación de la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo¹⁵⁷.

En ambas regulaciones las funciones de la persona que presta el apoyo tienen como regla general carácter asistencial y no representativo, aunque el guardador de hecho del modelo estatal puede asumir funciones representativas para actos concretos, en los términos previstos en el art. 264 CC, para los que tendrá que obtener autorización judicial *ad hoc* (art. 287 CC), con la excepción de actuaciones de escasa trascendencia económica o solicitud de prestaciones (art. 264 CC). Por

156 SOLÉ RESINA, J.: "Apoyos informales", cit.

157 PRADOS GARCÍA, C.: "La guarda", cit.

el contrario, el Preámbulo del Anteproyecto excluye de estas funciones a quienes prestan apoyos no formalizados, para la existencia de las cuales se requiere de la formalización de un poder representativo o de la constitución de la asistencia.

En ambos sistemas, los apoyos espontáneos no son exclusivos del ámbito familiar, social o comunitario, sino que, también pueden ser prestados por entidades públicas o privados en los casos en los que la persona concernida no cuente con ellos en su entorno. En este sentido se pronuncia expresamente el Anteproyecto (art. 222-II), cosa que no hace la LAPD, que sí impide que ejerciten medidas de apoyo quienes tengan una relación contractual o presente servicios asistenciales o residenciales a la persona que precisa el apoyo (art. 250 CC). Interpretado literalmente, este último precepto contiene una salvaguardia que resulta incoherente con el respeto a la voluntad de la persona, principio rector de la reforma; no obstante cabe una interpretación que haga una reducción teleológica de la norma limitando “la prohibición del último párrafo del art. 250 CC a las medidas de apoyo que no sean de origen voluntario”¹⁵⁸, de forma que podrían prestar apoyo en calidad de guardadores de hecho tanto el titular de un centro asistencial o residencial, así como el cuidador profesional a domicilio, cuando así lo decida la persona con discapacidad¹⁵⁹. En definitiva, aunque en la mayoría de los casos la guarda de hecho suele ser ejercida por un familiar o allegado de la persona que precisa el apoyo, nada impide que también en el sistema estatal este apoyo informal se preste por una persona jurídica, de carácter público o privado, e incluso un ente sin personalidad, algo que el texto catalán ha resuelto mejor que el legislador estatal.

Por último, la guarda de hecho se extingue a instancia de la persona concernida, cuando desaparezcan las causas que la motivaron y cuando el guardador desista de su actuación; en el último supuesto el guardador debe ponerlo en conocimiento de la entidad pública que tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. También la guarda de hecho se puede extinguir cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona, la autoridad judicial lo considere conveniente. En este mismo sentido se pronuncia el Anteproyecto catalán, que añade la adopción de otras medidas de carácter formal que sean incompatibles (art. 222-13).

C) Analogías y diferencias en las medidas voluntarias.

Tanto el Anteproyecto como la LAPD exigen el requisito de escritura pública en la constitución de las medidas voluntarias. Aunque este requisito no

¹⁵⁸ GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit., p.228.

¹⁵⁹ PRADOS GARCÍA, C.: “La guarda”, cit.

es del todo acorde al concepto amplio de apoyo regulado por la Convención ni con las recomendaciones europeas¹⁶⁰, debe encontrarse su fundamento en la configuración del notario como medida de apoyo institucional y en la mayor garantía que esto supone. De forma que, además de dar fe de la emisión de un consentimiento válido, realiza una labor de averiguación de la voluntad e intenta que la persona con discapacidad pueda expresarla con los apoyos que precise (art. 25 LN), asesorándola para que pueda realizar el acto o negocio jurídico en cuestión de la manera más acorde a su voluntad, deseos y preferencias. Por ello, resulta contradictorio que el Anteproyecto proponga que sea el apoderado quien manifieste, bajo su responsabilidad, si el poderdante tiene la "aptitud" necesaria para conocer el alcance de su actuación en el supuesto del poder con efectos inmediatos, exigencia a todas luces contrario a la CDPD, con lo que la figura del notario queda relegada a un segundo plano, frente al papel que le otorga la LAPD como verdadero apoyo institucional para las personas con discapacidad que precisan de apoyo. Algo que, por el contrario, no ocurre con la asistencia notarial diseñada en el Anteproyecto, en la que al notario le corresponde la calificación del tipo de asistencia, para lo que debe atender a la voluntad de la persona concernida (art. 222-29) y establecer expresamente el ámbito de actuación del asistente.

Conviene resaltar aquí que, mientras que la LAPD, en coherencia a la CDPD, no incluye reglas de capacidad para otorgar el poder, más allá de la exigencia de la mayoría de edad o emancipación del otorgante (art. 255 CC), en el Preámbulo del Anteproyecto se parte de una situación en la que el poderdante disfruta de la capacidad natural para expresar su voluntad y deseos, fórmula que cuestiona el concepto de capacidad jurídica de la Convención, al tiempo que contribuye a interpretaciones continuistas del modelo médico-rehabilitador de la discapacidad.

En cuanto al contenido del poder, en los dos casos se ha optado por no imponer un contenido mínimo, con el propósito de alejarse de poderes estandarizados. De forma que tanto la LAPD como el Anteproyecto permiten que la persona con discapacidad otorgue un poder preventivo de carácter general que abarque todas las materias de índole personal y patrimonial (art. 259 CC y art. 222-17 Anteproyecto). Si bien, cuando el poder comprenda todos los negocios del

160 La Recomendación CM/Rec (2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros la promoción de la autonomía de la voluntad de los adultos a través de instrumentos otorgados en previsión de una eventual futura incapacidad, al tiempo que enfatiza la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de protección. Si bien, no exige el requisito formal de escritura pública, limitándose a señalar en el principio 8 de la Recomendación que los Estados deben considerar la introducción de certificación, registro y/o notificación en el momento de su otorgamiento, su revocación, su entrada en vigor o su término. Ello ha conllevado un tratamiento dispar por los ordenamientos jurídicos europeos, desde los requisitos formales y de publicidad menos exigentes adoptados por Alemania y Suiza a los exigidos por legislador estatal en la LAPD y, ahora, el catalán en el Anteproyecto. Sobre esta cuestión GARCÍA RUBIO, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, n°3, pp.29-60.

otorgante, la LAPD remite a las reglas de la curatela en todo aquello no previsto en el poder; salvo que, claro está, el poderdante haya determinado otra cosa (art. 259 CC).

El poder puede, igualmente, incluir el régimen de actuación del apoyo, pero el alcance de sus facultades, así como la forma de su ejercicio, deben prestarse según la voluntad del poderdante. En este sentido, la LAPD es contundente en el art. 249 CC, al que se remite el art. 258 CC cuando regula el establecimiento de las facultades del poderdante o de las posibles salvaguardas. Por el contrario, el principio rector de respeto a la voluntad, deseos y preferencias no queda tan claro en el Anteproyecto que establece que el apoderado debe actuar con la diligencia establecida en el otorgamiento y, si no se ha establecido, con lo exigible a una persona razonable, de acuerdo con sus circunstancias personales o profesionales (art. 222-18), permitiéndole, con carácter excepcional, delegar funciones para un asunto determinado.

La LAPD incorpora, como novedad, la posibilidad de coexistencia entre los poderes preventivos y otras medidas de apoyo, tanto voluntarias como judiciales, siempre que sean compatibles (art. 258 CC). Asimismo, determina el carácter prioritario de las medidas voluntarias en el art. 255 CC cuando prevé las medidas judiciales con carácter supletorio o complementario, es decir, solo en defecto de medida voluntaria o guarda de hecho suficiente. Por el contrario, el Anteproyecto propone que el poder mantenga su validez mientras no sea modificado por otras medidas de apoyo de carácter formal. Conviene preguntarse aquí si se está pensando en la revocación del poder por otro, que resulta incompatible, o si se refiere exclusivamente a la asistencia judicial.

D) Analogías y diferencias en las medidas formalizadas no voluntarias. ¿Hacia una mayor desjudicialización de los apoyos?

Tanto la curatela como la asistencia judicial se constituyen en resolución motivada de la autoridad judicial. En el caso de la LAPD, la curatela tiene carácter subsidiario, constituyéndose cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad" (art. 269 CC). Hasta tal extremo que si en la comparecencia del expediente de provisión de apoyos, la persona con discapacidad opta por otra medida de apoyo, se pone fin al expediente (art. 42bis b) 3 LJV). Por el contrario, el Anteproyecto no concreta cuándo debe acudirse a este tipo de asistencia. Recordemos que el proyectado art. 222-32 permite a cualquier persona, mayor de edad y que requiera apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, solicitar la constitución de la asistencia judicial. Lo que nos lleva a preguntarnos por los motivos que llevarían a una persona a solicitar la constitución judicial cuando puede designar a un asistente notarialmente. Asimismo, esta propuesta también entra en contradicción con el deber de la autoridad judicial de informar a la persona

concernida acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien mediante su entorno social o comunitario, o bien a través de medidas de apoyo voluntario (art. 42 bis b) 3 LJV). En definitiva, la figura del asistente judicial propuesto no contribuye a la pretendida desjudicialización.

Del mismo modo, tanto la curatela como la asistencia judicial, tienen carácter asistencial y solo excepcionalmente representativo. En ambos casos la resolución judicial debe concretar los actos en los que cabe la representación del curador o del asistente, para los que debe solicitar autorización judicial (art. 287 CC y 222-36.3). Sin embargo, el legislador estatal no deja lugar a las limitaciones de la representación sustitutiva de la voluntad, pues incluso en los casos excepcionales en los que tiene cabida, la persona que presta el apoyo debe atender al respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o a su trayectoria personal cuando la voluntad no pueda determinarse (art. 249 CC). Por el contrario, la propuesta catalana incorpora la posibilidad de representación enteramente sustitutiva, incluso sin carácter extraordinario, alejándose con ello del modelo social de la discapacidad¹⁶¹.

En cambio, valoramos positivamente el plan de asistencia que incorpora como novedad el Anteproyecto catalán. Este documento, configurado de acuerdo a la voluntad de la persona, debe tenerse en consideración en el momento de constituir la asistencia judicial, con el fin de determinar el alcance y funcionamiento de esta medida de apoyo. En el plan se indica no solo a la persona propuesta para prestar asistencia, sino que se detalla el alcance de sus funciones, las salvaguardias consideradas oportunas o aquellas sugerencias dirigidas a incrementar la autonomía de la persona asistida, por lo que podría contribuirse con este documento a la prestación responsable y respetuosa de la asistencia judicial.

Respecto de la pretendida desjudicialización de los nuevos regímenes, la reforma procesal de la LAPD distingue dos modalidades jurisdiccionales para la provisión de apoyos: la voluntaria -regulada en la LJV- y la contenciosa -regulada en la LEC. Esta dualidad jurisdiccional ha sido objeto de crítica por la doctrina, que considera que, además de errónea e ineficiente¹⁶², es incoherente con el modelo social de la discapacidad¹⁶³, pues el procedimiento voluntario se transforma en contencioso cuando sobrevenga una manifiesta oposición. En consecuencia, se considera que carece de sentido someter a la persona con discapacidad -la misma que puede elegir un apoyo voluntario (espontáneo o formalizado)-, a un

¹⁶¹ Art. 222-4 Abast del support (Anteproyecto).

¹⁶² ROCA MARTÍNEZ, J.M.: "Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Dualidad de proceso contencioso-expediente de Jurisdicción Voluntaria", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA y QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, p.599.

¹⁶³ CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales", cit., p. 65.

expediente voluntario primero y a uno contencioso después, ante la manifestación de una oposición. O por lo menos, no resulta posible encontrarlo, más allá de razones de orden público y seguridad jurídica, en las que resulte conveniente la supervisión judicial de peticiones de apoyo que puedan resultar cuestionables¹⁶⁴.

Por último, conviene recordar que la disposición adicional segunda del Anteproyecto remite al deber de los poderes públicos de promover los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como la mediación, y ello pese al silencio que guarda la LAPD en su reforma de la LJV y la LEC. El desarrollo de soluciones extrajudiciales de conflictos no solo contribuiría a una mayor desjudicialización de los apoyos, sino a una Justicia más cercana, accesible, flexible y adaptable a las necesidades de la persona con discapacidad¹⁶⁵.

164 Insiste en esta idea, sosteniendo que todas las tramitaciones amistosas deberían quedar totalmente desjudicializadas, fuera incluso de la jurisdicción voluntaria, para evitar esta insostenible y despiada dualidad procesal por la que habrán de transitar algunas personas con discapacidad para operar en el tráfico jurídico, CALAZA LÓPEZ, S.: "Hitos estructurales", cit., p.5.

165 En un sentido amplio, los MASC están dirigidos a alcanzar la paz social y la tutela de la ciudadanía. BARONA VILAR, S.: *Masc, to be or not to be?: (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N.: "El impacto de la reforma sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho civil de Galicia. Cambios pendientes e interpretaciones necesarias en la aplicación de la Ley 2/2006, de 14 de junio", *Cuadernos de Derecho Privado*, 2023, vol.3, n°6, pp.10-44.

BACH, M.: "Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la capacidad para la toma de decisiones", en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (ed. por BACH y ESPEJO YAKSIC) Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp.29-56.

BARONA VILAR, S.: *Masc, to be or not to be?: (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BLANDINO GARRIDO, A.: "El defensor judicial de la persona con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, pp.401-460.

BOOTH GLEN, K.: "Introducing a new human right: learning from others, bringing legal capacity home", *Columbia Human Rights Review*, 2018, pp.2-98.

CALAZA LÓPEZ, S.: "Hitos estructurales de la discapacidad", *Actualidad Civil*, 2022, n°10.

- "Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos trajes a medida procesales para único abrigo sustantivo?", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, pp.617-643.

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

COURTIS, C.: "Dos pasos adelante y algún mareo. La reforma constitucional española en materia de derechos de las personas con discapacidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, n°1, pp.1-31.

CUADRADO SOLER, J.: "La adaptación del Código Civil de Cataluña a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, Año n°98, n°790, pp.1166-1194.

CUENCA GÓMEZ, P.: "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, octubre-diciembre, 2012, pp.103-307.

DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, año nº96, nº780, pp.2227-2268.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia", *Diario La Ley*, 2022, nº10168.

- "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, 2022, nº10021.

DONADO VARA, A.: "La curatela como clave del sistema de apoyos", en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ y E. PILLADO GONZÁLEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.119-148.

FÁBREGA RUIZ, C. F.: "La nueva visión de la guarda de hecho a la luz del nuevo régimen jurídico de protección de la discapacidad", en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Fundación Notariado, 2022, pp.721-748.

FERRER VANRELL, M. P.: "La competencia legislativa del Parlamento de las Illes Balears y su ejercicio, Ex art.30.27 EAIB", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2017, nº18, pp.223-234.

GARCÍA GOLDAR, M.: "Artículo 295 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.465-470.

GARCÍA RUBIO, M. P.: *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, 2002.

- "La competencia del legislador gallego sobre derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre, ¿Interpretación del artículo 149.1.8ª CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?", *Foro Galego*, 2018, nº205, pp.9-39.

- "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2018, tomo 58, pp.143-192.

-“Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, nº3, pp.29-60.

- “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos gallegos y el futuro del Derecho civil de Galicia”, en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (coord. por M.C. BAYOD LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.141-178.

- “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132\2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3\2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat”, *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, núm. 4, pp. 1-43.

- “Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M.C. GETE-ALONSO CALERA), Marcial Pons, Madrid, 2020, pp.39-62.

- “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, 2021, nº136, sp.

- “Artículo 250 Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAIZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.221-237.

- “Variaciones sobre la reforma con discapacidad. Las resistencias y la reconstrucción de la voluntad”, en AA.VV.: *Debates en torno a la contractualización del Derecho de familia y la persona* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO) Colex, A Coruña, 2023, pp.337-364.

GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *ADC*, 2022, tomo LXXV, fasc. I, pp.279-334.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: “La reforma del artículo 49 de la Constitución Española”, en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS, vol.I, Tomo I, Fundación Notariado, 2022, pp.213-227.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Artículo 249 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por Cr. GUILARTE MARTÍN CALERO), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp.512-526.

LÓPEZ AZCONA, A.: "El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en derecho aragonés", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, nº17, pp.2386-4567.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C.: "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *El Notario del Siglo XXI*, nº100, 2021.

MARULLO, M. C.: "La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, núm. 2, p. 311-318.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y PÉREZ GALLARDO), Olejnik, 2021, pp.85-112.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Curso de Derecho civil. Derecho privado y derechos subjetivos*, tomo I, vol. I, Edisofer, 2022.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: "La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales (I)", *Diario La Ley*, 2021, nº9859.

MORO ALMARAZ, M.J.: "Artículos 256, 257, 258, 259, 260, 261 y 262", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.269-294.

MUNAR BERNAT, P.A.: "Los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Civil del siglo XXI", *Revista jurídica de les Illes Balears*, 2022, nº22.

- "Artículo 269 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.343-350.

- "Artículo 287 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.433-442.

MUÑOZ CALVO, A.: "El guardador de hecho y la protección de las personas con discapacidad. Una muy acertada Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública", *Diario La Ley*, 2024, nº10472.

NIETO ALONSO, A.: "Artículo 265", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.311-324.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.C.: "Los motivos que han originado la regulación de la asistencia como medida de protección del discapacitado psíquico alternativa al procedimiento judicial de incapacitación", *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, 2012, nº45 pp.101-186.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.C.: *La asistencia: la medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Dykinson, Madrid, 2014.

PALAZÓN GARRIDO, M.L.: "El Derecho civil", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona* (coord. por F.J. SÁNCHEZ CALERO, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.31-54.

PEREA GONZÁLEZ, A., GARCÍA RUBIO, M.P., SEGARRA CRESPO, M.J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario la ley*, 2021, nº9980.

PEREA GONZÁLEZ, A.; GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, J.; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.; GONZÁLEZ-PERABÁ MIRALLES, J.; RODRIGO, P.; FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial LXXVIII. Discapacidad y Derecho: tres años después de la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Diario LA LEY*, 2024, nº10476.

PÉREZ MARTÍN, M.A.: "Artículo 757", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.909-914.

PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2023.

- "La guarda de hecho. Misma denominación, pero distinto modelo", *Revista de Actualidad Civil*, marzo, 2023.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: "Propuestas para reflexionar sobre discapacidad intelectual, enfermedad mental y nueva sensibilidad social y legal en cuestiones de capacidad jurídica", *Actualidad Civil*, 2022, nº7-8.

ROCA MARTÍNEZ, J.M.: "Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Dualidad de proceso contencioso-expediente de Jurisdicción Voluntaria", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA y QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022.

ROCA TRÍAS, E.: "La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta", *Anuario de historia del derecho español*, 2012, nº82, pp.176-200.

RUF I AIXÁS, J. y Tresserras Basela, J.: "Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia", *REDIS*, 2015, vol. 3, nº1, pp.193-210.

SANTOS URBANEJA, F.: "La razonable desjudicialización de la discapacidad", en *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS, vol.I, Fundación Notariado, 2022, pp.687-720.

SOLÉ RESINA, J.: "Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, nº31, pp.18-83.

- "La reforma del derecho catalán en materia de discapacidad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, nº17, pp. 122-149.

TORRES COSTAS, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

RESOLUCIONES JUDICIALES

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SJPI núm. 9 de Castellón 371/2021, de 23 de septiembre. ECLI: ES: JPI: 2021: 1530.

Auto nº759/2022, de 18 de julio, Jutjat de Primera Instància núm. [...] de Girona. N.I.G. 11707942120228196127

Auto nº326/2022, de 2 de noviembre, Secció Civil. Jutjat de Primera Instancia e Instrucció núm [...] d'Olot (UPSD Civil). N.I.G. 1711442120228129909

Auto nº444/2022, de 28 de noviembre. Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Olot (UPAD Civil I). N.I.G. 1711442120228175960.

Auto nº287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402

Auto nº44/2023, de 31 de enero, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Puigcerdá (UPSD). N.I.G. 17141421202283339401

Auto nº273/2023, de 30 de mayo. Juzgado de Primera Instancia nº6 de Girona (ant.CI-7). N.I.G. 1707942120228375620.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Álava 603/2022 de 11 de abril (NIG CGPJ / IZO BJKN: 01059.42.1-2021/0006688).

SAP de Palma de Mallorca 465/2021 de 5 de octubre (ECLI: ES: APIB: 2021: 2333)

SAP Navarra, de 28 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APNA:2021:2154).

SAP de Pontevedra 445/2021, de 28 de octubre. ECLI: ES: APPO: 2021: 2457.

SAP Castellón de la Plana 331/2022, de 17 de marzo. ECLI:ES:APCS:2022:331.

SAP B 4504/2022, de 20 de abril (ECLI: ES: APB: 2022: 4504).

SAP de Barcelona, de 28 de abril -ECLI: ES: APB: 2022:4724

SAP Barcelona nº102, de 24 de mayo de 2022. ECLI: ECLI:ES:APB:2022:5995.

Auto nº103/2023, de 21 de abril. Sección nº01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec. 01) N.I.G. 1707942120228010204

Auto nº103/2023, de 21 de abril. Sección nº01 civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01). N.I.G. 1707942120228010204

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Auto nº185/2022, de 19 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Civil y Penal.

Auto nº103/2023, de 21 de abril. Sección nº01 civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01). N.I.G. 1707942120228010204.

TRIBUNAL SUPREMO

STS 589/2021, de 8 de septiembre de 2021. Roj: STS 3276/2021 – ECLI:ES:TS:2021: 3276. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

STS 1443/2023, de 20 de octubre de 2023. Roj: STS 4212/2023-ECLI:ES:TS:2023:4212. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

STS 1444/2023, de 20 de octubre de 2023 – Roj: STS 4129/2023 - ECLI: ES: TS: 2023: 4129. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 88/1993. Pleno. Sentencia 88/1993, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1392/1988. Promovido por el Gobierno de la Nación contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. Votos particulares. Pleno. BOE nº90, de 15 de abril de 1993.

STC 82/2016. Pleno. Sentencia 82/2016, de 28 de abril. Recurso de inconstitucionalidad 9888-2007. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano. Competencias en materia de Derecho civil: Ley autonómica dictada en materia no integrada en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico valenciano. Voto particular. BOE nº131, de 31 de mayo de 2016.

STC 110/2016. Pleno. Sentencia 110/2016, de 9 de junio. Recurso de inconstitucionalidad 4522-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana. Competencias en materia de Derecho civil: nulidad de los preceptos legales autonómicos que establecen el objeto y ámbito de aplicación de la Ley, proclaman el principio de libertad de regulación de la convivencia y regulan el régimen económico y los efectos de la extinción de la unión de hecho formalizada. Voto particular. BOE nº170, de 15 de julio de 2016.

STC 192/2016. Pleno. Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Competencia sobre Derecho civil: nulidad de la Ley autonómica dictada en materia no integrada en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico valenciano. Voto particular. BOE nº311, de 26 de diciembre.

STC 95/2017. Pleno. Sentencia 95/2017, de 6 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 2465-2016. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña. Competencias sobre derecho civil: constitucionalidad de la regulación autonómica de la propiedad temporal. BOE N°191, de 11 de agosto de 2017.

STC 133/2017. Pleno. Sentencia 133/2017, de 16 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 2845-2007. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de los artículos 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Competencias sobre derecho civil: nulidad de los preceptos legales autonómicos que regulan la adopción y la autotutela. Votos particulares. BOE nº308, de 20 de diciembre de 2017.

STC 40/2018. Pleno. Sentencia 40/2018, de 26 de abril. Recurso de inconstitucionalidad 572-2008. Interpuesto por el Presidente de Gobierno respecto de los artículos 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra. Competencias sobre derecho civil: constitucionalidad de los preceptos legales forales que regulan el destino de bienes mostrencos (inmuebles vacantes y saldos y depósitos abandonados). Voto particular. BOE nº130, de 29 de mayo de 2018.

STC 41/2018. Pleno. Sentencia 41/2018, de 26 de abril. Recursos de inconstitucionalidad acumulados 6868-2011 y 2037-2014. Interpuestos por el Presidente del Gobierno en relación con la disposición adicional sexta de la Ley

5/2011, de 10 de marzo, del patrimonio de Aragón, y la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre. Competencias sobre derecho civil: constitucionalidad de las disposiciones legales autonómicas que regulan el destino de fincas procedentes de procesos de concentración parcelaria que carezcan de dueño conocido. Voto particular. BOE nº130, de 29 de mayo de 2018.

STC 7/2019. Pleno. Sentencia 7/2019, de 17 de enero. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. Competencias sobre ordenación de los registros públicos de derecho privado: nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la ordenación de voluntades digitales en ausencia de disposiciones de última voluntad, designación de persona encargada de ejecutar las últimas voluntades y mediación para resolver las discrepancias surgidas en aplicación de la ley. Voto particular. BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

STC 132/2019. Pleno. Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 2557-2017. Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Competencias en materia de Derecho Civil y legislación procesal: nulidad del precepto legal autonómico relativo al pacto de condición resolutoria formalizado notarialmente e inscrito en el registro de la propiedad. Votos particulares. BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019.

ADOPCIÓN DE MAYOR DE EDAD Y FRAUDE DE LEY
ADULT ADOPTION AND FRAUD OF LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 798-825

Juan Carlos
VELASCO
PERDIGONES

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La adopción es configurada tradicionalmente como una institución de protección del menor de edad, considerándose una opción excepcional en el caso del mayor de edad o emancipado. En la práctica forense se ha puesto de manifiesto el recurso a la adopción del mayor de edad en situaciones dudosas, aflorando en muchos casos el fraude de ley. Y es que, el marco impuesto por la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha venido a relajar, en cierta medida, las exigencias, facilitándose la adopción de los mayores de edad que se encontrasen en una situación de acogimiento o convivencia previa. Esta realidad ha supuesto que, en determinadas ocasiones, se acuda de una forma torticera a la adopción para instituir una relación de filiación con la finalidad única y exclusivamente de aplicar normas fiscales más beneficiosas en caso de sucesión hereditaria de determinados grupos de parientes (descendientes y adoptados).

Este trabajo tiene por objeto estudiar la adopción del mayor de edad (ex art. 175.2 CC) en relación con el fraude de ley (ex art. 6.4 CC), partiéndose de lo manifestado por la realidad social y jurídica vigente a través de los tribunales. Cabe destacar, como problema añadido, las escasas opciones que ofrece el ordenamiento sustantivo y procesal para la detección del fraude de ley en esta materia, haciéndose depender en gran medida de la aidez, madurez y práctica judicial. Además, otro de los inconvenientes presentes es la posibilidad que tiene el adoptante de intentar nuevamente la adopción ante otro tribunal distinto con el simple hecho de cambiar de domicilio, pudiendo presentar nuevas pruebas o intentando salvar las carencias puestas de relieve por la resolución judicial denegatoria anterior.

PALABRAS CLAVE: Adopción; mayor de edad; fraude de ley; simulación; filiación; evasión fiscal.

ABSTRACT: *Adoption is traditionally configured as an institution for the protection of minors, being considered an exceptional option in the case of adults or emancipated minors. Forensic practice has revealed the recourse to the adoption of the adult in dubious situations, in many cases bringing to light the fraud of the law. The framework imposed by Law 26/2015, of 28 July, has, to a certain extent, relaxed the requirements, facilitating the adoption of adults who were in a situation of foster care or previous cohabitation. This reality has meant that, on certain occasions, adoption has been used in a twisted manner to establish a relationship of filiation for the sole and exclusive purpose of applying more beneficial tax rules in the case of inheritance of certain groups of relatives (descendants and adoptees).*

The aim of this paper is to study the adoption of the adult (ex art. 175.2 CC) in relation to fraud by law (ex art. 6.4 CC), starting from the social and legal reality in force through the courts. An additional problem to be highlighted is the scarce options offered by the substantive and procedural system for the detection of fraud by law in this area, which depends to a large extent on the judicial avidity, maturity and practice. In addition, another of the disadvantages present is the possibility for the adopter to try the adoption again before a different court simply by changing domicile, being able to present new evidence or trying to overcome the shortcomings highlighted by the previous refusal decision.

KEY WORDS: Adoption; adult; fraud; simulation; filiation, tax evasion.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO: CONTEXTUALIZACIÓN, OBJETO, METODOLOGÍA Y FUENTES II. EL ARTÍCULO 175 CC: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA PRÓXIMA.- I. Ley de 24 de abril de 1958.- 2. Ley 7/1970, de 4 de julio.- 3. Ley 21/1987, de 11 de noviembre.- 4. Ley 26/2015, de 28 de julio.- III. ELEMENTO SUBJETIVO PASIVO: EL ADOPTADO.- I. Regla general: menor no emancipado.- 2. Excepción: mayores de edad o menores emancipados.- A) Mayoría de edad o emancipación del adoptando.- B) Acogimiento o convivencia previa a la emancipación.- C) Estabilidad de, al menos, un año.- D) Ausencia de intervención y control de la Administración.- IV. EL FRAUDE EN EL ÁMBITO DE LA ADOPCIÓN DEL MAYOR DE EDAD.- I. El reconocimiento previo de una situación de convivencia estable fraudulenta.- A) Requisitos.- B) Actos fraudulentos.- C) Cobertura del acto defraudado.- D) Norma y ordenamiento defraudado.- E) Tentativa de fraude.- 2. Estado de la cuestión en los tribunales menores.- V. ADOPCIÓN DE MAYOR DE EDAD, FRAUDE DE LEY Y PROCESO: REFLEXIONES.- VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO: CONTEXTUALIZACIÓN, OBJETO, METODOLOGÍA Y FUENTES.

La adopción tiene como misión fundamental la integración en una familia de alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, creándose una relación de parentesco basada en el acto jurídico de la adopción¹, esto es, mediante un acto de autoridad se constituye una relación de filiación² entre adoptante y adoptado³. La filiación adoptiva tiene como fundamento la integración, principalmente de un menor de edad necesitado de protección, en una familia mediante un lazo de parentesco de carácter consanguíneo, produciendo los mismos efectos que una filiación matrimonial o no matrimonial⁴. El menor de edad no emancipado ha venido a ser el elemento subjetivo natural de la adopción, considerándose ésta una institución de protección⁵. Sin embargo, varias han sido

1 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*, 16ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 324.

2 La adopción queda configurada como una forma de filiación, equiparándose sus efectos a los de la filiación por naturaleza [STC 46/1999, de 22 marzo 1999 (RTC 1999/46)].

3 O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. IV. *Derecho de la Familia*, 3ª ed., Edersa, Madrid, 1991, p. 237.

4 HERRERA CAMPOS, R.: "La filiación", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y sucesiones* (coord. B. MORENO QUESADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 311.

5 Vid. SÁNCHEZ CANO, M.J.: "Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el derecho internacional privado español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 11, nº 1, 2019, p. 905. El AAP (Barcelona) 22 junio 2020 (JUR 2020, 249856) indica que "La adopción se configura como un instrumento de integración familiar referido esencialmente a quienes mas lo necesitan, los menores de edad. La finalidad última de la institución de la adopción no es otra que la de proporcionar al menor la protección familiar y en este caso la adopción no viene mas que a adecuar jurídicamente una relación de filiación que ya se venía produciendo en la realidad. La convivencia del niño con el adoptante, el cual durante la situación de minoría ha venido actuando como si de un progenitor se tratara, crea un vínculo familiar, emocional y relacional que se prolonga más allá de la mayoría de edad del adoptando a semejanza de lo que ocurre con la filiación biológica".

• Juan Carlos Velasco Perdígones

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: juancarlos.velasco@uca.es

las manifestaciones legislativas que han pretendido ampliar la adopción al mayor de edad⁶, con importante trascendencia práctica.

Actualmente, el art. 175 CC sólo permite que puedan ser adoptados los menores de edad no emancipados y, excepcionalmente, los mayores de edad o emancipados cuando hubiere existido una situación de acogimiento previa o de convivencia estable con los futuros adoptantes de, al menos, un año. El espíritu normativo pretende así dar acceso a aquellos supuestos en los que, aun habiéndose manifestado un acogimiento o convivencia anterior, no se formalizó la adopción. Y es que, la razón de ser de la adopción del mayor de edad o menor emancipado estriba en la estrecha relación de afinidad que ha supuesto la convivencia o el acogimiento previo, unos lazos que se suponen que se han mantenido de forma estable en el tiempo, consolidables a través de la adopción⁷. Este marco ha propiciado la adopción de mayores de edad en casos dudosos, en muchos, instituyéndose una relación de filiación en fraude de ley por motivos, principalmente, de fiscalidad de una hipotética herencia.

Muchos ordenamientos establecen beneficios y reducciones fiscales que van a depender de la relación de parentesco entre el causante y el heredero. Las adquisiciones efectuadas por descendientes y adoptados van a tener un tratamiento fiscal más beneficioso que otro tipo de relaciones⁸; de ahí que, como muestra la realidad jurisdiccional, se pretenda por los agentes instaurar una relación paterno-filial adoptiva entre futuros causantes y herederos (sin parentesco directo beneficiario de las reducciones fiscales).

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre⁹, que reformaba el CC en materia de adopción, ya puso de manifiesto en su Preámbulo la necesaria modificación del ordenamiento de entonces debido a “la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores de edad”. De esta reforma a nuestros días, han sido varias las modificaciones en materia de adopción, sin abordarse de forma clara y contundente los problemas prácticos que suscita la adopción del mayor de edad, al ser utilizada la figura para crear aparentes relaciones para la consecución de beneficios en el ámbito impositivo. Y es que, la última reforma, a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio¹⁰, vino a relajar aun más las exigencias y, así, ampliar la excepcionalidad de la

6 GARCÍA CANTERO, G.: “La adopción de mayores de edad”, *Actualidad Civil*, nº 41, 1998, p. 999, concluye que la adopción de los mayores de edad (o de los menores emancipados) consiste en un negocio jurídico propio del Derecho de familia, que nace con el propósito de crear un vínculo legal de filiación, con fines de integración familiar entre personas carentes de vínculos biológicos, a través del consentimiento aprobado judicialmente.

7 SÁNCHEZ CANO, M.J.: “Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el derecho internacional privado español”, cit., p. 909.

8 *V.gr. vid.* art. 20 Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1987).

9 BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

10 BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

adopción de los mayores de edad, pretendiéndose por el legislador dar acceso a la institución a aquellas situaciones afectivas y de convivencia, sin tenerse en cuenta que se abría una vía de fácil de constitución de una relación paterno-filial, en la que ausenta la intervención y el control por parte de la Administración.

La práctica de los tribunales pone de relieve el defecto normativo, al haberse intentado en numerosas ocasiones crear una apariencia, y simular las condiciones para la institución de una relación adoptiva ficticia. El problema se acentúa cuando el proceso adoptivo puede volver a instarse ante otro juzgado territorialmente distinto si existe un cambio de domicilio por el adoptante (al no intervenir una Entidad Pública ex art. 33 LJV) y, así, salvar cualquier carencia probatoria en la tramitación del proceso. Es decir, dictada una resolución de denegación de la adopción por un aparente fraude de ley, el adoptante podrá pretender un cambio de domicilio con el objeto de alterar la competencia territorial y que sea otro juez el que valore la situación y, como no existen demandados que hagan valer la situación anterior, finalmente puedan conseguir lo instado en un momento inicial.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la adopción del mayor de edad (ex art. 175.2 CC), puesto en relación con el fraude de ley (art. 6.4 CC). La pretensión se centra en determinar si es necesaria una modificación del citado precepto por ser una vía sencilla para instituir relaciones adoptivas fraudulentas en perjuicio del orden público como se extrae de la práctica forense.

Como he puesto de manifiesto en otros trabajos, la investigación jurídica, como cualquier otra, carece de interés si no dispone de una exposición clara del camino que conduce a la consecución de los fines inicialmente propuestos, a través del procedimiento o las reglas a las que debe atenerse la mente en el proceso cognoscitivo de pretender alcanzar la verdad¹¹, un método racional para llegar a la finalidad gnoseológica a la que se aspira¹². Así, el método científico empleado se concreta en interpretar el art. 175.2 CC en relación con el art. 6.4 CC, teniendo presente la función y finalidad de la adopción como institución. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1 CC, resulta de relevancia atender de forma directa o indirecta a: i) los antecedentes legislativos más próximos; ii) la gramática del texto; iii) una interpretación lógico-sistemática; y, iv) la realidad social, espíritu y finalidad de la norma.

Para ello, se desarrollará un estudio histórico-legislativo de los precedentes más próximos de la adopción con el objeto de acercarnos a la realidad jurídica debatida¹³. Posteriormente, resulta necesario abordar uno de los elementos subjetivos de la

11 PÉREZ ESCOBAR, J.: *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2010, p. 33.

12 HERRERA, E.: *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 10.

13 *Vid. infra* II.

adopción: el adoptado¹⁴, profundizándose en la regla excepcional de la adopción del mayor de edad¹⁵. A este respecto, será objeto de análisis el art. 175 CC para, a continuación, ponerlo en relación con el fraude de ley¹⁶. El penúltimo epígrafe tiene como cometido estudiar el proceso de jurisdicción voluntaria, abordándose algunas reflexiones sobre el proceso de jurisdicción voluntaria y algunas notas para determinar si se está ante una adopción instrumental en fraude de ley¹⁷. En cada uno de los epígrafes y subepígrafes se combinará la interpretación gramatical, la lógico-sistemática, junto a la realidad social, espíritu y finalidad de las normas, en conjunción con los postulados de la doctrina y la jurisprudencia.

II. EL ARTÍCULO 175 CC: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA PRÓXIMA.

I. Ley de 24 de abril de 1958.

La Ley de 24 de abril de 1958¹⁸ tuvo por objeto acomodar al ordenamiento jurídico el Concordato entre la Santa Sede y el Estado español, incidiendo la reforma en el régimen matrimonial y la adopción. Esta última se considera en la Exposición de Motivos como una situación de “pujante vitalidad”¹⁹, haciéndose necesaria la reforma. Para ello, se vino a introducir la distinción entre la adopción plena y menos plena²⁰, reservándose la primera para los expósitos y abandonados que reúnan los requisitos de edad, con el propósito de mejorar su condición de adoptado²¹; la segunda, parecida a la única adopción imperante antes de la reforma²², ofrece la posibilidad de adoptar de uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte (art 180), estableciéndose “una mayor libertad de acceso a cambio de una efectividad jurídica menor”²³.

El art. 178 CC (1958) fijó que sólo podían ser adoptados “los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes”. Dicha dicción literal creaba cierta confusión, ya que no dejaba claro si los mayores de edad podían ser sujetos pasivos de la adopción. Pues, a este respecto, sólo se hacía mención a los mayores de catorce años que fueran

14 *Vid. infra* III.

15 *Vid. infra* IV.

16 *Vid. infra* IV. 1 y 2.

17 *Vid. infra* V.

18 BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958.

19 *Vid. E.M.*

20 *Vid. art. 172 CC.*

21 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 17.

22 DIEZ-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 306.

23 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “De la adopción”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2 (coord. por M. ALBALADEJO), Revista de Derecho Privado, Edersa, 1982, p. 291.

“prohijados”²⁴, sin aclararse si se refería exclusivamente al menor de edad mayor de catorce o, por el contrario, habían de incluirse aquellos que habían sobrepasado el citado umbral y, por tanto, alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, si se acudía a lo establecido en el art. 176 CC (1958), podía concluirse que dicho precepto hacía alusión al consentimiento del adoptando mayor de edad, por lo que cabría afirmar la posibilidad de su adopción, sin más delimitación²⁵.

2. Ley 7/1970, de 4 de julio.

La reforma de 1958 no pareció satisfacer plenamente la realidad social de la época, ya que el legislador pretendió hacer una pequeña reforma inicial con el deseo de “conjuguar el progreso con la prudencia”²⁶. La Ley 7/1970, de 4 de julio²⁷, tuvo como misión facilitar y robustecer el vínculo adoptivo, continuando con el progresivo avance de la institución, desarrollando sus postulados más allá de las bases sentadas con la reforma de 1958²⁸. Es decir, la ambición de la reforma de 1970 fue facilitar el acceso a la filiación adoptiva, sin limitar la adopción plena exclusivamente a los expósitos o abandonados.

El art. 178 CC (1970) estableció que únicamente podían ser adoptados (de manera plena) los menores de catorce años y los que, siendo mayores de tal edad, estuvieren viviendo antes de alcanzarla en el hogar y compañía de los adoptantes. Si no mediare la citada circunstancia, “podrán serlo también los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos [...]”. El ambiguo precepto seguía sin aclarar de forma textual si podían ser sujetos de la adopción los mayores de dieciocho años. A este respecto, debe partirse de lo manifestado en la E.M. de la norma (1970) —teniéndose en cuenta la regulación operada por la Ley de 24 de abril de 1958 en la que parece habilitarse a la adopción del mayor de edad— que admite la adopción plena del mayor de catorce años sin distinción, resultando un dato relevante la ausencia de la necesidad que se dé la situación del prohijamiento (“pues le basta vivir con anterioridad a la adopción en compañía del adoptante. O, sin mediar esta circunstancia, hallarse unido a él por vínculos familiares o afectivos”)²⁹.

24 Los antecedentes del prohijamiento se encuentran en el Libro XII, Título XXXI, Ley X de la Novísima Recopilación y en el Libro VII, Título XXXVII, Ley V. Este vino a ser un mecanismo por el que determinadas personas mantenían y asistían en su familia a huérfanos, expósitos y menores abandonados, desasistidos o desamparados, proporcionándoles un hogar y librándoles de la carencia de afectos de los asilos y centros análogos, *vid.* STS 25 octubre 1889 y ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pp. 312-313.

25 Advierte el art. 176 CC (1958): “La adopción se autorizará previo expediente, en el que necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptando mayor de edad, si fuera menor o incapaz, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge”.

26 *Vid.* E.M.

27 BOE núm. 171, de 7 de julio de 1970.

28 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 25.

29 Resulta decisivo el pasaje de la E.M. “Y se admite asimismo la adopción plena del mayor de catorce años sin necesidad de que se dé la poco clara situación del prohijamiento, pues le basta vivir con anterioridad a

La reforma de 1970 se está refiriendo a lo previsto en 1958 para los mayores de catorce años (entre los que se incluía a los mayores de edad [por disponerlo el art. 176 CC (1958)] que fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes. Por la amplia y genérica redacción de la norma, centrada exclusivamente en los vínculos afectivos, abriría la puerta a la adopción de cualquier persona con cierta facilidad probatoria³⁰. Así, aunque la norma no determine expresamente la adopción del mayor de dieciocho años, de forma implícita y, conforme a una interpretación extensiva, sistemática e histórico-legislativa de la norma³¹, cabría apostar por incluirse la filiación adoptiva del mayor de edad. Hoy día, esta hipótesis quedaría confirmada por la evidencia jurisprudencial de la época, además, de lo dispuesto expresamente en el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, confirmado de la misma forma por la doctrina³².

3. Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

El Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, puso de manifiesto las carencias de la reforma operada en 1970, considerándose un sistema muy permisivo, con una falta casi absoluta de control. Se había creado un marco jurídico propicio para la proliferación del tráfico de niños y se posibilitaba de forma indiscriminada la “adopción de los mayores de edad”; además, la adopción simple quedaba reducida a “una forma residual de escasa trascendencia jurídica y que sólo se utilizaba en la mayoría de las ocasiones para fines marginales no merecedores de una protección especial”. Por ello, se hizo necesario un replanteamiento integral de la figura de la adopción y, en el caso que nos atañe, se reserva ésta primordialmente para los menores, quedando la adopción de los mayores de edad para casos muy excepcionales. Esta norma vino a excluir la expuesta adopción indiscriminada de los mayores de edad por meros vínculos familiares o afectivos, como había ocurrido anteriormente, intentándose poner coto a la adopción para la consecución de otros fines marginales o fraudulentos a efectos sucesorios³³.

La norma objeto de análisis gira en torno a dos ejes: i) la configuración de la adopción como un instrumento de integración familiar de los más necesitados (naturaleza protectora de la adopción); y, ii) la primacía del beneficio del adoptado (como proyección del interés superior del menor). Según el Preámbulo, esto llevaba consigo el que solo quepa la adopción, salvo excepción, de los menores de edad;

la adopción en compañía del adoptante. O, sin mediar esta circunstancia, hallarse unido a él por vínculos familiares o afectivos”.

30 BEROVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Artículo 178”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2 (coord. por M. ALBALADEJO), Revista de Derecho Privado, Edersa, 1982, p. 422.

31 Con respecto a la reforma de 1958.

32 GARCÍA CANTERO, G.: “La adopción de mayores de edad”, cit., p. 998, indica que el art. 178.2 CC permitía la adopción plena de los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos.

33 AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BEROVITZ RODRIGUEZ-CANO), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 297.

reflejándose de forma clara y contundente en el art. 175.2 CC la única posibilidad de adopción de los menores de edad no emancipados, postulado vigente en nuestros días³⁴. Estos fundamentos, consecuencia de la realidad promovida por la reforma de 1958, son los que motivaron al legislador limitar la adopción a los menores de edad.

Sin embargo, a la regla general le siguió una regla excepcional (de estructura similar a la vigente hoy), permitiéndose la adopción de los mayores de edad o de menores emancipados cuando, “inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”. Así, se convertía como la única opción válida para la adopción del mayor de edad la existencia previa de acogimiento (cualquiera de sus formas) o la convivencia ininterrumpida —*corpus* y *animus*, esto es, mantenimiento de la vida en común y la intención de hacerlo expresa o tácitamente con el futuro adoptante—, que ha de ser anterior al cumplimiento de los catorce años³⁵.

4. Ley 26/2015, de 28 de julio.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, relativa a la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁶ vino reformar nuevamente la adopción con el propósito de adaptar y armonizar el ordenamiento a diferentes realidades normativas nacionales e internacionales de protección del menor, considerándose como eje central la mejora de su protección jurídica, también desde el prisma de la adopción³⁷.

Esta última reforma en la materia ha mantenido, aunque con alteraciones en su redacción, el principio predicado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, relativo a que únicamente puedan ser adoptados los menores de edad no emancipados. La excepcionalidad de la adopción de los mayores de edad y emancipados también se mantiene, pero se altera sustancialmente la redacción, disponiéndose acerca de su 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”³⁸. El AAP Huelva 23 junio 2021 fundamenta que la razón de esta excepción es la de “convalidar y constituir jurídicamente una relación de filiación que ya se venía produciendo en la realidad con la plena integración familiar, con la convivencia del adoptante que durante la situación de minoría del menor ha venido actuando como si de un progenitor se tratara, creándose un

34 Art. 175.2 CC: “[ú]nicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados”.

35 GARCÍA CANTERO, G.: “La adopción de mayores de edad”, cit., p. 994.

36 BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

37 Vid. Preámbulo.

38 Vid. art. 175.2 CC.

vínculo familiar, emocional y relacional que se prolongará más allá de la mayoría de edad del adoptando y aún cuando éste deje de convivir con el adoptante tras la mayoría de edad pues, a semejanza de lo que ocurre con la filiación biológica, a la mayoría de edad del hijo le siguen habitualmente su independencia y creación del propio núcleo familiar sin que ello signifique ni comporte la ruptura de aquél del que proviene, pues los lazos familiares se mantienen³⁹.

Como se ha puesto de manifiesto, la nueva redacción del art. 175.2 CC difiere puntualmente de la establecida por Ley de 1987, ya que se suprime la referencia a la no interrupción del acogimiento o convivencia iniciada antes del cumplimiento de la edad de catorce años por el adoptando. Lo anterior es sustituido por la existencia de acogimiento o convivencia, sin aclararse si ha de considerarse ininterrumpido. Lo único que se especifica es que dicho acogimiento o convivencia haya sido estable con los eventuales adoptantes y de, al menos, un año. Y es que, dicho período temporal puede ser contabilizado por períodos independientes que, en su conjunto, alcancen la suma de un año. Es decir, a *sensu contrario* cabría la interrupción temporal que, sumada en su totalidad, dé como resultado el período anual. Además, el disfrute de los períodos de forma interrumpida no iría en contra de la estabilidad que predica el precepto si en su conjunto suma el período mínimo legal.

A nuestro juicio, el tenor literal del precepto (art. 175.2 CC) vuelve a ampliar o flexibilizar un poco más las posibilidades de adopción de los mayores de edad con respecto a la redacción precedente. Antes, con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sólo era posible la adopción del mayor de edad cuando hubiere existido previamente un acogimiento o convivencia ininterrumpido antes de cumplir el menor los catorce años. Es decir, el acogimiento o la convivencia debía iniciarse antes del cumplimiento de los catorce años y subsistir, sin interrupción, hasta la emancipación del menor. Ahora sólo se exige una convivencia o acogimiento previo más o menos estable entre los futuros adoptantes y el adoptando de al menos un año (ininterrumpido o no y sin el requisito de que dicha temporalización se contabilizase antes de cumplir los catorce años). Una clara rebaja de las exigencias que ha pasado de una duración mínima del acogimiento o convivencia previos que, normalmente rondaba los cuatro años, a una duración mínima de un año⁴⁰.

III. ELEMENTO SUBJETIVO PASIVO: EL ADOPTADO.

I. Regla general: menor no emancipado.

El art. 175.2 CC sólo admite la adopción de menores de edad no emancipados y, excepcionalmente, los mayores de edad o menores emancipados cuando

39 AAP Huelva 23 junio 2021 (JUR 2021, 376265).

40 MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La adopción en el derecho común español*, Tirant lo Blanch, 2019, Valencia, p. 108.

concurran una serie de condiciones. Esta previsión es una limitación a la adopción indiscriminada de los mayores de edad que ofrecía originariamente el CC, al convertirse el consentimiento en el acto generador de la adopción (“[l]a adopción se verificará con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado, si es mayor de edad (...)”⁴¹).

2. Excepción: mayores de edad o menores emancipados.

Los elementos y notas características a destacar de la excepción contenida en el art. 175.2 CC son cuatro: i) mayoría de edad o emancipación del adoptando; ii) el necesario acogimiento o convivencia previa; iii) la estabilidad de los anteriores (al menos un año); y, iv) la ausencia de intervención y control por parte de la Administración Pública.

A) *Mayoría de edad o emancipación del adoptando.*

La mayoría de edad y la emancipación del adoptando no supone ningún problema, considerándose aquel sujeto que ha cumplido los dieciocho años (art. 240 CC) o ha obtenido la emancipación ex art. 239 CC, extinguiéndose naturalmente la patria potestad (por la mayoría de edad, por concesión de quienes ejerzan la patria potestad o concesión judicial). Por ello, hay que entender que la adopción es principalmente una institución de protección de menores, ya que con la mayoría de edad y la emancipación el individuo adquiere la capacidad necesaria para regir su persona y bienes y, desaparece, en consecuencia, la necesidad de protección⁴².

B) *Acogimiento o convivencia previa a la emancipación*

Establece el vigente art. 172.1 *ter* CC: “[l]a guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial”. De la lectura de este precepto se extraen, en principio, dos tipos de acogimientos: i) el familiar (que pueden ser ex art. 173.2 *bis* CC: de urgencia; temporal o permanente); y, ii) el residencial. El art. 175.2 CC sólo hace mención al acogimiento previo, sobreentendiéndose que sólo es posible el acogimiento familiar para la futura adopción, puesto que los centros residenciales acogedores no pueden ser sujetos adoptantes (ex art. 175 CC).

El acogimiento familiar es entendido como un mecanismo para la integración familiar del menor, que conlleva a la plena participación de este en la vida familiar⁴³, pesando sobre los acogedores las obligaciones de “velar por él, tenerlo en su

41 Art. 180 CC (versión 1889).

42 MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La adopción en el derecho común español*, cit., p. 101.

43 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 133.

compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo⁴⁴ (como si de la patria potestad se tratase).

El art. 173.2 bis CC explica, atendiendo a su duración y objetivos, cada una de las modalidades de acogimiento familiar existentes⁴⁵. A los efectos del art. 175.2 CC sólo parece que se puede adoptar en aquellos supuestos en los que ha existido previamente un acogimiento familiar temporal o permanente, ya que la duración del acogimiento de urgencia no puede ser superior a seis meses.

La situación estable de convivencia que menciona el art. 175.2 CC no se encuentra regulada, abarcándose bajo ese conjunto de palabras, cualquier situación de hecho consistente en “vivir en compañía de otro”⁴⁶. Por tanto, será necesario que el hipotético adoptando haya vivido de forma estable en compañía de su futuro adoptante como si de su familia se tratase, no permitiéndose el mero mantenimiento de una relación comunicativa o afectiva o convivencias esporádicas⁴⁷. Esto es así por la finalidad de la adopción en este ámbito, el poder institucionalizar relaciones afectivas estables análogas a la paterno-filial, manifestadas previamente a la emancipación (por cualquier causa).

El acogimiento o convivencia estable (de al menos un año) debe producirse inmediatamente antes de la emancipación del menor de edad [es decir, antes de alcanzar la mayoría de edad o de su concesión (parental o judicial)], teniendo en cuenta que el acogimiento se extingue por el cumplimiento de la mayoría de edad ex art. 174.4 d) CC.

C) Estabilidad de, al menos, un año.

El art. 175.2 CC requiere que el acogimiento o convivencia haya sido estable, entendiéndose que existe tal atributo cuando ha durado al menos un año. El precepto no aclara si dicho límite temporal puede computarse por plazos más o menos uniformes o debe contabilizarse como un período que no admite interrupciones. Lo cierto es que ahora el precepto no habla de un acogimiento o convivencia ininterrumpida, sino de estabilidad. Esto podría dar lugar a períodos

44 Art. 173.1 CC.

45 - Acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años, cuya duración no podrá ser superior a seis meses.
- Acogimiento familiar temporal: es de carácter transitorio, por preverse la reintegración del menor en su familia de origen, o bien en tanto se adopta una medida de protección de carácter más estable (acogimiento familiar permanente o adopción). Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.
- Acogimiento familiar permanente: se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen.

46 Definición a partir de la ofrecida por la RAE.

47 MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La adopción en el derecho común español*, cit., p. 110.

más o menos cortos de tiempo que sumados en su conjunto den como resultado un año. Y es que, si el legislador cambió la palabra “ininterrumpidamente” por la de “estabilidad”, es que su significado no puede considerarse equivalente; de lo contrario, la hubiera mantenido⁴⁸. De hecho, una situación puede considerarse estable en el tiempo con la existencia de ciertas interrupciones puntuales que, en su conjunto, no afectan a la estabilidad predicada⁴⁹.

D) Ausencia de intervención y control de la Administración.

En el proceso de adopción de un mayor de edad o menor emancipado no se exige la propuesta previa de la Entidad Pública ex art. 176.2 4ª CC. Esto supone una ausencia clara de intervención y control por parte de la Administración, facilitándose el acceso a la adopción a aquellas situaciones fácticas de afecto y convivencia, abriéndose la puerta al sorteo de los controles⁵⁰. No obstante, será la autoridad judicial la que controle, por interés público, el cumplimiento de unas garantías mínimas del proceso de adopción. En el acogimiento previo sí existe una mayor intervención de la Administración⁵¹ y será más sencillo obtener información, pero en el caso de una relación de mera convivencia, se parte de un componente fáctico alejado de toda intervención administrativa, y el control judicial quedaría limitado a las pruebas e informaciones que aporten (interesadamente o no) las partes, creando cierta inseguridad a la hora de decidir.

IV. EL FRAUDE EN EL ÁMBITO DE LA ADOPCIÓN DEL MAYOR DE EDAD.

I. El reconocimiento previo de una situación de convivencia estable fraudulenta.

Como se ha indicado en epígrafes anteriores, la convivencia estable será el mecanismo más fácil de alegar por los interesados en la adopción de un mayor de edad, ya que el acogimiento familiar (por regla general) precisa de la intervención de la Administración Pública y su acreditación no parece que envuelva una situación fraudulenta.

Algunos autores señalan que la palabra “fraude” alude a diferentes acepciones: por un lado, como infracción, frustración, violación, elusión; por otro, engaño,

48 El AAP Asturias, núm. 49/2019, de 29 de marzo (JUR 2019, 143328), dirime sobre lo que debe entenderse por “convivencia estable” frente al término “ininterrumpidamente” (suprimido en la redacción actual del art. 175.2 CC por mor de la Ley 26/2015, de 28 de julio). Dicha resolución señala a este respecto que si bien, el término “estable” no es totalmente equiparable a ininterrumpido, sí comporta habitualidad, permanencia, constancia e inalterabilidad en el lapso temporal establecido en el art. 175.2 CC.

49 LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 175 CC”, en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (COORD. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 653, argumenta que el precepto se refiere al cómputo del año de forma ininterrumpida, es decir, al cómputo anual completo y no por períodos que lo sumen.

50 MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La adopción en el derecho común español*, cit., p. 188.

51 Vid. art. 172 ter CC.

intención maliciosa, abuso de confianza⁵². Un sujeto actúa en fraude de ley cuando respeta las palabras de la ley, pero elude su sentido, es decir, emplea una norma que es apta para otros fines bien distintos⁵³, a modo de solapamiento o burla⁵⁴. Un comportamiento que, aparentando cumplir una norma formalmente (apta para otra finalidad), persigue eludir el cumplimiento de otra⁵⁵, destruyéndose la realidad jurídica que abiertamente se intenta crear⁵⁶.

El fraude de ley se manifiesta en el momento en que se pretende la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva, realizándose una serie de actos con el propósito de conseguir un resultado sancionado por la norma defraudada, buscándose la cobertura y amparo en una norma de finalidad distinta pero que en el caso concreto satisface el interés de las partes⁵⁷. Los intervinientes no pretenden la finalidad que le es propia al destino de la norma aplicada, sino que la utilizan como instrumento para la ocultación de otra realidad, a través (generalmente) de la técnica de la simulación⁵⁸.

En el ámbito de la adopción del mayor de edad, los interesados pueden pretender buscar la cobertura de la convivencia estable para acceder a la adopción, con el objeto de evitar la sanción impuesta por el ordenamiento fiscal y, así, acceder a un tratamiento impositivo más beneficioso con la instauración de una relación paterno-filial adoptiva. Se pretende dar un rodeo, amparándose en la aplicación del art. 175.2 CC (ley de cobertura) para instaurar la adopción, realizándose el acto que produce el resultado contrario a la norma fiscal (ley defraudada)⁵⁹. La STC 10 mayo 2005 declara que con el fraude de Ley se "persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias"⁶⁰ (u otras normas del ordenamiento). Se intentará por los interesados (adoptante y adoptado) librarse de las obligaciones impuestas por la legislación impositiva a la hora de la sucesión, a través de actos ajustados

52 NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 19.

53 JORDANO BAREA, J.B.: "Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley", *Anuario de Derecho Civil*, 1960, p. 965.

54 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, Común y Foral*, t. I, 7ª ed., Madrid, 1949, p. 207.

55 DE CUEVILLAS MATOZZI, I. y VELASCO PERDIGONES, J.C.: *Fundamentos de Derecho Civil español*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, p. 35.

56 DE CASTRO BRAVO, F.: *Derecho Civil de España. Parte General*, I, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 605.

57 DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 187.

58 *Ibidem*, p. 187. Muchos autores diferencian la simulación del fraude de ley, al igual que hace la jurisprudencia. Así, VALVERDE y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. I. *Parte General*, 4ª ed., Madrid, 1935, pp. 555-556, advierte que la simulación es aparentar una cosa que no es, es decir, dar semejanza o apariencia en la no verdad (falsa creencia de un estado no real; sin embargo, el fraude de ley consiste en actos reales queridos y realizados de forma efectiva, pero combinados de tal manera que, aun siendo lícitos, permiten burlar la ley produciendo actos contrarios a su espíritu y a su fin. DE CASTRO Y BRAVO indica que la nota distintiva entre simulación y fraude de ley es el encubrimiento convenido de una realidad jurídica mediante una falsa apariencia.

59 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. I, *Parte General*, RDP, Edersa, Madrid, 1986, p. 116.

60 La STC 120/2005, de 5 de mayo (RTC 2005, 120).

en apariencia de la ley, esto es, la institucionalización de una adopción⁶¹. Es decir, se busca el apoyo normativo en una convivencia estable ex art. 175.2 CC para intentar instituir una filiación adoptiva, para evitar el cumplimiento de una norma fiscal, desnaturalizando el contenido y finalidad que le es propio a la adopción⁶².

El tratamiento fiscal de la sucesión va a diferir cuando el heredero no sea descendiente, adoptado, cónyuge o ascendiente, por lo que, en muchas ocasiones se va a pretender por los interesados quedar fuera de la aplicación del ordenamiento fiscal, el cual se quiere evitar, invocándose la creación de una filiación adoptiva ex art. 175.2 CC. Así, quien desea que no se le aplique una norma tributaria menos favorable va a intentar crear una pantalla que disfrace la operación, acogiendo al defraudador a una norma que está pensada para un supuesto de naturaleza distinta, siendo distorsionada en su finalidad para contravenir otra⁶³.

A) Requisitos.

En el ámbito de la adopción del mayor de edad, los interesados pueden realizar un falso reconocimiento de la convivencia estable al amparo del art. 175.2 CC para instituir una relación de filiación adoptiva, sin la existencia de una verdadera relación de filiación con plena integración familiar.

El CC sanciona en el apdo. 4 del art. 6 el fraude de ley de la siguiente forma: “[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Conforme al citado precepto, los actos realizados en fraude de ley tienen cierta apariencia de legalidad⁶⁴, ya que éstos se efectúan al amparo de una norma (de cobertura), pero que afecta a la eficacia porque se obtiene un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, vulnerando el fin y naturaleza de una norma imperativa⁶⁵. De la interpretación del precepto, la doctrina ha extraído los requisitos que deben concurrir para la existencia de fraude⁶⁶: i) presencia de un acto jurídico realmente querido y deseado por quienes

61 Vid. VALVERDE y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. I. *Parte General*, cit., p. 556.

62 Vid. MARTÍN OVIEDO, J.M.: “El acto en fraude de ley como especie de acto contrario a la ley”, *RDP*, 1967, p. 308.

63 MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D.: *El fraude de ley en la Jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 16

64 La STS 30 septiembre 2002 (RJ 2002, 8487) indica que el fraude de ley “descansa básica y fundamentalmente en la existencia de una conducta con apariencia de licitud que posibilite, al amparo de una norma legal vigente, obtener un resultado o un beneficio, no debido ni pretendido por la norma legal a la que se acogió quien, con su conducta procedió anómala e irregularmente, [...] una “puesta en escena” que actúa como medio engañoso y un resultado final de frustración de un deber jurídico impuesto por el ordenamiento jurídico a las personas [...]”.

65 GALLO VÉLEZ, A.: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 175.

66 Vid. DE LA IGLESIA PRADOS, E.: *El fraude de Ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 170.

lo llevan a cabo (manifestación de voluntad sincera para con el fin a obtener); ii) que el acto se ampare en la formalidad del texto de una norma que no le otorga realmente protección; y, iii) por medio del acto se contravenga el ordenamiento jurídico al obtenerse una finalidad contraria a su naturaleza.

Por su parte, la jurisprudencia establece como requisitos para la concurrencia de fraude: i) que admitir la validez del acto suponga la violación efectiva de una ley (norma defraudada) imperativa; ii) que la ley en que se ampare el acto (norma de cobertura) no lo proteja suficientemente, obteniéndose un resultado no permitido por el ordenamiento; y, iii) no necesidad de intención o conciencia por el defraudador⁶⁷

B) Actos fraudulentos.

En el ámbito del fraude de ley, el instituto de la adopción estaría compuesto por una serie de actos, los cuales pueden tener una causa real y aparentemente lícita, fraguada a través de la exteriorización de un consentimiento válido entre los intervinientes. Las partes interesadas desean realmente constituir una relación de filiación adoptiva, mediante una real declaración de voluntad (concordancia entre lo manifestado y lo realmente pretendido con el comportamiento), de ahí la diferencia entre fraude y simulación⁶⁸. Sin embargo, también puede darse una ausencia clara de una voluntad real y verdadera (distinción entre el negocio absolutamente simulado y el fraude); pero esta se difumina en los casos de simulación relativa como ocurriría en la adopción, ya que el acto disimulado es

67 La STS 25 enero 2005 (RJ 2005, 1829) indica: "Como reitera la jurisprudencia, el fraude de Ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (SS., entre otras, 17 abril 1997, 3 febrero 1998, 21 diciembre 2000). Se caracteriza (SS., entre otras, 4 noviembre 1994, 23 enero 1999, 27 mayo 2001, 13 junio 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada de "cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada "eludible o soslayable", amén de que ha de perseguir un determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (S. 27 marzo 2001 y 30 septiembre 2002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la Ley (SS. 17 abril 1997, 3 febrero 1998 y otras), pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (S. 23 febrero 1993) y, que la actuación se encamine a la producción del resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (SS. 4 noviembre 1982 y 30 junio 1993)". La STS 9 septiembre 1998 (RJ 1998, 6608) recuerda los requisitos que establece el art. 6.4 CC: "El mencionado precepto, artículo 6.4 del Código Civil, establece los requisitos necesarios para que una determinada actuación con efectos jurídicos pueda ser estimada como realizada en fraude de la ley, y ellos son dos: a) Que el acto se realice con arreglo a una norma que en un principio lo acoja -ley de cobertura-; y b) La intención, con ello, de beneficiarse con un resultado prohibido o vetado por el ordenamiento jurídico. Dicho fraude de ley no requiere una intención o idea dirigida a burlar el ordenamiento jurídico, sino solamente un efecto práctico pernicioso, y por ello la doctrina en cuestión lo que ha de procurar es el cumplimiento del ordenamiento jurídico, no la represión del concierto o intención maliciosa, como proclaman las emblemáticas Sentencias de esta Sala de 13 junio 1959 (RJ 1959, 2919) y 20 mayo 1988 (RJ 1988, 4323)".

68 DE LA IGLESIA PRADOS, E.: *El fraude de Ley*, cit., pp. 196-197.

tan querido como el fraudulento, de modo que el primero también podría ser lo segundo⁶⁹.

El adoptante y adoptado emitirán los consentimientos necesarios para que se constituya de forma fingida la adopción (también los que deban asentir y ser escuchados), con el objeto de eludir la aplicación futura de una norma más gravosa de una eventual sucesión, con la esperanza de que la presunta legalidad de la adopción enmascare una ilegalidad. Tanto la jurisprudencia del TS como la del TC⁷⁰, a pesar de afirmar que el fraude de ley y la simulación son conceptos dispares, han mantenido la compatibilidad del negocio o acto disimulado con el fraudulento en diversos ámbitos del derecho, v.gr. en las donaciones; compraventas; préstamos; arrendamientos; relaciones de trabajo y prestaciones por desempleo, etc⁷¹. En el caso objeto de estudio, también puede afirmarse que existe una compatibilidad plena entre el acto o actos disimulados por el que se constituye la adopción y el fraude de ley que enmascara.

C) Cobertura del acto defraudado.

Los actos llevados a cabo en fraude de ley deben producirse “al amparo del texto de una norma”, que dé cobertura aparente, a modo de disfraz, bajo el que se sitúa el sujeto para huir de la aplicación de otra. Los actos por los que ha de transcurrir el proceso de adopción del mayor de edad se han de llevar a cabo pretendiendo las partes acomodar los hechos a la literalidad del art. 175.2 CC, especialmente (por su facilidad y amplitud) a la acreditación de la convivencia estable de al menos un año. El conjunto de actos o comportamientos de las

69 CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 59; SOLS LUCÍA, A.: *El fraude a la Ley*, Bosch, 1988, p. 207; VALLET DE GOYTISOLO, J.: “Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, 1995, p. 207; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, p. 375, entre otros.

70 La STC 120/2005, de 10 mayo (RTC 2005/120) indica en este sentido: “Sentado lo anterior, procede asimismo señalar que el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término “fraude” como acompañante a la expresión “de Ley” acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de ley tributaria, semejante “rodeo” o “contorneo” legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu”.

71 V.gr. la STS 4 mayo 1998 (RJ 1998, 3230) señala expresamente: “[...] partiendo de la base de estimarlo como un negocio disimulado del contrato de donación, lo cual en principio no tendría graves consecuencias, sino fuera que el motivo final era un fraude de ley, desde el instante mismo de la relación de parentesco habido entre la vendedora -abuela- y la compradora -nieta-, existiendo además otros herederos legitimarios que podían verse perjudicados en su cuota hereditaria -una hija de la vendedora-. Todo lo cual significa un negocio jurídico disimulado en fraude de ley [...]”. Por su parte, el TC [STC 8 febrero 1993 (RTC 1993, 48)] argumenta que el camino para llegar al fraude de ley ha de pasar necesariamente por la simulación: “[...] En ese sentido -confusión de fraude y simulación- no pueden desligarse ambos conceptos (ya que no hechos) en el caso de una prestación de desempleo, y de ahí el que no quepa afirmar que existió fraude si no hubo simulación, ya que ésta se configura como el camino para llegar al primero”.

partes lo que realmente se consigue es la obtención de un resultado contrario a la finalidad de la adopción, es decir, eludir las reglas buscando unas aparentes normas de cobertura, respetando la letra de la norma, pero violando su espíritu y finalidad intrínseca.

D) Norma y ordenamiento defraudado.

Además de los anteriores presupuestos, el art. 6.4 CC requiere para la existencia de fraude de ley la obtención de un resultado o fin no permitido por el Derecho, esto es, una vulneración o infracción del ordenamiento por medio del acto aparentemente válido⁷². La jurisprudencia indica que, para que exista fraude en una norma, deberá el acto amparado bajo el presunto manto protector de la norma de cobertura, infringir el espíritu y verdadero sentido de las normas, su contenido ético y social, resultado contrario al fin práctico que persigue la norma defraudada.

E) Tentativa de fraude.

La contravención del ordenamiento tributario se verificará en un momento posterior; esto es, al fallecimiento del adoptante una vez instituida la relación de filiación. Por ello, cabe preguntarse si podría calificarse como fraude de ley la mera tentativa, pues el resultado vedado no se produce con la adopción sino cuando se aplica la normativa fiscal, en un momento posterior.

Algunos autores, y también la jurisprudencia, en cuanto a la tentativa del fraude de ley, entienden que es suficiente para la calificación de fraudulento el mero intento, pues realmente el art. 6.4 CC sanciona tanto la tentativa como el fraude, bastando por ello que el resultado prohibido sea sólo intentado o perseguido por los interesados antes de su efectiva consumación⁷³. En la práctica jurisdiccional se encuentran resoluciones que apuestan por la ausencia necesaria de obtener un resultado material prohibido por el ordenamiento a través de un acto fraudulento, sino el interés en perseguir un determinado resultado contrario a una norma, es decir, es suficiente la mera intención de los sujetos de beneficiarse. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 29 abril 2010 trata el fraude de ley en el ámbito tributario, considerando la necesidad de efectuar un juicio de intenciones del defraudador: “nada exige que se haga un juicio de intenciones del actor; tratando de penetrar en la conciencia de quien, en su proceder, se ajusta formalmente a una conducta de impecable textura legal. Se puede y se debe pretender probar que

⁷² SOLS LUCÍA, A.: *El fraude a la Ley*, cit., p. 107.

⁷³ AMORÓS GUARDIOLA, M.: “Comentario al artículo 6.4 del Código Civil”, AA.VV. *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 347.

el camino elegido para alcanzar el resultado económico que se obtiene es, pese a su legalidad, artificioso, y de ahí deducir que se pretendía eludir el impuesto⁷⁴.

A nuestro juicio, al objeto de estudio, hay que indicar que lo que resulta relevante es el propósito de las partes de buscar la finalidad interesada prohibida, configurándose el proceso de adopción por actos disimulados encaminados o con intención de beneficiarse de un resultado vetado por el ordenamiento mediante la aplicación futura de una norma fiscal más ventajosa. Las partes tendrán el interés de perseguir, a través de una serie de actos, una finalidad beneficiosa prohibida y tal pretensión ha de equivaler a intentar el fraude. Digamos que son actos preparatorios de burla del ordenamiento, a consumar en un momento posterior con la aplicación de una norma o conjunto de normas más beneficiosas, en exclusión de otras imperativas. Lo relevante es extraer de la conciencia de los interesados la finalidad perseguida con la adopción, teniendo en cuenta la facilidad de la acreditación de una convivencia estable ex art. 175.2 CC, debiendo instituirse la figura en aquellos casos claros en los que exista una acreditada relación afectiva análoga a la paterno-filial (previa y estable).

2. Estado de la cuestión en los tribunales menores.

Los juzgados y tribunales han venido controlando de oficio, por interés público, el cumplimiento de unas mínimas garantías cuando el adoptando es mayor de edad o emancipado. En la mayoría de resoluciones, se pone el foco de atención en la acreditación de la convivencia o acogimiento previo estable, partiendo de la excepcionalidad de este tipo de adopciones y de la interpretación restrictiva que debe hacerse del art. 175.2 CC⁷⁵.

El AAP (León) 6 febrero de 2020 advierte que en la adopción de un mayor de edad lo que se trata es "de ratificar una relación de filiación que ya se venía produciendo en la realidad, con plena integración familiar, creándose un vínculo emocional que se ha prolongado más allá de la mayoría de edad. Es decir, debe acreditarse una relación familiar duradera que avale la creación de vínculo afectivo, teniendo este tipo de adopción un carácter excepcional. No cabe olvidar que la causa de la adopción es constituir el vínculo familiar que es propio de esta institución y no el facilitar una pensión u otra ventaja económica"⁷⁶.

74 STS 29 de abril 2010 (RJ 2011, 941).

75 V.gr. AAP Sevilla núm. 9/2020 de 21 enero; AAP La Rioja núm. 69/2018, de 13 de junio; AAP Badajoz de 28 de junio de 2017; AAP Córdoba, núm. 81/2018; AAP León nº 25/2018, de 19 de marzo. Estas resoluciones insisten en que la adopción de mayores de edad tiene un carácter absolutamente excepcional y en consecuencia la interpretación de la concurrencia de los requisitos que la permiten ha de hacerse con un carácter absolutamente restrictivo y no voluntarista, por cuanto que la norma general es la adopción de menores de edad y la excepción su ampliación a emancipados y mayores.

76 AAP León 6 febrero de 2020 (JUR 2020, 136388).

El AAP (Guipúzcoa) 11 de febrero 2022 remarca que la interpretación del art. 175.2 CC ha de ser restrictiva y aplicarse de forma excepcional, y a este respecto, la norma limita la convivencia inmediatamente anterior a la emancipación y no a la mayoría de edad. La citada resolución apostilla que en el caso de autos "no ha existido nunca acogimiento -entendido, como la situación jurídica de acogimiento familiar o residencial, art. 172 y ss. CC, como medida legal de protección de un menor-, pero tampoco una convivencia mediante la integración de la adoptando en la familia de los adoptantes con las características de que la residencia tenga las notas de habitualidad, permanencia y constancia durante el plazo legal del art. 175.2. En consecuencia, nadie niega que existan desde el año 2005 unos estrechos lazos afectivos entre la familia de los adoptantes y la adoptando que permitan considerar que no existe una voluntad fraudulenta, pero ello no puede ser argumento suficiente para desnaturalizar, para la excepcional circunstancia de la adopción de un mayor de edad, el cumplimiento de los requisitos legales cuya interpretación debe ser estricta y restrictiva. Por ser la exigencia de un acogimiento o convivencia previa de, al menos, un año, ni en el instante de alcanzar la mayoría de edad (noviembre 2015) se había producido con anterioridad (por lo menos desde el año 2010), ni tampoco se ha consumado con posterioridad. No se ha acreditado la convivencia de la Sra. María Luisa con la Sra. Zaira mientras ésta era menor de edad y, en consecuencia, no se ha acreditado en el presente caso un presupuesto básico para acordar la adopción pretendida como es la situación de "convivencia estable" con la futura adoptante al menos un año antes de la emancipación, tal y como exige el art. 175.2 CC"⁷⁷.

En relación al fraude en el ámbito de la adopción del mayor de edad, resulta ilustrativo el Auto de 26 de enero de 2023 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Roque (Cádiz), que pone de relieve la intención de las partes a la vista de las declaraciones vertidas en la tramitación del proceso y demás pruebas acordadas y practicadas en beneficio del orden público⁷⁸: "De la prueba practicada, consistente en la documental y las declaraciones del adoptante, adoptando y progenitores, no queda suficientemente acreditado que estemos ante una verdadera adopción, sino más bien ante un negocio jurídico instrumental y simulado, carente de causa; no cumpliéndose con lo establecido en el art. 175.2 CC. Y es que llama la atención que un mayor de edad (38 años de edad) quiera ser adoptado por su tía (de 66 años), aportando exclusivamente unas fotos (nada reveladoras de una relación análoga a la paterno-filial) [...]. La adoptante puso de manifiesto en el expediente que cuando el adoptando tenía 16 o 17 años, ella se fue a vivir a casa de los padres durante 1 o 2 años. Este hecho no constituye per se una situación previa de acogimiento o de convivencia estable como establece

⁷⁷ AAP Guipúzcoa 11 de febrero 2022 (JUR 2022, I50096).

⁷⁸ Auto dictado por el autor en el ejercicio de su función jurisdiccional como juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

el art. 175.2 CC, sino que es una situación como la que haría cualquier otro familiar en dichas circunstancias. También llama poderosamente la atención que la adoptante sea soltera y no tenga descendientes, manifestando expresamente en la comparecencia cuando es preguntada sobre la intención de formalizar la adopción, que “querría dejarle en testamento todo a él”, no siendo necesario para ello constituir una relación adoptiva. [...] Otro dato a tener en cuenta, o al menos revelador de un posible negocio jurídico simulado, es el patrimonio de la adoptante. Ésta llegó a manifestar que disponía de dos locales céntricos en Algeciras, alquilados a la Junta de Andalucía por los que recibía mensualmente 8.000€. Igualmente, manifestó que su patrimonio podría rondar 1.500.000€”.

V. ADOPCIÓN DE MAYOR DE EDAD, FRAUDE DE LEY Y PROCESO: REFLEXIONES

El procedimiento de adopción se regula en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁷⁹ (LJV). El Preámbulo de la norma saca a relucir la vinculación de la jurisdicción voluntaria con la “existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados”, de ahí que se requiera de “la actuación del Juez, en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante ella se dilucidan”.

La tramitación procesal de la adopción queda regulada en el Capítulo III (LJV), sin embargo, de una lectura atenta de los preceptos reguladores, se puede fácilmente concluir que dichas normas están pensadas más bien para la adopción del menor de edad. Hay una carencia absoluta de un régimen jurídico especial para la adopción de los mayores de edad o menores emancipados ex art. 175.2 CC. Así, el expediente comenzará con la solicitud del adoptante (art. 35.1), junto con las alegaciones y pruebas correspondientes (art. 35.3), ante el Juzgado de Primera Instancia de su domicilio (art. 33). En dicho expediente se deberá de recabar los oportunos consentimientos, asentimientos, así como la declaración de los sujetos que deban ser oídos.

En las normas especiales que regulan la adopción no se determina si la competencia corresponde al juez o al letrado de la administración de justicia, sin embargo, debemos inclinarnos por la primera opción. De hecho, no sólo por el interés público de la cuestión (recuérdese el Preámbulo), sino también por

79 BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

lo dispuesto en el art. 39.4 LJV al señalar que contra el auto (competencia del juez) que resuelva el expediente cabe recurso de apelación. Además, el art. 2 LJV declara que, cuando no venga atribuida expresamente la competencia ni al juez ni al letrado de la administración de justicia, será el primero el que decida sobre “los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

En la tramitación del expediente de adopción, por interés público y por la materia objeto de decisión, el juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas, pudiendo ordenar prueba de oficio (art. 5 LJV). Y es que, aunque las normas especiales relativas a la adopción no dejen nada claro sobre la materia probatoria, no hay que olvidar que estamos ante una cuestión de orden público en la que se va a constituir una relación paterno-filial adoptiva y, por ello, debe ordenarse cuanta prueba sea necesaria para que se instituyan verdaderas relaciones de filiación y no aquellas instrumentales para otros fines bien distintos⁸⁰. Uno de los beneficios de la jurisdicción voluntaria es su flexibilidad, permitiéndose la aportación y obtención de información sin rigidez ni restricciones⁸¹.

En muchas ocasiones va a resultar complejo determinar si la adopción del mayor de edad se está efectuando en fraude, haciéndose depender de la práctica y avidez judicial, pues puede ocurrir que el juez no acuerde la práctica de prueba porque del escrito de iniciación no se deriven extremos que cuestionen la verdad de lo alegado, limitándose a recabar los asentimientos, consentimientos y escuchas preceptivas. Sin embargo, hay que prestar especial atención a la prueba propuesta por el solicitante, relativa a la acreditación de la convivencia estable previa, debiendo cuestionarse la realidad de lo aportado cuando se trata de mayores de edad e interesar la práctica de pruebas adicionales de oficio en pro del interés público.

El problema se incrementa cuando existe la posibilidad de que el adoptante, una vez dictada la resolución denegatoria por un supuesto fraude, pueda volver a acudir a un tribunal distinto por cambio de domicilio (ex art. 33 LJV) e interesar nuevamente la adopción. Y es que, planteada la cuestión a otro juzgado territorialmente distinto, nadie podrá hacer valer ante el nuevo juez la situación fraudulenta previa. El único que podría hacerlo es el Ministerio Fiscal, pero es fácilmente que este cambie y no tenga conocimiento de la existencia de un proceso adoptivo previo denegado por vislumbrarse un fraude de ley. Las partes podrían

⁸⁰ Recuérdese el Preámbulo LJV.

⁸¹ MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La adopción en el derecho común español*, cit., p. 285.

someter la cuestión a un nuevo juez e intentar salvar las carencias probatorias manifestadas en la resolución inicial. Este es otro de los inconvenientes que se pone de manifiesto ante la ausencia de conexión entre los juzgados y tribunales del territorio.

VI. CONCLUSIONES.

La adopción se ha entendido, más bien, como una institución de naturaleza protectora de los intereses de los menores de edad, si bien, la adopción del mayor de edad y emancipado ha sido acogida con mayor o menor fuerza a lo largo de la historia legislativa próxima. Han existido períodos en los que la adopción del mayor de edad se ha reglamentado de forma escasa, produciéndose la adopción indiscriminada por un permisivo sistema (reformas del CC de 1958 y 1970). Ante esta situación, fue el legislador de 1987 el que tomó conciencia y vino a poner freno con una modificación legislativa centrada en la adopción como un instrumento de integración familiar de los más necesitados de protección.

Así, a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se endurecieron los requisitos para la adopción de los mayores de edad o menores emancipados, considerándose una vía muy excepcional. Los presupuestos fueron muy claros: que previa a la emancipación, y antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años, existiese una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia en la familia adoptante. El espíritu de esta previsión fue la de institucionalizar aquellas relaciones afectivas fácticas de los menores que habían convivido o sido acogidos previamente por una familia, como si de una verdadera relación paterno-filial se tratase. A este respecto, parecería injusto que los menores que habían sido acogidos o convividos previamente se viesen privados de formalizar la situación fáctica que venía desarrollándose desde hace tiempo.

Sin embargo, en cierto modo, la última reforma (a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio) vino nuevamente a ampliar la adopción del mayor de edad o menor emancipado con una relajación de los presupuestos establecidos en el art. 175.2 CC, si bien, manteniendo la estructura del precepto. Ahora se exige un acogimiento o convivencia estable previa a la emancipación de, al menos, un año. Esta previsión está suponiendo en la práctica forense que determinados sujetos acudan a la adopción (a través de la convivencia) para instituir determinadas relaciones que enmascaran un fraude de ley, vulnerándose el ordenamiento fiscal al suponer un tratamiento más beneficioso de cara a una sucesión futura. Hay que tener en cuenta que, en este tipo de adopciones, especialmente en la que se accede a través de la convivencia, hay una ausencia de intervención de las Administraciones, a diferencia de lo que ocurre con el menor de edad, por lo que

la convierte en una vía de fácil acceso al quedar en manos de las partes el acervo probatorio del requisito de la convivencia previa.

El fraude de ley en la adopción del mayor de edad se pone de manifiesto en el momento en el que los sujetos pretenden vulnerar una norma prohibitiva o imperativa, acudiendo (generalmente, mediante la simulación) a las normas de la adopción como instrumento para la ocultación de una futura realidad fiscal. El art. 175.2 CC se convertiría así en la norma de cobertura para instituir una relación de filiación adoptiva sin fundamento, contraviniendo de forma retorcida lo dispuesto en el ordenamiento fiscal. Los actos que componen la adopción pueden tener una causa real y aparentemente lícita, pero también puede ocurrir que exista una clara ausencia de voluntad en la constitución de una verdadera relación de filiación, deseándose por los intervinientes en el proceso un acto disimulado además de fraudulento.

La adopción del mayor de edad por la vía de la convivencia es el medio o camino a transitar para la consecución de una relación de filiación que, en aplicación del ordenamiento fiscal futuro, se refleje en una menor carga impositiva por la relación de parentesco entre adoptante y adoptando. Y es que, el fraude de ley ex art. 6.4 CC se consuma *ex post* con la vulneración del ordenamiento tributario aplicable a través de un acto anterior aparentemente válido (la adopción). En el caso objeto de debate, la consumación fraudulenta no se produciría hasta el momento en que el heredero va a tributar como consecuencia de la sucesión de su adoptante. Por ello, se suscita cierto debate en si debe considerarse la tentativa de fraude a tales efectos. Los actos encaminados a una vulneración futura del ordenamiento deben entenderse como actos preparatorios del fraude, pendiente de consolidación plena en un momento posterior. Es decir, las partes mediante una serie de actos previos se acomodan al ordenamiento, a través de la cobertura de sus normas, para la exclusión de una norma imperativa por otra más beneficiosa. Entendemos que ha de reputarse igualmente fraude el intento o la intención de los sujetos que mediante una serie de actos se preparan para la vulneración del ordenamiento.

La LJV es la norma procesal que regula la tramitación del expediente de adopción, pensada principalmente para los menores de edad, pues de su contenido se deriva claramente que los principios y fundamentos van encaminados a la protección de este sujeto. Naturalmente, al no establecerse disposiciones especiales para los mayores de edad o emancipados, resulta necesario recurrir a sus preceptos para tales situaciones.

El juez de instancia desempeñará un papel fundamental en la adopción, pues ha de velar por el cumplimiento del orden público e imponer límites a la autonomía de la voluntad (vid. Preámbulo LJV), resultando de especial relevancia que de oficio se ordenen cuantas pruebas se consideren necesarias, en aras de instituir verdaderas

y consumadas relaciones de filiación. Se debe poner el foco de atención en el escrito del solicitante y la prueba propuesta por este, especialmente en los casos de adopción del mayor de edad a través de la convivencia.

Una de las cuestiones de mayor trascendencia es que, en caso de denegación de la adopción por fraude, el adoptante podrá cambiar de domicilio y someter nuevamente la cuestión a otro órgano jurisdiccional de competencia distinta, aportando nueva prueba o evidencias que acrediten una real relación de filiación y convivencia estable previa. Al no existir una parte demandada como tal en este tipo de expedientes, nadie podrá poner de manifiesto la situación fraudulenta del proceso anterior, salvo que el Ministerio Fiscal lo haga valer (si no cambia).

Ante esta situación, y por la realidad que envuelve a la adopción del mayor de edad, sería conveniente una reforma sustantiva y procesal de la materia, al objeto de limitar el acceso a la institución de situaciones fraudulentas amparadas en la mera convivencia ya que, en el acogimiento, por regla general, habrá pruebas más objetivas debido a la intervención de la Administración. La convivencia se convierte así en una realidad difuminada, en manos de los sujetos intervinientes, que serán los que acrediten una supuesta existencia sin mayor complejidad.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

AMORÓS GUARDIOLA, M.: "Comentario al artículo 6.4 del Código Civil", AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 334 y ss.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "De la adopción", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2, (coord. por M. ALBALADEJO), Revista de Derecho Privado, Edersa, 1982, pp. 260-449.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, Común y Foral*, t. I, 7ª ed., Madrid, 1949.

DE CASTRO BRAVO, F.: *Derecho Civil de España. Parte General*, I, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

- *El negocio jurídico*, Civitas, 1985.

DE CUEVILLAS MATOZZI, I., y VELASCO PERDIGONES, J.C.: *Fundamentos de Derecho Civil español*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.

DE LA IGLESIA PRADOS, E.: *El fraude de Ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2012

DÍEZ-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.

GALLO VÉLEZ, A.: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, Madrid, 2017.

GARCÍA CANTERO, G.: "La adopción de mayores de edad", *Actualidad Civil*, nº 41, 1998, pp. 993-1007.

HERRERA CAMPOS, R.: "La filiación", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y sucesiones* (coord. B. MORENO QUESADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 311.

HERRERA, E.: *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

JORDANO BAREA, J.B.: "Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley", *Anuario de Derecho Civil*, 1960, pp. 958-972.

JORDANO BAREA, J.B.: "Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley", *Anuario de Derecho Civil*, 1960.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*, 16ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 324.

LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 175 CC", en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 647 y ss.

LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 175 CC", en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍN OVIEDO, J.M.: "El acto en fraude de ley como especie de acto contrario a la ley", *RDP*, 1967, pp. 304 y ss.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: *La adopción en el derecho común español*, Tirant lo Blanch, 2019, Valencia.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D.: *El fraude de ley en la jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1988.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, t. I, Parte General*, RDP, Edersa, Madrid, 1986.

- *Compendio de Derecho Civil, t. IV. Derecho de la Familia*, 3ª ed., Edersa, Madrid, 1991.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

PÉREZ ESCOBAR, J.: *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2010.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho de familia*, Sevilla, 1949.

SÁNCHEZ CANO, M.J.: "Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el derecho internacional privado español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 904-916.

SOLS LUCÍA, A.: *El fraude a la Ley*, Bosch, Barcelona, 1988.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos", *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, 1995.

VALVERDE y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. I. *Parte General*, 4^a ed., Madrid, 1935.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021

*CIVIL LIABILITY OF PERSONS WITH DISABILITIES AFTER LAW
8/2021*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 826-859

Beatriz
EXTREMERA
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su posterior adaptación a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, han transformado el reconocimiento de derechos y responsabilidades de las personas con discapacidad. De este modo, se ha asegurado la plena capacidad jurídica de estas personas, incluyendo su responsabilidad civil a través de la nueva redacción del artículo 299 del Código Civil. Sin embargo, esta reforma plantea cuestiones sobre la aplicación de los criterios de imputación, así como la responsabilidad de los prestadores de medidas de apoyo que merecen un análisis detallado.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; responsabilidad civil; medidas de apoyo.

ABSTRACT: *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its subsequent adaption through Law 8/2021, of 2nd of June, have transformed the recognition of rights and responsibilities of persons with disabilities. In this way, the full legal capacity of these persons has been ensured, including their civil liability through the new wording of Article 299 of the Civil Code. However, this reform raises questions about the application of the criteria of imputation, as well as the liability of the providers of support measures, which deserve a detailed analysis.*

KEY WORDS: *Persons with disabilities; civil liability; support measures.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. REGULACIÓN E INTERPRETACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA.- III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE QUIENES EJERZAN LAS MEDIDAS DE APOYO.- 1. La responsabilidad del curador con facultades de representación plena: el art. 1903.IV CC.- 2. La responsabilidad del curador, guardador de hecho y defensor judicial y otras medidas voluntarias.- 3. El rechazo de LAS MEDIDAS DE APOYO.- 4. DERECHO DE REPETICIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

No cabe duda de que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD), ha supuesto un cambio de paradigma en lo que a las personas con discapacidad se refiere, entendiéndose por estas “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹. Sin embargo, a pesar de que desde su publicación en el BOE esta norma formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico, en España no tuvo una verdadera traslación hasta la reciente promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Tras esta reforma legislativa, se ha reconocido la capacidad plena de las personas con discapacidad desde una doble vertiente: por un lado, la titularidad de los derechos y, por el otro, el ejercicio de los mismos. Ahora bien, para que la plena igualdad sea efectiva, la reforma ha llevado aparejada la asunción de obligaciones y responsabilidades de un modo correlativo. A este respecto, merece una especial atención la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos por las personas con discapacidad.

Con anterioridad a la Ley 8/2021, la doctrina se cuestionaba si las personas con discapacidad podían ser responsables conforme a las reglas de la responsabilidad civil. En un primer momento, estos sujetos no eran considerados plenamente capaces en lo que al ejercicio de sus derechos se refiere y, por tanto, en la mayoría

¹ Definición extraída del segundo párrafo del artículo 1 de la CDPD. Asimismo, el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

de las ocasiones, eran estimados como inimputables. De este modo, al exigir el artículo 1902 del Código Civil la culpa o negligencia (o dolo) del agente del daño, se consideraba que estos estaban privados de culpa civil. Posteriormente, esta postura fue superada por otras en las que sí se tomaba en consideración las capacidades de discernimiento, pero no existía una posición unificada al respecto. En cambio, desde la perspectiva de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, la cuestión planteada era más sencilla, dado que permitía que las personas con discapacidad respondieran civilmente en todo caso con independencia de la imputación subjetiva (culpa, negligencia o dolo). Ello era debido a que el artículo 118.1 del Código Penal² declaraba que la exención de la responsabilidad criminal no conllevaba la responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

A pesar de la doctrina tendente al reconocimiento de la responsabilidad civil de la persona con discapacidad, la Ley 8/2021 ha querido eliminar cualquier duda al respecto. Por ello, tras la citada reforma, se incorpora un precepto reconociendo dicha responsabilidad (artículo 299 del Código Civil) y remitiéndose a los preceptos generales de la responsabilidad civil extracontractual, así como se modifica otro para atender a la responsabilidad por hecho ajeno de los curadores con facultades de representación (artículo 1903 del Código Civil). Asimismo, también se han modificado ciertos preceptos del Código Penal relativos a la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos cometidos por personas con discapacidad.

A partir de tales premisas, surgen ciertas cuestiones en relación con la responsabilidad civil de las personas con discapacidad. Así, se plantea, entre otras cuestiones, si debe ser adaptado a las personas con discapacidad el criterio de imputación subjetivo que rige el artículo 1902 del Código Civil o si, por el contrario, dicho criterio debe ser el mismo para todas las personas (el de un buen padre de familia). Otra cuestión que se plantea es en qué lugar queda la responsabilidad de las personas que ejercen las funciones de apoyo a las personas con discapacidad, en tanto que el artículo 1903 del Código Civil únicamente menciona a los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona con discapacidad. Es por ello, entre otras cuestiones, por lo que resulta necesario un estudio en el que se analice la responsabilidad civil de las personas con discapacidad.

2 Artículo 118.1 del Código Penal: "La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes". Así, se comprende a las personas con discapacidad en los apartados 1º y 3º del artículo 20 del mismo Código: "Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. [...] 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad".

II. LA REGULACIÓN E INTERPRETACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA.

La responsabilidad civil de las personas con discapacidad ha evolucionado durante las décadas en España, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021. En efecto, como se ha comentado anteriormente, en un primer momento, la doctrina optaba por excluir cualquier tipo de responsabilidad a las personas con discapacidad, fruto de un período paternalista con estas. Sin embargo, esta postura fue posteriormente modificada al considerar que el artículo 32 del Código Civil reconocía que estas personas eran titulares de derechos y de obligaciones³. Ahora bien, su posterior derogación no supuso un cambio de parecer, dado que existían otros motivos para reconocer la imputabilidad de las personas con discapacidad. Así es, la ausencia de norma que excluyera su responsabilidad por culpa, que el artículo 1903 del Código Civil era plenamente compatible con la responsabilidad por hecho propio contemplada en el precepto anterior y que los Principios Europeos de la Responsabilidad Extracontractual (en adelante, PETL por sus siglas en inglés, *Principles of European Tort Law*) reconocen la responsabilidad de la persona con discapacidad son algunos de los fundamentos para que las personas con discapacidad pudieran ser declaradas responsables por los ilícitos civiles⁴.

En cuanto a la responsabilidad civil de los cargos tutelares, destacaba, por un lado, la responsabilidad de los tutores por los hechos cometidos por las personas con discapacidad que contemplaba el apartado tercero del artículo 1903 del Código Civil. Por otro lado, surgían dudas respecto a los guardadores de hecho por cuanto que, aunque la doctrina mayoritaria abogaba por el reconocimiento de tal responsabilidad, se cuestionaba el fundamento de la misma. En primer lugar, se planteaba la aplicación del artículo 1903 del Código Civil. Sin embargo, la doctrina a este respecto era muy amplia en tanto que dependía de las diferentes interpretaciones que se hiciera del artículo 1903 del Código Civil, esto es, si la enumeración era taxativa, o no; y dentro de esta última posición si debe aplicarse analógicamente o si, por el contrario, los guardadores de hecho ya se encontraban incluidos en la referencia a los “tutores” que realizaba el precepto; otros, en cambio, consideraban que también debería atenderse a la diferente casuística que pudiera existir al respecto (*v. gr.* existencia de padres que ejercieran la patria potestad)⁵.

3 El derogado artículo 32 del Código Civil señalaba que: “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.

La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero”.

4 ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad” en AA.VV.: *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. por L. C. PÉREZ BUENO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 526-529; BERENGUER ALBALADEJO, M. C.: *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad y sus guardadores por los daños causados a terceros*, Reus, Madrid, 2022, pp. 17-22.

5 BUSTOS VALDIVIA, I.: “El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardador” en AA.VV.: *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* (coord. por R. HERRERA CAMPOS), Universidad de Almería, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, Almería, 2000, pp. 278-283; BERENGUER ALBALADEJO,

Asimismo, otra posición doctrinal menos extendida era la de establecer la responsabilidad del guardador de hecho conforme al artículo 229 del Código Civil que señalaba que: “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”. A este respecto, una parte de la doctrina consideraba que serían responsables de los daños que se ocasionaran a la propia persona con discapacidad (que debía estar sometido a tutela)⁶, y otra, además de los anteriores, consideraba que también responderían de los perjuicios que estas personas causaren a terceros⁷.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Como se ha advertido previamente, una de las novedades de la Ley 8/2021 es el reconocimiento expreso de que las personas con discapacidad pueden ser responsables civilmente. No obstante, debe advertirse que la CDPD no cuenta con precepto alguno que expresamente conmine a los Estados a regular la responsabilidad de las personas con discapacidad.

Ahora bien, esto debe ser una consecuencia lógica del reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad. En efecto, en los debates surgidos en el momento de la elaboración de la CDPD se cuestionó el concepto de capacidad jurídica y ya en aquel momento el Presidente del Comité Especial explicó que se refería a que las personas con discapacidad tenían los mismos derechos y responsabilidades legales⁸. Así las cosas, el artículo 1 CDPD indica que el propósito de la convención es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el resto de su dignidad inherente”. A partir de tales premisas, el artículo 8.1.b) CDPD afirma que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: [...] b) Luchar contra los estereotipos, los perjuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida”. En el mismo

M. C.: *Responsabilidad de*, cit., pp. 72-80; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 339-340.

- 6 YÁÑEZ VIVERO, F.: “La responsabilidad derivada de los daños causados por las personas mayores incapaces” en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. por C. LASARTE ALVAREZ), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 286-287; ALCÁIN MARTÍNEZ, E.: “La responsabilidad civil en”, cit., pp. 532-534; BERENGUER ALBALADEJO, M. C.: *Responsabilidad de*, cit., pp. 82.
- 7 DÍAZ ALABART, S.: “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de Derecho civil*, 1987, núm. 3, p. 835.
- 8 TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 328-329.

sentido, el artículo 12.2 CDPD señala que “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Por todo ello, debe reconocerse implícitamente la igualdad en derechos, pero también en obligaciones de las personas con discapacidad⁹. En efecto, lo anterior es consecuencia inmediata de reconocer que las medidas de apoyo son una forma de soporte a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, en tanto que se pasa de sustituir a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica a ayudarla a que sea esta la que tome sus propias decisiones. Y ello a pesar de que se considere que estas decisiones concretas puedan perjudicar a la persona con discapacidad, por cuanto que, como cualquier otra persona, tienen derecho a equivocarse¹⁰. Si bien es cierto que llama la atención de algún autor que no se haya emprendido una reforma de la responsabilidad penal de las personas con discapacidad a tenor de esta misma Convención, dado que la única modificación del Código Penal que se ha operado al amparo de la Ley 8/2021 afecta a la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal¹¹.

Centrándonos ya en el sistema jurídico español, la Ley 8/2021 concluye en su Preámbulo que el cambio de percepción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad también ha de repercutir en la responsabilidad de estas. De este modo, el artículo 299 del Código Civil reconoce expresamente la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ser responsables civilmente conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual (artículos 1902 y siguientes): “La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”.

La redacción de dicho precepto se ha mantenido intacto durante la tramitación parlamentaria (únicamente se sustituyó “los artículos 1902 y 1903” por “el Capítulo XVI del Libro Cuarto”. Sin embargo, la redacción del artículo 297 del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, equivalente al actual artículo 299 del Código Civil, sí que difería ligeramente en su redacción: “La persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables”¹². De

9 PEÑA LÓPEZ, F.: “Reforma en materia de responsabilidad civil” en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 571-572.

10 BARBA, V.: “El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006” en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 47-49.

11 TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad*, cit., p. 329

12 *La cursiva es nuestra.*

este modo, se puede apreciar que el Anteproyecto proponía que las personas con discapacidad respondieran “en todo caso”. Lo anterior conllevaría a una responsabilidad objetiva de las personas con discapacidad, siendo ello más gravoso incluso que para las personas sin discapacidad.

Sobre el vigente artículo 299 del Código Civil, cabe destacar que la remisión a estos preceptos no es tan sencilla como en un primer momento pudiera parecer. Y es que debe tenerse presente que el artículo 1902 del Código Civil exige que el agente del daño haya actuado mediando culpa o negligencia (o dolo) para que se le atribuya responsabilidad por su actuación. Tradicionalmente, se ha considerado que el estándar de diligencia exigible es el del buen padre de familia, que coincide con la actuación que cometería cualquier persona en una situación similar. A este respecto, cabe cuestionarse cuál será el estándar de diligencia que se le podrá exigir a la persona con discapacidad: el de un buen padre de familia o, por el contrario, este se deberá ajustar a la discapacidad de cada persona. Ante esta disyuntiva, la doctrina ha planteado dos posturas que interpretan el artículo 1902 del Código Civil en relación con el nuevo artículo 299 del mismo texto legal.

La primera posición doctrinal considera que el artículo 299 del Código Civil no ha modificado las reglas generales de la responsabilidad civil, sino que únicamente se remite a ellas. Así pues, este criterio subjetivo parte de una interpretación individualizada de la diligencia debida y, por ende, deberá atenderse a las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar¹³. De este modo, si esta no tiene la suficiente capacidad intelectual y volitiva que exige el artículo 1902 del Código Civil, no podrá responder conforme a dicho precepto. El fundamento de esta posición se basa en que ni la reforma operada por la CDPD exige este cambio de concepción, dado que, como se verá más adelante, los sistemas jurídicos de nuestro entorno no han emprendido reformas legislativas para adaptar su regulación a la Convención en lo que a la responsabilidad civil de las personas con discapacidad se refiere en estos términos, a pesar de que muchas de ellas excluyen su imputabilidad¹⁴. Asimismo, tampoco lo exige la Ley 8/2021, dado que, como destaca TORAL LARA, a pesar de que para esta autora la CDPD sí que pretende una noción más objetiva de la culpa, no cree que sea posible que se haya modificado la noción de culpa subjetiva de nuestro Derecho de daños, sin siquiera haber modificado el artículo 1902 del Código Civil¹⁵. Sin embargo, esta posición no debe

13 MARTÍN CASALS, M.: “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate” en AA.VV.: *Persona, familia y género: Liber amicorum a M^o del Carmen Gete-Alonso y Calera* (dir. por J. SOLÉ RESINA), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 75-76; LLAMAS POMBO, E.: “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 149, 2021, p. 8; PEÑA LÓPEZ, F.: “Reforma en”, cit., p. 593-595; TORAL LARA, E.: “El defensor judicial de las personas con discapacidad” en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 334-335; ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La otra cara de la reforma española acerca de la discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024, pp. 385-391.

14 MARTÍN CASALS, M.: “La responsabilidad”, cit., pp. 76-77.

15 TORAL LARA, E.: “El defensor”, cit., pp. 334-335.

interpretarse como una discriminación hacia la persona con discapacidad, dado que la exclusión de responsabilidad por la falta de capacidad intelectual y volitiva en el momento de cometer la actuación u omisión dolosa se exige tanto a las personas que sufran una discapacidad como a aquellas que no la tengan. Asimismo, también se valorará si el agente del daño (con independencia de si presenta una discapacidad o no) se ha posicionado en esa situación de inimputabilidad intelectual o volitiva de manera consciente, por ejemplo, siguiendo la ilustración de MARTÍN CASALS, no tomándose la medicación para evitar determinada conducta.

La segunda posición doctrinal, por el contrario, considera que la culpa ha de ser interpretada en un sentido objetivo (negligencia objetiva) similar a la culpa objetiva del Derecho francés. Así pues, cuando el artículo 299 del Código Civil se remite a las disposiciones generales de la responsabilidad civil, exige, a su vez, el mismo estándar de diligencia a todos los sujetos, esto es, el de un buen padre de familia, con independencia de su capacidad para razonar y entender¹⁶. Esta tesis se fundamenta en lo expresado en el preámbulo de la Ley 8/2021 que afirma que: “la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno”. Asimismo, se toma en consideración el reconocimiento de la plena igualdad del artículo 12 CDPD, dado que para estos autores no es comprensible que, a pesar de tener reconocida la capacidad jurídica plena, no pueda ser responsable por sus actos, ni tampoco la persona que le preste apoyo. Esta interpretación se aproximaría a la contenida en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal y, por tanto, pondría fin a la discutida distinción de criterio que existía en relación con ambos tipos de responsabilidad civil¹⁷. Ahora bien, debe tenerse presente que, si se acoge esta segunda posición doctrinal, supone un agravamiento de la responsabilidad de la

16 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. por J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 981-985; LECIÑENA IBARRA, A.: “Caminando hacia la deconstrucción de la responsabilidad civil por daños causados por personas mayores” en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. por J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1628-1629; TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad*, cit., p. 330; MEDINA ALCOZ, M.: “Notas sobre la responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma operada por la Ley 8/2021”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 2022, núm. 4, p. 20; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: “Artículo 299” en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ y coord. por I. VARELA CASTRO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 480-481.

17 ÁLVAREZ LATA, N.: “Capítulo VI. Responsabilidad por daños causados a otros” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 860; MEDINA ALCOZ, M.: “Notas sobre” cit., pp. 20-21.

persona con discapacidad, en tanto que estaría desprovista de medidas de apoyo; medidas que, por el contrario, sí que tiene a la hora de ejercitar sus derechos¹⁸. Sin embargo, como aspecto positivo presenta que las víctimas de los ilícitos civiles serán resarcidas en igualdad de condiciones, con independencia de si el agente del daño presenta una discapacidad o no.

En cualquier caso, la falta de claridad del legislador en materia de la imputación subjetiva ha propiciado críticas por parte de la doctrina, que reclama una mayor claridad al respecto. De este modo, ÁLVAREZ LATA entiende que no hubieran sido problemáticas las modificaciones en materia de imputación subjetiva en las disposiciones generales en materia de responsabilidad extracontractual, si eso hubiera conllevado una mayor claridad¹⁹.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE QUIENES EJERZAN LAS MEDIDAS DE APOYO.

I. La responsabilidad del curador con facultades de representación plena: el art. 1903.IV CC.

Debe recordarse que el artículo 299 del Código Civil reconoce la responsabilidad de la persona con discapacidad "sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables". Así pues, resulta necesario destacar la responsabilidad de los prestadores de apoyo, teniendo un lugar destacado a este respecto la responsabilidad civil de los curadores con facultades de representación, reconocida expresamente en el artículo 1903.IV del Código Civil.

La Ley 8/2021 también ha modificado el artículo 1903 del Código Civil referido a la responsabilidad por hecho ajeno. Con carácter previo, el apartado tercero del citado precepto señalaba a los tutores como responsables de los daños ocasionados por los menores de edad o *incapacitados* que estaban bajo su autoridad y convivían con ellos. Tras la modificación, en consonancia con el resto de Ley 8/2021, se elimina la responsabilidad de los tutores por los hechos cometidos por los *incapacitados* y se añade un apartado adicional por el que se hace responsables a los curadores con facultades de representación plena por los actos de la persona con discapacidad a la que prestan apoyo, siempre que convivan con esta.

Respecto al fundamento de dicha norma, tradicionalmente se ha considerado el fundamento de la responsabilidad civil de los tutores respecto de las personas

¹⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: "Capítulo VI" cit., p. 861.

¹⁹ ÁLVAREZ LATA, N.: "Capítulo VI" cit., pp. 860-861.

con discapacidad es la culpa *in vigilando*²⁰. Sin embargo, tras la Ley 8/2021, se ha considerado que la responsabilidad del curador no puede fundamentarse en la una culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in educando*, por cuanto que este no elige, vigila o educa a la persona con discapacidad. Por ello, se ha propuesto como fundamento la culpa *in fulciendo* o *in secundando*, es decir, por haber incurrido en culpa en el ejercicio de sus funciones²¹. No obstante, ATIENZA NAVARRO considera que en los supuestos más graves de discapacidad se mantiene la tradicional fundamentación de la culpa *in vigilando*²².

En una primera lectura, podría parecer que esta reforma sencillamente se debe a una adaptación a la nueva terminología, sustituyendo al tutor por el curador con facultades de representación como medida de apoyo a las personas con discapacidad. Sin embargo, la modificación va más allá de lo dicho. Así es, a diferencia de lo que ocurría anteriormente con el tutor, el nombramiento de un curador con facultades de representación ha de ser excepcional (mucho más si de lo que se trata es de un curador que ejerza una representación *plena* o general), limitándose a los supuestos en los que, al no poder conocerse la voluntad de la persona con discapacidad, no puede complementarse esta, siendo la regla general la utilización de otras medidas de apoyo, tal y como dispone el artículo 269.3 del Código Civil²³. Por tanto, cabe afirmar que la nueva responsabilidad regulada en el artículo 1903.IV del Código Civil es más restringida que la que se contenía anteriormente en el apartado tercero del mismo precepto. Esta misma idea se contempla en la propia exposición de motivos de la Ley 8/2021, en la que se indica expresamente que ha de restringirse la responsabilidad por hecho ajeno, por varios motivos: la persona con discapacidad es plenamente capaz y, por tanto, debe responsabilizarse por sus hechos cometidos y porque el nombramiento de un curador con facultades de representación que, además, conviva con la persona con discapacidad será claramente una situación excepcional.

En cuanto a los requisitos que deben concurrir a la hora de responsabilizar al curador con facultades de representación por los hechos cometidos por la persona con discapacidad, deben tomarse en consideración los que ya existían

20 ATIENZA NAVARRO, M. L.: "La responsabilidad civil por hecho ajeno" en AA.VV.: *Derecho de daños* (dir. por M. E. CLEMENTE MEORO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 534-535.

21 ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de daños y el Derecho de la Discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2021, p. 7; LLAMAS POMBO, E.: "La responsabilidad" cit., p. 11-12.

22 ATIENZA NAVARRO, M. L.: "La otra" cit., p. 395.

23 Así lo entiende también la doctrina de manera unánime. GARCÍA RUBIO, M. P.: "La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2021, pp. 96-97; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia" en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 89-91; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "El nuevo régimen legal de la curatela" en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 199-202.

con carácter previo a la reforma, aunque adaptándolos a la misma: por un lado, el nombramiento de un curador con facultades de representación plena y, por otro lado, que habiten²⁴ en compañía de la persona con discapacidad²⁴.

Por lo que al primero de los requisitos se refiere, cabe señalar que el precepto exige el establecimiento (que se hará mediante sentencia) de una curatela representativa del artículo 269.3 del Código Civil. Sin embargo, la disposición objeto de análisis no se limita a fijar la responsabilidad del curador con facultades de representación, sino que, además, exige que esta facultad de representación sea *plena*²⁵. Ahora bien, cabe cuestionarse qué debemos entender por facultades de representación *plena*, por cuanto que ningún otro precepto del Código Civil define este tipo de curatela representativa en contraposición a otra que no tenga dicha característica.

A este respecto, debe tomarse en consideración que el artículo 269.3 del Código Civil, que regula la curatela representativa, parece ir en contra de establecer facultades plenas de representación, en tanto que exige que se determinen los actos concretos por los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad²⁶. Asimismo, se ha considerado que el establecimiento de una representación plena iría en contra de los principios de la CDPD²⁷, en tanto que, por muy amplias que sean las facultades del curador representativo, no pueden incluirse todos los aspectos de la vida de la persona con discapacidad, como lo es, por ejemplo, el contraer matrimonio u otorgar testamento, dado que se trata de actos personalísimos, en ambos casos²⁸. Por ello, es exigible que en la sentencia que se nombre curador con facultades representativas se especifique para qué actos concretos se requieren las medidas de apoyo, evitando expresiones genéricas²⁹. En definitiva, no puede establecerse una curatela con facultades de representación que abarque todas las esferas de la vida de la persona con discapacidad.

24 Con carácter previo, además se exigía que estuvieran bajo su autoridad, cuestión de la que se prescinde tras la reforma de la Ley 8/2021.

25 ÁLVAREZ LATA, N.: "Sesenta y seis. Se modifica el tercer párrafo del artículo 1903 y se añade un párrafo cuarto, con el texto que se indica a continuación" en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1065-1066; ALVENTOSA DEL RIO, J.: *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 404.

26 Artículo 269.3 del Código Civil: "Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad".

27 ÁLVAREZ LATA, N.: "Sesenta y seis" cit., pp. 1065-1066.

28 Tal y como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales" cit., p. 97; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Artículos 269 y 270 del Código Civil. Comentario conjunto" en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 697.

29 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales" cit., pp. 96-97.

Así las cosas, ÁLVAREZ LATA abre la interpretación de dichos términos a las dos siguientes posibilidades: por un lado, que se trate de una representación intensa, por lo que a cuantitativamente se refiere, es decir, que abarque a grandes aspectos de la vida de la persona con discapacidad; por el otro, que no haya otras medidas de apoyo representativas que puedan interferir en la imputación del curador, como la coexistencia de la curatela con facultades representativas con el poder preventivo, por ejemplo³⁰.

En caso de escoger la primera interpretación, se plantean diversas cuestiones. Por un lado, si cabe exigir responsabilidad en los supuestos de curatelas mixtas, esto es, cuando las facultades de representación no lo sean para todos los ámbitos de la vida de la persona con discapacidad, por ejemplo, porque sean asistenciales, para ciertos ámbitos de la vida, y representativas, para otros³¹. En estos casos, debería cuestionarse el alcance de la responsabilidad del curador con facultades de representación. Y ello por cuanto que, a nuestro juicio, no cabría que el curador con facultades de representación fuera responsable por los hechos cometidos por la persona con discapacidad en aquellos ámbitos en los que no le representa y únicamente le asiste, dado que la decisión final corresponde a la persona con discapacidad. En definitiva, su ámbito de responsabilidad que se dispone por el artículo 1903.IV del Código Civil se limitaría a los actos en los que alcanzan su facultad de representación. Por otro lado, también resulta controvertido el supuesto de nombramiento de curatelas plurales del artículo 277 del Código Civil³², esto es, que se nombre un curador con facultades de representación para la persona y otro distinto para los bienes. A este respecto, se ha considerado que deberá responder el curador con facultades de representación con el que convivan, probablemente el curador de la persona, o, por el contrario, que la responsabilidad sea compartida entre los curadores con facultades de representación, salvo que esta pueda individualizarse³³.

En cuanto a la segunda de las interpretaciones dada por ÁLVAREZ LATA, consideramos que debe ser descartada por dos motivos. Por un lado, porque si consideramos que únicamente responderá el curador con facultades de representación cuando no haya otras medidas voluntarias, sin que se responsabilice consiguientemente al titular de estas, supone que en tales casos de concurrencia

30 ÁLVAREZ LATA, N.: "Sesenta y seis" cit., pp. 1065-1066.

31 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales" cit., pp. 91-92.

32 Artículo 277.I del Código Civil: "Se puede proponer el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes".

33 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., pp. 336-337 y RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Artículo 1903.III y IV" en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ y coord. por I. VARELA CASTRO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022, p. 769. Asimismo, ALCÁIN MARTÍNEZ, E.: "La responsabilidad civil de" cit., p. 8, considera que podría fijarse una responsabilidad solidaria o subsidiaria entre ambos curadores.

de diferentes medidas de apoyo no respondería el curador con facultades de representación, mientras que en otro supuesto idéntico en el que no haya medidas voluntarias sí que respondería. Por otro lado, y atendiendo a la interpretación sistemática, no creemos que sea de aplicación esta segunda interpretación, por cuanto que el Código Civil se refiere en otras ocasiones a esta curatela con facultades de representación *plena* y parece que lo hace en el primer sentido señalado (a saber, los artículos 22.2.c), 1387, 1393.1º y 1700.5º del Código Civil).

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos exigidos para que se dé la responsabilidad del curador con facultades de representación, este ha de convivir con la persona con discapacidad. Ahora bien, la convivencia no cesa a pesar de haber interrupciones puntuales por motivos laborales o sociales³⁴. Se considera que el fundamento de dicha exigencia son los deberes de guarda y custodia que recaían sobre el tutor, a pesar de que en la actualidad no parecen vigentes³⁵.

Finalmente, cabe recordar que nos encontramos ante una responsabilidad del curador con facultades de representación directa y solidaria con la responsabilidad por hecho propio de la persona con discapacidad y cuasiobjetiva. En relación con esto último, existe una presunción *iuris tantum* de la existencia de culpa, pero que, no obstante, admite prueba en contra por la que se demuestre que el curador con facultades de representación ha utilizado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño conforme al último párrafo del artículo 1903 del Código Civil. Sin embargo, como ha destacado algún autor, los tribunales han elevado tanto el nivel de diligencia exigible a los padres y tutores (entendemos ahora también extensible a los curadores con facultades representación) que, difícilmente serán exonerados³⁶. Por cuanto a lo que se refiere a la responsabilidad solidaria, y a pesar de que no se contempla expresamente, se ha considerado que en el caso de que el curador con facultades de representación satisface toda la indemnización por los daños causados por una persona con discapacidad, podrá exigir su reembolso ex artículo 1145 del Código Civil³⁷.

2. La responsabilidad del curador, guardador de hecho y defensor judicial y otras medidas voluntarias.

Tras el análisis de la responsabilidad civil del curador con facultades de representación (artículo 1903.IV del Código Civil), cabe cuestionarse ¿qué ocurre con el resto de medidas de apoyo como el guardador de hecho, el defensor

34 ÁLVAREZ LATA, N.: "Sesenta y seis" cit., p. 1066 y ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *La curatela*, cit., pp. 404-405.

35 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *La curatela*, cit., p. 404.

36 ATIENZA NAVARRO, M. L.: "La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena" en AA.VV.: *Derecho de daños* (dir. por M. E. CLEMENTE MEORO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 578-579.

37 MEDINA ALCOZ, M.: "Notas sobre", cit. p. 21.

judicial o el curador meramente asistencial (o con facultades de representación que no sean plenas) u otras medidas voluntarias?

Como se ha visto anteriormente, con carácter previo a la reforma, era doctrina discutida si cabía la responsabilidad civil del guardador de hecho por los actos cometidos por las personas con discapacidad que estaban bajo su guarda de acuerdo con el anterior artículo 1903.III del Código Civil³⁸. No obstante, parece que tras la reforma de dicho precepto queda despejada la duda de si cabe la responsabilidad de otras figuras de apoyo a las personas con discapacidad en virtud del citado precepto.

En efecto, debe tenerse presente varias circunstancias que permiten alcanzar tal conclusión. En primer lugar, las medidas de apoyo ya no se conciben como una forma de vigilancia de la persona con discapacidad, por el contrario, son medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es por ello que, a nuestro juicio, no encaja con la culpa *in vigilando* que tradicionalmente ha fundamentado la culpa de estos sujetos³⁹ (junto con la culpa *in educando* o *in eligendo*, para el resto de supuestos de la misma disposición) que no puede ser exigible a otras medidas de apoyo como lo son las voluntarias, la guarda de hecho o la curatela asistencial⁴⁰. En segundo lugar, como ya se ha mencionado previamente, la exposición de motivos confirma que la responsabilidad por hecho ajeno debe tener una interpretación más restringida que la anteriormente vigente. Finalmente, también se ha considerado que la ausencia de la cita a ciertas figuras tras la reforma del artículo 1903 del Código Civil –tomando en consideración el gran debate doctrinal que existía al respecto de la guarda de hecho– es una omisión consciente por parte del legislador que ha querido excluir al resto de prestadores de apoyo de la responsabilidad de la citada disposición⁴¹.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, se plantea si otros sujetos que tengan facultades de representación, como el defensor judicial, pudiera ser responsable mediante una interpretación extensiva del artículo 1903.IV del Código Civil⁴². A nuestro modo de ver, el carácter meramente ocasional que caracteriza al defensor judicial⁴³ permite descartar la aplicación extensiva del citado precepto.

38 A este respecto *vid. supra* apartado II sobre la regulación e interpretación anterior a la reforma.

39 Para ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “La responsabilidad civil de”, cit., p. 7 y LLAMAS POMBO, E.: “La responsabilidad” cit., p. 11-12. el fundamento actual del artículo 1903.IV del Código Civil es la culpa *in fulciendo* o *in secundando*.

40 ÁLVAREZ LATA, N.: “Sesenta y seis” cit., pp. 1064-1065; ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil por” cit., pp. 534-535; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: “Artículo 1903.III y IV” cit., p. 770.

41 ÁLVAREZ LATA, N.: “Sesenta y seis” cit., pp. 1064-1065; ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “La responsabilidad civil de” cit., p. 7. Por el contrario, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 340 no comparte dicho parecer y cuestiona si esa es la verdadera pretensión del legislador.

42 Así lo defiende YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 341.

43 Artículo 250.VI del Código Civil: “El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”. Asimismo, también se constata esta característica de las funciones del defensor judicial que menciona el artículo

Asimismo, si se toma en consideración como se ha reiterado en diversas ocasiones, el carácter excepcional de la responsabilidad por hecho ajeno del curador con facultades de representación –tal y como demuestra la exposición de motivos de la Ley 8/2021–⁴⁴ y que este precepto, además, exige la convivencia de este sujeto con la persona con discapacidad, creemos que no responderá por el citado precepto el defensor judicial, a pesar de que tenga facultades de representación.

Ahora bien, descartar la responsabilidad de estos sujetos por la aplicación extensiva del artículo 1903.IV del Código Civil no debe significar que aquellos no deben responder bajo otros supuestos. En efecto, debe recordarse que el artículo 299 del Código Civil reconoce la responsabilidad de las personas con discapacidad “sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posible responsables”, por tanto, podríamos remitirnos a otros preceptos a la hora de fundamentar la responsabilidad de los guardadores de hecho, curadores asistenciales, defensores judiciales o aquellos sujetos que sean titulares de medidas voluntarias. Así las cosas, conforme al artículo 1902 del Código Civil, los prestadores de apoyo podrán responder por los daños causados por las personas con discapacidad a terceros⁴⁵. Ahora bien, en este caso no puede ser entendido como una responsabilidad por culpa *in vigilando*, como sucedía en la responsabilidad del artículo 1903 del Código Civil, por cuanto que no tiene la obligación de tener bajo su guarda a la persona con discapacidad, sino que los prestadores de apoyo serán responsables en tanto que no hayan ejercido sus funciones correctamente y, consecuencia de ello, la persona con discapacidad ocasione un perjuicio. Así pues, no se trataría de una responsabilidad por hecho ajeno, sino una responsabilidad por hecho propio y, por tanto, podrían responder solidariamente junto con la persona con discapacidad.

Asimismo, cabe destacar que dada la amplitud de redacción del artículo 299 del Código Civil, también podríamos exigir que respondan otros sujetos, a

295 del Código Civil: “Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

- 1º. Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.
- 2º. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y al que haya de prestarle apoyo.
- 3º. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.
- 4º. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y a la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.
- 5º. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. [...]”:

- 44 ÁLVAREZ LATA, N.: “Sesenta y seis” cit., pp. 1067-1068; ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil de” cit., pp. 576-577; TORAL LARA, E.: “El defensor”, cit., pp. 336-337.
- 45 ÁLVAREZ LATA, N.: “Sesenta y seis” cit., p. 1068; TORAL LARA, E.: “El defensor”, cit., p. 335; MEDINA ALCOZ, M.: “Notas sobre”, cit. p. 21; GARCÍA RUBIO, M. P.: “La responsabilidad”, cit., pp. 998-999; LECIÑENA IBARRA, A.: “Caminando hacia” cit., pp. 1648-1649; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “Artículo 1903.III y IV” cit., p. 771; LLAMAS POMBO, E.: “La responsabilidad” cit., p. 12, 16-18; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 336; ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La otra”, cit., p. 400.

pesar de que estos no ejerzan medidas de apoyo a la persona con discapacidad. En efecto, si tomamos en consideración, por ejemplo, los hospitales o centros residenciales donde la persona con discapacidad se encuentre internada, estas instituciones no podrán ejercer medidas de apoyo, tal y como se desprende del último párrafo del artículo 250 del Código Civil al señalar que “No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”. Sin embargo, el artículo 299 del Código Civil afirma la posibilidad de responsabilizar a las personas con discapacidad, “sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”, es decir, sin exigir que estos otros posibles responsables sean prestadores de medidas de apoyo. Por tanto, estos centros residenciales o asistenciales responderán conforme a las disposiciones generales de responsabilidad civil establecidas en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

Retomando nuevamente la responsabilidad civil de los prestadores de apoyo, debe también resaltar la posibilidad de que estos sujetos ocasionen un perjuicio a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus funciones⁴⁶. A este respecto, como es lógico, estos sujetos deben ejercer estas atendiendo a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1104 CC) y en el caso de un cumplimiento deficiente, se podrá exigir la responsabilidad del artículo 294 del Código Civil⁴⁷ que, a pesar de que únicamente se contemple para el curador, también se considera aplicable al defensor judicial⁴⁸. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe destacar que el estándar de diligencia exigible al sujeto que asume las medidas de apoyo varía en función de quién las asuma. En efecto, si se trata de un familiar quien asume dichas funciones la diligencia exigible será la genérica de un buen padre de familia al igual que se requiere para el gestor de negocios ajenos del artículo

46 Las funciones del curador las encontramos en el artículo 282 del Código Civil: “[...] Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.

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

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

El curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro”.

Por lo que se refiere al defensor judicial, el Código Civil no especifica cuáles serán sus funciones y únicamente el artículo 297 del citado texto menciona que el defensor judicial debe conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que presta apoyo. Asimismo, le resultarán de aplicación las obligaciones y características del artículo 249 del Código Civil tal y como menciona TORAL LARA, E.: “El defensor”, cit., pp. 323 y 324.

47 “El curador responderá por los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona que preste apoyo.

La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas”.

48 ÁLVAREZ LATA, N.: “Capítulo V. Del defensor judicial de la persona con discapacidad” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 854-855; TORAL LARA, E.: “El defensor”, cit., p. 332.

1889 del Código Civil. Por el contrario, si quien ejerce dichas competencias es un profesional, su diligencia exigible será la *lex artis ad hoc* o la de un ordenado empresario conforme al artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁴⁹.

3. El rechazo de las medidas de apoyo.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, debe tenerse presente que las medidas de apoyo tienen el objetivo principal de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, a pesar de que esta actuación le pudiere ocasionar un perjuicio a la propia persona con discapacidad. Y ello, en tanto que, desde la entrada en vigor de la CDPD podría afirmarse la derogación tácita del principio de interés superior de la persona con discapacidad. Así es, la Observación General núm. 1, determina que ni siquiera en los casos en los que no puede conocerse cuál es la voluntad de la persona con discapacidad debe atenderse al interés superior de esta, sino que debería atenderse a la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Asimismo, cuando establece los mandatos que los Estados deben adoptar para adaptar su legislación al artículo 12 de la CDPD nos indica que "Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo". Esta misma conclusión se reitera de la Observación núm. 6, sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se afirma que los sistemas de apoyo deben basarse en los derechos, la voluntad y las preferencias de quienes reciben los apoyos, en lugar de lo que se considere su interés superior. Por tanto, este principio no puede ser el fundamento para obviar la voluntad de la persona con discapacidad en pro de su interés.

Así las cosas, los sujetos que ejercen las medidas de apoyo deben realizar sus funciones informando, aconsejando y advirtiendo a la persona con discapacidad de las posibles consecuencias que se pueden derivar de su conducta, pero no pueden imponerle una actuación, por muy beneficiosa que pueda resultar para aquella⁵⁰, tal y como se desprende del artículo 268.I del Código Civil al señalar que: "Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de

49 GARCÍA GOLDAR, M.: "Artículo 294" en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ y coord. por I. VARELA CASTRO), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 463-464.

50 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La reforma" cit., p. 90; LEGERÉN-MOLINA, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos" en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 189-194; LÓPEZ AZCONA, A.: "Reflexiones sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su controvertida exégesis por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16 bis, 2022, p. 648.

provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias". Por todo ello, puede concluirse que si el prestador de medidas de apoyo actúa adecuadamente en su cargo y, posteriormente, la persona con discapacidad rechaza seguir su indicación, no cabrá imputar responsabilidad por la deficiente actuación en su cargo, si finalmente se ocasiona un perjuicio a la persona con discapacidad, dado que efectivamente ha cumplido con el ejercicio de sus funciones correctamente. A modo de ejemplo, si la actuación dañosa responde a un acto realizado bajo una influencia indebida, desaconsejada por el guardador de hecho o el curador, o la falta de impugnación de los actos celebrados sin la preceptiva asistencia cuando el otro contratante lo sea de mala fe y el acto sea perjudicial para los intereses de las personas con discapacidad⁵¹. En definitiva, los prestadores de apoyo únicamente responderán cuando se ocasione un perjuicio a la persona con discapacidad interviniendo culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones⁵². Dicha responsabilidad parece tener su fundamento en el artículo 1101 del Código Civil, dado que va más allá del deber de no causar daños a otro⁵³, así como del artículo 294 del Código Civil.

Sin embargo, este razonamiento no parece ser trasladable a todos los supuestos de discapacidad, a pesar de lo que afirma la Observación núm. 1. A este respecto, parte de la doctrina ha criticado, con razón, la visión sesgada que ha realizado la CDPD cuando las personas no pueden emitir su voluntad y afirman que el principio de interés superior de la persona con discapacidad no ha sido derogado de nuestro ordenamiento jurídico para aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad no pueda emitir su voluntad ni pueda ser deducida de una actuación anterior (piénsese, por ejemplo, en una persona que nace con una discapacidad intelectual grave). De este modo, se ha considerado que el principio del interés superior de la persona con discapacidad es un principio general del Derecho e, incluso, que tiene encaje constitucional a partir del artículo 10 de la Constitución Española⁵⁴. Asimismo, también era considerado un principio rector amparado por la antigua redacción del artículo 49 de la Constitución Española⁵⁵ que rezaba: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento,

51 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Artículo 294" en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 830.

52 ÁLVAREZ LATA, N.: "Capítulo V" cit., pp. 854-855; TORAL LARA, E.: "El defensor", cit., pp. 332-333.

53 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La responsabilidad", cit., p. 998.

54 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "La curatela y el discapacitado desde el prisma del 'principio del superior interés de la persona con discapacidad'. Estudio jurisprudencial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 2013, p. 4128; HERRÁN ORTIZ, A. I.: "Hacia un nuevo modelo en el tratamiento jurídico de la discapacidad intelectual en el código civil español: interés vs. Voluntad de la persona" en AA.VV.: *Cuestiones actuales del derecho de familia: una visión inclusiva e interdisciplinar* (coord. por M. T. DUPLA MARÍN), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 337-343.

55 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "La curatela", cit., p. 4128.

rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Ahora bien, tras la reforma se reitera el principio de autonomía: “1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley y la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

A este respecto, cabe destacar la STS 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002) que afirma que: “En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona) aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de una situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda” (FJ 4º). En definitiva, cuando la propia discapacidad de la persona impida comprender el alcance de las necesidades no podrá atenderse únicamente a la voluntad, deseos y preferencias de tal persona, sino que habrá que aplicar las medidas de apoyo aun en contra de su voluntad⁵⁶. Así pues, a *sensu contrario*, cuando la discapacidad no impida a la persona conocer el alcance de sus limitaciones y, aun así, rechace las medidas de apoyo y las directrices o consejos dados por estos, incluso cuando ello le ocasione un perjuicio, no se podrá responsabilizar a los prestadores de medidas de apoyo por lo esgrimido anteriormente. Por el contrario, GARCÍA RUBIO entiende que la ausencia de regulación expresa a este respecto por parte de la Ley 8/2021 debe ser interpretada en el sentido de que no se pueden establecer apoyos en contra de la voluntad de la persona con discapacidad. Por ende, considera que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo perpetúa el modelo paternalista anterior⁵⁷.

56 Así lo interpretan, entre otros, SANCHO GARGALLO y SEGARRA CRESPO en SANCHO GARGALLO, I., SEGARRA CRESPO, M. J., GARCÍA RUBIO, M. P., CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R., LOYA, M. Y SAMANIEGO, M.: “¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?” (coords., S. CALAZA LÓPEZ y DE PRADA RODRIGUEZ), *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo 2023, pp. 3-5.

57 SANCHO GARGALLO, I., SEGARRA CRESPO, M. J., GARCÍA RUBIO, M. P., CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R., LOYA, M. Y SAMANIEGO, M.: “¿Pueden los”, cit., pp. 6-7.

Ahora bien, cabe cuestionarse si esta situación ha de diferir cuando la víctima es un tercero. Se trata de una hipótesis que, a pesar de que no se encuentra contemplada en la ley, es posible conforme a los postulados CDPD⁵⁸. A nuestro juicio, lo anterior es plenamente trasladable cuando nos referimos a la responsabilidad civil del artículo 1902 del Código Civil de quien ejerce las medidas de apoyo, en tanto que cabe la aplicación de la misma argumentación explicada. Así es, el prestador de las medidas de apoyo no debería responder cuando haya ejercido correctamente sus funciones y, a pesar de ello, la persona con discapacidad haya actuado de manera negligente. También cuando el sujeto sobre el que recaen medidas de apoyo no tiene función alguna asignada en la actuación que ha conllevado un perjuicio a un tercero. Piénsese en un curador asistencial, cuya función se limita meramente a la asistencia en los actos dispositivos, pues bien, este no deberá responder si la persona con discapacidad causa un daño a otra por el atropello con un vehículo a motor.

Sin embargo, siguiendo lo expuesto anteriormente, esto no es trasladable a la responsabilidad civil derivada del artículo 1903.IV del Código Civil o cuando la persona no sea consciente de su verdadero estado de necesidad. Así es, en ocasiones, se ha planteado que puede surgir un conflicto de intereses cuando el curador con facultades de representación asesora a la persona con discapacidad correctamente, pero esta no sigue las directrices marcadas por aquel y actúa en perjuicio de terceros. A este respecto, la doctrina ha considerado que, para poder exonerarse de dicha responsabilidad, únicamente cabe la renuncia a la curatela conforme al artículo 279.I del Código Civil que señala "Será excusable el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo [...]"⁵⁹. Sin embargo, creemos que esta solución puede dejar desprotegida a la persona con discapacidad si no existen otras personas a las que se les pueda encomendar tal función. Por el contrario, a nuestro juicio, no creemos que exista tal conflicto de intereses. Debe tenerse presente que la responsabilidad del artículo 1903 del Código Civil es muy excepcional, dado que se trata de personas con un grado de discapacidad que les impide formar su voluntad en gran parte de los aspectos de su vida (recuérdese que el artículo 1903.IV del Código Civil únicamente es aplicable para los casos de representación *plena*) y, por tanto, difícilmente emitirá una voluntad realmente consciente que suponga un derecho a rechazar los apoyos⁶⁰. En definitiva, no existe conflicto de intereses en estos supuestos por cuanto que no cabe el derecho a rechazar los apoyos de la persona con discapacidad en las situaciones en las que por la capacidad volitiva e intelectual de la persona a la que se presta apoyo se requieran medidas sustitutivas.

58 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La responsabilidad", cit., pp. 999-1000.

59 TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad*, cit., p. 333.

60 LEGERÉN-MOLINA, A.: "La relevancia", cit., pp. 198-199.

4. Derecho de repetición a las personas con discapacidad.

Una vez aceptada la posibilidad de que los sujetos que ejercen las medidas a apoyo a las personas con discapacidad pueden responder por los daños ocasionados por estas, cabe cuestionarse si pueden ejercitar el derecho de repetición a las personas con discapacidad.

Para dar respuesta a esta cuestión, ATIENZA NAVARRO destaca que cabe el derecho de repetición a través del artículo 1145.II del Código Civil, de acuerdo con las reglas generales de la solidaridad: “El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo”. En tales supuestos, el derecho de reembolso únicamente es exigible a una parte de la indemnización y no a la totalidad, en concreto, a la cantidad inversamente proporcional a la probabilidad de que el daño se hubiera producido si hubieran empleado la diligencia exigible⁶¹.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe cuestionarse si es posible exigir el reembolso de estos gastos de las personas con discapacidad en atención a otros preceptos que lo recogen particularmente en la curatela y en la guarda de hecho. Por un lado, el artículo 281.I del Código Civil para los supuestos de curatela: “El curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos *sin culpa* por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio”⁶². Ahora bien, nótese que para la aplicación de dicho precepto se requiere, en primer lugar, que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita y, en segundo lugar y más importante a lo que nuestro estudio se refiere, que no haya intervenido culpa del curador para poder exigir dicho reembolso. En cuanto a este segundo requisito resulta conveniente recordar que para que el curador responda por los actos de la persona con discapacidad se exige que se pruebe la culpa, conforme al artículo 1902 Código Civil o, incluso, se presume la misma, salvo prueba en contrario, de acuerdo con el artículo 1903 del Código Civil. Es por ello por lo que el citado precepto será de difícil aplicación en este contexto.

Por el otro lado, el artículo 266 del Código Civil también establece el derecho de reembolso, pero, en este caso, para el guardador de hecho: “El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo”. Este precepto, a diferencia del anteriormente analizado, no exige ni que

61 ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil por”, cit., p. 556.

62 *La cursiva es nuestra.*

el patrimonio de la persona con discapacidad sea suficiente ni, tampoco, que el guardador de hecho no haya intervenido en la causación del daño mediando culpa. A este respecto, algunos autores han considerado que entrarían dentro de este precepto los daños causados por el guardado al guardador de hecho, así como los daños que un tercero le podría ocasionar en el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, no se podrían sufragar aquellos que se irroguen en el ejercicio extralimitado o defectuoso de sus funciones⁶³. Sin embargo, ALCAÍN MARTÍNEZ sí que cree que puede ser la vía para poder ejercitar la acción de regreso frente a la persona con discapacidad cuando el guardador de hecho ha respondido conforme a las disposiciones de responsabilidad civil⁶⁴. A nuestro juicio, no creemos que deba ser esa la solución, por cuanto que, al igual que en el supuesto del curador, el guardador de hecho responde interviniendo culpa o negligencia y, por tanto, no debería resultar de aplicación el citado precepto para resarcirse de la totalidad de la indemnización pagada.

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO.

Una vez analizada las implicaciones de la Ley 8/2021 en el ámbito de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de los prestadores de apoyo, resulta conveniente ver qué aplicación ha tenido la CDPD en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno a este respecto. Quizás la respuesta sorprenda, y es que, a pesar de que la CDPD ha sido ratificada en la mayoría de estos sistemas, esto no siempre ha implicado una modificación en lo que a la responsabilidad civil de las personas con discapacidad se refiere.

En cuanto a la interpretación de la culpa en los distintos ordenamientos jurídicos en relación con la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, podemos destacar dos posiciones doctrinales marcadas. Por un lado, los ordenamientos jurídicos que optan por sistemas basados en la culpa subjetiva, es decir, que permiten la exención de la responsabilidad cuando el agente del daño sufre una discapacidad que le impida entender y comprender su actuación; por el otro, los sistemas jurídicos que optan por fijar un criterio culpabilístico objetivo, esto es, que para determinar la culpabilidad del agente del daño no se valora su

63 ÁLVAREZ LATA, N.: "Capítulo III. De la guarda de hecho de las personas con discapacidad. Artículos 263 al 267" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 498; LECIÑENA IBARRA, A.: "Artículo 266" en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 674.

64 ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: "La responsabilidad civil de", cit., p. 9.

estado mental, sino la conducta que hubiera llevado una persona sensata con una diligencia media⁶⁵.

En cuanto a la primera tipología de los sistemas legales, cabe destacar que, aunque todos siguen una misma tendencia, no son totalmente equivalentes entre ellos. En efecto, en primer lugar, los artículos 2047 del Código Civil italiano⁶⁶ y el §829 BGB⁶⁷ predicen la exención de la responsabilidad de las personas con discapacidad que no tengan capacidad de comprender o entender los actos. Ahora bien, eso no supone que la víctima no vaya a ser resarcida, por cuanto que responderá la persona encargada de su guarda o, subsidiariamente, la propia persona con discapacidad a través de la equidad (tal y como exigen los citados artículos 2047 del Código Civil italiano y §829 BGB). Este sistema es el que siguió la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su precepto 5191-9⁶⁸.

Entre los sistemas jurídicos citados, además, cabe destacar el Derecho portugués. Y es que este, con carácter previo, tras establecer la exención de responsabilidad de las personas que no tienen capacidad de comprender o de querer en el artículo 488.I del citado Código Civil, el apartado segundo presumía *ius tantum* dicha inimputabilidad de los menores de siete años y de las personas con discapacidad psíquica. Sin embargo, tras la *Lei* n° 49/2018, de 14 de agosto, esta presunción se limitó únicamente a los menores de siete años, para así cumplir con las exigencias de la CDPD⁶⁹. Asimismo, al igual que en los supuestos anteriores, la víctima será resarcida por el encargado de su guarda (artículo 491 del Código

65 BERENGUER ALBALADEJO, M. C.: *Responsabilidad de*, cit., pp. 34-35; GARCÍA RUBIO, M. P.: "La responsabilidad", cit., pp. 975-976.

66 Artículo 2047 del *Codice Civile*: "Daño causado por el incapaz. En caso de daño causado por una persona incapaz de entender o querer, la compensación es debida por aquel que está obligado a la supervisión del incapaz, a menos que demuestre que no pudo evitar el acto.

En el caso de que la parte perjudicada no pueda obtener compensación de aquel que está obligado a la supervisión, el juez, considerando las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización justa".

67 §829 BGB: "Obligación de sustitución por razones de equidad. Quien, en uno de los casos mencionados en los §§ 823 a 826, no es responsable por el daño causado de acuerdo con los §§827, 828, debe, no obstante, compensar el daño en la medida en que la equidad lo requiera según las circunstancias, especialmente según las condiciones de las partes involucradas, siempre que el reemplazo del daño no pueda ser obtenido de un tercero responsable de la supervisión, y no se le privan de los medios necesarios para su mantenimiento adecuado y para cumplir con sus obligaciones legales de manutención".

68 Artículo 5191-9 Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil: "La persona a la que no se puede imputar responsabilidad por dolo o culpa por razones atinentes a su edad o falta de plena capacidad puede estar obligada a pagar al perjudicado una indemnización por el daño causado cuando concurren los requisitos que siguen:

a) Ha llevado a cabo una acción u omisión que, de haber sido realizada por una persona con capacidad plena, habría dado lugar a una imputación de responsabilidad por culpa.

b) No existe ninguna otra persona solvente a la que se declare responsable del mismo daño.

c) Es conforme a la equidad el importe de la indemnización de acuerdo con las respectivas circunstancias económicas y sociales del menor o incapaz y del perjudicado".

69 Artículo 488 del Código Civil portugués: "1. La persona que, en el momento de producirse el hecho, era incapaz de comprender o de querer por cualquier causa, no será responsable de las consecuencias del hecho dañoso, salvo que el autor se haya colocado culpablemente en ese estado, que es transitorio.

2. La inimputabilidad se presume en los menores de siete años".

Civil portugués⁷⁰) o, subsidiariamente, por la persona con discapacidad psíquica mediante la equidad (artículo 489 del Código Civil portugués⁷¹).

En un sentido muy similar a los anteriores ordenamientos jurídicos, los artículos 54 del Código Civil Suizo de las obligaciones⁷² y el artículo 1386 bis del antiguo Código Civil belga⁷³ también resarcan a la víctima a través de la equidad. Sin embargo, este resarcimiento no tiene por qué ser subsidiario respecto de la persona que la tiene bajo su guarda. La postura de estos últimos sistemas jurídicos es la que se encuentra en el artículo VI-5:301 del Proyecto de Marco Común de Referencia⁷⁴ (en adelante, DCFR).

Por lo que a la segunda postura jurídica se refiere, es decir, la negligencia objetiva, cabe destacar, en primer lugar, el artículo 414-3 del Código Civil francés: “Una persona que causa daño a otra estando bajo la influencia de un trastorno mental no está menos obligado a pagar una indemnización”. Así, este precepto reconoce la responsabilidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, a través del sistema de negligencia objetiva. Asimismo, esta es la postura que se mantiene en los sistemas de *common law*⁷⁵. Sin embargo, GARCÍA RUBIO destaca la diferencia de trato entre las personas con discapacidad sensorial y psíquica. Mientras que a las primeras se les aplica un régimen de negligencia

-
- 70 Artículo 491 del Código Civil portugués: “Las personas que, por ley o acuerdo legal, están obligadas a vigilar a otras debido a su incapacidad natural, son responsables de los daños causados por ellas a terceros, a menos que puedan demostrar que han cumplido su deber de vigilancia o que el daño se habría producido aunque lo hubieran cumplido”.
- 71 Artículo 489 del Código Civil portugués: “1. En caso de que el acto que haya causado el daño haya sido realizado por una persona no responsable, esta podrá ser condenada, por razones de equidad, a repararlo, total o parcialmente, siempre que no sea posible obtener la debida reparación de las personas encargadas de vigilarlo. 2. No obstante, la reparación se calculará de forma que no prive a la persona no responsable de los alimentos necesarios según su estado y condición, ni de los medios indispensables para cumplir sus deberes legales de alimentos”.
- 72 Artículo 54 del Código civil Suizo de las obligaciones: “1. Por razones de equidad, el juez puede condenar incluso a una persona incapaz de discernimiento al resarcimiento parcial o total del daño causado por ella. 2. Quien momentáneamente haya perdido la capacidad de discernimiento y, en este estado, cause un daño, está obligado a resarcirlo a menos que demuestre que dicho estado se produjo sin culpa por su parte”.
- 73 A pesar de que Bélgica ha iniciado un proceso de modernización del Código Civil, el artículo 5.127 se remite a los artículos 1282 a 1386 bis del antiguo Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. A este respecto, el artículo 1386 bis, sobre la indemnización por daños causados por anomalías, afirma que: “Cuando una persona que padezca una alteración psíquica que suprima o disminuya gravemente su capacidad de discernimiento o de control de sus actos cause un daño a otra persona el juez podrá condenarla al pago de la totalidad o de una parte de la indemnización que le correspondería si tuviera el control de sus actos. El juez decidirá con arreglo a la equidad, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de las partes”.
- 74 Artículo VI-5:301 DCFR: “(1) La persona con discapacidad psíquica en el momento en que causa un daño jurídicamente relevante sólo responderá en virtud del principio de equidad y teniendo en cuenta sus medios económicos y las demás circunstancias del caso. Esa responsabilidad se limitará a una compensación razonable. (2) Se considera que padece discapacidad psíquica quien no es capaz de comprender el alcance de su propia conducta, a menos que esta falta de entendimiento sea consecuencia transitoria de su propia culpa”.
- 75 YÁÑEZ VIVERO, F.: “Las obligaciones de las personas con discapacidad psíquica a la luz de la Convención de Naciones Unidas de 2006: especial consideración de la responsabilidad por daños”, *Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, núm. 3, 2012, pp. 23-24; BERENGUER ALBALADEJO, M. C.: *Responsabilidad de*, cit., pp. 38-42; GARCÍA RUBIO, M. P.: “La responsabilidad”, cit., pp. 978-980.

subjetiva determinado por el estándar de diligencia de una persona que tenga la misma discapacidad, a las segundas se les sigue aplicando el estándar de negligencia objetiva⁷⁶.

Dejando a un lado estas dos posiciones tan marcadas, cabe citar en un sentido intermedio la postura seguida por el art. 4:102 PETL que se ajusta a la persona con discapacidad en concreto para valorar la conducta exigible y determina que:

“(1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.

(2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla”.

Asimismo, el artículo 6:101 PETL hace responsable a la persona que presta apoyo a la persona con discapacidad en una responsabilidad cuasiobjetiva, por cuanto que presume la culpa de aquel, salvo prueba en contra: “Una persona a cargo de otra que sea menor de edad o esté sujeta a una discapacidad mental es responsable de los daños causados por ésta, a menos que la persona a cargo demuestre que se ha ajustado a las normas de conducta exigidas en la supervisión”.

VI. CONCLUSIONES.

Tras el estudio realizado se pueden extraer las siguientes conclusiones:

I. No cabe duda de que tras la reforma operada por la Ley 8/2021 la persona con discapacidad puede responder civilmente por hecho propio. Sin embargo, la parquedad del artículo 299 del Código Civil hace que la doctrina haya dudado de si se ha de aplicar el requisito de la culpa en un sentido objetivo o subjetivo. A nuestro modo de ver, acogemos los argumentos que defienden la postura que considera que se ha de atender a un criterio subjetivo de culpa, en tanto que, en primer lugar, la CDPD no exige este cambio interpretativo, tal y como demuestra el hecho de que el resto de los ordenamientos jurídicos que han ratificado este texto legal no han variado su legislación al respecto. Es más, la única modificación que ha hecho Portugal es para eliminar la presunción que existía *iuris tantum*

76 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La responsabilidad”, cit., pp. 978-980.

de que las personas que sufren una discapacidad psíquica son inimputables, sin embargo, esto no significa que no se les pueda declarar inimputables conforme a la legislación actual. En segundo lugar, el hecho de que una persona con discapacidad pueda ser declarada inimputable por estar privada de conciencia y voluntariedad no debe resultar discriminatorio en tanto que una persona que no está aquejada de ninguna discapacidad también puede ser inimputable si en el momento de cometer los hechos estaba privada de raciocinio o capacidad volitiva. Y, por último, creemos que debe mantenerse la interpretación de la culpa en un sentido subjetivo, dado que la Ley 8/2021 no obliga a este cambio de concepción.

II. En cuanto a la responsabilidad civil por hecho ajeno, cabe destacar que, aunque puede parecer que las modificaciones del artículo 1903 CC son sencillamente una adaptación a las nuevas terminologías, supone realmente una modificación en cuanto al fondo de la cuestión. En efecto, el hecho de limitar la responsabilidad a los curadores con facultades de representación, que además convivan con la persona con discapacidad, y el carácter excepcional de las mismas hace vislumbrar la restricción de la responsabilidad por hecho ajeno que ha pretendido el legislador. Por ello, en los supuestos en los que se justifica la existencia de una curatela mixta, (asistencial para unos actos y representativa para otros, según las necesidades concretas de la persona con discapacidad) únicamente se podrá imputar al curador con facultades de representación los ilícitos civiles que se refieran a las concretas facultades de representación. Asimismo, cuando existan curatelas plurales, deberá responder el curador con facultades de representación con el que convivan, por reunir este todos los requisitos que exige el precepto, aunque también se ha planteado que la responsabilidad sea compartida entre los curadores con facultades de representación.

III. En cuanto al resto de prestadores de apoyo, aunque no pueden ser responsables conforme al artículo 1903 del Código Civil, sí que lo podrán ser respecto a las disposiciones generales, es decir, de acuerdo al artículo 1902 y siguientes del mismo cuerpo legal. Así pues, en este caso, responderán por los ilícitos civiles que cometan las personas con discapacidad a terceros, siempre que los prestadores de apoyo hayan intervenido mediando culpa o negligencia en sus funciones, ya sea por no haber intervenido cuando hubiera sido necesario o cuando ha ejercido sus funciones de manera deficiente. De este modo, el prestador de apoyo responde junto con la persona con discapacidad porque también se considera que es responsable de esa actuación u omisión ilícita.

IV. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, los prestadores de apoyo podrán ser exonerados si estos han cumplido correctamente el ejercicio de sus funciones, pero la persona con discapacidad no ha querido seguir sus apoyos. Y ello por cuanto que debe entenderse que las medidas de apoyo deben de

respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, a pesar de que esta actuación le pudiese ocasionar un perjuicio a la propia persona con discapacidad. Ahora bien, si la propia discapacidad hace que la persona no sea consciente de su propia enfermedad y de la necesidad de que le presten apoyo, en dicho caso no podrá rechazar las medidas de apoyo y, por ende, el prestador de apoyo no podrá excluir su responsabilidad por tal motivo.

V. Finalmente, el prestador de apoyos tendrá derecho a solicitar el reembolso por los daños que haya respondido, de conformidad con el artículo 1145.11 del Código Civil, en proporción a la cantidad inversamente proporcional a la probabilidad de que el daño se hubiera producido si hubieran empleado la diligencia exigible. Sin embargo, no podrá solicitar dicho reembolso conforme a los artículos 281.1 y 266 del Código Civil, sobre el curador y el guardador de hecho, respectivamente. El primero de ellos debe ser excluido porque exige que no haya intervenido culpa del prestador de apoyo. Por su parte, el segundo de los preceptos no requiere expresamente culpa, si embargo la doctrina así lo ha entendido. Así pues, los prestadores de apoyo podrán solicitar el reembolso conforme a las reglas generales de la solidaridad, pero no conforme a tales preceptos más específicos de la discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad” en AA.VV.: *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. por L. C. PÉREZ BUENO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 525-546.

- “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de daños y el Derecho de la Discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2021, pp. 1-19.

ÁLVAREZ LATA, N.: “Capítulo III. De la guarda de hecho de las personas con discapacidad. Artículos 263 al 267” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 492-499.

- “Capítulo V. Del defensor judicial de la persona con discapacidad” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 831-855.

- “Capítulo VI. Responsabilidad por daños causados a otros” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 855-863.

- “Sesenta y seis. Se modifica el tercer párrafo del artículo 1903 y se añade un párrafo cuarto, con el texto que se indica a continuación” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1063-1068.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

- “El nuevo régimen legal de la curatela” en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 145-226.

ATIENZA NAVARRO, M. L.: “La responsabilidad civil por hecho ajeno” en AA.VV.: *Derecho de daños* (dir. por M. E. CLEMENTE MEORO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 531-563.

- “La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena” en AA.VV.: *Derecho de daños* (dir. por M. E. CLEMENTE MEORO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 565-607.

- “La otra cara de la reforma española acerca de la discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024, pp. 366-417.

BARBA, V.: “El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006” en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 23-54.

BERENGUER ALBALADEJO, M. C.: *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad y sus guardadores por los daños causados a terceros*, Reus, Madrid, 2017.

BUSTOS VALDIVIA, I.: “El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardador” en AA.VV.: *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada* (coord. por R. HERRERA CAMPOS), Universidad de Almería, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, Almería, 2000, pp. 275-284.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “La curatela y el discapacitado desde el prisma del ‘principio del superior interés de la persona con discapacidad’. Estudio jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 2013, pp. 4119-4133.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 55-106.

DÍAZ ALABART, S.: “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de Derecho civil*, 1987, núm. 3, pp. 795-894.

GARCÍA GOLDAR, M.: “Artículo 294” en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ y coord. por I. VARELA CASTRO), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 463-464.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el

ejercicio de su capacidad jurídica” en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. por J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 969-1007.

- “La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2021, pp. 81-109.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Artículos 269 y 270 del Código Civil. Comentario conjunto” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 688-701.

- “Artículo 294” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 827-830.

HERRÁN ORTIZ, A. I.: “Hacia un nuevo modelo en el tratamiento jurídico de la discapacidad intelectual en el código civil español: interés vs. Voluntad de la persona” en AA.VV.: *Cuestiones actuales del derecho de familia: una visión inclusiva e interdisciplinaria* (coord. por M. T. DUPLÁ MARÍN), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 283-361.

LECIÑENA IBARRA, A.: “Caminando hacia la deconstrucción de la responsabilidad civil por daños causados por personas mayores” en AA.VV.: *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (dir. por J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1623-1654.

- “Artículo 266” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 672-676.

LEGERÉN-MOLINA, A.: “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos” en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212.

LLAMAS POMBO, E.: “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 149, 2021, pp. 1-20.

LÓPEZ AZCONA, A.: "Reflexiones sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su controvertida exégesis por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16 bis, 2022, p. 636-667.

MARTÍN CASALS, M.: "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: acotaciones para un debate" en AA.VV.: *Persona, familia y género: Liber amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera* (dir. por J. SOLÉ RESINA), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 61-80.

MEDINA ALCOZ, M.: "Notas sobre la responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma operada por la Ley 8/2021", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 2022, núm. 4, p. 20.

PEÑA LÓPEZ, F.: "Reforma en materia de responsabilidad civil" en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 571-595.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Artículo 299" en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ y coord. por I. VARELA CASTRO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 477-486.

- "Artículo 1903.III y IV" en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ y coord. por I. VARELA CASTRO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 763-771.

SANCHO GARGALLO, I., SEGARRA CRESPO, M. J., GARCÍA RUBIO, M. P., CAYO PÉREZ, L., DE LORENZO GARCÍA, R., LOYA, M. Y SAMANIEGO, M.: "¿Pueden los Jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?", (coords., S. CALAZA LÓPEZ y DE PRADA RODRÍGUEZ), *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo 2023, pp. 3-5.

TORAL LARA, E.: "El defensor judicial de las personas con discapacidad" en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 299-337.

TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

YÁÑEZ VIVERO, F.: “La responsabilidad derivada de los daños causados por las personas mayores incapaces” en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. por C. LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 273-293.

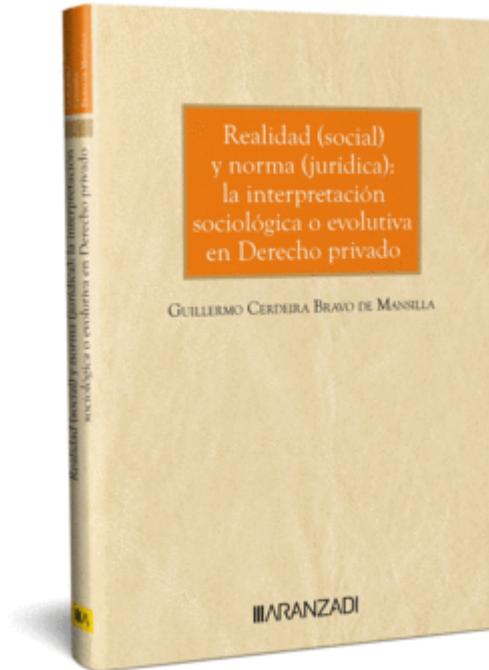
- “Las obligaciones de las personas con discapacidad psíquica a la luz de la Convención de Naciones Unidas de 2006: especial consideración de la responsabilidad por daños”, *Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, núm. 3, 2012, pp. 9-27.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2022.



RECENSIONES

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Realidad (social) y norma (jurídica). La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho Privado*, Aranzadi, 2024, 158 pp.



I. A la hora de valorar una tesis doctoral o, como es el caso, un libro, suelo hacerme dos preguntas: ¿he aprendido? ¿me ha hecho pensar? En el caso del libro recensionado, la contestación a ambas preguntas es afirmativa. Aquí podría acabar ya esta recensión, aconsejando al lector de este texto que lo sea también del libro, pero me temo que eso sería objetivamente insuficiente y subjetivamente insatisfactorio. Con todo, no he querido dejar de decirlo desde este primer momento, a modo de valoración global de la obra recensionada.

Algo, ahora, sobre el tema y el autor, antes de adentrarme en la estructura y contenido del libro. El tema: la llamada interpretación sociológica de las normas (art. 3.1 Cc: “*las normas se interpretarán ... en relación con ... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*”), pero (al menos según el título) “en Derecho Privado”: esta última acotación creo que tiene una cierta finalidad “defensiva”, como justificación de que el autor se centre básicamente en la jurisprudencia civil, o en alguna jurisprudencia constitucional recaída sobre temas civiles

(destacadamente, en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo): obviamente, es la que mejor conoce, y se nota, pero quizá deja de lado el empleo (también abundante) del mismo canon en otras materias o jurisdicciones, lo que hubiera enriquecido mucho el análisis, y quizá le hubiera llevado a matizar algunas conclusiones. Porque lo que hace el profesor Cerdeira va en realidad más allá del Derecho Privado, ya que propone una construcción teórica del canon sociológico como tal, aplicable por tanto más allá del Derecho civil: por ejemplo, cuando ubica el límite de la interpretación sociológica en el espíritu y finalidad de la norma (como ya hiciera Pérez Álvarez en su monografía, de referencia sobre esta materia, *Realidad social y Jurisprudencia*, Colex 2005, pp. 67 y ss.), límite que serviría para conjurar los riesgos de la interpretación sociológica (pp. 31 y ss. sobre los riesgos, y 46 y ss. sobre los límites); o cuando patrocina la necesidad de una cierta juridificación de la realidad social para que pueda desarrollar su función interpretativa (y correctora: sobre eso volveremos más adelante) de la norma (pp. 75 y ss.). En todo caso, el tema es interesante, y de no fácil abordaje: el prof. Cerdeira lo hace con soltura y seguridad.

Que esto último sea así no es extraño, ya que el autor ha dedicado varios trabajos, de extensión notable, a cuestiones relacionadas con la interpretación de las normas: por ejemplo, al valor de las Exposiciones de Motivos de las leyes, o de los materiales prelegislativos, o a la analogía —da cuenta de ellos en el “Prólogo (del prólogo)”, pp. 15 y ss.—; y ha dedicado también esfuerzo e ingenio, plasmados en publicaciones, a algunos de los temas en los que la interpretación evolutiva (ahora empleo intencionalmente este adjetivo, en lugar de “sociológica”, pero sin querer implicar necesariamente una diferencia de fondo entre ambas, al menos desde el punto de vista metodológico) ha alcanzado su apogeo, como es el matrimonio entre personas del mismo sexo, y la excesivamente tardía STC 198/2012, de 6 de noviembre, cuya presencia es constante a lo largo del libro. Naturalmente, con esto al autor corre un riesgo, y es que cuando (como es mi caso) el lector es crítico con esa sentencia, que puede ser calificada como “tramposa” desde varios puntos de vista (algunos de los cuales son puestos de relieve también por el prof. Cerdeira en la obra reseñada), la eficacia de los argumentos que se fundan en ella disminuye considerablemente.

2. El libro se abre con un primer capítulo (“En busca del quinto elemento”, en alusión a los cuatro cánones clásicos de interpretación de la norma, a los que se suma como quinto, en el art. 3.1 Cc, “*la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas*”), en el que da cuenta brevemente de la introducción de este quinto criterio tanto en la teoría de la interpretación de las normas, como en nuestro Derecho positivo.

3. El capítulo segundo se dedica a los contornos de este criterio: en él se aborda la que, sin duda, es una de las cuestiones clave en su configuración teórica y en su aplicación práctica, que es la de los riesgos que entraña, que pueden reconducirse a la tensión entre interpretar la norma y corregirla, cuando la función propia de quien asume esa tarea es aplicar la norma (y, por tanto, interpretarla), pero no modificarla ni derogarla (corregirla, en sentido amplio). Este es el peligro más habitualmente denunciado al hablar de la interpretación sociológica, del que se hace eco el autor: ese peligro es, en sus propias palabras, “posibilitar la ilegítima creación –o la derogación, como su reverso– de nuevas –o incluso viejas– normas; ilegítimas en su procedencia, por cuanto lo común es que la interpretación de las normas quede en manos de quienes tienen –solo– el deber de aplicarlas, no el de crearlas ni derogarlas–” (pp. 31-32).

En este punto, la posición del autor es clara, con apoyo en numerosas decisiones judiciales, encabezadas por la STC 198/2012: la interpretación sociológica puede tener como resultado (se entiende que legítimo) la modificación o corrección de la norma interpretada (pp. 34 y ss.). ¿Cuál es, entonces, el límite más allá del cual la interpretación sociológica lleva a resultados –por emplear la terminología del autor– ilegítimos? En opinión de Cerdeira, el canon teleológico, es decir, el “*espíritu y finalidad de la norma*”, de manera que “solo si la modificación como resultado de la interpretación es de mayor alcance, por afectar a la letra y antes al espíritu de la norma, será entonces necesaria su reforma por vía legal, y no meramente interpretativa” (p. 52). Pero, de esta forma (añado yo), el problema se traslada a la utilización del criterio teleológico, para cuya aplicación al caso concreto sería preciso emplear también otros criterios interpretativos, como el histórico, el sistemático o el gramatical: al final (y en eso coincido con el autor), la clave está en ese espíritu y finalidad de la norma, a los que da preeminencia el propio art. 3.1 Cc.

Esto no resuelve todos los problemas, porque, como digo, los traslada, al menos en parte, a la aplicación del canon teleológico: así, en el caso de la STC 198/2012, señala Cerdeira (en opinión ya formulada con anterioridad), que sería el principio de igualdad el que avalaría la interpretación evolutiva del art. 32 CE: sin embargo, por un lado, es más que dudoso que el principio de igualdad se viera afectado por la exigencia de heterosexualidad del matrimonio, y por otro, en realidad el objeto de la discusión era, en realidad, el propio concepto de matrimonio, de manera que solo modificándolo (para excluir la heterosexualidad, cambiando así su naturaleza y función) podría concluirse que se violaba la igualdad; ello, por no entrar en consideraciones ligadas al contenido esencial del derecho, o a la garantía institucional del matrimonio. Desde otro punto de vista, si se entiende que una de las finalidades básicas de la Constitución es poner límites a la actuación del legislador ordinario, parece claro que el espíritu y finalidad de la Constitución conduciría a exigir una reforma constitucional en la materia, sin dejar a disposición

del intérprete constitucional lo que no está a disposición del legislador ordinario (no voy extenderme aquí: me remito a mi comentario a esa STC, en *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanch, 2016, pp.313 y ss.).

4. El capítulo tercero lo dedica el autor a defender la aplicación de este criterio a toda norma jurídica, lo que incluiría la norma constitucional (pp. 59 y ss.), los principios generales (pp. 66 y ss.) y la costumbre (pp. 71 y ss.). Se echa de menos aquí un mayor desarrollo argumental por parte del autor, ya que parece claro que el art. 3.1 Cc está pensado para la interpretación de normas expresadas en unas palabras (y no en otras), cuya formulación tiene unos antecedentes históricos y legislativos y se produce en un contexto normativo (sistema) determinado: es decir, para la norma legal. Frente a ella, la norma consuetudinaria, por así decir, está actualizada por su misma naturaleza (aunque sea el aplicador quien deba constatar esa actualización), y la norma principal efectivamente vigente tiene la suficiente amplitud como para permitir su adaptación inmediata a la realidad social en que debe aplicarse. Con todo, conviene advertir que la cuestión de la relación entre realidad social y costumbre es retomada en el capítulo quinto, completando allí algunos aspectos que quizá el lector echa de menos en este.

5. El capítulo cuarto (“Una realidad social «juridificada»”) contiene la respuesta del autor a la pregunta de cómo y dónde puede encontrarse la realidad social que puede servir de parámetro para la interpretación de la norma: “para una adecuada interpretación sociológica es necesario que la nueva realidad social esté de algún modo ya recogida en la legislación, que se deduzca del propio sistema jurídico y así se integre perfectamente dentro de él, sin oponerse a ninguna otra norma” (p. 77). Esta es la realidad social “juridificada” a la que se refiere la rúbrica del capítulo, en el que el prof. Cerdeira parte de la insuficiencia del puro dato sociológico, o de las opiniones doctrinales, para analizar más tarde cuándo puede considerarse “juridificada” una realidad social, a cuyo fin le resultan de utilidad la jurisprudencia, el contexto jurídico, los preámbulos y exposiciones de motivos, los materiales prelegislativos o el Derecho comparado: todo ello, con abundancia de matices acerca de cuándo sí y cuándo no esos materiales pueden ser útiles para fundar la interpretación evolutiva (pueden verse, por ejemplo, para el Derecho comparado, las observaciones contenidas en las páginas 115 y ss.).

La propuesta es interesante, y está bien argumentada; tiene el mérito complementario de ofrecer una vía practicable para “objetivar” la realidad social que va a servir para interpretar una norma, y alejar así esa interpretación de planteamientos puramente subjetivos (la percepción que tiene el intérprete de la realidad social). Con todo, y a mi juicio, presenta algunos riesgos: típicamente cuando lo que intenta el legislador es cambiar la propia realidad social, en cuyo

caso no parece que tal norma (ni en su Exposición de Motivos ni en su regulación) pueda servir para juridificar esa nueva realidad social que el legislador quiere crear; o cuando pretende apoyarse (nuevamente en la Exposición de Motivos) en una supuesta realidad social que realmente no existe, más allá de las intenciones del legislador. Un ejemplo claro de esos riesgos es la tantas veces citada STC 198/2012, criticada también por el propio autor en estas páginas (por ejemplo, pp. 76 y 77), que se ampara en el cambio en la mentalidad social provocado por la aplicación durante más de siete años de la ley cuya constitucionalidad se discute: en efecto, la aprobación y aplicación de la ley 13/2005 durante los años en los que se demoró la sentencia del TC, sirvió para proporcionar los fundamentos sobre los que el propio TC afirma la existencia de la evolución de la imagen maestra del matrimonio en la conciencia social, evolución sobre la que se asienta la interpretación evolutiva del art. 32 CE, la cual a su vez le permite concluir que la ley no es inconstitucional; por decirlo brevemente, sería la ley, desde su aprobación hasta su aplicación durante más de siete años, la que habría generado los fundamentos de su propia constitucionalidad.

Por otro lado, este es uno de los casos en los que la toma en consideración de la jurisprudencia emanada de otros órdenes jurisdiccionales podría haber llevado a matizar la propuesta, en la medida en que se acude, por ejemplo, a la realidad económica, o poblacional, o industrial, etc.: realidades no “juridificadas”, por tanto.

6. En el quinto capítulo, como ya he anunciado, el autor vuelve a abordar la relación entre realidad social y costumbre, que para el prof. Cerdeira es una suerte de relación entre el género –la realidad social– y la especie –la costumbre– (p. 125): realidad social normativizada (hecha norma) en el caso de la costumbre, y meramente juridificada en el caso de su empleo como criterio interpretativo.

En este punto, el autor afronta la objeción que podría derivarse de admitir que la realidad social puede llegar a ser empleada para corregir, o incluso inaplicar –derogar– la norma interpretada: ¿no estaríamos en este caso ante una subversión del sistema de fuentes, que impide a la realidad social normativizada (costumbre), y por tanto más intensa jurídicamente, contradecir una norma legal, pero que vendría a admitirla por la vía de la realidad social juridificada (es decir, dotada de menos intensidad jurídica)? La respuesta que ofrece (pp. 127 y ss.) se apoya nuevamente en el sentido y finalidad de la norma interpretada (y corregida o inaplicada a través de esa interpretación), con las que sería conforme la realidad social usada para interpretarla (realidad social *secundum legem*, o *praeter legem*); frente a ello, la costumbre rechazada sería la *contra legem*, por atentar contra la letra y el espíritu de la ley contradicha.

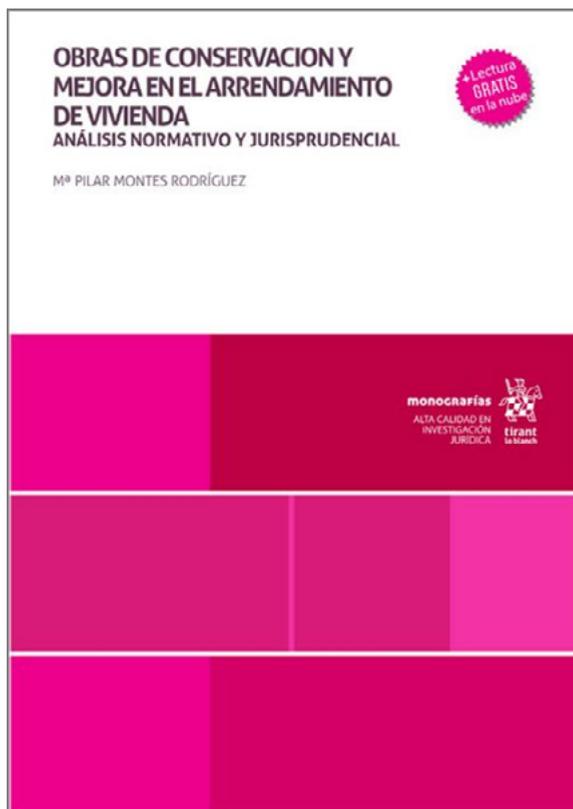
Se aborda, por último, en este capítulo, la posible eficacia integradora de la realidad social, que en términos generales, con cita de abundante jurisprudencia, y con matizaciones que no es dable exponer aquí, el autor rechaza.

7. El libro finaliza con un condensado resumen de sus principales conclusiones (26 en total), que no responden al mismo orden sistemático del propio libro, y que cumplen eficazmente el propósito de proporcionar una idea breve, clara y completa de las propuestas básicas contenidas en él. Se agradece la presencia de este “epílogo (abierto) de conclusiones (cerradas)”, que permite al lector recordar lo que ha leído, y centrarse en esas propuestas básicas. Casi me atrevería a aconsejar empezar la lectura por aquí, para después continuar ya por el orden de los capítulos, y finalizar con una nueva relectura del epílogo. Es posible que esa lectura inicial de estas última páginas genere en el lector una cierta sensación de sorpresa, o incluso de escepticismo, pero creo que facilitará la ulterior lectura del libro, ya por su orden sistemático, y permitirá apreciar mejor el alcance de las propuestas que se realizan, y la solidez de la argumentación en que se apoyan.

8. Acabo como comencé. La lectura del libro recensionado me ha permitido aprender, y me ha hecho pensar: solo esto basta tanto para agradecer al autor que lo haya escrito, como para recomendar su lectura al lector, ocupado o desocupado. Me ha hecho también replantearme mucho de lo que creía saber sobre la interpretación sociológica, a veces para reafirmarme, otras para cambiar de opinión, y algunas para suspender el juicio... No todas las conclusiones a las que llega el autor me han convencido, pero todas están bien argumentadas por quien, evidentemente, ha leído y pensado sobre el tema mucho más que yo. En las líneas precedentes he manifestado algunas de esas reticencias, pero soy consciente de que lo he hecho con una cierta dosis de superficialidad, ya que precisarían una fundamentación mucho más sólida que la que permiten, a la vez, estas páginas y mi propio conocimiento de la materia. Al final, y eso es lo que me interesa subrayar ahora, quien emprenda la lectura de este libro (y, si me hace caso, lo hará por el epílogo) no lo hará en vano, y tras terminarlo (nuevamente con el epílogo) podrá comprobar que ha valido la pena.

Carlos Martínez de Aguirre
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

MONTES RODRÍGUEZ, M.P.: *Obras de conservación y mejora en el arrendamiento de vivienda. Análisis normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 304 pp.



En la obra objeto de esta recensión se analiza el régimen jurídico de las obras de conservación y mejora en el arrendamiento de vivienda incluido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y como han evolucionado sus reglas en los casi 30 años de vigencia de la norma. Así mismo se estudia como los tribunales han ido adaptando al caso concreto dichas normas, resolviendo los problemas más habituales en la práctica y evolucionando en su doctrina atendiendo a la realidad social de los nuevos tiempos. Y como las normativas dictadas con ocasión de la crisis sanitaria provocada por la COVID 19 y económica tras la guerra de Ucrania, especialmente para prevenir la pobreza energética, pueden afectar a la problemática objeto de estudio. Por último, se realiza un breve pero intenso análisis de la recientísima Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, que establece nuevos deberes para el propietario arrendador y correlativos nuevos derechos para el arrendatario, relevantes en la conservación, rehabilitación y mejora de la vivienda arrendada, como el de información completa, objetiva, clara y veraz sobre las características físicas y jurídicas del inmueble.

La obra ha sido publicada por una de las editoriales de más prestigio en el ámbito jurídico, Tirant lo Blanch, que goza de una alta calidad en investigación jurídica, así como una consolidada difusión internacional. Está situada en la primera posición del ranking SPI (Scholarly Publishers Indicators) del año 2018.

Respecto a la autora, M^a Pilar Montes Rodríguez se licenció Derecho en 1988 en la Universitat de València. Tras recibir una beca predoctoral de la Generalitat Valenciana en líneas de actuación preferente sobre protección de los consumidores realizó los cursos de doctorado en el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valencia y en 1998 se doctoró en Derecho con calificación Sobresaliente cum laude, al defender una tesis dirigida por el Dr. Rafael Ballarín Hernández con el título *La oferta publicitaria como contenido contractual exigible por los consumidores y usuarios*. Desde 1999 es profesora Titular de Escuela Universitaria del Departamento de Derecho civil de la Universitat de Valencia. El derecho de contratos y la protección de los consumidores ha sido su línea principal de investigación, centrada especialmente en la compraventa de vivienda, el crédito inmobiliario, el comercio electrónico, el usuario bancario, las garantías del crédito y el arrendamiento rústico y el de vivienda, objeto de la presente monografía. También los menores, el derecho de daños y el derecho sucesorio han sido objeto entre otros temas de su investigación. Premio SAVIS EN DRET 2012, otorgado por la Cátedra Institucional de Derecho Foral Valenciano, al mejor trabajo sobre derecho positivo valenciano por su participación en el libro colectivo *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana*. Desde 2019 es Árbitro de la Junta Arbitral de Consumo de Valencia.

La Dra. Montes Rodríguez ha formado parte de diversos proyectos de investigación interdisciplinares. Y desde 2022 es miembro del Proyecto TED2021-129787B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea "NextGenerationEU"/PRTR, denominado COMUNIDADES DE AUTOCONSUMO CLAVE EN LA TRANSICION ENERGETICA y cuya IP es M^a José Vañó Vañó, y en el que, cómo investigadora, se dedica al estudio de la pobreza energética y su efecto en los consumidores vulnerables. Buena parte de dicha investigación se plasma en la presente obra, que dedica parte de su análisis a la imprescindible aplicación de la nueva normativa sobre eficiencia energética y prevención de la pobreza energética a las obras de conservación y mejora en los arrendamientos de vivienda.

Por lo que respecta a la estructura de la obra, esta se divide en tres partes diferenciadas. Una primera dedicada a encuadrar normativamente el problema objeto de análisis, las obras de conservación y mejora en el arrendamiento de vivienda. Por ello, tras una introducción dedicada a la exposición de los objetivos de estudio, se analizan los antecedentes históricos que llevaron a dictar la Ley

29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamiento Urbanos, y el régimen jurídico de las obras de conservación y mejora en el arrendamiento de vivienda en ella incluidos. Además, se dedica un apartado especial a las modificaciones más recientes de la citada normativa, derivadas de la Ley 4/2013, el RD Ley 2019 y la nueva y muy reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo sobre el Derecho a la vivienda. A ello se debe añadir referencia expresa a las medidas de carácter excepcional dictadas por la pandemia COVID 19 y la Guerra de Ucrania, en buena medida todavía vigentes. Y, teniendo presente el proyecto de investigación al que dedica su esfuerzo la autora, no podía dejarse de lado la normativa estatal y autonómica sobre rehabilitación de viviendas y especialmente aquella dirigida a prevenir la pobreza energética buscando una mayor eficiencia energética en la vivienda arrendada.

La segunda parte de la obra se dedica específicamente al análisis de las obras de conservación, su régimen jurídico y la jurisprudencia que se ha dictado al respecto durante los últimos 25 años, sus diferencias con otras figuras, y los sujetos obligados a su realización: arrendador y arrendatario. Respecto de uno u otro se analizan los supuestos en que están obligados, su ejecución y los remedios frente a su incumplimiento.

La tercera parte se centra en el análisis de las obras de mejora, su régimen normativo, las obras de mejora ejecutadas por el arrendador con o sin necesidad de consentimiento del arrendatario y los derechos que el arrendatario tiene frente a las mismas así como sus propias obras de mejora.

Finaliza esta obra, como no podía ser de otro modo, con las conclusiones de la autora, la extensa bibliografía utilizada y un completo índice jurisprudencial.

En definitiva, la obra que se reseña constituye una obra de referencia dentro del arrendamiento de vivienda, donde el lector podrá disponer de las claves para conocer cual es el actual régimen normativo aplicable a las obras de conservación y mejora a realizar en la vivienda arrendada, los abundantes problemas que se suscitan en la práctica y como han sido resueltos, con mayor o menor acierto, por nuestros tribunales.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *Mujeres mayores víctimas de violencia de género y tutela civil de sus derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 150 pp.

**MUJERES MAYORES
VÍCTIMAS DE VIOLENCIA
DE GÉNERO Y TUTELA CIVIL
DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Lectura
GRATIS
en la nube

VIRGINIA MÚRTULA LAFUENTE



La obra, cuya recensión tengo el placer de realizar, constata el vacío doctrinal existente en torno a la mujer mayor víctima de violencia de género. Se hace así eco de la necesidad expresada en el preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual cuando afirma que: “resulta imprescindible dar respuesta a la indefensión específica sufrida por las mujeres mayores debido a la persistencia de esquemas patriarcales”. Y lo hace desde el punto de vista de una civilista experta en violencia de género y responsabilidad civil, que trata de analizar los aspectos más relevantes que tienen que ver con la lesión a los derechos fundamentales de estas mujeres [como su integridad física y psíquica (art. 15 CE), su dignidad y su integridad moral (art. 10 CE), así como la protección de su salud y autonomía personal (art. 43 CE)].

Esta obra se realiza en el marco del Proyecto de investigación “Nuevos desafíos del Derecho Biomédico en la protección jurídico-civil de las personas mayores” (PID2022-139899OB-I00), liderado por los profesores Esther Algarra Prats y Javier Barceló Doménech, que realizan el prólogo a este trabajo destacando “el

acuerdo de la temática elegida y el tratamiento de la misma”, al reunir en una misma investigación la protección jurídica de las personas mayores y la perspectiva de género.

La monografía se estructura en seis apartados. El primero, necesario para introducir el tema de estudio, parte de diversas encuestas y estudios publicados, que ya nos anuncian que estamos ante una violencia más invisibilizada y oculta que las demás, caracterizada entre otras cosas por su permanencia en el tiempo y la resistencia de la mujer a denunciar a su maltratador.

En el segundo apartado de la obra se habla de la relación entre “edadismo” y violencia de género. Este concepto, de reciente introducción, parte de la edad como una característica discriminatoria de unas personas hacia otras, según el Informe mundial sobre el edadismo elaborado por la OMS (2021). Aunque edadismo y violencia de género son dos fenómenos sociales distintos, pueden tener un doble impacto negativo en las mujeres mayores, al quedar invisibilizadas como colectivo doblemente: por ser mayor y por ser mujer. Incluso pueden ser ellas mismas las que consideren que son demasiado mayores para salir del círculo de la violencia de género. De ahí que el abordaje de esta violencia requiera -como recoge la autora de este trabajo- un enfoque específico e interseccional, tanto en su proceso de concienciación como víctimas, como en la información sobre sus derechos, recursos de protección y apoyos disponibles.

Tras el examen en el apartado tercero de la obra de las normas nacionales, internacionales y autonómicas que forman parte de lo que se ha venido a llamar “estatus jurídico de la mujer maltratada”; el siguiente apartado del trabajo, el cuarto, comienza analizando el contexto social y legal en el que se criaron las mujeres objeto de estudio, donde la mujer casada ocupaba una posición jurídica de subordinación a su marido.

El trabajo incide, a través de un exhaustivo estudio de la jurisprudencia civil y penal, en la idea de cómo el matrimonio o una relación de pareja de larga duración se puede convertir en la sede de las más graves violaciones de los derechos de la personalidad. La profesora Múrtula busca una explicación a la tolerancia que muchas mujeres mayores muestran hacia la violencia (sobre todo física y psicológica) de sus parejas y al porqué no denuncian la situación de maltrato sufrido. Y la encuentra en lo que se conoce como el “síndrome de la mujer maltratada”, que describe con claridad y sencillez, explicando también sus consecuencias.

Destacaría, por su originalidad e interés, la aportación que hace la autora del trabajo a posibles líneas de actuación desde el ámbito del Derecho civil frente a este tipo de violencia, que encuentran su base en el deber de respeto mutuo (art. 67 CC) y la acción de reclamación de los daños y perjuicios por su incumplimiento

ex art. 1902 CC. Con ello, vuelve a poner sobre la mesa el debate todavía abierto sobre los daños en el ámbito de las relaciones de familia, a pesar de la reticencia del Tribunal Supremo a su reconocimiento.

El lector encontrará en el apartado quinto un interesante y novedoso estudio sobre la reparación del daño causado por el maltratador, que afecta a derechos fundamentales de la víctima, como la vida, la integridad física y moral (art. 15 CE), la dignidad (art. 10.1 CE), la igualdad (art. 14 CE), y la libertad y seguridad (art. 17 CE), que constituyen el hilo conductor de la obra. En este apartado se abordan todas las cuestiones de interés surgidas tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), en particular a través de la introducción de los nuevos artículos 28 bis y 28 ter. Esta reforma parte de la idea de que la reparación del daño no es solo “indemnización” y que la víctima muchas veces necesita una actuación de la sociedad y del Estado, así como una petición de perdón y arrepentimiento del agresor (art. 28 bis).

La obra ofrece una primera y completa aproximación de las nuevas partidas del daño indemnizable por violencia de género que figuran en el art. 28 ter LOVG, que deberán ir configurándose por la doctrina y la jurisprudencia, y que a buen seguro este trabajo les será de utilidad. Entre esas partidas se encuentra el daño moral y el daño a la dignidad [art. 28 ter.2 a) LOVG]. En cuanto al primero de ellos, la profesora Múrtula pone de manifiesto que los tribunales penales no han sabido perfilar bien este daño en el ámbito de la violencia contra las mujeres, incluyéndolo muchas veces dentro de los daños psíquicos propiamente dichos, además han otorgado indemnizaciones ridículas en relación con otros supuestos. La pérdida de oportunidades como nueva partida indemnizable [art. 28 ter.2 b) LOVG], planteará, como apunta la autora del trabajo, el problema de su compatibilidad con la pensión compensatoria del art. 97 CC. Especial atención merece en esta monografía el daño social, entendido como el daño al proyecto de vida [art. 28 ter.2 d) LOVG], que se contextualiza en el caso de las mujeres mayores víctimas de violencia de género, al igual que se hace con el tratamiento terapéutico [art. 28 ter.2 e) LOVG].

En el ámbito de la protección a la salud de la mujer maltratada (arts. 43 CE y 19 LOVG), la obra dedica especial atención a las posibles soluciones que ofrece la aplicación del sistema de apoyos previsto en la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en orden a salir de los casos de violencia de género en los que la mujer es “cuidadora” de su maltratador o bien es ella la que precisa cuidados de él.

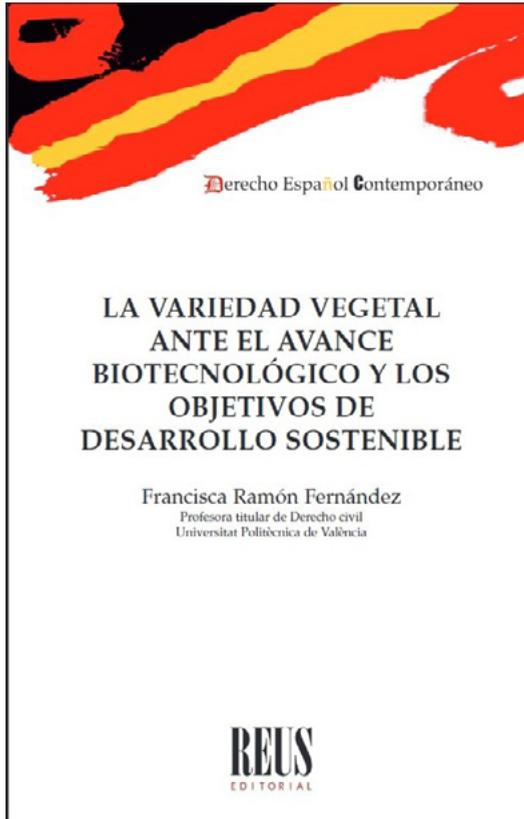
Pero antes se tratan una serie de cuestiones de indudable interés en el ámbito que es objeto de estudio, como la obligación de denunciar las situaciones de violencia detectadas por parte del personal sanitario, a pesar de la reticencia de la mujer.

El papel de “cuidadoras” que han asumido estas mujeres durante toda su vida, puede ser un obstáculo para salir de las situaciones de violencia de género. El nuevo sistema de apoyos previsto en la Ley 8/2021, con las medidas de apoyo voluntarias y la curatela asistencial y/o representativa, pueden ser unos instrumentos de mucha utilidad, como pone de relieve la autora del trabajo. A ello habría que añadir el deber de alimentos de los hijos hacia su madre (arts. 142 a 153 CC), que si no cumplen voluntariamente podrá reclamarse judicialmente.

En suma, estamos ante un trabajo que nos adentra en una problemática jurídica de hondo calado social. De lectura fácil y ágil, este estudio servirá para comprender la realidad de muchas mujeres mayores víctimas de violencia de género y las soluciones que puede ofrecer el Derecho civil para salir de esta situación. Es una obra necesaria que principia y acaba con una misma idea: la mujer debe romper con el círculo de maltrato para que “pueda empezar con su segunda vida” (adaptando y haciendo suya la frase de Confucio con la que comienza la monografía: “Todos tenemos dos vidas. La segunda empieza cuando nos damos cuenta de que solo tenemos una”).

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

RAMÓN FERNÁNDEZ, F: *La variedad vegetal ante el avance biotecnológico y los objetivos de desarrollo sostenible*, Reus, Madrid, 2020, 200 pp.



Presentamos la obra *La variedad vegetal ante el avance biotecnológico y los objetivos de desarrollo sostenible* cuya autora, Francisca Ramón Fernández, en la actualidad catedrática de Derecho civil en la Universitat Politècnica de València arriesga en su investigación para perfilar un estudio muy novedoso, con imbricaciones relevantes dentro de la disciplina y con un enfoque muy acertado en relación con los objetivos de desarrollo sostenible (ODS).

El trabajo se enmarca dentro del desarrollo en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-I00 (2019-2022), cuyos investigadores principales fueron : Dr. D. Javier Plaza Penadés. Catedrático de Derecho civil y Dra. D^a. Luz M. Martínez Velencoso. Catedrática de Derecho civil. Universitat de València, del Proyecto de I+D+i Retos MICINN (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022). Investigador principal: Dr. D. Lorenzo Cotino Hueso. Catedrático de Derecho Constitucional. Universitat de València y del Microcluster «Estudios de Derecho y empresa sobre TICs (Law

and business studies on ICT», dentro del VLC/Campus, Campus de Excelencia Internacional (International Campus of Excellence), coordinado por el Dr. D. Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil, Universitat de València-Estudi General.

El análisis de la variedad vegetal desde una perspectiva biotecnológica resulta de un gran interés en el ámbito jurídico, ya que va más allá de su aplicación como variedad protegida, y se aprecia en la obra un dominio absoluto de la correcta aplicación tanto de la legislación internacional, comunitaria y estatal con un estudio en profundidad de la diferenciación entre la patente y el título de obtención vegetal.

Se complementa el desarrollo de la obra con el soporte jurisprudencial necesario tanto a nivel de la Unión Europea como nacional sobre la postura de los tribunales ante dicha situación en relación con la variedad.

Sin embargo, el análisis de la controversia entre la patente EPI069819 y EPI211926 dota al trabajo de una perspectiva especialmente interesante ya que le permite a la autora ponerlo en conexión con la patentabilidad de la variedad vegetal en relación con el consumo y con los objetivos de desarrollo sostenible, considerándolo como una limitación a tener en cuenta para alcanzar en especial el ODS 2 “Hambre cero”.

Aspectos como el derecho a la alimentación y su consideración jurídica demuestra la controversia para la obtención de beneficios económicos en la protección de la variedad.

La obra forma parte de la colección Derecho Español Contemporáneo dirigida por el Dr. D. Carlos Rogel Vide, Catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid, y la Dra. D^a. Silvia Díaz Alabart, Catedrática emérita de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Estamos ante una obra con una estructura muy adecuada para analizar los distintos aspectos en los que se centra el trabajo con una perspectiva jurídica muy presente en el que la innovación biotecnológica puede aparecer como freno a la variedad vegetal en relación con el cumplimiento y alcance de los objetivos de la Agenda 2030.

Con su estudio la autora se adentra en una línea de investigación que ya ha desarrollado previamente y que le permite abordar con una perspectiva muy original la biotecnología en relación con la obtención vegetal y la patentabilidad, cuestiones que han sido discutidas en distintas ocasiones y que ha generado una no pacífica postura doctrinal.

Nos encontramos ante una obra de referencia en la que la autora es pionera en plasmar la relación entre avance biotecnológico, agricultura y objetivos de desarrollo sostenible, con un enfoque muy particular en el que deja claro que se debe de realizar una transferencia adecuada de la innovación sin vulnerar los derechos de las personas tanto personales como patrimoniales.

José Ramón De Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universidad de València

RAMÓN FERNÁNDEZ, F: *Régimen jurídico de los drones: inteligencia artificial, responsabilidad, usos y conflictos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 237 pp.



La obra que se presenta bajo el título *Régimen jurídico de los drones: inteligencia artificial, responsabilidad, usos y conflictos* publicada por la editorial Aranzadi constituye la monografía número 51 asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial.

Constituye la primera obra tras su oposición de la recientemente catedrática de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València, Francisca Ramón Fernández, que accedió a la cátedra en 2023 con el tribunal formado por el profesor Dr. Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil Universitat de València, que presidió el mismo, y las profesoras Dra. María José Reyes, Catedrática de Derecho civil Universitat de València; Dra. Ana Cañizares, Catedrática de Derecho civil Universidad de Málaga, Dra. Inmaculada Barral, Catedrática de Derecho civil Universitat de Barcelona y el Profesor Dr. José Antonio Cobacho, Catedrático de Derecho civil Universidad de Murcia.

La obra ha sido prologada por el profesor Dr. Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil de la Universitat de València.

La obra se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación que exploran las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial en los que la autora es investigadora colaboradora, como es el Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana "Algorithmical Law" (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024), y Proyecto de I+D+i "Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas" 2023-2025 (PID2022-136439OB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE.

Se trata de una obra minuciosa, bien fundamentada y de una relevancia científica sobresaliente sobre los drones planteada sobre un escenario de futuro donde la inteligencia artificial tendrá una presencia evidente.

La sólida estructura de la obra permite analizar diversos aspectos como son la responsabilidad, y los distintos usos y conflictos en el ámbito de los drones cuya ampliación en el ordenamiento jurídico resulta compleja por la disparidad de la legislación aplicable y la falta de uniformidad de la misma.

Se desarrolla la monografía en varios bloques que permiten profundizar en la consideración jurídica de los drones, su normativa tanto nacional como comunitaria, las condiciones de la utilización del espacio aéreo, los requisitos aplicables a los sujetos y la determinación de su responsabilidad por daños, las distintas obligaciones imperantes para los distintos agentes económicos, y los diferentes usos de los drones en la actualidad. Mención especial merece la dedicación en la monografía a los distintos conflictos en relación con la protección de datos de carácter personal, la aplicación de la inteligencia artificial, el derecho a la intimidad, la propiedad intelectual, la seguridad aérea, los consumidores y usuarios y aspectos relativos al comercio y al transporte.

Estamos, por tanto, ante una obra de investigación donde se plasma la madurez investigadora de la autora, sobre un tema novedoso y de gran actualidad, en el que la inteligencia artificial está muy presente, y en la que da respuestas sólidas y fundamentadas a las distintas cuestiones que se plantean respecto de los drones, por lo que estamos ante una obra de referencia absoluta en la materia, y muy necesaria a nivel jurídico.

José Ramón De Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universidad de València

SANCHO MARTÍNEZ, L.: *La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 596 pp.



I. Pocas instituciones son tan discutidas hoy en el Derecho español como la reserva de dominio. Su fragmentaria regulación y la diferente naturaleza que de ella predicen los autores hacen de la reserva de dominio una garantía compleja. Si a ello se une su difícil encaje en un sistema de garantías mobiliarias como el existente en el Derecho español, en el que se superponen distintas garantías con diferentes ámbitos de aplicación, forma de constitución y eficacia, fácilmente se comprenderá que el estudio de la reserva de dominio constituye un auténtico reto para el jurista.

El libro objeto de esta reseña es resultado de la adaptación a formato monográfico de la tesis doctoral defendida por su autora, la Dra. Sancho Martínez, en el Departamento de Derecho de la Empresa y Derecho Civil de la Universidad del País Vasco en diciembre de 2022, bajo la dirección del profesor Gorka GALICIA AIZPURUA, Catedrático de Derecho Civil en la citada Universidad. La tesis doctoral, que obtuvo la máxima calificación (sobresaliente *cum laude* por unanimidad), así como la mención de “Doctorado Internacional”, fue enjuiciado por un Tribunal

integrado por las profesoras Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (Universidad de Murcia), Clara I. ASUA GONZÁLEZ (UPV/EHU), Ana DÍAZ MARTÍNEZ (Universidad de Santiago de Compostela), Dña. Maria Raquel GUIMARÃES (Universidad de Oporto) y el profesor Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Universidad de Valladolid).

Es esta la primera monografía de la Dra. Sancho, pero no su primer trabajo científico. Ha publicado ya algunos artículos y capítulos previos dedicados al estudio de la reserva de dominio, entre los que pueden destacarse “La reserva de dominio mobiliaria en el sistema concursal español” (*Revista de Derecho Mercantil*, 2021, nº 322) y “La reserva de dominio típica en el ordenamiento español: inconsistencias normativas y consideraciones sobre su configuración” (en *Asimetrías en el sistema español de garantías reales*, dirigida por el profesor GALICIA AIZPURUA y coordinada por S. CASTELLANOS CÁMARA, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 127 a 202). También es autora de otras aportaciones relacionadas con el derecho de obligaciones y contratos, como el trabajo “Transparencia y abusividad en el contrato de fianza: la situación del fiador consumidor” (*Cuadernos de Derecho Privado*, 2023, nº 7, pp. 114 a 152) y “Comentario a los artículos 491 a 493 del Código civil boliviano” (en *Comentarios al Código civil boliviano: Libro tercero: De las obligaciones. Parte segunda: De las fuentes de las obligaciones*, dirigida por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE y coordinada por G. GALICIA AIZPURUA, Tirant lo Blanch-Livia, Valencia-Santa Cruz de la Sierra, 2023, pp. 171 a 185).

2. El título de la monografía es perfectamente descriptivo de su contenido: “La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales”. Como señala la autora, la finalidad de la obra es doble: de un lado, dilucidar la controvertida naturaleza de la reserva de dominio a partir de un análisis exhaustivo de su íntegro régimen jurídico; y, de otro, determinar su situación en el sistema español de garantías reales, a fin de tratar de esclarecer en qué medida el entendimiento que se sostenga sobre ella se adapta o no a los principios jurídicos tradicionales sobre los que se asienta aquel.

Así pues, la preocupación principal que guía la investigación está presente desde el propio inicio de la obra, en el que la Dra. Sancho advierte acerca de la perentoria necesidad de delimitar los marcos estructurales que definen el modelo español de garantía real y fijar la posición exacta que, en relación con el mismo, guardan ciertas figuras, como la reserva de dominio. En particular, se trata de dilucidar si estas garantías pueden configurarse como garantías funcionales basadas en la propiedad o si, por el contrario, quebrantan los principios jurídicos esenciales de nuestro sistema. Solo disponiendo de construcciones acabadas sobre este tipo de garantías -afirma la autora- estaremos en condiciones de “valorar qué reformas legislativas resultan naturales a nuestro sistema de garantías y pueden ser directamente emprendidas, y cuáles, por el contrario, deben ser objeto de una

evaluación detenida” por rebasar los límites que lo moldean. Es por ello que la Dra. Sancho, desde el momento en que manifiesta su interés en acometer un examen *global* de la reserva de dominio, advierte que no solo busca efectuar un análisis sistemático de cada uno de los planos normativos que conforman su régimen, sino, además, confrontar los resultados obtenidos con la situación de aquella otra cláusula que, fuera de los textos positivos, puedan pactar los contratantes con base en su autonomía privada (esto es, la que la autora denomina “reserva de dominio *atípica*”, ya se trate de una reserva mobiliaria, ya inmobiliaria).

3. La autora estructura la obra en cuatro capítulos, precedidos de una introducción y seguidos de unas precisas conclusiones finales redactadas en lengua castellana e inglesa. La división del libro en estos cuatro capítulos es adecuada para alcanzar el objetivo propuesto.

4. En el Capítulo I, titulado “Aproximación a la divergencia interpretativa de la reserva de dominio en España”, la autora delimita el marco teórico-conceptual y normativo de la figura. Para ello se presentan concisamente los inicios del pacto de reserva en el ordenamiento español, se repasa su temprana aceptación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de primera mitad del siglo XX (a pesar de la ausencia, en aquel momento, de un régimen legal expreso sobre la figura) y se expone cómo aquella primera doctrina optó por admitir su construcción como una condición suspensiva de la eficacia traslativa derivada de la compraventa y entrega del bien vendido a plazos, para subrayar, finalmente, el contraste entre dicha solución y la función de garantía que el pacto desempeña. La autora sienta así los antecedentes precisos para conducir posteriormente al lector por cada una de las principales tesis sobre la naturaleza de la reserva (teorías dominical o de la condición suspensiva, garantista o prendaria y de la condición resolutoria), efectuando una puntillosa exposición de sus argumentos fundamentales, a fin de dejar establecidos desde un inicio los términos del tradicional debate doctrinal que rodea la figura analizada.

Con ese bagaje teórico, la autora procede a continuación a efectuar una delimitación inicial de los preceptos normativos que expresamente se refieren al pacto de reserva de dominio, al objeto de poner en evidencia las contradicciones que de ellos suelen denunciarse, ofreciendo al lector un panorama claro y sintético de las normas que inciden en su regulación. De esta forma, se exhiben las principales antinomias y lagunas apreciables en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM), la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), sin olvidar otros cuerpos complementarios (como las Leyes 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las

operaciones comerciales) y las regulaciones navarra y catalana. La exposición va acompañada, además, de una selección de sentencias y resoluciones de la DGRN/DGSJFP que sirven para ilustrar aquellas contradicciones. Finalmente, el cuadro expuesto se ve complementado por un último e ilustrativo epígrafe dedicado a las tendencias regulatorias observadas en el panorama comunitario e internacional. En este aspecto, el estudio no se circunscribe solo a reseñar los instrumentos con incidencia estricta sobre la reserva de dominio, sino que tiene en consideración algunos de los convenios e iniciativas armonizadoras más destacadas en el campo de los derechos reales de garantía, respecto a los que la autora manifiesta que “parecen estar basándose en un conjunto de reglas y principios ajenos al sistema jurídico de garantías reales español”.

5. En el Capítulo II, que lleva por título “El sistema español de garantías reales y sus principios jurídicos tradicionales”, la autora expone los fundamentos y límites estructurales del sistema tradicional español de garantía real, con el que posteriormente someterá a contraste la reserva de dominio típica y atípica. A tal fin, en la primera parte del capítulo realiza un análisis de las diversas categorías jurídicas que dan forma a la estructura compleja de la garantía real, junto con sus correspondientes presupuestos axiológicos, para determinar posteriormente los principios jurídicos que derivan de su interrelación y que dan forma al sistema antedicho. Culminada esta tarea, consagra la segunda parte del capítulo a examinar el alcance y fundamento de cada uno de los principios desgranados y así, en particular, los de legalidad, tipicidad y *numerus clausus* de garantías reales, causa, accesoriedad, especialidad, indivisibilidad, formalismo y publicidad e interdicción de pacto comisorio.

6. En la segunda mitad de su monografía, la autora examina el íntegro régimen normativo de la reserva de dominio para confrontarlo con los principios tradicionales del sistema español de garantía real, extrayendo una serie de trascendentales conclusiones en lo que hace a la cláusula de reserva tanto típica como atípica.

7. Así, en el Capítulo III (“Régimen sustantivo de la reserva de dominio”), la autora estudia pormenorizadamente el alcance, el contenido y la eficacia asignados a la reserva de dominio en la única ley del ordenamiento español que contiene una regulación sustantiva de la figura, es decir, la LVPBM. A estos efectos, insiste desde el comienzo en la necesaria diferenciación en nuestro ordenamiento entre dos especies de cláusulas de reserva: “aquellas que podríamos tildar de «típicas», por contar precisamente con una tipificación u ordenación legal propia -la prevista en la LVPBM-; y (...) otras de carácter «atípico» (v.gr. reservas de dominio inmobiliarias o sobre bienes muebles destinados a la reventa al público) que, extramuros del

ámbito aplicativo de la referida Ley, se crean y desarrollan al mero amparo de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC)”.

Advertida la distinción, no extraña que la autora dedique la primera parte del capítulo a delimitar el ámbito de aplicación de la LVPBM, pues únicamente el pacto de reserva que quede subsumido en él podrá gozar de la eficacia que le adjudica. De esta forma, se determinan tanto los bienes susceptibles de ser objeto de reserva de dominio típica como la clase de obligaciones que pueden resultar aseguradas, con un prolijo y detallado tratamiento de una de las cuestiones que más controversia ha generado al respecto de la naturaleza de la figura: la posibilidad de que asegure créditos de financiación otorgados por terceros. Sobre esta cuestión, cabe destacar que la Dra. Sancho no se ciña a contemplar el problema desde la óptica del Derecho español, sino que acude a la paralela y reciente discusión existente sobre el tema en el ordenamiento portugués, para, a partir de un estudio comparado, extraer interesantes conclusiones sobre la naturaleza de la cláusula.

Entiende la autora que no existen argumentos sólidos para sostener que la reserva de dominio típica española desempeña su función a modo de una auténtica retención de la propiedad, ya que tal configuración no puede justificarse en ningún caso para la hipótesis, admitida en la LVPBM, de que la cláusula se emplee como garantía de los créditos derivados de negocios de financiación a comprador o a vendedor. A esto añade que, en sistemas de nuestro entorno con una idea marcadamente dominical de la reserva de dominio, como el portugués, la única solución que alcanza a ofrecerse por parte de la jurisprudencia para admitir dicha forma de garantía a favor de los financiadores pasa necesariamente por considerar que la “propiedad reservada” no es, en realidad, un verdadero derecho de propiedad, sino una titularidad vacía de contenido dominical y limitada a una exclusiva función de garantía del crédito de financiación. En el mismo sentido, la autora destaca que, en el caso de la jurisprudencia española, los tribunales partidarios de una concepción dominical de la cláusula también han terminado concluyendo, una vez advertida la imposibilidad de construir la reserva de dominio como una auténtica retención de la propiedad a favor del tercer financiador, que dicha operación se estructura como una cesión de la propiedad en garantía efectuada por el comprador y propietario del bien reservado a favor de su prestamista. La autora subraya que, como se desprende de las opiniones jurisprudenciales expuestas, la única finalidad que persigue la inclusión de dicha cláusula en el contrato es la mera garantía del crédito de financiación a la adquisición de bienes, motivo por el cual al tercer financiador únicamente podría reconocérsele, en su caso, una mera titularidad formal en garantía.

Añade la autora que, a la vista de lo expuesto, no es posible sostener que la reserva pactada a favor del vendedor a plazos sí puede representar una

retención de la auténtica propiedad en su poder, pues tanto la reserva de dominio favorable al financiador como la correspondiente al vendedor desempeñan una misma y exclusiva finalidad: la pura y simple garantía del crédito financiero. En este orden de ideas, la Dra. Sancho realiza un detenido examen del reparto de las facultades dominicales de las partes, tanto en la cara externa como interna del pacto de reserva “clásico”, con especial atención a su desenvolvimiento en los escenarios de impago del precio aplazado. Y termina concluyendo que “el vendedor reservista retiene una propiedad huera de todo contenido dominical, salvo en lo necesario para satisfacer una exclusiva función: la consistente en garantizar el crédito concedido al deudor reservatario para financiar su compra”; y no, como sostendría la doctrina dominical, una pretendida restauración del sinalagma funcional de la venta a plazos. En este sentido, la autora subraya que la reserva de dominio “clásica” en ningún caso restaura la ejecutividad simultánea de las prestaciones de los contratantes, sino que el vendedor a plazos ejecuta plenamente su prestación de entrega desde un inicio y retiene la propiedad de un bien que, tras su venta y entrega, debe corresponder al patrimonio del comprador que él mismo ha financiado, al exclusivo propósito de garantizar el crédito de financiación concedido; y ello sin que tal detrimento patrimonial sufrido por el deudor encuentre un *quid pro quo* dirigido a paliar su pérdida, tal y como sucede en los negocios fiduciarios en garantía. Debido a ello, la autora concluye que, dada la identidad funcional que existe entre la reserva de dominio configurada a su modo “dominical” y la fiducia *cum creditore*, ambas deben recibir el mismo trato, por lo que debe concluirse que el vendedor a plazos -o quien en su lugar financie la compra- nunca podría retener la auténtica propiedad del bien, sino, a lo sumo, una mera titularidad formal o fiduciaria, como ya advirtiera y argumentara ampliamente en nuestra doctrina GALICIA AIZPURUA (*Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Reus, Madrid, 2014).

Despejada la naturaleza de la reserva de dominio “clásica”, la Dra. Sancho añade que el legislador español ha corregido “las inicuas consecuencias que la tradicional concepción dominical del pacto lleva aparejadas reconduciendo el contenido de dicha caución al propio de un derecho real de garantía en cosa ajena, como se colige de una lectura sistemática del artículo 16 LVPBM”. En efecto, en el último epígrafe del tercer capítulo, la autora somete a examen dicho precepto para concluir que, a pesar de su tortuosa redacción, la reserva de dominio típica reúne, cuando se constituye con la debida publicidad por medio de su inscripción en el RBM, las notas estructurales propias de una garantía real en cosa ajena. Es decir, confiere a su titular un “*ius distrahendi* inherente al bien reservado, provisto de reipersecutoriedad y ataviado de preferencia y prelación pignoraticias”. Pese al tenor literal del artículo 16.5.1 LVPBM, entiende que el privilegio en él reconocido debe favorecer en exclusiva al crédito de financiación mobiliaria que se halle asegurado por medio de una reserva típica e inscrita, por diversas razones de

orden lógico y sistemático y de conformidad con los antecedentes normativos. Por otro lado, defiende que la ejecución de la reserva tipificada sigue, asimismo, las reglas y principios propios de la realización de las garantías reales mobiliarias registrales.

No obstante, advierte la Dra. Sancho que ciertas reformas deben ser acometidas para que el régimen de la reserva de dominio quede perfectamente alineado con los principios rectores del modelo español tradicional de garantía real. Así, entre otras cuestiones defiende, por ejemplo, que, para no restringir injustificadamente la capacidad del deudor de obtener financiación con cargo al valor total del bien reservado, debería reformarse el artículo 15.3.I LVPBM y suprimirse la tercería registral en él contemplada, para pasar a disponer, en su lugar, que “quien remate bienes gravados con reserva anterior inscrita en el RBM los adquirirá, en su caso, con subsistencia de dicha garantía real”. Además, respecto a la adjudicación del bien reservado para pago (*pro solvendo*) contemplada en el artículo 16.2.c).III y e) LVPBM, señala, partiendo de su particular concepción de la *ratio* de la prohibición de pacto comisorio, que tal facultad debería ser, o bien directamente suprimida, “de forma que la ejecución de la reserva típica siga en todo caso el procedimiento de subasta notarial previsto para los bienes pignorados (art. 1872 CC)”, o admitida “a condición de regular un procedimiento notarial detallado en el que se amparen debidamente los intereses de los titulares de garantías reales posteriores sobre el activo”.

En definitiva, en el Capítulo III se defiende, con extensos y variados argumentos, que la reserva de dominio tipificada en la LVPBM ha sido estructurada como un derecho real de garantía mobiliario en cosa ajena; y que, fuera del espacio normativo anterior, la cláusula de reserva atípica que puedan pactar los particulares a modo de condición suspensiva de la traslación del dominio es un negocio funcionalmente equivalente a una transmisión fiduciaria en garantía. Por tanto, la autora concluye que, en caso de que este último negocio hubiese de ser reputado válido (cosa que estima dudosa), al acreedor “reservista” únicamente cabría atribuirle una mera titularidad fiduciaria. Estas conclusiones, sin duda, pueden compartirse.

8. Por último, en el Capítulo IV (“Régimen procesal y concursal de la reserva de dominio”), la autora completa el examen integral de la reserva de dominio con un estudio pormenorizado de su tratamiento en la LEC y en el TRLC, del que extrae argumentos que le sirven para confirmar las conclusiones obtenidas anteriormente. Así, en lo que hace al plano procesal, la autora centra su análisis en las acciones contempladas en los artículos 250.I.10.º y 11.º LEC, defendiendo que esta regulación avala la conclusión de que la reserva de dominio típica ha sido configurada como un derecho real de garantía en cosa ajena. No obstante, en relación con la acción contemplada en el artículo 250.I.11.º LEC, si bien entiende

que la recuperación del bien reservado en ningún caso se basa en el ejercicio de un poder dominical (sino en la resolución del contrato de compraventa), sí advierte que dicha facultad “resulta sumamente extraña en sede de reserva de dominio típica, pues se trata de una acción procesal que no se fundamenta en ningún poder sustantivo que la LVPBM haya reconocido a dicha cláusula, y que, como ha identificado parte de nuestra doctrina, puede tener su origen en un error legislativo, acaso propiciado por la interpretación dominical de la figura que tradicionalmente ha prevalecido en la jurisprudencia a pesar de todos los argumentos que apuntan en su contra”.

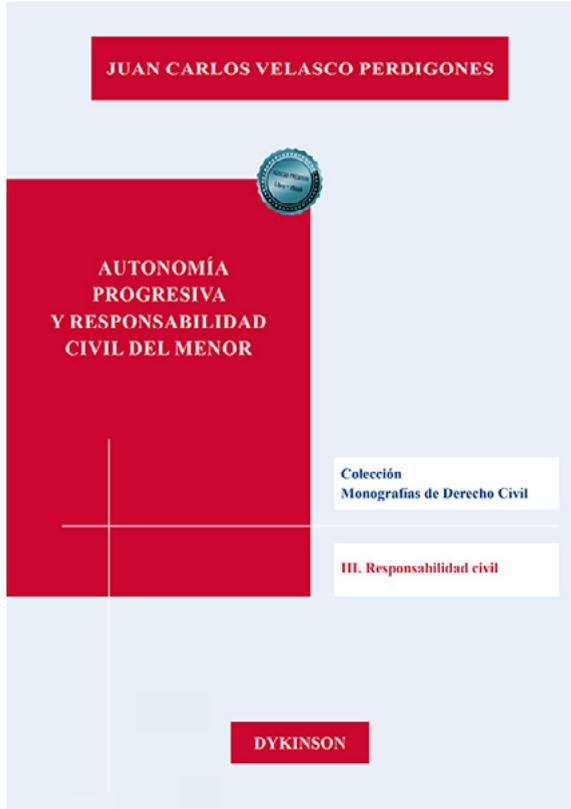
El estudio concluye con un interesante y completo análisis del régimen concursal de la reserva de dominio. A tal fin, se examina con carácter preliminar la situación del titular del crédito de financiación mobiliaria carente de reserva de dominio en el concurso del comprador, diferenciándose entre el caso del vendedor a crédito y el relativo a terceros financiadores. Concluida esta tarea, y delimitado así el *status* de partida, la autora aborda la eficacia de la reserva de dominio en el concurso del comprador financiado, sometiendo a detallado estudio, en particular, tanto el privilegio especial reconocido en el artículo 270.4.º TRLC como el poder recuperatorio previsto en el artículo 150.2.º TRLC, al que somete a una profunda crítica. Su conclusión final es que los datos existentes en la normativa concursal también demuestran que la propiedad del bien reservado se sitúa en cabeza del comprador, y que cuando este es declarado en concurso sin haber terminado de pagar el crédito recibido, la reserva de dominio típica debidamente registrada confiere a su titular un derecho sobre el valor del bien equivalente al dispensado por cualquier otra garantía mobiliaria clásica. No obstante, aunque esta conclusión no resultaría desdicha, según la autora, por el poder “recuperatorio” previsto en el artículo 150.2.º TRLC (siempre que este sea objeto de una interpretación sistemática), advierte que, en su opinión, dicho precepto debería ser suprimido al objeto de que la reserva de dominio típica quede claramente regulada en nuestro sistema como lo que es: una garantía real en cosa ajena con el contenido propio de un derecho de realización del valor.

9. De la exposición sucinta del contenido de los cuatro capítulos del libro se extrae una consecuencia evidente: se trata de un libro espléndido, que evidencia que la autora tiene una madurez inusual para una jurista tan joven. El libro no sólo expone con rigor la situación actual (doctrinal y jurisprudencial) sobre la reserva de dominio, sino que toma partido, cada vez que tiene ocasión, por la tesis que considera más adecuada. En este sentido, se trata de una auténtica tesis doctoral, pues la autora señala, con argumentos que pueden o no compartirse, cuál es su opinión sobre cada una de las cuestiones controvertidas. Cabe también destacar la fácil prosa de la autora. El libro se lee con facilidad, lo que no es incompatible con la correcta utilización del lenguaje jurídico y la precisión técnica.

10. El libro de la Dr. Sancho constituye una aportación imprescindible para el estudio de la reserva de dominio en el Derecho español, en particular, y de las garantías mobiliarias, en general. Una obra de obligada consulta para cualquier investigador en la materia. La autora puede sentirse orgullosa del resultado obtenido. Y también su maestro, el profesor Gorka Galicia.

Manuel Jesús Marín López
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Castilla–La Mancha

VELASCO PERDIGONES, J.C.: *Autonomía progresiva y responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2024, 198 pp.



“Autonomía progresiva y responsabilidad civil del menor”, de Juan Carlos VELASCO PERDIGONES, es un necesario estudio que interpreta, conforme a la realidad social y jurídica que envuelve al menor de edad con cierta autonomía y madurez, la responsabilidad civil de los progenitores en virtud del art. 1903 CC. Dicho trabajo resulta esencial, en tanto en cuanto, pone de relieve una cuestión no ausente de controversias entre lo puesto de manifiesto por la doctrina y lo aplicado por jurisprudencia española.

El autor cuestiona el anquilosado régimen de responsabilidad civil parental, que no ha evolucionado al compás que sí lo hace la sociedad, la familia y el concepto de menor de edad. El trabajo pone el foco de atención en los “grandes menores”, aquellos sujetos que, dotados de capacidad de decisión y autonomía por el ordenamiento, no ven comprometido su patrimonio cuando su actuación produce un daño a tercero. Mientras que el ordenamiento jurídico les concede parcelas competenciales y capacidad de decisión para determinados ámbitos, el poder de

vigilancia, control y educación de sus progenitores (exigido por la jurisprudencia) se encuentra reducido.

La praxis jurisprudencial ha venido considerando el natural hecho de ser progenitores una actividad de riesgo, equiparable a la propia de una potencialmente peligrosa —como si de una central nuclear se tratase— alejándose del fundamento culpabilístico de origen de la responsabilidad de los padres. El esquema de este modelo de responsabilidad se ha mantenido incólume, a pesar del avance y evolución experimentado en el concepto de minoría de edad, familia y sociedad en la que se inserta. El ordenamiento internacional y nacional nos esboza un menor cada vez más autónomo y libre para la toma de decisiones importantes para su persona y patrimonio, lo que conlleva a una reducción o limitación en la esfera de actuación de los progenitores. El hijo menor con cierto grado de autonomía y madurez puede responder penalmente e imponérsele penas que pueden afectar a sus derechos fundamentales; puede consentir una intromisión a determinados derechos fundamentales; tomar decisiones acerca de su integridad e identidad sexual; poseer armas; o conducir determinados vehículos a motor; las menores mayores de dieciséis años pueden interrumpir voluntariamente su embarazo, sin embargo, no se les hace responsables civiles de sus actos.

El profesor VELASCO PERDIGONES efectúa una profunda reflexión sobre el mantenimiento de la responsabilidad civil decimonónica de los progenitores, en vista del avance legislativo experimentado en los últimos años en el concepto de menor de edad "maduro" y las nuevas formas de ejercicio de la corresponsabilidad parental, poniéndose en entredicho los deberes de vigilancia, control y educación exigidas por la jurisprudencia frente a las vetadas posibilidades que impone el ordenamiento. Resulta paradójico, pero, por ejemplo, ¿cómo evitar un hipotético daño a tercero por el empleo de la tecnología móvil si los progenitores no pueden acceder a su contenido por las limitaciones que impone el ordenamiento para resguardar la intimidad del menor?

La investigación se vertebra en tres secciones diferenciadas: la *primera (I)*, compuesta por dos capítulos, efectúa un repaso sobre la situación doctrinal y jurisprudencial actual de la cuestión (a modo de estado del arte). En particular, el *Capítulo I* profundiza en los elementos básicos que componen la responsabilidad civil de los progenitores y el *Capítulo II* hace un recorrido por la jurisprudencia de las últimas décadas del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. De forma práctica e ilustrativa, en nota al pie, por cada pasaje de las resoluciones recogidas se reseñan los aspectos de mayor debate e interés.

La *segunda parte (II)* del libro (*Capítulo III*), conforme al art. 3.1 CC, encuadra e interpreta la responsabilidad civil parental conforme a la realidad social y jurídica del tiempo de aplicación del art. 1903 CC, mostrando cómo el ordenamiento

concede una progresiva autonomía y madurez al menor en distintos ámbitos de trascendencia personal y patrimonial, en comparación con el ambiente social, familiar y jurídico que residía en el momento de la promulgación del Código Civil. Resulta de especial interés integrar el precitado precepto con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como sucedió en el plano de la persona con discapacidad respecto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: dos realidades distintas, pero con estructuras similares.

La *tercera parte (III)*, conformada por el *Capítulo IV*, se dedica a unas reflexiones finales, centrada en la necesidad o no de reformular el aludido sistema de responsabilidad civil. El autor invita al cambio de paradigma, ya sea a través de una modificación legal o del criterio jurisprudencial, una adaptación del sistema al nuevo devenir social y familiar que envuelve al menor de edad "maduro", que pondere y conjugue la autonomía concedida progresivamente a los menores, las dificultades de vigilar y educar, y las limitadas facultades de los progenitores para mantener a sus hijos en el cumplimiento de sus deberes (la corrección). Por último, se proponen diversos escenarios y soluciones, con sus ventajas e inconvenientes: la conjunción de una responsabilidad de los progenitores y del menor con cierto grado de autonomía y madurez; la responsabilidad del menor mediante el establecimiento de un marco objetivo de edades (una edad mínima o escala de edades); y, la responsabilidad del menor conforme a un patrón subjetivo (grado de madurez y autonomía a valorar). De igual forma, se debate entre la responsabilidad solidaria (progenitor-menor), armonizándose con lo dispuesto en la LORPM, o la subsidiariedad en la carga reparatoria por parte de los progenitores.

El Dr. VELASCO PERDIGONES, como práctico del Derecho –primero como abogado y posteriormente como Juez- pone se centra exitosamente en una realidad de necesario debate y profunda reflexión. En definitiva, una obra de referencia que resultará de especial interés y utilidad que, de igual forma, suscita preocupación, principalmente a los que contribuyen a la sociedad con el feliz alumbramiento de su prole.

José Ramón De Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil
Universidad de València

