COLECCIÓN
DERECHO
DEONTOLOGÍA
TECNOLOGÍA

LAS CRISIS FAMILIARES

EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA: VEINTE AÑOS DESPUÉS

Dirección

Sonia Calaza López
Francisco Javier Jiménez Muñoz
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Fátima Yáñez Vivero

Coordinación

Sonia Calaza López
Francisco Javier Jimenez Muñoz

COLEX READER | COLEX AUDIO

COLEX

Disfrute gratuitamente **DURANTE UN AÑO** de los eBook y audiolibros de las obras de Editorial Colex*

- Acceda a la página web de la editorial **www.colex.es**
- Identifíquese con su usuario y contraseña. En caso de no disponer de una cuenta regístrese.
- Acceda en el menú de usuario a la pestaña «Mis códigos» e introduzca el que aparece a continuación:

RASCAR PARA VISUALIZAR EL CÓDIGO

- Una vez se valide el código, aparecerá una ventana de confirmación y su eBook y/o audiolibro estará disponible **durante 1 año desde su activación** en la pestaña «Mis libros» en el menú de usuario.

* Los audiolibros están disponibles en las ediciones más recientes de nuestras obras. Se excluyen expresamente las colecciones «Códigos comentados», «Biblioteca digital» y los productos de www.vademecumlegal.es.

No se admitirá la devolución si el código promocional ha sido manipulado y/o utilizado.

¡Gracias por confiar en nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook

Acceso desde cualquier dispositivo con conexión a internet

Idéntica visualización a la edición de papel

Navegación intuitiva

Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:

COLECCIÓN
DERECHO. DEONTOLOGÍA. TECNOLOGÍA

5

LAS CRISIS FAMILIARES

El Derecho de familia en España: veinte años después

COLECCIÓN
DERECHO. DEONTOLOGÍA. TECNOLOGÍA

Directora:

Sonia Calaza López
Catedrática de Derecho procesal. UNED.

Subirectora:

Mercedes De Prada Rodríguez
Directora del Centro de Estudios Garrigues.

Comité científico:

Philipp Anzenberger
Catedrático de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Innsbruck (Austria).

Jacobo Barja de Quiroga
Magistrado y Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Silvia Barona Vilar
Catedrática de Derecho procesal (Universidad de Valencia).

Antonio Del Moral García
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Antonio Fernández de Buján
Catedrático de Derecho romano (Universidad Autónoma de Madrid).

Leticia Fontestad Portalés
Catedrática de Derecho procesal (Universidad de Málaga).

Mercedes Llorente Sánchez-Arjona
Catedrática de Derecho procesal (Universidad de Sevilla).

Vicente Magro Servet
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Isaac Merino Jara
Catedrático de Derecho financiero y Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín
Catedrático de Derecho procesal (Universidad de Oviedo).

Vicente Pérez Daudí
Catedrático de Derecho procesal (Universidad de Barcelona).

Andrea Planchadell Gargallo
Catedrática de Derecho procesal. (Universidad de Castellón).

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho civil (UNED).

Virginia Zambrano
Catedrática de Derecho civil (Universidad de Salerno).

Consejo asesor:

Juan Aguayo Escalona.
Socio de Cuatrecasas, Doctor en Derecho

Lorena Bachmaier Winter
Catedrática de Derecho procesal (Universidad Complutense)

Alessandra Cordiano
Catedrática de Derecho civil (Universidad de Verona)

Sara Díez Riaza
Catedrática de Derecho procesal de ICADE

José Ramón García Vicente
Catedrático de Derecho civil (Universidad de Salamanca).

Fernanda Moretón Sanz
Catedrática de Derecho civil (UNED).

Julio Sigüenza López
Catedrático (A) de Derecho procesal (Universidad de Murcia).

Ixusko Ordeñana Gezuraga
Catedrático (A) de Derecho procesal (Universidad del País Vasco)

Félix Plaza Romero
Socio de Garrigues. Presidente del Centro de Estudios Garrigues.

Antonio José Quesada Sánchez
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Málaga.

André Ramos Tavares
Catedrático de Derecho económico (Universidad de Sao Paolo).

Jesús Sánchez García
Decano del Colegio de Abogados de Barcelona.

Ágata Sanz Hermida
Catedrática de Derecho procesal (Universidad de Castilla-La Mancha).

COLECCIÓN
DERECHO. DEONTOLOGÍA. TECNOLOGÍA

5

LAS CRISIS FAMILIARES

El Derecho de familia en España: veinte años después

Directores

Sonia Calaza López
Francisco Javier Jiménez Muñoz
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Fátima Yáñez Vivero

Coordinadores

Sonia Calaza López
Francisco Javier Jimenez Muñoz

INSTITUTO DE DESARROLLO Y ANÁLISIS DEL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA

GOBIERNO DE ESPAÑA · MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES · AGENCIA ESTATAL DE INVESTIGACIÓN

COLEX 2026

Copyright © 2026

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Sonia Calaza López © Francisco Javier Jiménez Muñoz © Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla © Fátima Yáñez Vivero © Ana Díaz Martínez © Helena Mota © Ana Isabel Berrocal Lanzarot © Mercedes Salido © Ana Laura Cabezuelo Arenas © Begoña Flores González © Beatriz Verdera Izquierdo © Eduardo Oliva Gómez © Patrícia Cardoso Dias © María Dolores Casas © José Hernández de la Fuente © Laura Marín Cáceres © Yvette Velarde © Aurora López Azcona © Juan Pablo Pérez Velázquez © Patricia López Peláez © M.ª Mercedes Alberruche Díaz-Flores © M. Virtudes Azpitarte García © Giorgia Anna Parini © Antonio J. Vela Sánchez © Alessia Mignozzi © M.ª Eugenia Serrano Chamorro

© De la edición: IDADFE

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

Esta investigación se enmarca en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, **«Claves de una Justicia resiliente en plena transformación»**, (IP. Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2024-155197OB-I00 y en la Red de investigación: **«Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad»** (RED2024-153961-T), coordinada por Sonia Calaza, Programa Estatal de Transferencia y Colaboración del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027.

I.S.B.N.: 979-13-7011-792-4
Depósito legal: C 878-2026
DOI: https://doi.org/10.69592/979-13-7011-792-4

SUMARIO

EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA 20 AÑOS DESPUÉS

(Pág. 19)

El Derecho de Familia en España 20 años después 19

PARTE 1
CRISIS MATRIMONIALES: EFECTOS PATRIMONIALES

1
EL TESTAMENTO POSTERIOR A LA RUPTURA MATRIMONIAL DEL OTORGANTE. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS O RECONSTITUIDAS

Ana Díaz Martínez

(Pág. 23)

I. Planteamiento. Ruptura matrimonial y otorgamiento de testamento: relevancia de la secuencia temporal 23

II. El destino mortis causa del patrimonio de la persona divorciada o separada: el testamento posterior a la ruptura 26

2.1. Causante divorciado sin nueva pareja ni ulterior descendencia: ley, jurisprudencia y revisión testamentaria 26

2.1.1. Régimen especial de gestión de los bienes transmitidos *mortis causa* a los hijos menores de edad y nombramiento de tutor: remisión 28

2.1.2. Previsiones sucesorias relativas a los hijos del causante que carezcan de descendientes: sustituciones, prohibiciones de disponer e *ius transmissionis* 29

2.2. Causante divorciado con hijos que contrae nuevo matrimonio, sin descendencia 33
2.3. Familia ensamblada o reconstituida. 36
2.3.1. Terminología, concepto, previsiones normativas y algunos apuntes sobre cuestiones sucesorias 37
2.3.2. Breve nota sobre la pertinencia, o no, de reconocimiento de derechos sucesorios *ex lege* en familias reconstituidas 39
2.3.3. Nacimiento de descendencia común, existiendo hijos de la anterior relación 42
III. Disposiciones testamentarias sobre la pensión compensatoria del primer cónyuge 51
Bibliografía 53

2

MIGRAÇÃO E CIDADANIA: O RECONHECIMENTO EM PORTUGAL DE ACTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS NO ÂMBITO FAMILIAR

Helena Mota

(Pág. 57)

I. Nacionalidade, cidadania e Direito dos Estrangeiros 57
II. O exercício de direitos privados pelos cidadãos estrangeiros 60
2.1. A lei aplicável em Portugal ao estatuto pessoal dos estrangeiros 61
2.2. A lei aplicável em Portugal ao estatuto pessoal dos apátridas e refugiados políticos 64
III. O reconhecimento em Portugal de actos jurídicos estrangeiros no âmbito familiar. Três exemplos 65
3.1. O reconhecimento em Portugal da "união estável" brasileira 68
3.2. O reconhecimento em Portugal de divórcios não judiciais decididos em Estados Membros 71
3.3. O reconhecimento em Portugal de divórcios não judicias decididos em Estados terceiros. O caso brasileiro 75

3

LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO COMO MEDIDA ECONÓMICA Y SU INTERRELACIÓN CON OTRAS DE SIMILAR NATURALEZA

Ana Isabel Berrocal Lanzarot

(Pág. 79)

I. Consideraciones previas. 79
II. Pensión compensatoria 87
2.1. Concepto y fundamento 87
2.2. Presupuestos 93

2.3. Modalidades 97
2.4. Criterios para su concesión y cuantía 104
III. La compensación económica por el trabajo doméstico 109

4

DE LA INDISOLUBILIDAD A LA DISOLUCIÓN VOLUNTARIA: EVOLUCIÓN E IMPACTO DEL DIVORCIO EN EL SISTEMA JURÍDICO MATRIMONIAL ESPAÑOL

Mercedes Salido

(Pág. 121)

I. Consideraciones iniciales 122
II. Aproximación al concepto civil y canónico de matrimonio 124
2.1. Marco jurídico básico de referencia 124
2.2. Concepto de matrimonio: elementos esenciales y accidentales 126
2.2.1. Noción civil de matrimonio 127
2.2.2. Noción canónica de matrimonio 130
III. Origen y evolución del divorcio en España 133
3.1. Evolución histórico-jurídica en los argumentos de su implantación 134
3.1.1. La Ley del divorcio de 1932 136
3.1.2. La Ley del divorcio de 1981 137
3.1.3. Modificaciones legales en la materia: Ley 15/2005, de 8 de julio, y Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria 142
IV. Afectación al actual sistema matrimonial español 144
4.1. Breve referencia al marco normativo 146
4.2. Consecuencias jurídicas: cambio estructural del matrimonio 147

5

¿DEBERÍA MANTENERSE LA FACULTAD DE INSTAR LA SUPRESIÓN/ REDUCCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA A INSTANCIAS DE LOS LEGITIMARIOS/SUCESORES DEL PAGADOR (ART. 101.2 CC)?

Ana Laura Cabezuelo Arenas

(Pág. 151)

I. El pago de la pensión es transmisible *post mortem* 151
II. Insuficiencia de los bienes hereditarios para pagar la pensión. 156
III. Motivos para cuestionar que continúe teniendo sentido el art. 101.2 CC al defender la intangibilidad de las legítimas 163
IV. Otros resortes normativos utilizables 169
V. Previsión ad hoc por parte del pagador del tratamiento que recibirá la pensión *post mortem* 171
VI. Bibliografía 178

6

LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL SENTIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL

Begoña Flores González

(Pág. 179)

I. Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. 179
II. Atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad. 182
III. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos mayores de edad no independientes económicamente o en situación de discapacidad 199
IV. Atribución de la vivienda familiar en un matrimonio sin hijos. 204
Bibliografía 205

7

VIVIENDA FAMILIAR VERSUS DOMICILIO FAMILIAR, VIVIENDA CONYUGAL, VIVIENDA HABITUAL Y VIVIENDA ADECUADA

Beatriz Verdera Izquierdo

(Pág. 207)

I. Introducción 207
II. La vivienda familiar 208
2.1. Requisitos. Vivienda: ¿bien inmueble exclusivamente? 210
2.2. Conceptuada como familiar. 213
2.2.1. Breve referencia a la atribución de la vivienda familiar en crisis familiares . . 215
2.2.2. Supuestos particulares. 218
2.3. Recapitulación 220
III. El domicilio conyugal/familiar. La residencia habitual 221
IV. Hogar. 224
V. La vivienda conyugal 225
VI. La vivienda habitual. 228
VII. La vivienda adecuada 229
7.1. Persona con discapacidad 231
7.2. Duración. Limitación temporal. 233
VIII. Breve alusión a los derechos forales 235
IX. Bibliografía 237

PARTE 2
CRISIS MATRIMONIALES: EFECTOS PERSONALES

8
LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: SU CONSTRUCCIÓN COMO RAMA ESPECIALIZADA DEL DERECHO DE FAMILIAS EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA-MEXICANA

Eduardo Oliva Gómez

(Pág. 244)

I. Introducción 244
II. Los derechos de niñas, niños y adolescentes: su reconocimiento en la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos y en leyes de observancia general en el territorio nacional. 246
III. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares: bases normativas en la construcción de una nueva rama especializada del Derecho de familias. . . 252
IV. Reflexiones y consideraciones finales. 265
V. Fuentes de investigación 266

9
LA CONVIVENCIA FAMILIAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA INFANCIA: LÍMITES, INSTRUMENTALIZACIONES Y CRÍTICA DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

Patrícia Cardoso Dias

(Pág. 270)

Introducción 270
I. Alienación parental: de la conducta alienante al derecho a la vida familiar 272
1.1. Características y comportamientos típicos del síndrome de alienación parental. 274
1.2. Críticas al encuadre del síndrome de alienación parental 275
II. El ejercicio de la responsabilidad parental y las relaciones jurídico-familiares de convivencia 277
2.1. Principio del interés superior del niño 279
2.2. El derecho del niño a la vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués 281
III. Violencia de género en las relaciones familiares y alienación parental en los sistemas jurídicos portugués y español. 282
Conclusiones. 287
Bibliografía 289

10

LOS SISTEMAS DE TUTELA DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿AVANCE CON EL REGLAMENTO UE 2024/1348? UN RETO PARA EL DERECHO DE FAMILIA ESPAÑOL

María Dolores Casas

(Pág. 296)

I. A modo de introducción. Planteamiento del tema. 296
II. Cuestiones previas: acerca de su definición y la problemática de la determinación de la edad 303
2.1. En torno a una definición. La vulnerabilidad del menor migrante no acompañado, en especial, el que no se encuentra en el sistema de asilo 303
2.2. Visión panorámica de la normativa internacional, regional y de la Unión Europea. Referencia al sistema de tutela: ¿avances con la reforma del Reglamento UE 2024? 305
2.2.1. La normativa internacional y regional: falta de previsión normativa de la consideración del menor no acompañado 305
2.2.2. A nivel europeo: el Sistema Europeo Común de Asilo. ¿Avances con Reglamento (UE) 2024/1348 para el sistema de tutela del menor migrante no acompañado?. 308
III. Visión panorámica de la implementación de los sistemas de protección de menores no acompañados en estados miembros de la UE: la tutela. 315
3.1. Características comunes y diferencias en los países miembros UE: sujetos, exigencias de formación, procedimientos de selección y funciones del tutor . 316
3.2. Referencia a la regulación de la tutela del menor no acompañado en España . 319
IV. Algunas buenas prácticas. recomendaciones por European Guardianship Network y Europrom. 323
4.1. Un sistema en la línea del Reglamento UE de 2024: el modelo italiano de un tutor persona física y figura proactiva: ¿un logro relativo? 323
4.2. Recomendaciones desde el *European Guardianship Network* 328
V. Unificación del sistema de tutela de menor no acompañado como prevención a la trata del menor de edad no acompañado. 329
VI. A modo de epílogo. 333

11

EL DESCONOCIMIENTO ESCOLAR DE LAS MEDIDAS PATERNO-FILIALES: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

José Hernández de la Fuente

(Pág. 335)

I. Introducción 335
II. Problemática escolar con familias no convivientes 337
2.1. El derecho a la educación 337
2.2. Derechos y deberes en el ámbito educativo 339
III. La investigación realizada. 343
3.1. Metodología 343

3.2. Resultados ... 345
3.2.1. Resultados sociodemográficos ... 345
3.2.2. Problemas de comunicación con familias no convivientes ... 350
3.2.3. Visitas al alumnado y recogidas en el centro escolar ... 352
3.2.4. Supuestos de comunicación por escrito ... 353
3.2.5. Supuestos de comunicación presencial ... 354
IV. El convenio regulador, acuerdo homologado y medidas definitivas ... 356
4.1. El convenio regulador ... 356
4.2. El acuerdo homologable ... 356
4.3. Las medidas definitivas ... 357
V. Comunicación de las medidas ... 357
VI. Conclusiones ... 359
VII. Bibliografía ... 360

12

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD ANTE EL SHARENTING: ¿ES POSIBLE UN EQUILIBRIO ENTRE EL DESEO-LIBERTAD DE COMPARTIR Y LA FUNCIÓN-DEBER DE PROTEGER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR?

Laura Marín Cáceres

(Pág. 364)

I. Del álbum de fotos familiar a la difusión de imágenes en las plataformas digitales 364
II. La capacidad progresiva del menor y el consentimiento en materia de imagen y protección de datos ... 367
III. El ejercicio de la patria potestad y sus límites en la difusión de imágenes de menores ... 373
IV. Balance y perspectivas: ¿más dudas que certezas? ... 377
Bibliografía ... 378

13

FAMILIAS RECONFIGURADAS: LA GUARDA Y CUSTODIA A FAVOR DE LOS ABUELOS. MARCO LEGAL Y REALIDAD SOCIAL

Yvette Velarde

(Pág. 381)

I. Introducción ... 381
II. La patria potestad en el Derecho español: fundamento y función protectora del interés del menor ... 382
III. Ejercicio, limitaciones y control judicial de la patria potestad ... 387
IV. Incumplimiento de los deberes parentales y atribución de la guarda y custodia a terceros: el papel de los abuelos en la protección del menor ... 390
V. La guarda y custodia con funciones tutelares atribuida a los abuelos. Sentencia núm. 00146/2023, de 20 de septiembre, JPII de A Estrada (Provincia de Pontevedra) ... 396

Conclusiones 399
Bibliografía 400
I. Manuales y artículos doctrinales 400
II. Convenios internacionales. 402
III. Legislación 402
IV. Jurisprudencia 403

14

EFECTOS DE LA RUPTURA MATRIMONIAL CON HIJOS CON DISCAPACIDAD: USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y ALIMENTOS

Aurora López Azcona

(Pág. 405)

I. Previo. 405
II. Ámbito de aplicación 406
III. Efectos derivados de la ruptura 408
3.1. En el Código civil. 409
3.1.1. Atribución del uso de la vivienda familiar 410
3.1.2. Alimentos debidos a los hijos. 417
3.2. En el Código del Derecho Foral de Aragón 421
3.2.1. Régimen de convivencia 421
3.2.2. Atribución del uso de la vivienda familiar 422
3.2.3. Gastos de asistencia de los hijos 425
IV. Bibliografía 427
V. Jurisprudencia 428
Tribunal Constitucional 428
Tribunal Supremo 428
Tribunal Superior de Justicia de Aragón 429

15

LA PROMESA DE MEJORAR O NO MEJORAR DEL ARTÍCULO 826 DEL CÓDIGO CIVIL. UN PACTO SUCESORIO ÚTIL EN LA PLANIFICACIÓN HEREDITARIA EN FAVOR DE UN DESCENDIENTE CON DISCAPACIDAD

Juan Pablo Pérez Velázquez

(Pág. 431)

I. Introducción 431
II. Concepto 437
III. Elementos personales. Reglas de interpretación de la voluntad del mejorante . . 439
IV. Ámbito de aplicación de la promesa 442
V. Forma *ad solemnitatem* 445
VI. Efectos: consecuencias del incumplimiento e ineficacia sobrevenida de la promesa 445

VII. Propuesta de lege ferenda sobre la publicidad de la promesa. 452
VIII. Conclusiones 453
Bibliografía 456

16

LA DONACIÓN-PARTICIÓN COMO SISTEMA COADYUVANTE AL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES FAMILIARES: SU ADMISIBILIDAD Y CONFIGURACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Patricia López Peláez

(Pág. 460)

I. Planteamiento general 460
II. Admisibilidad de la donación-partición en el derecho común 461
III. Propuesta de régimen jurídico de esta figura atípica 464
IV. Recapitulación final. 467
Bibliografía: 467

17

LA ASIGNACIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LOS PROCESOS DE CRISIS FAMILIAR: HACIA UNA CONSIDERACIÓN JURÍDICO-AFECTIVA EN EL DERECHO DE FAMILIA

M.ª Mercedes Alberruche Díaz-Flores

(Pág. 473)

I. Marco Normativo 473
1.1. De la concepción patrimonial al animal como ser sintiente: evolución legislativa 473
1.2. Tratamiento de los animales de compañía en el Derecho de Familia: convenios, medidas y criterios legales 476
1.3. Interacción con el régimen económico, copropiedad, medidas ejecutivas y bienestar animal 480
II. Criterios judiciales y práctica forense en la asignación 483
2.1. Factores ponderados por los tribunales: bienestar del animal, vínculo afectivo, rol de cuidado y otros 483
2.2. Modalidades de atribución: custodia exclusiva, custodia compartida y régimen de visitas 487
2.3. Distribución de gastos de manutención y veterinarios. «Pensión alimenticia» para el animal. 489
2.4. Medidas provisionales y cautelares: protección del animal durante el proceso 491
III. La «consideración jurídico-afectiva» de los animales de compañía: fundamentos, riesgos y ventajas. 492
3.1. Concepto de «consideración jurídico-afectiva» y análisis crítico. 492
3.2. Principios jurídicos involucrados: interés familiar, bienestar animal, autonomía de la voluntad y protección de menores 496

IV. Vacíos normativos, retos prácticos y propuestas de reforma 499
V. Bibliografía 501
VI. Jurisprudencia. 503
Tribunal de Justicia Europeo. 503
Tribunal Supremo 503
Audiencias provinciales 503
Tribunales de primera instancia 504
Otros juzgados. 504

18

LA DECLARACIÓN DE SENTIENCIA DE LOS ANIMALES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS. ANIMALES Y DERECHO, DERECHO DE LOS ANIMALES

M. Virtudes Azpitarte García

(Pág. 506)

I. Derecho y animales 506
II. Derechos de los animales 513

19

GLI ANIMALI DI AFFEZIONE NELLA CRISI DELLA FAMIGLIA NEL DIRITTO ITALIANO

Giorgia Anna Parini

(Pág. 523)

I. Introduzione 523
II. Animali e soluzioni consensuali per la crisi della famiglia 526
III. La sorte dell'animale nella crisi nelle controversie non basate sul consenso. 529
IV. Critiche all'applicazione delle regole proprietarie 532
V. Le criticità sottese all'applicazione analogica della disciplina sull'affidamento dei figli 534
VI. Conclusioni. 536

20

VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO Y ANIMALES DE COMPAÑÍA: CONSECUENCIAS CIVILES

Antonio J. Vela Sánchez

(Pág. 539)

I. Introducción 539
II. Estudio detallado del primordial, en esta sede, artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC . . 543
1. Cuestiones sociológicas que explicarían actualmente este precepto 543
2. ¿Qué debe entenderse por «animales» en este artículo 92. 7.º CC? 544

3. ¿Cuándo existen malos tratos a animales o amenaza de causarlos? 546
4. ¿Se refiere el precepto sólo a los supuestos de violencia de género sobre la pareja o también comprende los casos de violencia doméstica en general? . . 546
5. ¿Se requiere sentencia condenatoria firme de maltrato animal? 551
III. Conclusiones 551
IV. Bibliografía 552
V. Jurisprudencia aplicada 555
1. Sentencias del Tribunal Supremo 555
2. Sentencias de audiencias provinciales 555
3. Sentencia de Juzgado de Violencia sobre la Mujer 556

21

LA FINE DI UNA RELAZIONE SENTIMENTALE E LA SORTE DEGLI ANIMALI D'AFFEZIONE TRA VUOTO NORMATIVO E APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Alessia Mignozzi

(Pág. 558)

I. Il contesto e il mutamento dei valori 558
II. Gli esseri animali nella pluralità ed eterogenità delle fonti del diritto. 559
III. Il benessere e la relazione affettiva del pet nella fine di una relazione. Il diritto vivente 565
IV. Conclusioni. 568

22

¿CÓMO PUEDO PROTEGER A MI MASCOTA EN MI TESTAMENTO?

M.ª Eugenia Serrano Chamorro

(Pág. 571)

I. Especial consideración sobre las mascotas. 571
II. Cauces legales para favorecer a las mascotas 576
III. Normativa actual 580
IV. Estudio del art. 914 bis del CC 582
V. La inclusión de los animales de compañía en los testamentos. 588
VI. Transmisión del animal de compañía en la herencia testada: distintas opciones. 590
VII. Conclusiones 596
VIII. Bibliografía 597

EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA 20 AÑOS DESPUÉS

Con ocasión de la conmemoración de los veinte años de las importantes reformas llevadas a cabo en materia de Derecho de Familia en 2005, se celebró en Sevilla del 5 al 7 de noviembre de 2025 el XIX Congreso Internacional del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE), bajo el título precisamente de «El Derecho de Familia en España: 20 años después».

Con este Congreso se trató de hacer un repaso de las leyes que en los últimos 20 años han venido a afectar más directa y profundamente al Derecho de familia, como, entre otras, las dos leyes de 2005 (sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y sobre el popularmente llamado divorcio exprés), la Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015 o las dos leyes de 2021 (sobre personas con discapacidad y sobre animales de compañía), o a nivel autonómico la Ley andaluza de mediación familiar de 2009.

Asimismo, en estos 20 años, es de destacar el papel desarrollado por las instituciones de la Unión Europea, que han desplegado un importante desarrollo normativo estableciendo unas normas comunes de Derecho de familia, y la jurisprudencia, nacional y europea.

El libro que ahora tiene el lector en sus manos recoge los trabajos presentados en materia de crisis familiares, abordando temas tales como la sucesión testada tras una ruptura matrimonial, la pensión compensatoria y el uso de la vivienda familiar; el régimen de guarda, custodia y visitas de hijos y nietos, el apoyo a las personas con discapacidad en el ámbito familiar o la tenencia y cuidado de los animales de compañía.

Queremos agradecer el buen hacer de las entidades organizadoras (Departamentos de Derecho Civil de la UNED y Derecho Civil y Derecho Internacional Privado de la US e IDADFE), patrocinadoras (Fundación Registral, Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de España y Colegio Notarial de Andalucía-Sevilla) y colaboradoras (Centro Asociado de la UNED en Sevilla y Fundación del Notariado), que permitieron que el Congreso se pudiera celebrar y desarrollar con gran éxito.

Y, por último, destacar y agradecer la colaboración para que este libro vea la luz de la Editorial Colex, cuya buena disposición desde el principio ha facilitado con mucho el proceso de la publicación; y sobre todo las aportaciones financieras por parte del proyecto I+D+i «Claves de una Justicia resiliente en plena transformación» (IP. Sonia Calaza) y la red de investigación: «Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad» (coord.: Sonia Calaza), colaboradores también del Congreso, que han cubierto parte de sus costes y posibilitado que este libro sea finalmente una realidad.

Esperamos que la obra le resulte de interés y utilidad.

Los Directores

PARTE 1

Crisis matrimoniales: efectos patrimoniales

1

EL TESTAMENTO POSTERIOR A LA RUPTURA MATRIMONIAL DEL OTORGANTE. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS O RECONSTITUIDAS[1]

Ana Díaz Martínez

Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: I. Planteamiento. Ruptura matrimonial y otorgamiento de testamento: relevancia de la secuencia temporal. II. El destino *mortis causa* del patrimonio de la persona divorciada o separada: el testamento posterior a la ruptura. 2.1. Causante divorciado sin nueva pareja ni ulterior descendencia: ley, jurisprudencia y revisión testamentaria. 2.1.1. Régimen especial de gestión de los bienes transmitidos *mortis causa* a los hijos menores de edad y nombramiento de tutor: remisión. 2.1.2. Previsiones sucesorias relativas a los hijos del causante que carezcan de descendientes: sustituciones, prohibiciones de disponer e *ius transmissionis.* 2.2. Causante divorciado con hijos que contrae nuevo matrimonio, sin descendencia. 2.3. Familia ensamblada o reconstituida. 2.3.1. Terminología, concepto, previsiones normativas y algunos apuntes sobre cuestiones sucesorias. 2.3.2. Breve nota sobre la pertinencia, o no, de reconocimiento de derechos sucesorios *ex lege* en familias reconstituidas. 2.3.3. Nacimiento de descendencia común, existiendo hijos de la anterior relación. III. Disposiciones testamentarias sobre la pensión compensatoria del primer cónyuge. Bibliografía

I. Planteamiento. Ruptura matrimonial y otorgamiento de testamento: relevancia de la secuencia temporal

En el Derecho español, la preocupación del legislador por la conexión entre la crisis matrimonial del causante y su sucesión *mortis causa* se ha plasmado, a lo largo del tiempo, en la determinación de los derechos sucesorios

1 El presente trabajo, desarrollado en el grupo de investigación de la USC «Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio», se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación «Ordenación y ejecución de la voluntad *mortis causa*. Especial consideración a las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del causante» (PID2024-160940NB-I00, 2025-2029), del que es IP la profesora M. Carballo Fidalgo.

ex lege que conserva o pierde el separado o divorciado, atendiendo, según los diferentes sistemas vigentes en cada momento, a la propia existencia, o no, del divorcio como causa de disolución del vínculo y a la estructuración de la separación legal sobre unas u otras bases. Centrándonos en la etapa post-constitucional, se modificaron los efectos legales de las crisis matrimoniales en la sucesión intestada y legitimaria en 1981, 2005 y 2015[2] dando nueva redacción a los preceptos correspondientes del Código civil, en los que ahora se acoge también la referencia a la separación de hecho.

Resuelta definitivamente la cuestión de la ausencia de derechos sucesorios *ex lege* de una persona respecto de otra no solo tras la disolución, por divorcio, del vínculo matrimonial que les unió sino también cuando la crisis se sustanciara como separación legal o de hecho, el estudio del tema queda circunscrito ahora, principalmente, al ámbito de la sucesión voluntaria. No puede olvidarse la relación entre régimen económico matrimonial y derechos sucesorios, prístina cuando uno de los esposos fallece vigente el matrimonio[3], que si, ya en estas circunstancias, puede iluminar la razón del trato que la ley española da al cónyuge supérstite, ciertamente poco generoso (probablemente por ser la sociedad de gananciales el supletorio en defecto de pactos), podría, con mayor fundamento, explicar las mencionadas soluciones legales cuando se produce la muerte tras sustanciarse una crisis matrimonial. Quedan, por supuesto, al margen, razones afectivas o de otra índole que pudieran ser fundamento de la atribución voluntaria de derechos sucesorios al excónyuge después de una separación o un divorcio.

En este sentido, la relación entre otorgamiento de testamento y ruptura matrimonial o de pareja ha sido principalmente analizada desde la perspectiva de la eficacia, o no, de las disposiciones otorgadas a favor de quien entonces era cónyuge o conviviente del causante y al tiempo de su fallecimiento ya no lo es o, siéndolo, ha cristalizado una crisis sustancial entre ellos (con separación legal o de hecho). Con este enfoque y actitud pragmática o preventiva de conflictos, al otorgante del testamento le convendrá revisar su contenido y adecuarlo plenamente a sus deseos, más allá de la operatividad de las normas de los Derechos autonómicos sobre el particular, si estos fueran los aplicables, y de la doctrina jurisprudencial (siéndolo el Derecho común) sobre la ineficacia de dichas disposiciones por estar basadas en una causa falsa (art. 767 CC), salvo que pueda deducirse del testamento que otra era la voluntad del otorgante.

Perspectiva parcialmente diferente es la que no atiende a la posible pérdida de eficacia de un testamento ya otorgado cuando sobreviene una crisis

2 La Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó el art. 945, atinente a la sucesión intestada y las Leyes 15/2005, de 8 de julio, que elimina el sistema causalista y culpabilista en las crisis matrimoniales, y 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, hacen lo propio con los arts. 834 y 835, sobre la legitimaria.

3 Egusquiza Balmaseda, M.ª A.: *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Cuadernos de Aranzadi civil, Cizur Menor, 2003, págs. 29 y ss.

matrimonial o de pareja sino a la propia ordenación *ex novo* de la sucesión voluntaria tras esta ruptura a través de un testamento. De este modo, si se altera el orden cronológico en que la ruptura matrimonial y el otorgamiento de testamento acontecen, aparece en primera línea la articulación meditada de la sucesión *mortis causa* de quien, al tiempo de disponer, ya está separado o divorciado, que, de todos modos, podría consistir, si no fuera el primer testamento redactado, precisamente en la revisión del último, para que diera respuesta en el plano patrimonial a la nueva situación familiar. La fragilidad de los vínculos matrimoniales propia de la actual sociedad española, especialmente desde la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, refuerza el interés de la conexión entre la crisis matrimonial y la planificación sucesoria, tanto en el momento inmediatamente posterior a aquella[4], como, sobre todo, años después, si se crearon nuevas relaciones familiares[5].

En efecto, aunque inmediatamente después de la sustanciación de su crisis matrimonial las cuestiones sucesorias a que la persona ha de atender son fácilmente identificables y hoy relativamente sencillas, su situación personal y familiar puede cambiar con el transcurso del tiempo y hacer más necesarias decisiones que se hagan efectivas a través una atinada ordenación testamentaria. Como subraya López Sánchez[6], la familia no es una institución estática, sino que atraviesa ciclos causados por la partida o la llegada de algunos de sus miembros, y esos ciclos o etapas, dependiendo de la magnitud, pueden dar lugar a su reorganización. Lo mismo debería ocurrir en el ámbito sucesorio, en cuya articulación el papel clave, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad del causante, lo juega el testamento, especialmente en los Derechos que no reconocen validez a los pactos.

Por otra parte, al analizar cómo podría tratar de ajustar una persona la ordenación de su sucesión testada, tras una ruptura matrimonial o de pareja, a su nueva situación personal y familiar, que puede ser muy heterogénea (según entable, o no, una nueva relación convivencial estable, contraiga nuevo matrimonio, tenga descendencia de nuevo o conforme una nueva familia con hijos o hijas de su pareja), puede ser pertinente hacer alguna breve referencia a los efectos que las medidas adoptadas en el proceso matrimonial (o acordadas en escritura pública notarial o ante el LAJ) despliegan incluso después de

4 Como dice la STS 3298/2024, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:3298), con la separación o el divorcio «nace un nuevo *modus vivendi* derivado de la situación surgida por la disgregación de la unidad familiar» y se genera un «nuevo escenario». Esta realidad, que la sentencia citada refiere a la vivienda familiar y al cumplimiento irrenunciable de las obligaciones de los progenitores respecto de los hijos, acaso requiere también plasmación de decisiones sucesorias nuevas y específicas.

5 Cámara Lapuente, S.: «New Developments in the Spanish Law of Succession», en *InDret*, 4/2007, pág. 22.

6 «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», en *AJI*, n.º 13, agosto 2020, pág. 198.

fallecido uno de los cónyuges, pues alguna puede tener incidencia, directa o indirecta, en la planificación de su sucesión *mortis causa*.

Las pensiones alimenticias se extinguen por el fallecimiento del deudor en los términos del art. 150 CC (sin perjuicio del eventual nacimiento de nuevas obligaciones de la misma naturaleza a cargo de otros parientes si concurriera la necesidad, presupuesto inexcusable del deber legal de alimentos), pero puede ser pertinente tomar en consideración, a la hora de otorgar testamento, para hacer alguna previsión específica, la existencia de una pensión compensatoria por desequilibrio de que el excónyuge fuera titular, por haberse pactado o establecido, en su caso, en procedimiento judicial contencioso, pues la obligación de pago se transmite *mortis causa* (art. 101.2.º CC)[7]. Contemplaremos la cuestión escuetamente más adelante[8].

II. El destino *mortis causa* del patrimonio de la persona divorciada o separada: el testamento posterior a la ruptura

2.1. Causante divorciado sin nueva pareja ni ulterior descendencia: ley, jurisprudencia y revisión testamentaria

No plantea muchas cuestiones específicas el otorgamiento de testamento de una persona tras una ruptura matrimonial si no ha contraído nuevo matri-

7 Si se hubiera fijado la compensación como prestación única, con un solo pago, y el cónyuge deudor fallece antes del cumplimiento, no serían aplicables las especialidades de este precepto. Se trataría, en tal caso, de una deuda ordinaria del causante que sigue la regla general de transmisibilidad a los herederos, que responderán dependiendo de su forma de aceptación de la herencia. Si se acordó que fuera satisfecha en diversos plazos, los pendientes cuando fallece el deudor también tendrían la consideración de deuda ordinaria del causante.

8 Respecto al derecho de uso de la vivienda, quienes han estudiado si se extingue por fallecimiento del excónyuge propietario o copropietario del inmueble se pronuncian a favor de su mantenimiento, sin perjuicio de que los herederos puedan instar con posterioridad su desaparición si sobrevinieran circunstancias que así lo justificaran. En este sentido, entre otros, Martín Meléndez, M.ª T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, 1, 2 y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 346; Montero Aroca, J.: *El uso de la vivienda en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 131; Cervilla Garzón, M.ª D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 106- 111. Sería preciso analizar, caso por caso, lo que excede del marco objetivo de este trabajo, las causas de extinción del derecho de uso según sus beneficiarios sean hijos o hijas menores de edad o en situación de discapacidad, en este caso atribuido por el tiempo que se señalara en atención a las concretas circunstancias concurrentes, o el cónyuge necesitado de protección, también con límite temporal.

monio o ha entablado una relación estable de pareja ni tiene descendientes en esa nueva etapa. En la actualidad, la ley es clara al proclamar la pérdida de derechos legitimarios e inexistencia de llamamiento a la sucesión intestada de quien fue su cónyuge o quien todavía lo es, existiendo separación, legal o de hecho. A ello se suma la ya mencionada doctrina del Tribunal Supremo[9] sobre la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge con base en la concurrencia de una causa falsa en la institución (art. 767.1.º CC), salvo que de la interpretación del testamento resulte bien que no se hacían en función de la condición de esposo o esposa del beneficiario, bien que la voluntad del causante era que se mantuvieran a pesar de una eventual ruptura de la pareja matrimonial[10], solución sin virtualidad, como es sabido, en el ámbito registral, en defecto de decisión judicial[11]. La ineficacia de tales disposiciones testamentarias ante este tipo de alteración sustancial de las circunstancias familiares del testador es proclamada por la mayor parte de las legislaciones propias de las Comunidades Autónomas[12].

Pese a la jurisprudencia mencionada, sigue siendo relevante en el Derecho común que el letrado que asesore en el procedimiento de familia se interese por el otorgamiento previo de un testamento con disposiciones a favor del entonces cónyuge y resalte a su cliente la importancia de revisar tales decisiones. Salvo que otra fuera su voluntad, puede ser pertinente modificar el mismo, si únicamente deseara dejar sin efecto tal disposición, u otorgar un nuevo testamento tras la separación o el divorcio[13].

---

9 SSTS 531/2018 y 539/2018, de 26 y 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3378 y ECLI:ES:TS:2018:3263, respectivamente), la primera de ellas relativa a una ruptura de pareja no matrimonial.

10 Entre otros muchos estudios sobre el tema: Vaquer Aloy, A.: «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», en *ADC*, vol. 56, n.º 1, 2003, págs. 67-100; López Frías, M.ª J.: «La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial», en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, n.º 5, septiembre 2012, págs. 61-81; Galicia Aizpurua, G.: «Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España n.º 539/2018, de 28 de septiembre, en *Rev. Boliv. de Derecho*, n.º 28, julio 2019, págs. 498-513; Berrocal Lanzarot, A.I.: «El divorcio o cese de la convivencia y su relevancia sobre la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho», en *RCDI*, año 95, n.º 776, 2019, págs. 2999-3039.

11 RRDGRN de 27 de febrero, 9 de agosto y 25 de septiembre de 2019 (BOE de 26 de marzo, 30 de octubre y 13 de noviembre de 2019, respectivamente) y RRDGSJFP de 27 de mayo y 17 de julio de 2025 (BOE de 25 de junio y 7 de agosto de 2025, respectivamente).

12 Art. 208 LDCG, art. 438 CDFA, art. 201 FN, art. 28.3.º LDCPV y art. 422-13 CCcat. Solo en el Derecho civil balear falta una norma en este sentido.

13 Para Mariño Pardo, F. («Otra vez sobre el divorcio o separación de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho y la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor de estos: Las Resoluciones DGSJFP de 27 de mayo de 2025 y de 17 de julio de 2025», en blog *iuris prudente*, 12 septiembre 2025, consultado el 22 de septiembre de 2025) la doctrina jurisprudencial sobre la ineficacia de disposiciones testamentarias a favor del cónyuge

Si el matrimonio se hubiera sometido al régimen de sociedad de gananciales y esta estuviera sin liquidar al tiempo del fallecimiento de uno de los cónyuges, la liquidación deberá realizarse entre el excónyuge y los herederos del premuerto si este no nombró contador partidor testamentario, por lo que tal decisión es oportuna para minimizar conflictos. En defecto de pactos previos en previsión de ruptura matrimonial, pero con eficacia tras el fallecimiento de uno de los esposos, ciertamente muy infrecuentes, o en coordinación con ellos, pudieran ser relevantes disposiciones incluidas en el testamento como normas particionales.

2.1.1. Régimen especial de gestión de los bienes transmitidos *mortis causa* a los hijos menores de edad y nombramiento de tutor: remisión

En caso de que la relación con el excónyuge sea tensa o turbulenta y haya hijos menores de edad del primer matrimonio[14], el comprensible deseo de apartar a aquel de la administración y disposición del patrimonio que se transmita al descendiente, basado en la desconfianza, explica la inclusión en el testamento de una persona divorciada de ciertas previsiones que han sido calificadas de «cláusulas de estilo»[15].

Sin profundizar en ello[16], apuntemos que es común la exclusión de la gestión de los bienes que herede o sean legados al hijo del otro progenitor, titular de la patria potestad, y el nombramiento de un tercero, casi siempre del círculo de consanguíneos del causante, como administrador, también legitimado, pese a lo común de esta denominación para referirse a su cargo o función, para realizar actos de disposición (art. 164.2.º aptdo. 1.º CC). Ello es válido, según el Tribunal Supremo, en relación con menores de edad, pero

tras la ruptura matrimonial no es tan clara en el caso de las que tuvieran como beneficiarios a los hijastros (hijos del cónyuge).

14 La realidad sociológica está poniendo de manifiesto el protagonismo, en los últimos años, del que se ha venido a denominar «divorcio gris», es decir, el que tiene lugar en la madurez, cuando al menos uno de los miembros de la pareja supera los 50 años. De los 82.991 divorcios que se registraron en España en 2024, 31,8 % se produjo tras 20 años o más de matrimonio. La edad media de las mujeres en los procedimientos de divorcio fue de 46,6 años y de los hombres fue de 49 (datos del INE). Con todo, el retraso en la edad de paternidad y maternidad determina que, incluso en los divorcios de personas maduras, existan hijos menores. Por otra parte, siguen siendo numerosos los divorcios de personas más jóvenes con hijos de corta edad, que, con el tiempo, pueden contraer nuevo matrimonio o conformar una pareja estable con otra persona.

15 Martínez Sanchiz, J.A.: «Legitimación para disponer. Administrador testamentario de bienes de menores», en *El notario del siglo XXI*, n.º 11, enero-febrero 2007.

16 En extenso, Díaz Martínez, A. «Disposiciones testamentarias para el establecimiento de un régimen especial de gestión de los bienes transmitidos a menores. Y algunas previsiones más allá de la mayoría de edad de los sucesores», en *AJI*, n.º 20, 2024, págs. 654-697.

no si el régimen diseñado *ad hoc* se extiende más allá de los dieciocho años, pues vulnera cualitativamente la legítima del descendiente mayor de edad[17]. Un muy similar sistema de gestión *ad hoc* del patrimonio transmitido puede diseñarse cuando existan hijos mayores de edad con discapacidad necesitados de medidas de apoyo (art. 252 CC). Más allá de estereotipadas cláusulas generales, parece recomendable precisar en el testamento el alcance de las facultades del gestor, las causas de extinción del encargo, la sustitución por terceros del nombrado en primer lugar que asuman la gestión patrimonial ante ciertas circunstancias impeditivas para aquel, etc. Muy controvertida es la posibilidad de excluir la aplicación de ciertos controles judiciales previstos en la ley, a los que no son ajenos ni siquiera los progenitores titulares de la patria potestad o los tutores de menores de edad (arts. 166, 224 y 287 CC).

Tampoco será infrecuente la designación por el padre o madre que testa de una persona que asuma las funciones de tutela del hijo menor de edad, si falleciera también el otro progenitor o fuera privado de la patria potestad, o de curador para los hijos con discapacidad que requieran una medida judicial de apoyo de tal naturaleza (arts. 201, 213.1.º y 276.4.º CC).

2.1.2. Previsiones sucesorias relativas a los hijos del causante que carezcan de descendientes: sustituciones, prohibiciones de disponer e *ius transmissionis*

Referencia especial merece la voluntad de pergeñar en el testamento medidas preventivas para el caso de que falleciera sin descendencia el hijo al que se transmitieron los bienes, lo que, en particular, ocurrirá si el óbito tiene lugar a una edad temprana. En tal caso, en efecto, podría sucederle *mortis causa*, *ab intestato*, el progenitor supérstite (excónyuge), adquiriendo así la propiedad del patrimonio transmitido por el premuerto, o, incluso, los bienes podrían acabar en manos de hijos nacidos en el marco de una familia reconstituida, hermanos de vínculo sencillo del hijo instituido heredero o legatario, pero sin parentesco alguno con el progenitor causante[18]. El mismo efecto podría producirse, aunque el hijo no tuviera una muerte tan prematura, si, ya con edad para hacerlo, dispusiera en testamento de sus bienes en favor de su progenitor o sus hermanos nacidos de la familia reconstituida o muriera intestado.

17 STS 1497/2025, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2025:4871).

18 La premoriencia del hijo respecto del progenitor testador normalmente queda prevista a través de una sustitución vulgar (art. 774 CC) a favor de los descendientes del hijo instituido heredero; en su defecto, sus hermanos que sean también hijos del progenitor testador y, en último término, a favor de los padres, hermanos u otros parientes más lejanos del testador elegidos por este.

La sustitución pupilar para hijos menores de catorce años (art. 775 CC) parece en desuso en la práctica notarial reciente y, además, genera problemas irresolubles como el derecho a reclamar su legítima del progenitor supérstite. Además, queda sin efecto cuando el menor cumple la edad mencionada y, a partir de ella, puede testar e instituir heredero o legatario al otro progenitor, por lo que, en definitiva, en tal caso, acabaría siendo propietario de los bienes de su excónyuge, o, lo que es habitual, el hijo puede fallecer sin testamento, por lo que, por el juego de la sucesión intestada, acaba heredando aquel, si bien con las limitaciones que genera la reserva del art. 811 CC.

Este efecto indeseado por el progenitor se podría evitar incluyendo en su testamento, además de una sustitución pupilar, o en lugar de esta, una preventiva de residuo (art. 781 CC) en relación con los bienes que el descendiente hubiese heredado de aquel y de los que, a su fallecimiento, no hubiese dispuesto por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Respecto de tales bienes, no entraría en juego la sucesión intestada a favor del progenitor supérstite si el hijo no hubiera testado (art. 935 CC) y los adquiriría el sustituto designado por el progenitor premuerto[19].

Asimismo, podría estudiarse la inclusión en el testamento de una sustitución fideicomisaria, bien pura, bien condicional (así, «si mi hijo fallece sin descendientes»[20]) o de residuo[21], escogiendo la más pertinente entre las variadas configuraciones que ofrece, como la que impide todo acto de disposición *inter vivos* o *mortis causa* por parte del hijo únicamente si se realizara a favor del otro progenitor. En todo caso, no puede olvidarse que las sustituciones fideicomisarias nunca pueden gravar la legítima estricta salvo en el supuesto del art. 808.4.º y 5.º CC.

Restringiendo el *ius disponendi* del hijo que adquiera bienes de la sucesión del padre o madre, también cabe imponer una prohibición de enajenarlos (que comprenda actos *inter vivos* y *mortis causa*) a favor de determinada persona (el progenitor excónyuge del disponente de los bienes) o con un límite temporal de vigencia, coincidente con la duración de la vida del otro proge-

19 Como resalta la RDGRN de 26 de junio de 2017 (BOE de 21 de julio de 2017), en una sustitución preventiva de residuo el fiduciario puede disponer libremente tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades. Solo cuando no haya dispuesto de todos los bienes hereditarios en una y otra forma podrán tener derecho a dichos bienes los sustitutos instituidos. La finalidad de esta sustitución es únicamente evitar que la herencia pueda quedar sin titular al morir el heredero o legatario sin haber otorgado testamento, abriéndose la sucesión intestada.

20 Evítese la problemática expresión «muere sin sucesión» que, aunque suele interpretarse en ese mismo sentido de fallecimiento sin hijos, no ha dejado de suscitar algunas dudas en la práctica jurídica española.

21 Sobre las diferencias entre sustitución preventiva de residuo y sustitución fideicomisaria de residuo puede verse también la RDGRN de 20 de enero de 2020 (BOE de 18 de junio de 2020).

nitor. Respecto a la concurrencia de una finalidad legítima para la limitación del *ius disponendi*, recordemos que Vallet de Goytisolo[22] sostiene que tal exigencia solo ha de entenderse necesaria en el supuesto de que no se expresen las personas en beneficio de las cuales es establecida la prohibición ni se determinen las que quedan expresamente excluidas como destinatarios de los bienes[23].

Desde otra perspectiva, puede ser aconsejable incluir en el testamento algunas previsiones sobre el *ius transmissionis*, dado que la naturaleza del art. 1006 CC no es, a mi juicio, la de norma imperativa. Ello no parecería necesario si se hubiera previsto en el testamento sustitución pupilar y el *ius tranmissionis* se entendiera como doble transmisión, pero sí en caso de que se asuma la doctrina de la transmisión única del Tribunal Supremo[24]. Así, el testador puede disponer que, si los instituidos herederos no se hubieran manifestado sobre la aceptación o repudiación de su herencia antes de fallecer, el destino de sus bienes sea diferente del ordenado en dicho precepto, señalando expresamente a los beneficiarios del *ius delationis*. Aunque no faltan opiniones en contra, a mi juicio no basta la existencia de sustitución vulgar para impedir el funcionamiento del derecho de transmisión si no se excluyó expresamente la aplicación del sistema legal y se pergeñó otro[25]. En todo caso, se ha propuesto alguna cláusula testamentaria de sustitución vulgar que aclara esta cuestión, si tal fuera el deseo del causante, declarando expresamente que el *ius delationis* pasaría a los designados sustitutos si el instituido heredero falleciera sin aceptar ni repudiar la herencia[26]. Ello permitiría instituir heredero al hijo, nombrarle un sustituto vulgar y establecer que esta persona (y no su heredero *ab intestato*, que pudiera resultar ser el excónyuge del testador) podría ejercitar el *ius delationis*.

---

22 *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, *Fundamentos*, Civitas, Madrid,1982, pág. 368.

23 A mi juicio, la vieja idea de conservación del patrimonio en la familia consanguínea del disponente, finalidad entendida como legítima por doctrina y tribunales, hace innecesario debatir si la animadversión hacia el excónyuge puede jurídicamente configurarse como razón lícita para la prohibición.

24 STS 539/2013, de 11 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:5269).

25 *Vid*. García García (*La sucesión por derecho de transmisión*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 314 y 315). La RDGRN de 5 de junio de 2018 (BOE de 25 de junio de 2018) considera que en los casos de colisión de la sustitución vulgar con el derecho de transmisión del art. 1006 CC prevalece este (fallecido el heredero sustituido después que el causante sin haber aceptado ni repudiado la herencia pasará a sus herederos el mismo derecho que él tenía).

26 «(...) La sustitución comprenderá todos los supuestos en los que el llamado no quiera o no pueda suceder, por cualquier causa, incluso en el caso de fallecer sin aceptar ni repudiar, en cuyo supuesto actuaría el derecho de sustitución o, en su caso, el de acrecer antes que el de transmisión por esa la voluntad del testador («Sustitución vulgar y derecho de transmisión: ¿un conflicto verdaderamente existente?», en blog https://www.justitonotario.es/sustitucion-vulgar-y-derecho-de-transmision-un-conflicto-verdaderamente-existente-revision-del-mini-caso-12/, 4 mayo 2024, consultado el 10 de septiembre de 2025).

Si la sucesión quisiera deferirla el progenitor a favor de hijos mayores de edad con discapacidad tal que no pudieran otorgar testamento ni siquiera con apoyos (art. 663.2.º CC), ha de hacerse notar que el supuesto, que antes presentaba muchas similitudes con el de hijos menores de catorce años, presenta connotaciones diferentes desde la reforma operada por Ley 8/2021, aunque el deseo de impedir que los bienes pasen al excónyuge pueda ser el mismo[27]. La derogación del art. 776 CC (sustitución ejemplar) implicará que, necesariamente, el hijo fallecerá sin testamento y que, según las reglas de la intestada, si carece de descendientes heredará el progenitor que le sobreviva. Para los testamentos anteriores que la contengan, la DT 4.ª de la ley 8/2021 dispone que la sustitución ejemplar se entenderá como fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiese transmitido a título gratuito a la persona sustituida (se limita a los bienes adquiridos por donación o *mortis causa* del progenitor[28], no ya a todo su patrimonio, tesis amplia que actualmente venía sustentando la jurisprudencia[29]) y, en principio, con la naturaleza de sustitución fideicomisaria de residuo extraordinario (si algo queda), no de sustitución preventiva de residuo[30]. En definitiva, si se pretende evitar que el patrimonio del progenitor pueda acabar por vía heredi-

27 En puridad, la sustitución ejemplar no se concibe como instrumento para tutelar el interés del testador, sino el de la persona con discapacidad pues, como afirma la STS de 10 de junio de 1941 (RJ 1941, 745), tiene como «fundamento natural y jurídico la falta de capacidad de los enajenados y el amor que les profesan sus ascendientes, amor que les inclina y los lleva a procurarles un bien».

28 Algunos autores consideran que, pese al tenor literal del precepto, no podemos entender comprendidos en la sustitución nada más que los bienes transmitidos a título de herencia o legado por el sustituyente al sustituido, pues así funciona una fideicomisaria, lo que hay que presumir que el legislador conoce (en este sentido, entre otros, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Sustitución ejemplar: su errónea e injustificada desaparición y los problemas de interpretación de la disposición de derecho transitorio cuarta del Código civil», en *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*, obra colectiva, coordinada por REPRESA POLO, M.ª P., Reus, Madrid, 2022, págs. 185 y 186 y MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: «La supresión de la sustitución ejemplar y régimen transitorio», en *Reformas legislativas para el apoyo a personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, obra colectiva, coordinada por LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.ª P., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A. y LÓPEZ SIMÓ, F., Dykinson, Madrid, 2022, pág. 979). En cambio, para DOMÍNGUEZ LUELMO («La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho transitorio», en *El nuevo Derecho de las capacidades*, obra colectiva, dirigida por LLAMAS POMBO, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. y TORAL LARA, E., La Ley, Madrid, 2022, pág. 419), se incluyen también los bienes donados con cláusula de reversión equivalente a una sustitución ejemplar al amparo del art. 641 CC.

29 SSTS 1042/2008, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:5796) y 289/2011, de 14 de abril (ECLI:ES:TS:2011:2026). En la misma línea, RDGRN de 10 de mayo de 2018 (BOE de 29 de mayo de 2018).

30 La conversión de la sustitución ejemplar en fideicomisaria, además de poner de manifiesto que al legislador no le interesa la voluntad del testador, plantea numerosos problemas, entre los cuales no es menor el de que, en nuestro Derecho civil común, con ella no

taria en manos de su excónyuge será preciso contar con otras disposiciones testamentarias, como sustituciones fideicomisarias o prohibiciones de disponer, en los términos ya expuestos.

Por lo demás, en estos casos de hijos menores de edad o con discapacidad tal que exija la adopción de medidas judiciales que conlleven apoyos con funciones representativas, puede ser oportuno que en el testamento del progenitor se contenga nombramiento de contador partidor testamentario con instrucciones concretas, con valor de normas particionales, acerca de los bienes que han de formar parte del lote de aquellos.

En todo caso, si no se hubiera impedido la consumación del efecto indeseado, en el Derecho común la reserva lineal o troncal del art. 811 CC implica una limitación legal a la facultad dispositiva del excónyuge en su propia sucesión[31], que habrá de reservar en favor de los parientes que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden los adquiridos *ab intestato* (o como legitimario) del hijo, cuando este a su vez los adquirió *mortis causa* del otro progenitor[32].

2.2. Causante divorciado con hijos que contrae nuevo matrimonio, sin descendencia

Si el otorgante del testamento tiene descendencia de una primera relación[33] y contrae matrimonio con posterioridad sin que de este nazcan otros hijos, la decisión principal que ha de tomar al ordenar su sucesión se refiere al posible reforzamiento de la posición sucesoria del viudo o viuda más allá de su legítima, siempre respetando las de los descendientes no comunes, o, por el contrario, dejar que entren en juego las normas legales sobre el cónyuge supérstite, acaso con alguna previsión puntual que le asegure, por ejemplo, el disfrute de la vivienda familiar, fortaleciendo la sucesión de la descendencia. Evidentemente, la articulación de estas previsiones tendrá como base, de ordinario, tanto los afectos como la edad y situación personal, profesional y patrimonial de uno y otra. En todo caso, en el Derecho común, la reserva

se puede gravar la legítima del sustituido, salvo en el caso del art. 808.4.º CC y aquí el sustituto nombrado por el ascendiente no tiene por qué ser un legitimario suyo.

31 Algunos Derechos civiles autonómicos, como el gallego o el catalán, en aras de una mayor libertad dispositiva del causante, han suprimido las reservas y el derecho de reversión sobre ciertos bienes.

32 Según deriva de STS 212/2008, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2008:1328), el reservista puede desigualar a los reservatarios o atribuir todos los bienes reservables a uno solo.

33 Según los datos del INE de 2024 (ENSD), el 46 % de los matrimonios divorciados no tenían hijos; un 42,6 % los tenía menores de edad; el 3,9 % solo tenía hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 7,5 % hijos menores de edad y mayores dependientes económicamente.

vidual (art. 968 y ss.), aplicable a todos los casos de dobles nupcias, sean posibles estas por fallecimiento de uno de los cónyuges o divorcio[34], el que contrajo segundo matrimonio debe reservar a los hijos y descendientes del primero los bienes que hubiese adquirido a título lucrativo de cualquiera de ellos, de su primer esposo o de los parientes de éste en consideración a él.

Respecto a los casos en que el testador quisiera fortalecer en su sucesión *mortis causa* al cónyuge supérstite, señalemos que se ha reactivado en testamentos actuales la institución del segundo cónyuge como heredero universal, antes propia de matrimonios sin hijos en familias nucleares, casi siempre con pago en metálico de las legítimas de los hijos de la primera relación (con dinero hereditario, si lo hubiera en el caudal, lo que pudiera verse como legados pecuniarios en pago de legítima, *ex* art. 815 CC). Tal ordenación sucesoria puede ser oportuna en casos en que la descendencia ya tenga edad suficiente para haber alcanzado plena independencia económica y una posición desahogada. Entendemos que no resulta posible, en cambio, aplicar lo previsto en los arts. 841 y CC y facultar al cónyuge viudo para que reciba en propiedad todos los bienes del caudal hereditario, pagando con dinero extrahereditario las legítimas de los hijos del causante, pues el precepto citado menciona el pago en metálico solo de las legítimas de alguno o algunos de los hijos, siendo adjudicatario de los bienes otro de ellos.

La institución como heredero universal del cónyuge viudo podría ir acompañada del pago de la legítima a los hijos de la primera relación con donaciones hechas en vida, con cláusula testamentaria en que se declara que se imputan a la misma, que ha de tenerse por íntegramente satisfecha. Ello es admisible siempre y cuando no se haya vulnerado la intangibilidad cuantitativa de esta[35].

La concurrencia en la sucesión del viudo con hijos no comunes[36] le permitirá exigir que su usufructo sea satisfecho, en los términos del art. 840 CC, por medio de un capital en efectivo o con bienes hereditarios, norma cuya *ratio*, como resalta Fernández Campos[37], no es sino facilitar un cauce para evitar la incomodidad de la comunidad de derechos que el usufructo puede comportar en estos casos, en atención a las relaciones personales de los titulares. La elección del medio con que sustituir este derecho real limitado de goce queda en manos de los hijos del causante, a mi modo de ver por una-

34 En Navarra se contempla la denominada «reserva del bínubo» en las leyes 273 y ss. FN.

35 Véase STS 502/2014, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:3690), en el conocido caso Cela.

36 También pudieran ser hijos no matrimoniales del causante concebidos durante el matrimonio, aunque este supuesto no sea objeto de nuestra atención. Es más, el precepto nació con la finalidad de ser aplicado a estos llamados entonces «hijos adulterinos» y, tras la modificación operada por Ley 15/2005, lo es ahora también a los casos de hijos nacidos de una relación anterior. De todos modos, los comentaristas del precepto antes de la reforma legal ya sugerían la interpretación que conducía a esta misma conclusión.

37 *El pago de la legítima al cónyuge viudo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 94.

nimidad[38], pero se ofrece una vía al viudo para sortear una relación jurídica duradera, pues su iniciativa de conmutación ha de ser en todo caso respetada por ellos. Sin embargo, creemos que, si no hubiera acuerdo sobre la cantidad exacta de dinero que hubiera de pagarse al viudo o los bienes concretos que le debieran ser entregados, el tema deberá ser resuelto por la autoridad judicial.

A mi juicio, la facultad de instar la conmutación le corresponde igualmente al viudo, respecto del usufructo legal, aun cuando el testador le hubiera dejado, además de este, bienes o derechos a través de legados específicos[39], o hubiera ordenado el usufructo universal[40]. En cambio, no cabe, sin acuerdo de los interesados, sustituir íntegramente el usufructo universal que se hubiera dejado al viudo por bienes concretos en propiedad[41]. Si así se conviniese, sin previsión testamentaria expresa, se deberían tener en consideración los efectos fiscales de la operación, pues se trataría de un negocio dispositivo no ajustado al título sucesorio[42].

---

38 En este mismo sentido, Ragel Sánchez, L.F.: «Comentario al art. 840», en *Comentarios al Código civil*, tomo V, obra colectiva, dirigida por Bercovitz Rodríguez Cano, R., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág. 6237.

39 Tema espinoso es la imputación de legados hechos al viudo, para concluir si ha de recibir esos bienes como complemento (o en adición) de su cuota legal usufructuaria, o en pago de esta. Ante la falta de norma en el Código Civil sobre el particular, habrá de averiguarse cuál fue la voluntad del testador a través de la interpretación, si no se expresó de forma clara en el testamento. En caso de que no pueda deducirse, ni siquiera con el recurso a ciertos indicios, la doctrina mayoritaria propone la aplicación analógica del art. 819 CC, relativo a la imputación de donaciones hechas a hijos y descendientes legitimarios, que lleva a concluir que tales legados habrán de imputarse a la legítima. Así lo ha entendido también, en un caso ciertamente discutible desde la perspectiva de la interpretación de la voluntad del causante, la STS 184/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:941). *Vid*. Gómez-Sálvago Sánchez, C.: «Imputación de legado a favor del cónyuge viudo: una (falsa) analogía sobre analogía», en *RDP* n.º 101, noviembre-diciembre 2017, págs. 23-42; Gago Simarro, C.: *Legado de cosa específica y protección de legítimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pág. 108 y Carballo Fidalgo, M.: «Imputación de legados e interpretación de la voluntad del causante en el sistema del Código civil», en *Autonomía privada, familias y herencia*, obra colectiva, dirigida por Egusquiza Balmaseda, M.ª A. y Cerdeira Bravo de Mansilla, G., Colex, A Coruña, 2024, págs. 349-365.

40 En contra, respecto del usufructo universal, SAP Cantabria 298/2003, de 25 de septiembre (ECLI:ES:APS:2003:1821).

41 RDGRN de 17 de mayo de 2002 (BOE de 6 de julio de 2002).

42 SSTS (sala 3.ª) 1112/2020, de 23 de julio y 3101/2020, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:2682 y ECLI:ES:TS:2020:3101, respectivamente). En el caso del viudo, se considera operación de permuta que tributará en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPAJD) y en el caso de los coherederos, una operación de consolidación del dominio sometida al de sucesiones y donaciones. Sin embargo, si lo ordenó el testador no hay otro negocio jurídico más que la propia adquisición hereditaria (CV DGT de 18 de febrero de 2021). *Vid*. Melero Marín, M.: «Fiscalidad de la conmutación del usufructo viudal al amparo de la doctrina de la Dirección General de Tributos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Notarios de Andalucía, Boletín de información notarial*, n.º 51, octubre 2021, págs. 11-13.

La doctrina se inclina por la prevalencia de la aplicación del art. 840 sobre el art. 839, en cuanto se refiere a los medios sustitutorios del usufructo, si concurrieran, con los requisitos correspondientes, dos pretensiones de conmutación, la del viudo y la de los hijos no comunes. Por ello, no cabe escoger ni la renta vitalicia ni los productos de determinados bienes.

En mi opinión, como podría hacer también en el caso en que no concurriera el cónyuge supérstite con descendientes no comunes, el testador, además de ordenar, directamente, el pago de la legítima vidual con bienes o derechos concretos (art. 815 CC)[43], puede facultar al contador partidor nombrado por él para la conmutación del usufructo vidual, sin dejar que el fin de la cotitularidad de derechos sobre los mismos bienes sea resuelto únicamente por normas legales, configurando aquella de modo diferente a lo que el art. 840 CC prevé. Respecto a la prohibición, por parte del testador, de la conmutación que puedan instar los herederos, es controvertido si deberá tratarse, necesariamente, de un usufructo que grave el tercio de libre disposición[44].

2.3. Familia ensamblada o reconstituida

Como subraya Barba[45], dejando aparte la limitación formal de que no puede constituirse una nueva familia matrimonial sin divorcio, «la creación de una nueva familia tras una crisis matrimonial es un fenómeno libre, que no requiere ninguna formalidad particular y es un hecho muy común en la experiencia cotidiana». Si la persona divorciada vuelve a casarse[46] o constituye una pareja estable con otra persona (o, tras una separación, convive en

43 Para parte de la doctrina es más correcto hablar en estos casos de conmutación de la legítima del viudo ordenada o impuesta por el testador. Así lo denomina la RDGRN de 4 de abril de 2017 (BOE de 19 de abril de 2017), aunque también habla de «pago en metálico de la legítima» en un caso en que el testamento disponía que se legaba a la viuda la cuota legal usufructuaria, que debía de ser pagada con dinero en metálico, aunque no lo hubiera en el caudal hereditario (art. 886 CC). La viuda no puede ser obligada a soportar que el contador partidor le entregue unas acciones y participaciones sociales.

44 A favor de esta tesis, Fernández Campos, J.A.: *op. cit.*, pág. 64. En cambio, Carballo Fidalgo, M. sostiene que el testador puede hacerlo, aunque el usufructo vidual no recaiga sobre el tercio libre, sin prever siquiera una cautela *socini* («La legítima del cónyuge viudo. Aspectos prácticos de la satisfacción y conmutación de su derecho», en *El patrimonio sucesorio reflexiones para un debate reformista*, vol. 2, obra colectiva, dirigida por Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, M.ª P. y Torres Lana, J.A., Dykinson, Madrid, 2014, págs. 1176 y 1177).

45 Barba, V.: «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», en *RDC,* vol. IX, n.º 3, julio-septiembre 2022, pág. 165.

46 Según el INE (Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios, ENSD) los datos de 2024 revelan, en referencia al estado civil con el que contrajeron matrimonio los cónyuges de distinto sexo, que el 9,1 % de los varones eran divorciados y el 0,4 %, viudos. En cuanto a las mujeres, el 9,9 % eran divorciadas y el 0,4 % viudas.

unión de tales características) y fallece, las dificultades en la ordenación de la sucesión se acrecientan, sobre todo en caso de que tenga descendencia del primer matrimonio y vuelva a tenerla de la segunda relación, pero también si concurren en su sucesión hijos de la primera y un viudo de un segundo matrimonio.

En efecto, la previsión de futura concurrencia de cónyuge viudo o pareja supérstite con descendientes del fallecido no comunes introduce factores específicos en la sucesión *mortis causa*, a los que, en cierto modo, podría tratar de dar respuesta coherente el causante plasmando su voluntad a través del otorgamiento de testamento, si bien el ámbito de libertad permitido por las normas imperativas en el Derecho común (legítimas y reservas) no siempre será suficiente para dar cauce plenamente a sus pretensiones. En el supuesto de que hubiera mediado vínculo matrimonial, la legítima en usufructo del cónyuge supérstite coexistirá con los derechos reconocidos en la sucesión forzosa a los descendientes del premuerto, mientras que, de tratarse de conviviente supérstite no casado, carente de derechos atribuidos *ex lege*, la voluntad del causante de transmitirle parte de su patrimonio debe igualmente respetar los que derivan de su condición de legitimarios de su descendencia.

2.3.1. Terminología, concepto, previsiones normativas y algunos apuntes sobre cuestiones sucesorias

En puridad, no se usa el término, de origen sociológico, «familia reconstituida» o «recompuesta», ante la mera conformación de una nueva familia, integrada por una pareja y sus descendientes tras la ruptura de la relación matrimonial o de pareja que tenía anteriormente uno de sus miembros. Es rasgo esencial el hecho de que haya hijos de esa relación anterior de cualquiera de los dos componentes de la pareja que se incorporen al nuevo grupo familiar. De ahí también la denominación de «ensamblada» que parte de la doctrina prefiere[47], y personalmente consideramos más precisa, porque no se trata de una misma familia que se rompe y reconstruye[48], sino de personas que conformaban dos o más, que ahora se enlazan o acoplan[49]. Dándose

47 En inglés, se ha consolidado la expresión *stepfamily* o, con menor implantación, *blended family*.

48 Puede verse en Garrido Luque, A. *et al* (*Las familias reconstituidas en España*, obra colectiva, Unión de Asociaciones Familiares, Madrid, 2018, pág. 18) un estudio sociológico en que los afectados entrevistados rechazan mayoritariamente la denominación de familia reconstituida, indicando que no se sienten identificadas con la idea de repetición a la que remite el prefijo re- y subrayando que su familia es una realidad nueva y no la continuación de algo que no funcionó.

49 De ahí también la denominación de «familia mosaico» (Roigé i Ventura, X.: «Las familias mosaico: recomposición familiar tras el divorcio», en *Familias de ayer, familias de hoy:*

esta circunstancia, son múltiples las combinaciones posibles según los factores concurrentes, como se ha resaltado[50]. Es más, la realidad de este tipo de familias no es fenómeno que haya surgido ligado estrictamente a crisis matrimoniales, sino que también lo eran los grupos familiares conformados por una persona viuda que contraía nuevo matrimonio o constituía pareja estable, aportando uno de los cónyuges o convivientes, o ambos, descendencia de relaciones anteriores y, en su caso, sumándose la común que pudiera nacer. Del mismo modo, podría aplicarse el término cuando la base es una persona que ha tenido un hijo de una relación no matrimonial (familia monoparental) que se une a otra, con hijos propios, o no. En todo caso, parece imprescindible a los efectos de este estudio, aunque no todas las definiciones sociológicas lo hacen, tomar en consideración, en relación con la familia ensamblada o reconstituida, a los hijos no comunes que no conviven de forma estable (aunque lo pudieran hacer ocasionalmente) en el hogar del progenitor y su nueva pareja[51].

Poco a poco los tribunales de justicia españoles, incluido el Supremo, van reconociendo, en diferentes ámbitos, que la fuerza del vínculo afectivo que puede surgir entre los hijos y el cónyuge del progenitor casado en segundas nupcias, especialmente si el padre biológico incumple los deberes inherentes a la patria potestad, sumado a la atención duradera de las necesidades del menor en todos los ámbitos, debe tener ciertos y relevantes efectos jurídicos (de momento, no en el terreno sucesorio)[52].

Suele afirmarse, acertadamente, que la normativa sucesoria del Código civil tiene como base la familia nuclear, pero no puede olvidarse que, del mismo modo que alguna norma aislada en materia de regímenes económico-matrimoniales contempla estas realidades de familias mucho más complejas[53], en aquella se contiene alguna mención (indirecta y sin darle ese nom-

continuidades y cambios en Cataluña, obra colectiva, coordinada por Roigé i Ventura, X., Icaria, Barcelona, 2006, págs. 471-501).

50 Vaquer Aloy, A. e Ibarz López, N.: «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», en *RDC*, vol. IV, n.º 4, octubre-diciembre 2017, págs. 211 y 212 y Solé Resina, J.: «Las familias reconstituidas en el Derecho español», en *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões: as relações pessoais, familiares e sucessórias*, obra colectiva, coordinada por Dias, C., Nuno Barros, J., Sousa Borges, P. y Martingo Cruz, R., Gestlegal, Coimbra, 2023, pág. 318.

51 En este sentido, Garrido Luque, A. *et al*: *op. cit*., pág. 7.

52 Especial mención merece la STS 384/2025, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1044), que reconoce la indemnización por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de una persona en accidente de circulación a quien era su «padre de hecho», casado con la madre, que había atendido las necesidades económicas, educacionales y afectivas de la víctima durante su convivencia familiar (desde los trece años), mientras que el padre biológico se había desentendido tras la crisis matrimonial (cuando el menor tenía seis años).

53 El art. 1362.1.º párrafo 2.º CC considera carga de la sociedad de gananciales la alimentación y educación de los hijos de uno de los cónyuges que convivan con ellos en el hogar familiar. En

bre) a la reconstituida. Así, la relativa a la concurrencia, como legitimarios, del viudo y descendientes solo del causante (art. 840). Además, las normas sobre las reservas (arts. 811 y 968 CC) pueden tener aplicación, en ciertos casos, en grupos familiares complejos, derivados de rupturas matrimoniales, que podrían incluir familias reconstituidas.

2.3.2. Breve nota sobre la pertinencia, o no, de reconocimiento de derechos sucesorios *ex lege* en familias reconstituidas

En este contexto normativo de escasísimas e indirectas referencias a este tipo de familias complejas[54], parte de la doctrina plantea, en los últimos años, la necesidad de regularlas en el Derecho civil común[55], tanto en lo relativo a las relaciones personales y familiares (especialmente entre los menores y los cónyuges o parejas estables de sus progenitores, sobre todo con los que se convive)[56] como, incluso, en lo atinente a la posible atribución de derechos *ex lege* en la sucesión forzosa y/o intestada[57].

cambio, los realizados con fondos gananciales, constante la sociedad, en los hijos no comunes que no vivan en él, únicamente darán derecho a reembolso al liquidarse la misma.

54 Nuestros tribunales, con excepción de los catalanes, que aplican la normativa del CCcat que contempla a las «familias reconstituidas» (así las denomina el preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio), apenas recogen referencias a ellas. Con todo, tenemos algunos ejemplos en procesos de familia (custodia, alimentos, uso de la vivienda familiar...), como las SSAAPP Álava 11 julio 2014 (ECLI:ES:APVI:2014:355), Madrid 251/2015, de 13 de marzo (ECLI:ES:APM:2015:3950), Vizcaya 490/2016, de 29 de julio (ECLI:ES:APBI:2016:1637), Málaga 193/2017, de 27 de febrero (ECLI:ES:APMA:2017:1533), Santa Cruz de Tenerife 269/2019, de 4 de julio (ECLI:ES:APTF:2019:1570), Ourense 505/2019, de 16 de diciembre (ECLI:ES:APOU:2019:905), Sevilla 151/2023, de 27 de marzo (ECLI:ES:APSE:2023:859) y 82/2024, de 26 de febrero (ECLI:ES:APSE:2024:214). La expresión «familia ensamblada» es todavía más excepcional, aunque se toma, puntualmente, de algún informe pericial (SAP Guadalajara 209/2022, de 20 de abril, ECLI:ES:APGU:2022:340). El Tribunal Supremo, sin utilizar ninguna de las dos expresiones, ha conocido ya de varios asuntos conflictivos en este tipo de grupos familiares. Así, al estudiar la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por introducción en la convivencia en el inmueble de una nueva pareja sentimental de la progenitora custodia de hijos menores de edad, en SSTS 641/2018, de 20 de noviembre (Pleno sala 1.ª, ECLI:ES:TS:2018:3882), 568/2019, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3489), 488/2020, de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3033) y 1166/204, de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4707) afirmó, tomando la expresión, originalmente, de una sentencia recurrida en casación, que se trataba ya de «una familia distinta y diferente».

55 En los Derechos autonómicos, algunas normas contemplan este tipo de familias (entre otras, art. 85 y 218 CDFA, art. 80 FN y art. 231-1 aptdo. 2.º, 231-5 aptdo. 2.º, 231-6 y 236-14 Cccat).

56 Con el Derecho vigente, la pareja del progenitor, casada o no, solo puede ser considerada «allegada» respecto a los hijos del otro (art. 160 CC).

57 En algunas normas de Derecho público ya se toman en consideración, a ciertos efectos, a los hijos del cónyuge. Es el caso, entre otras, de las tributarias aplicables al impuesto de suce-

Ciertamente, el tema entronca en otro más amplio, el de la pertinencia de ciertas e ineludibles reformas de contenido en un Derecho sucesorio que contempla como sustrato una familia muy distinta de muchas de las que hoy componen la sociedad, lo que, quizá exigiría también, en paralelo, ciertas modificaciones del Derecho de familia codificado y, a mi juicio, la actuación del legislador español en materia de uniones estables de pareja. Como dice Verdera Server[58], «no se pueden otorgar derechos sucesorios legales a modelos de familia que el propio Código civil no reconoce» (ni los hijos no comunes en familias reconstituidas, ni siquiera la pareja conviviente).

Con todo, el enfoque de este estudio no aconseja la profundización en ese debate, ya abierto por parte de la doctrina[59], sobre la oportunidad de reconocer derechos legitimarios o en la sucesión intestada a los hijos del cónyuge o pareja estable[60]. Nos interesa más la sucesión testada y los instrumentos a disposición del causante para ordenar su sucesión, en el contexto de su complejo grupo familiar, de la manera más ajustada posible, resaltando las restricciones nacidas de normativa sucesoria imperativa.

Apuntemos únicamente, respecto de los hijos del esposo o conviviente, que no creemos en la atribución de derechos legitimarios en la actualidad, ni siquiera con requisitos adicionales como un tiempo mínimo de convivencia y la asunción de funciones parentales, como proponen Vaquer Aloy e Ibarz López[61]. Tampoco se entendió pertinente hacerlo en los trabajos de

siones, pues el art. 20.2.º a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones, establece una reducción de la base imponible, para los que denomina «descendientes por afinidad» (Grupo III). También en caso de fallecimiento de una persona tienen derecho a ser beneficiarios de la pensión de orfandad, si se dan ciertos requisitos, los hijos del cónyuge superviviente (art. 224 y ss. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

58 «Contra la legítima», pág. 41.

59 Barba (*loc. cit.*, págs. 191 y ss.) denomina «progenitor afín» al cónyuge o pareja del progenitor de la hija o del hijo que convive con ellos y distingue «progenitor afín de hecho» y «progenitor afín reconocido» (en virtud de un auto judicial. En el primer caso no cree oportuno reconocer derechos legitimarios, pero sí un llamamiento en la intestada. En el de un «progenitor afín reconocido», los derechos sucesorios deberían ser, a su juicio, los mismos que los de un hijo.

60 Defiende la posibilidad, de reconocer derechos legitimarios a los hijastros e hijastras, Echevarría de Rada, M.ª T. («La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicaciones sucesorias», en *RDC,* v. X, n.º 3, abril-junio 2023, pág. 28). Sin embargo, observa (pág. 32) que es difícil que, en relación con la sucesión intestada, se admita la vocación de los miembros de las familias reconstituidas en virtud de la existencia de vínculos de afectividad, requisito que, en su opinión, deberían concurrir en todo caso. Con todo, cree que una futura reforma, que debería ir precedida por otra en el Derecho de familia, debería valorar su inclusión como sucesores antes que el Estado si hay convivencia, afecto y ejercicio de una especie de «paternidad social» (pág. 33).

61 «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», en *RDC*, vol. IV, n.º 4, octubre-diciembre 2017, págs. 226 y 227. A su juicio, los derechos legitimarios solo deberían reco-

«Propuesta de Código civil» de la entonces denominada «Asociación de Profesores de Derecho Civil»[62]. Tal reconocimiento como sucesores forzosos habría de imbricarse, no sin distorsión, en el camino, por el que parece se reclama de forma mayoritaria transitar, para cambiar la naturaleza de la legítima (o aumentar las excepciones en que deja de ser *pars bonorum*) y darle flexibilidad a través de diferentes instrumentos técnicos, acaso reduciendo el número de legitimarios (eliminando a los ascendientes) y reduciendo las cuantías y, en último término, ampliando la libertad dispositiva del causante[63], posición con la que personalmente nos alineamos[64].

Sin embargo, en la sucesión intestada nos parece razonable que, antes de que la herencia se difiera al Estado, sea llamado como heredero el hijo del cónyuge o conviviente, y a la inversa, dándose ciertos presupuestos, entre los cuales debería estar, al menos, un tiempo de convivencia mínimo[65].

Desde otra perspectiva, con los aludidos límites imperativos hoy vigentes, existe, desde luego, la posibilidad de realizar atribuciones patrimoniales en testamento a hijos del cónyuge o la pareja con los que se ha convivido y existe fuerte relación afectiva. Ello, evidentemente, si hay legitimarios que sean hijos o descendientes, habrá de hacerse, en Derecho común, con cargo al tercio de libre disposición. Incluso, en el contexto de la interpretación del testamento, podríamos plantearnos si determinadas disposiciones realizadas genéricamente en favor de los «hijos», pudieran llegar a entenderse, según los criterios del art. 675 CC y, en su caso, tomando en consideración

nocerse a los hijastros e hijastras en el supuesto de plena integración, lo que exige convivencia iniciada durante la minoría de edad del hijastro o hijastra, ejercicio de funciones propias de la potestad parental y dos años como mínimo de convivencia posterior a ello. A su modo de ver, debería perderse la legítima si cesara la convivencia entre el causante y el progenitor.

62 APDC: *Propuesta de Código civil*, Madrid, Tecnos, 2018. Véase el art. 467-2.

63 La Comisión General de Codificación lleva tiempo trabajando sobre el tema, pues según la Orden ministerial de 4 febrero 2019 «el Código civil español se ha quedado rezagado de este unánime movimiento reformador del Derecho hereditario» (alude a muchos países de Europa y la mayor parte de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio).

64 Admitiendo que corren «vientos de reforma del sistema sucesorio español» y que se centran en las legítimas, discute Espejo Lerdo de Tejada (*Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 11 y 12) que se trate, como a veces se apunta, de un clamor prácticamente unánime y destaca que falta acuerdo en los objetivos que se deberían alcanzar. Recoge, entre las modificaciones propuestas por un sector de la doctrina, la introducción por la ley de nuevos legitimarios, como los convivientes de hecho o las familias reconstituidas.

65 En una línea igualmente prudente, defiende Madriñán Vázquez, M. («Más allá del parentesco: el reto de la sucesión en las familias del siglo XXI», en *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, vol. 35, diciembre 2025, pág. 87) que una eventual reforma del Derecho sucesorio debería orientarse, de manera gradual, hacia el reconocimiento de determinados derechos sucesorios en el ámbito de la sucesión intestada cuando se acrediten vínculos estables de convivencia, afecto y cuidado en familias reconstituidas.

prueba extrínseca, en favor de los que no lo son biológicamente, siéndolo del esposo o conviviente, cuando las relaciones afectivas y convivenciales así lo fundamenten[66]. Obsérvese, respecto a estas atribuciones en la sucesión *mortis causa* voluntaria, que, en el Derecho catalán, las disposiciones testamentarias en favor de hijos no comunes pierden automáticamente su eficacia si el disponente y el progenitor rompieran su unión (art. 422-13 apto. 4.º CCcat) y, dada la falta de regulación normativa en el Derecho común, sería conveniente que el testamento recogiera siempre la voluntad del causante sobre los efectos de la eventual ruptura de pareja[67].

En definitiva, compartimos plenamente la idea de que la libertad de disposición testamentaria debería poder dar cobijo a ciertos deseos del causante de favorecer sucesoriamente a personas desde el afecto y no la sangre (también en relaciones de familias ensambladas). Es cierto que las rigideces del sistema legitimario actual ponen límites excesivos a quien así lo pretenda que, a mi modo de ver, aconsejan retoques legislativos. Decisiones de ordenación *ex novo* de la sucesión testada a la vista de las nuevas circunstancias familiares chocarán con frecuencia con aquellas normas imperativas, que, a mi juicio, no hacen necesario configurar como nuevos legitimarios a los hijos del esposo o conviviente, pero sí dar mayor flexibilidad a un causante con una familia reconstituida para distribuir su patrimonio de la manera que mejor se acomode a su nuevo contexto familiar, atendiendo, al mismo tiempo, a la función preventiva de evitar conflictos entre los dos grupos familiares.

2.3.3. Nacimiento de descendencia común, existiendo hijos de la anterior relación

2.3.3.1. Separación de grupos familiares. Igualación o desequilibrio en el *quantum* hereditario

Cuando el testador ordena sus últimas voluntades después de un divorcio o ruptura de una primera relación de pareja y existen dos grupos familiares porque hay descendencia de aquella y de una ulterior, la primera decisión que articulará todas las disposiciones testamentarias es si se procura, de ser viable, el mantenimiento de ambos patrimonialmente separados, para prevenir conflictos entre ellos, o quedarán en comunidad hereditaria como titulares de derechos sobre el conjunto de los bienes. Inmediatamente después habrá

66 Se trataría de atribuir sentido al que Salvador Coderch, P. («Comentario a la STS 26 marzo 1983. Interpretación del testamento. Medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria», en *CCJC,* n.º 1, 1983, pág. 294) califica de «lenguaje privado» del testador.

67 En el Derecho catalán, la disposición citada parece de integración de la voluntad del causante, sobre la base de presumir la que se entiende propia del testador estándar o medio; si pudiera probarse que, en el caso concreto, era otra, se mantendrá la disposición pese a la ruptura conyugal o de pareja.

de darse contenido al testamento sobre la base de la igualación o desequilibrio entre esos dos grupos de descendientes, en atención a factores como la relación afectiva actual con el causante, la edad y posición económica de los hijos. En ocasiones puede ser oportuno, sin perjuicio de las legítimas de los hijos mayores, dar entrada en la sucesión a los nietos menores, descendientes de aquellos, que pueden concurrir con sus tíos, también menores de edad. Con todo, en casos puntuales la pretensión de desigualación de los hijos puede quedar impedida, en los términos del art. 826 CC, por pactos en capitulaciones previos al segundo matrimonio del causante (promesa de no mejorar a los del primero) o por haberse acordado la mejora de los hijos que pudieran nacer de la segunda relación[68].

En la consecución del propósito de la separación de los dos grupos de descendientes, si tal fuera la intención del testador, pueden coadyuvar varios instrumentos sucesorios.

En primer término, pueden ser instituidos herederos los de la segunda relación y ordenarse legados (de bienes específicos o de dinero hereditario) en favor de los primeros, cuantitativamente suficientes para satisfacer sus legítimas o incluso que excedan de ellas, igualando, si así se desea, a unos y otros. De este modo, se sitúa fuera de la comunidad hereditaria, fuente de discordias frecuentes, a los primeros, con el inconveniente de que no siempre lo permitirá la composición del caudal hereditario. Parece oportuno entonces nombrar en el testamento un contador partidor y facultarle para hacer entrega de los legados, para evitar conflictos si hubieran de llevarla a cabo los herederos[69]. Si se hiciera un legado de un bien específico del testador a los hijos de la primera relación, parece relevante la doctrina de la STS 502/2014, de 2 de octubre[70], según la cual, si su valor no alcanzara para cubrir la legítima, la vía declarativa es la adecuada para reclamar los derechos hereditarios reconocidos por ley y solicitar el complemento de legítima, sin que los legitimarios puedan promover la partición de la herencia.

68 Son de interés también, aunque no ahondaremos en ellas, las cuestiones que plantea el intento de desheredación, muchas veces injusta por falta de los requisitos que el Tribunal Supremo viene exigiendo con rigor, de los descendientes del causante de su primera relación matrimonial o de pareja, especialmente cuando, al tiempo de otorgar testamento, no existe relación personal entre ellos y el disponente *mortis causa*. Pueden verse las SSTS 419/2022, de 24 de mayo, 556/2023, de 19 de abril y 802/2024, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2068, ECLI:ES:TS:2023:1676 y ECLI:ES:TS:2024:3300, respectivamente), las dos últimas relativas a desheredaciones de hijos con los que se perdió el trato familiar tras la separación o el divorcio del otro progenitor.

69 Como es sabido, las normas del Código civil español sobre el albaceazgo, aplicables al contador partidor en defecto de disposiciones específicas, no contemplan expresamente la entrega de legados como facultad propia de quienes ejerzan el cargo, pero sí lo hace el art. 81 c) RH respecto a los de bienes inmuebles.

70 ECLI:ES:TS:2014:3690.

El testador podrá también posibilitar que se adjudiquen en la partición todos los bienes (o parte de ellos) a alguno o algunos de los hijos, con autorización para realizar el pago en metálico de la legítima de los demás con dinero extra hereditario (arts. 841-847 CC). En el caso de familias reconstituidas, podría otorgarse un testamento en que el testador que tiene hijos, mayores de edad y con independencia económica, de su primera relación, les legue lo que por legítima les corresponde, disponiendo su pago en metálico, e instituya herederos universales a los hijos de su segundo matrimonio o pareja. Obsérvese que, como pone de manifiesto la STS 604/2012, de 22 de octubre[71], pese al tenor literal del art. 841 CC, el testador no está ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren, se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial»[72]. Este tipo de partición, por la excepcionalidad que implica no abonar las legítimas con bienes hereditarios, debe ser aprobada unánimemente por los hijos o descendientes o, en su defecto, por el letrado de la administración de justicia o el notario, en los términos de la LJV[73]. Para articular esta solución el testador ha de contar con que la situación económica de algunos de sus hijos permita, sin que les sea muy gravoso, llevar a efecto este pago en metálico con dinero propio.

Asimismo, el testador puede optar por hacer la partición por sí mismo, evitando el nacimiento de la comunidad hereditaria tras su fallecimiento al adjudicar bienes en propiedad exclusiva desde ese momento a cada uno de sus descendientes, instituidos todos ellos herederos (art. 1056 CC)[74]. Sin perjuicio de salvar los inconvenientes derivados de una jurisprudencia que, a mi juicio, es demasiado restrictiva al calificar si se trata de una verdadera partición y no de simples normas particionales, si realmente lo es ello simplifica

71 ECLI:ES:TS:2012:7373.

72 Muy discutible es el criterio expresado por la RDGRN de 22 de septiembre de 2017 (BOE de 16 de octubre de 2017), al entender que, en el concreto testamento controvertido, el causante había configurado el pago de legítimas de una hija con dinero extra hereditario como una orden y no como simple facultad.

73 Convenimos con Espejo Lerdo de Tejada en que, en defecto de acuerdo, ello debe ser así incluso si hay contador partidor testamentario facultado para hacerlo («La satisfacción de la legítima en el Código civil español. Panorama jurisprudencial», en *Revista jurídica austral*, vol. 1.º, n.º 1, junio 2020», pág. 291).

74 Más problemático será incluir en el testamento simples normas particionales (art. 786 LEC), que no evitan la situación de comunidad, aunque pudieran ser de utilidad minimizando disputas entre los herederos si estuvieran en actitud de respetar una voluntad expresada por el causante. Puede tratarse, entre otras, de asignación de ciertos bienes del caudal a determinados herederos, en lo que pudiera ser incluso una formación de lotes completa o parcial, sin atribución de la propiedad exclusiva hasta la partición, de simples reglas sobre el inventario o el avalúo o relativas a la liquidación de eventuales deudas del causante.

la ejecución de la voluntad del causante y reduce los conflictos, sin que se pueda impugnar la partición salvo que no se hubieran respetado las legítimas (art. 1075 CC)[75].

Por otra parte, dado que la legítima puede pagarse por cualquier título (art. 815 CC), lo que incluye atribuciones patrimoniales gratuitas *inter vivos*, la distribución de su patrimonio la puede haber preparado el causante con donaciones hechas a algunos legitimarios, imponiendo expresamente la obligación de colacionarlas al hacer la partición si concurren con otros herederos en la comunidad hereditaria (arts. 1045, 1047 y 1048 CC), si desea la igualación, o con dispensa de colación, en caso contrario. Obviamente, los donatarios podrán ejercitar acción de complemento si no se respeta la intangibilidad cuantitativa de sus legítimas.

Si la voluntad del causante, en atención a sus concretas circunstancias familiares, fuera desigualar a los dos grupos de descendientes, dejando a los de su primer matrimonio la legítima estricta, reforzando económicamente a los del segundo, podría mejorar en cosa determinada (así, la vivienda familiar) al segundo grupo, pues el art. 829 CC ofrece en este caso la posibilidad de pagar en metálico las legítimas de los demás. Con todo, esta solución también exige la disponibilidad de esos fondos por parte de los mejorados.

2.3.3.2. Reforzamiento de la posición del viudo (o conviviente supérstite)

Si cualquier persona casada que testa, sea cual sea su situación familiar, puede inclinarse por el fortalecimiento de la posición sucesoria del cónyuge viudo por medio de diferentes instrumentos adecuadamente manejados, mejorando los derechos que la ley le reconoce, cuando hablamos de dos grupos familiares claramente diferenciados (descendientes de una primera unión, por un lado y el viudo, junto a los hijos comunes con el causante, por otro) la cuestión pasa a primerísimo plano.

Así, más allá de que sus derechos en la sucesión *mortis causa* puedan ampliarse respecto de la cuota usufructuaria legal con una institución como heredero universal (respetando las legítimas de los descendientes), legados de bienes determinados, atribución del usufructo universal con cautela *socini*[76] o concesión de la facultad de disponer de ciertos elementos patri-

75 En los casos previstos en el art. 1056.2.º CC (es decir, para mantener indivisa una explotación económica o el control de una sociedad de capital) pueden pagarse en metálico extra hereditario las legítimas.

76 A veces el testamento ordena a favor del viudo un legado alternativo, con elección libre por su parte, entre el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición y su cuota legal usufructuaria. Instituidos herederos los hijos, se prevé cautela *socini,* por si el cónyuge supérstite escoge el usufructo universal (RDGRN de 22 de junio de 2015, BOE de 10 de agosto de 2015).

moniales objeto de usufructo, con distinta amplitud y alcance[77], es posible también asignarle la potestad de dirección del grupo familiar más allá de la muerte del causante a través de la fiducia sucesoria y las posibilidades que, en su marco, brinda el art. 831 CC, norma también aplicable al conviviente supérstite, aunque no hubiera mediado matrimonio.

Se trata de una institución poco utilizada por el momento en Derecho común, a diferencia de similares figuras de Derechos civiles forales (hoy acogidas en legislaciones autonómicas), acaso, precisamente, por tratarse de una extrapolación desde aquellos[78] o, quizás, por los riesgos que implica, como el de que quede defraudada, transcurridos los años, la confianza depositada ampliamente en el viudo. La llamada fiducia sucesoria, cuando el causante tiene una familia reconstituida o ensamblada, permite la atribución al

77 Como es sabido, el usufructo con facultad de disposición (art. 467 *in fine* CC) atribuido al cónyuge viudo puede articularse con la finalidad de que no atraviese por una situación de necesidad, habilitándole para realizar enajenaciones onerosas de los bienes que la eviten, o con la de asegurarle el mantenimiento del mismo nivel de vida de que disfrutaba en vida de su esposo, ampliando en tal caso sus facultades para disponer. Concordamos con Corripio Gil Delgado, R. («La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario», en *ADC*, tomo LXXVII, 2024, fasc. III, julio-septiembre, págs. 1151 y 1152) en que el usufructuario ha de ejercitar sus facultades de disposición de buena fe (art. 7.2.º CC) y, de haber sido constituido el usufructo con esa finalidad, en que los rendimientos obtenidos con la disposición estarán causalmente vinculados a satisfacer sus necesidades económicas.
El usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad presenta, asimismo, variantes, según deban intervenir terceras personas, con carácter previo o posterior al acto dispositivo, o se deje libertad al viudo para apreciarla (lo que, como resalta Carrasco Perera, Á.: «Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación. Comentario a la STS de 4 de mayo de 1987», *Poder judicial* n.º 7, 1987, pág. 128, no implica que no puedan impugnarse los actos dispositivos en caso de que pudiera probarse que no concurría). No parece deseable, por la conflictividad que podría generar, que debieran dar su asentimiento precisamente algunos descendientes del causante mayores de edad que no lo fueran también del cónyuge viudo (nudos propietarios de los bienes). Sobre esta institución, Represa Polo, P.: «El usufructo con facultad de disposición», en *RDP*, n.º 4, 2008, págs. 31-64. El viudo, aun siendo usufructuario universal con facultad de disposición, no tendrá, a mi juicio, la cualidad de heredero, sino de legatario, salvo si el testador le atribuyera los rasgos propios de esta clase de sucesor (arts. 660 y 668 CC).

78 Recoge Martínez Sanchiz, J.A. («El artículo 831 y el *favor viduitatis*», en Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell, P. y Torres Lana, J.A. —dirs.—: *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Madrid, Dykinson, 2015, tomo I, pág. 981) la impresión, en principio mayoritaria en la doctrina, de que el art. 831 CC «se percibe como una nota desafinada, un instrumento de raíz foral, que rompe la armoniosa concepción del cuerpo legal en el que se aloja», pero también que se ha ido abriendo paso una concepción más abierta, apreciando las importantes utilidades que el precepto puede rendir a la familia, especialmente en relación con la continuidad de la empresa familiar o la protección de descendientes con discapacidad; en todo caso, con el fin de fortalecer la posición del cónyuge supérstite.

cónyuge supérstite[79] de la facultad de mejorar a los hijos comunes únicamente, lo que puede convertirse en poderoso instrumento de desigualación de los descendientes del causante[80]. No constituye un obstáculo para hacer uso de la institución que el fiduciario tenga hijos que no lo sean también del causante, pero parece conveniente que sea persona difícilmente influenciable, relativamente joven y con determinación para afrontar la tarea encomendada, que pudiera ser ciertamente compleja[81].

El viudo, que, en mi opinión, está facultado legalmente, si no entrara en contradicción con disposiciones del causante, para designar herederos o legatarios a los sucesores de aquel, puede llevar a efecto sus decisiones incluso hasta su propio fallecimiento, si el testador expresamente lo previera. Con todo, ha de contarse con la posibilidad de que los descendientes no comunes exijan el pago inmediato de sus legítimas (y los comunes también, pues la STS 293/2019, de 24 de mayo[82] afirma que tampoco en este caso puede diferirse *sine die*), posición no unánimemente sustentada por la doctrina[83]. Con ese matiz, la norma permite dilatar la distribución de la herencia y facilitar la adaptación de la distribución de los bienes del patrimonio del testador a circunstancias sobrevenidas en la familia con posterioridad a su muerte, permitiendo incluso al fiduciario el pago de las legítimas de los descendientes comunes con sus propios bienes. Con todo, la aplicación del art. 831 CC parece tener más sentido en el seno de una familia no reconstituida en que los progenitores conciban la transmisión *mortis causa* de su patrimonio entre sus descendientes como un todo unitario, reforzando los poderes de dirección del supérstite.

Especial mención merece, también en relación con el tema apuntado de si puede diferirse el pago de las legítimas de los descendientes por voluntad del causante con la finalidad de proteger al viudo, el ámbito que ha de reconocerse a la prohibición de partir la herencia mientras este viva. Podría entenderse que este deseo del testador de mantener indiviso, con el fin apuntado,

79 El fiduciario no ha de ser, necesariamente, una persona que hubiera estado unida por vínculo matrimonial con el causante; es suficiente que haya descendencia en común (art. 831.6.º CC).

80 Incluso puede servirse para ello del tercio de libre disposición.

81 En este sentido, Pérez Velázquez, J.P. («Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción», en *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. III, pág. 1146).

82 ECLI:ES:TS:2019:1634.

83 Así, suele invocarse el art. 813 CC para rechazar que se pueda posponer el pago de las legítimas hasta que el viudo ejercite las facultades conferidas (de todo tipo de descendientes), pero también se ha defendido un régimen diferente para las de los descendientes no comunes y los comunes, con base en el apartado 4.º del propio art. 831 (Martínez Sanchiz: «El artículo 831» cit, pág. 998). Incluso se ha propugnado que la norma contempla una excepción al principio de intangibilidad cualitativa y obliga a los legitimarios a soportar el aplazamiento en el pago.

el patrimonio hereditario, carente de regulación normativa alguna en el Derecho común y objeto de escasos pronunciamientos judiciales, entra en conflicto con la intangibilidad cualitativa de las legítimas de los hijos, cuya satisfacción, en principio, no puede retrasarse sin entenderlo como una suerte de carga o gravamen (art. 813 CC).

Por un lado, no parece discutible que el testamento puede gravar la legítima de los hijos con el usufructo del viudo, ordenado como universal, con cautela *socini* y por ello podría argumentarse que, si ello es posible, también lo es hacerlo retrasando el pago de las legítimas hasta que este fallezca, siempre que se les deje escoger entre soportar el gravamen (que afecta al *quale*), percibiendo más en el *quantum*, o exigir de inmediato la satisfacción de sus derechos legitimarios, quedando reducidos entonces a la legítima estricta. De todos modos, ha de reconocerse que en el primer caso existe precepto legal expreso que lo prevé (art. 820.3.º CC), que falta en el segundo, lo que podría sustentar soluciones diferentes.

El Tribunal Supremo ha reconocido eficacia a cláusulas testamentarias que prohibían la partición hereditaria, o la división de un bien concreto del patrimonio hereditario, mientras viviera el cónyuge del causante (sentencias de 2 de diciembre de 1958 y 1201/2000, de 21 de diciembre[84]), si bien es cierto, como antes resaltamos, que, en el contexto de la fiducia sucesoria, ha descartado que se pueda postergar el pago de las legítimas hasta que el viudo haga uso de las facultades conferidas[85]. En algunos Derechos autonómicos (con legítimas de naturaleza diferente a la del Derecho común) se ha acogido favorablemente la prohibición temporal de dividir impuesta por el testador, con distinto alcance, latiendo en algunos supuestos la finalidad, digna de tutela, de la protección del cónyuge viudo[86]. Entendemos que una previsión normativa de este tenor podría tener cabida en el Derecho común, debidamente articulada con la protección de los derechos de los legitimarios (por el momento sobre la base de una legítima *pars bonorum*, sin perjuicio de lo deseable, a mi modo de ver, de una reforma).

Desde otra perspectiva, la de si la voluntad unánime de los herederos prevalece sobre la del causante (en principio «ley de la sucesión»), en la doctrina algunos autores defienden que los herederos, de común acuerdo, podrían partir la herencia (art. 1058 CC) cuando lo desearan, aun existiendo mandato

84 RJ 1958, 3828 y ECLI:ES:TS:2000:9496, respectivamente.

85 STS 293/2019, de 24 de mayo, ya citada.

86 Así, el art. 365.2.º CDFA prevé que ese tiempo durante el cual se ordene la indivisión no exceda de quince años, a contar desde la apertura de la sucesión, *o del tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo* (la cursiva es nuestra), si bien siempre es posible que judicialmente se permita partir si existe justa causa. En el Derecho catalán, el plazo máximo de indivisión es de diez años (para la vivienda habitual, quince, bajo ciertos presupuestos), con posibilidad de dividir si el juez aprecia una justa causa sobrevenida (art. 463-2 CCcat).

del testador de que no se hiciera hasta el fallecimiento del cónyuge viudo o con alguna otra referencia temporal[87].

Centrando nuestra atención en una cuestión más concreta, cuando en la sucesión *mortis causa* concurren conjuntamente la descendencia de un anterior matrimonio del causante y quien fue su último cónyuge, es habitual que aquel se preocupe por asegurar a este que podrá seguir viviendo sus últimos años en la que fue vivienda familiar, lo que exige la búsqueda de los instrumentos más idóneos en cada caso[88]. Además de la composición y entidad del caudal hereditario y el número de descendientes legitimarios, habrá que analizar si se trataba de vivienda únicamente propiedad del testador o de un bien ganancial y, además, si el viudo tiene capacidad económica suficiente para afrontar eventuales pagos en metálico a los otros sucesores, si bien, en caso de gozar de una posición desahogada, los desvelos del causante no suelen ser tan intensos, más allá del valor sentimental que pudiera tener la vivienda familiar o la comodidad de poder permanecer en ella sin traslado a otro inmueble, lo que, de todos modos, pudiera valorarse especialmente en caso de edad avanzada. Desde luego, aunque ello no siempre resulte posible, la adjudicación en propiedad plena al viudo de la vivienda habitual puede generar paz en las relaciones familiares, especialmente cuando los herederos sean hijos o parientes solo del fallecido[89].

Ello puede articularse a través de un legado, aunque no existieran en la herencia bienes suficientes para satisfacer las legítimas de los descendientes, si el viudo estuviera en condiciones de pagarles en dinero, siendo la vivienda, como es usual, bien indivisible, pues el supuesto encajaría en las previsiones del art. 821.2.º CC[90].

Si el deseo del testador fuera que el viudo permaneciera en la que fue vivienda familiar y no pudiera, siendo ganancial, hacer operativo el derecho de atribución preferente del art. 1406.4.º CC con una adjudicación en pleno dominio porque no existieran más bienes en el caudal, o fueran insuficientes[91] y careciera de recursos para compensar en metálico a los herederos

87 Oliva Blázquez, F. Pérez Velázquez, J.P. y Cadenas Osuna, D.: *Tratado teórico-práctico del testamento notarial abierto*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 114 y 115.

88 Se ha sugerido que, en una próxima reforma legal de las legítimas, se disponga en el Código civil que, además del actual derecho de predetracción sobre el ajuar familiar de la vivienda común (art. 1321 CC), el viudo tenga reconocido algún derecho de propiedad, usufructo o uso sobre la vivienda misma (Díaz Alabart, S.: «Las legítimas de padres y ascendientes: una figura a revisar», en *RDP*, n.º 2, 2023, pág. 130).

89 Corripio Gil Delgado, R.: *loc. cit.,* pág. 1139.

90 Para la reducción de una donación inoficiosa procede aplicar la misma regla que para un legado, por mandato del art. 654 CC (STS 1151/1982, de 19 de julio, ECLI:ES:TS:1982:1151).

91 Casi siempre la vivienda familiar es el bien de mayor valor económico en el patrimonio del causante.

del supérstite si excediera de su cupo[92], puede pensarse en otros títulos de naturaleza jurídico-real que le permitan la permanencia allí[93]. Ciertamente, la opción más sencilla, y más utilizada en el Derecho común, es disponer en el testamento el usufructo universal con cautela *socini*. Ello también es un recurso útil si la vivienda fuera de titularidad exclusiva del causante, pero, respetando las legítimas de los descendientes como *pars bonorum*, el testador careciera de patrimonio suficiente para adjudicársela en una partición hecha por sí mismo y, por tal razón, tampoco tuviera sentido prever en normas particionales que el contador partidor nombrado debiera actuar de ese modo al hacer los lotes de sus bienes. También ha de contemplarse la ordenación testamentaria de un legado de usufructo sobre la vivienda[94].

Cuando el cónyuge viudo sea persona con discapacidad, puede ser de aplicación lo previsto en el art. 822, pero no será la mejor solución si implica la convivencia con otros legitimarios del causante que no sean sus hijos[95].

Desde óptica diferente, las nuevas circunstancias sociales ínsitas a la mayor longevidad de la población y la frecuente necesidad de costosas atenciones en los últimos años de la vida ponen de manifiesto que, en ocasiones, como destaca Espejo Lerdo de Tejada, no es importante únicamente asegurar al viudo que pueda seguir viviendo en la vivienda familiar sino que debe contemplarse la necesidad de que la abandone para ingresar en un establecimiento especializado donde reciba los cuidados que precise, siendo el inmueble arrendado, o incluso vendido (u objeto de hipoteca inversa, añadimos nosotros), para obtener ingresos insuficientes, cuando la familia no disponga de un gran patrimonio y la vivienda sea el bien más valioso o incluso el único[96].

---

92 La liquidación de la sociedad de gananciales no se suele llevar a cabo si los herederos son solo descendientes comunes, coexistiendo, hasta el fallecimiento del otro cónyuge comunidad postganancial y comunidad hereditaria (como resalta Corripio Gil Delgado, R.: *loc. cit.*, pág. 1133). Sin embargo, existiendo hijos que lo sean del causante y no del viudo o viuda ello no suele suceder así.

93 El derecho de atribución preferente de la vivienda (en propiedad o constituyendo un derecho de uso o habitación *ex* arts. 1406.4.º y 1407 CC) puede tener que coexistir con el derecho atribuido *ex lege* sobre el mismo inmueble (art. 822 CC) a legitimarios del causante con discapacidad que convivieran con él en el momento de su fallecimiento y lo necesitasen (párrafo 4.º del último precepto citado), lo que podría ser especialmente problemático si se tratara de descendientes de una primera relación. *Vid*. Represa Polo, P.: «Atribución preferencial de la vivienda habitual en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *La protección del cónyuge viudo,* obra colectiva, coordinada por Represa Polo, P. y Murga Fernández, J.P., Atelier, Barcelona 2025, págs. 63 y ss.

94 La STS 1554/2023, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4660) descarta que sea partícipe de la comunidad hereditaria y pueda instar la partición el cónyuge que era legatario del usufructo sobre una vivienda concreta.

95 Corripio Gil Delgado, R.: *loc. cit*., pág. 1150.

96 «La libertad de testar y la función de las legítimas» págs. 182 y 183. Reflexiona sobre la

III. Disposiciones testamentarias sobre la pensión compensatoria del primer cónyuge

Atención especial merece, al afrontar el estudio de la sucesión testada de una persona divorciada, la transmisión *mortis causa* (art. 101.2.º CC) de la obligación de pago de la compensación económica por desequilibrio del art. 97 CC de la que pudiera ser deudora, si se fijó como pensión periódica (temporalizada o no)[97], de discutida naturaleza jurídica (deuda, ciertamente sujeta a un régimen *sui generis*, o carga de la herencia).

Entendemos que, en principio, en defecto de previsión testamentaria, responden del pago todos los herederos, solidariamente, tras el fallecimiento del cónyuge deudor (salvo distribución de toda la herencia en legados, art. 891 CC). Ciertamente, el testador puede, en sus últimas voluntades, imponer el pago a alguno o algunos de los herederos (excluyendo a otros) o a un legatario, pero ello tendría únicamente, a mi juicio, efectos internos, no frente al excónyuge acreedor. Si se tratara de un legatario, este solo responde con el límite del valor del legado (si son varios la responsabilidad es mancomunada), haciéndolo en el exceso los herederos, según las reglas específicas del precepto que analizamos. En todo caso, son admisibles acuerdos con el excónyuge acreedor en la partición de la herencia para adjudicar bienes a uno de los herederos con asunción de esta deuda o para pago de la misma. No creemos, en cambio, que tales decisiones particionales puedan imponerse a aquel.

Particularmente distorsionadora es la transmisión *mortis causa* de la pensión compensatoria en caso de familias reconstituidas en que el causante ha tenido descendencia de una segunda unión, instituyendo herederos a estos hijos, que quedan gravados con la obligación de pago al excónyuge de su progenitor[98].

---

oportunidad de buscar una solución en materia de sociedad de gananciales y no de Derecho de sucesiones al problema expuesto. Así, sugiere que la previsión de gastos futuros de atención y cuidados a los cónyuges debería recaer sobre cualquier activo ganancial, quedando excluido de la herencia. Ya en el ámbito propiamente sucesorio, se muestra favorable a la ampliación de la libertad de disponer de un cónyuge en favor de otro, si recae sobre bienes gananciales.

97 Según ha recordado la STS 130/2022, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:696), la pensión compensatoria entra plenamente en la esfera dispositiva de los cónyuges y, por tanto, pueden celebrar en torno a ella los acuerdos que consideren oportunos. Por ello parece que caben pactos que excluyan su transmisión *mortis causa* por fallecimiento del obligado.

98 En la tramitación parlamentaria del proyecto de reforma del Código civil, aprobado como Ley 30/1981, de 7 de julio, se propuso una enmienda en el Senado (n.º 53 del Grupo Parlamentario de Senadores Vascos, BOCG, Senado, n.º 161, de 14 de mayo de 1981), finalmente no acogida, que, en la redacción del art. 101.2.º CC distinguía, en atención a la existencia de familias reconstituidas, los casos en que había descendientes del matrimonio del causante con el beneficiario de la pensión y aquellos que aquél hubiera tenido con otra pareja,

Podemos preguntarnos si podrían evitarse los problemas que la transmisión *mortis causa* de la pensión compensatoria previsiblemente originará en las familias ensambladas entre el acreedor (primer esposo del causante) y los herederos del deudor (si éstos fueran el viudo o viuda o conviviente supérstite y los hijos de esa segunda relación, matrimonial o no), ordenando el causante en su testamento un legado a favor de su ex cónyuge que sustituya la pensión compensatoria, al amparo de lo previsto en el art. 873 CC (que reconoce la posibilidad de que un legado hecho a un acreedor se impute en pago de su crédito, si existe disposición expresa al respecto). Sin embargo, compartimos la opinión de autores como DE LA HAZA DÍAZ[99] de que ello no parece admisible en el caso de esta peculiar deuda, respecto de la cual existen normas especiales tanto sobre la modificación de la modalidad de pago como sobre transmisión *mortis causa* (arts. 99 y 101.2.º CC), de modo que parece inviable imponer, sin consentimiento del acreedor, tal transformación en la forma de pago de la deuda.

En cambio, podrían tomarse en consideración los bienes adquiridos *mortis causa* por el excónyuge a los efectos de valorar la mejora relevante de su posición económica como presupuesto de la extinción de la obligación por desaparición del desequilibrio (art. 101.1.º CC)[100], por lo que acaso debiera valorarse, aunque en principio parezca paradójico, la pertinencia de incluir alguna atribución patrimonial de este tipo en el testamento con el fin de desligarlo jurídicamente de herederos que pertenezcan, en su caso, a la segunda familia del causante. Este mismo efecto podría alcanzarse si el acreedor de la pensión compensatoria aceptara su capitalización, al realizarse la partición hereditaria[101].

En todo caso, transmitida la obligación de pago de la pensión, las posibilidades de los herederos de instar la reducción o supresión son, como es sabido, de una doble naturaleza; por un lado, si la cuantía del patrimonio hereditario no es suficiente para soportarla o lesiona las legítimas, como prevé el propio art. 101.2.º CC (cuando reúnen la doble condición de herederos y legitimarios); por otro, haciendo valer las causas generales de modificación o extinción ante circunstancias sobrevenidas que podría invocar el propio cónyuge deudor si no hubiera fallecido.

---

debiendo soportar los primeros el perjuicio de su legítima que supusiera el pago de la pensión, pero no los segundos. Se proponía la adición de un inciso final al texto proyectado del art. 101.2.º CC, del siguiente tenor: «...en la legítima que corresponde a hijos que no procedan del matrimonio con el cónyuge beneficiario de aquélla».

99 «Transmisión *mortis causa* de la pensión de separación y divorcio», en *Act. Civil*, n.º 32, 1988, págs. 1962 y 1963.

100 STS 133/2014, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:852).

101 *Vid*. STS 19 mayo 2025 (JUR 2025, 125577), en una partición llevada a cabo por contador partidor testamentario. La transformación esencial de pensión periódica por pago de un capital en efectivo no puede imponerse al perceptor, cuyo consentimiento es imprescindible.

Bibliografía

Barba, V: «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», en *RDC,* vol. IX, n.º 3, julio-septiembre 2022, págs.157-206.

Berrocal Lanzarot, A.I.: «El divorcio o cese de la convivencia y su relevancia sobre la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho», en *RCDI*, año 95, n.º 776, 2019, págs. 2999- 3039.

Cámara Lapuente, S.: «New Developments in the Spanish Law of Succession», en *InDret* 4/2007.

Carballo Fidalgo, M.: «La legítima del cónyuge viudo. Aspectos prácticos de la satisfacción y conmutación de su derecho», en *El patrimonio sucesorio reflexiones para un debate reformista*, obra colectiva, dirigida por Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, P. y Torres Lana, J.A**.**, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2014, págs.1167-1200.

— «Imputación de legados e interpretación de la voluntad del causante en el sistema del Código civil», en *Autonomía privada, familias y herencia*, obra colectiva, dirigida por Egusquiza Balmaseda, M.ª A**.** y Cerdeira Bravo de Mansilla, G., Colex, A Coruña, 2024, págs. 349-365.

Carrasco Perera, A.: «Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación. Comentario a la STS de 4 de mayo de 1987», en *Poder judicial*, n.º 7, 1987, págs.127-134.

Cervilla Garzón, M.ª D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

Corripio Gil-Delgado, R.: «La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario», en *ADC*, tomo LXXVII, fasc. III, julio-septiembre 2024, págs.1119-1180.

De Amunátegui Rodríguez, C.: «Sustitución ejemplar: su errónea e injustificada desaparición y los problemas de interpretación de la disposición de derecho transitorio cuarta del Código civil», en *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*, obra colectiva, coordinada por Represa Polo, M.ª P., Reus, Madrid, 2022, págs.165-194.

De la Haza Díaz, P.: «Transmisión *mortis causa* de la pensión de separación y divorcio», en *Act. Civil*, n.º 32, 1988, págs.1949-1966.

Díaz Alabart, S.: «Las legítimas de padres y ascendientes: una figura a revisar», en *RDP*, n.º 2, 2023, págs.117-142.

Díaz Martínez, A.: «Disposiciones testamentarias para el establecimiento de un régimen especial de gestión de los bienes transmitidos a menores. Y algunas previsiones más allá de la mayoría de edad de los sucesores», en *AJI* n.º 20, 2024, págs. 698-729.

Domínguez Luelmo, A.: «La reforma del Derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y Derecho transitorio», en *El nuevo Derecho de las capacidades*, obra colectiva, dirigida por Llamas Pombo, E., Martínez Rodríguez, N. y Toral Lara, E., La Ley, Madrid, 2022, págs. 369-420.

Echevarría de Rada, M.ª T.: «La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicaciones sucesorias», en *RDC*, v. X, n.º 3, abril-junio 2023, págs.1-39.

Egusquiza Balmaseda, M.ª A.: *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Cuadernos de Aranzadi civil, Cizur Menor, 2003.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

— «La satisfacción de la legítima en el Código civil español. Panorama jurisprudencial», en *Revista jurídica austral* vol. 1.º, n.º 1, junio 2020, págs. 275-302.

Fernández Campos, J.A.: *El pago de la legítima al cónyuge viudo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

Gago Simarro, C.: *Legado de cosa específica y protección de legítimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Galicia Aizpurua, G.: «Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España n.º 539/2018, de 28 de septiembre, en *Rev. Boliv. de Derecho*, n.º 28, julio 2019, págs. 498-513.

Garrido Luque, A. (*et al.*): *Las familias reconstituidas en España*, Unión de Asociaciones Familiares, Madrid, 2018.

Gómez-Sálvago Sánchez, C.: «Imputación de legado a favor del cónyuge viudo: una (falsa) analogía sobre analogía», en *RDP* n.º 101, noviembre-diciembre 2017, págs. 23-42.

López Frías, M.ª J.: «La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial», en A*ranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 5, septiembre 2012, págs. 61-81.

López Sánchez, C.: «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», en *AJI*, n.º 13, agosto 2020, págs.194-223.

Madriñán Vázquez, M.: «La supresión de la sustitución ejemplar y régimen transitorio», en *Reformas legislativas para el apoyo a personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, obra colectiva, dirigida por Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, M.ª P., Egusquiza Balmaseda, M.ª A. y López Simó, F. Dykinson, Madrid, 2022, págs. 959-982.

— «Más allá del parentesco: el reto de la sucesión en las familias del siglo XXI», en *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, vol. 35, diciembre 2025, págs. 63-89.

Mariño Pardo, F.: «Otra vez sobre el divorcio o separación de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho y la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor de estos: Las Resoluciones DGSJFP de 27 de mayo de 2025 y de 17 de julio de 2025», en blog *iuris prudente*, 12 de septiembre de 2025 (consultado el 22 de septiembre de 2025).

Martín Meléndez, M.ª T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, PP. 1, 2 y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

Martínez Sanchiz, J.A.: «El artículo 831 y el *favor viduitatis*», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, obra colectiva, dirigida por Lledó Yagüe, F. Ferrer Vanrell, P. y Torres Lana, J.A., Dykinson, Madrid, 2015, tomo I, págs. 969-1002.

— «Legitimación para disponer. Administrador testamentario de bienes de menores», en *El notario del siglo XXI*, n.º 11, enero-febrero 2007.

Melero Marín, M.: «Fiscalidad de la conmutación del usufructo viudal al amparo de la doctrina de la Dirección General de Tributos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Notarios de Andalucía, Boletín de información notarial*, n.º 51, octubre 2021, págs.11-13.

Mingorance Gosálvez, C.: «La sucesión *mortis causa* de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho», en *AJI*, n.º 19, agosto 2023, págs.600-629.

Montero Aroca, J.: *El uso de la vivienda en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil),* Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

Oliva Blázquez, F., **Pérez Velázquez, J.P.** y **Cadenas Osuna, D.:** *Tratado teórico-práctico del testamento notarial abierto*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Pérez Velázquez, J.P.: «Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción», en *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. III, págs. 1133-1202.

Prieto Escudero, M.: «El testamento del divorciado», en blog *Justito el Notario*, https://www.justitonotario.es/testamento-del-divorciado/, consultado el 23 de septiembre de 2025.

Represa Polo, P.: «El usufructo con facultad de disposición», en *RDP*, n.º 4, 2008, págs. 31-64.

— «Atribución preferencial de la vivienda habitual en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *La protección del cónyuge viudo,* obra colectiva, dirigida por Represa Polo, P. y Murga Fernández, J.P., Atelier, Barcelona, 2025, págs. 43-70.

Ragel Sánchez, L.F.: «Comentario al art. 840», en *Comentarios al Código civil*, obra colectiva, dirigida por Bercovitz Rodríguez Cano, R., tomo V, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 6236-6241.

Roigé i Ventura, X.: «Las familias mosaico: recomposición familiar tras el divorcio», en *Familias de ayer, familias de hoy: continuidades y cambios en Cataluña*, obra colectiva, coordinada por Roigé i Ventura, X., Icaria, Barcelona, 2006, págs.471-501.

Salvador Coderch, P.: «Comentario a la STS 26 marzo 1983. Interpretación del testamento. Medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria», en *CCJC,* n.º 1, 1983, págs. 289-295.

Solé Resina, J.: «Las familias reconstituidas en el Derecho español», en *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões: as relações pessoais, familiares e sucessórias,* obra colectiva, coordinada por Dias, C., Nuno Barros, J., Sousa Borges, P. y Martingo Cruz, R., Gestlegal, Coimbra, 2023, págs. 317-346.

Vaquer Aloy, A.: «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», en *ADC*, vol. 56, n.º 1, 2003, págs. 67-100.

Vaquer Aloy, A. e **Ibarz López, N.:** «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», en *RDC*, vol. IV, n.º 4, octubre-diciembre 2017, págs. 211-235.

2

MIGRAÇÃO E CIDADANIA: O RECONHECIMENTO EM PORTUGAL DE ACTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS NO ÂMBITO FAMILIAR[1]

Helena Mota

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Investigadora do CIJ – Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça

Sumario: I. Nacionalidade, cidadania e Direito dos Estrangeiros. II. O exercício de direitos privados pelos cidadãos estrangeiros. 2.1. A lei aplicável em Portugal ao estatuto pessoal dos estrangeiros. 2.2. A lei aplicável em Portugal ao estatuto pessoal dos apátridas e refugiados políticos. III. O reconhecimento em Portugal de actos jurídicos estrangeiros no âmbito familiar. Três exemplos. 3.1. O reconhecimento em Portugal da "união estável" brasileira. 3.2. O reconhecimento em Portugal de divórcios não judiciais decididos em Estados Membros. 3.3. O reconhecimento em Portugal de divórcios não judicias decididos em Estados terceiros. O caso brasileiro.

I. Nacionalidade, cidadania e Direito dos Estrangeiros

Se a nacionalidade (ou cidadania) se define como o laço ou vínculo sociológico e político do indivíduo ao Estado que implica a subordinação jurídica a esse Estado[2], parece consensual a irrelevância do "atravessamento de fron-

1 Este texto foi enviado em janeiro de 2025 para publicação como capítulo do livro *Obra em Homenagem ao Professor Doutor Cândido da Agra,* Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no prelo, e serviu de base à locução que apresentámos no XIX Congresso Internacional do IDADFE (*Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España*) com uma intervenção intitulada "«*El reconocimiento en Portugal de actos jurídicos extranjeros en el ámbito familiar*», e que teve lugar no dia 6 de novembro de 2025 na Universidade de Sevilha.

2 Como distingue Ferrer Correia (*Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Alme-

teiras", pela simples viagem ou mesmo pela emigração ou refúgio ou pedido de asilo noutro Estado, para a manutenção desse estatuto: usando emprestada a máxima quanto à maioridade: *"uma vez cidadão, sempre cidadão".*

No entanto, a manutenção da nacionalidade de origem e do estatuto de cidadão não implicam, necessariamente, que, quanto ao exercício de direitos privados, o cidadão estrangeiro (emigrante, refugiado, asilado e até apátrida) tenha a garantia de ver aplicada a sua lei de origem, a lei nacional. Pelo contrário, também se poderá recordar outra máxima: *"em Roma sê romano".*

Em primeiro lugar, há que afirmar a sua capacidade de gozo de direitos, a sua personalidade jurídica; só então se poderá discutir a capacidade de exercício de direitos privados e sempre por apelo à lei que a esta será aplicável no ordenamento jurídico de acolhimento e do foro.

Se o primeiro problema é resolvido, maioritariamente, por normas de direito público, a que chamamos Direito dos Estrangeiros[3], o segundo dependerá das regras e princípios de Direito Internacional Privado vigentes nesse ordenamento. De todo modo, é evidente que o Direito dos Estrangeiros acaba por ter importantes ressonâncias no Direito Internacional Privado, sendo até de relevância e aplicação prioritárias, desde os princípios gerais sobre a condição jurídica dos estrangeiros até às normas materiais que estabelecem um tratamento diferenciado para os estrangeiros e que podem limitar ou complementar o Direito de Conflitos[4].

Em Portugal, o n.º 1 do art. 15.º da Constituição da República Portuguesa e o art. 14.º do Código Civil determinam o *princípio da igualdade ou de equiparação* entre estrangeiros e nacionais no gozo de direitos ou na *capacidade de gozo genérica*[5]. Tais regras são normas de Direito dos Estrangeiros que,

---

dina, 2000, p. 83), quanto à lei pessoal: "Nacionalidade é um vínculo de *dependência* política. Estatuto pessoal exprime tão-só um nexo de *vinculação jurídica*". E é certo que a lei pessoal poderá não ser a lei nacional, tudo dependendo do critério usado pelo Direito dos Conflitos para afirmar a lei pessoal.

3 Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* Vol. II, Tomo I, 5.ª ed. ref., Lisboa, AAFDL, 2023 p. 258, define o Direito dos Estrangeiros como "o conjunto de normas e princípios que definem a condição jurídica dos estrangeiros...é o Direito material especial que tem por objecto a situação jurídica dos estrangeiros...e...por "estrangeiros" deve entender-se, em princípio, todos os não nacionais e, por conseguinte, também os apátridas". Ferrer Correia (*Lições de Direito Internacional Privado*, ..., p. 72) também sublinha: "Se todo o Estado deve considerar o estrangeiro sujeito de direitos, ele é em princípio livre de fixar como bem entenda a medida concreta da sua capacidade jurídica ... (o direito dos estrangeiros) trata-se de regras que criam para os estrangeiros incapacidades de gozo relativamente a certos e determinados direitos...não estamos, por conseguinte, em face de normas de conflitos, mas de preceitos jurídico-materiais".

4 Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado...cit.,* p. 264.

5 Luís de Lima Pinheiro, *ibidem*. O A. refere que são raras as normas de direito privado que estabelecem incapacidades de gozo específicas para estrangeiros, embora se encontrem normas que condicionam o gozo de certos direitos à reciprocidade (cfr. arts. 54.º, n.º 11 e 64.º do

cumprindo uma obrigação de todos os Estados e de acordo, desde logo, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 6.º), reconhecem personalidade jurídica a todas as pessoas singulares (e a elas limitaremos esta análise) e constituem um pressuposto de funcionamento das regras de conflitos, pois reconhecem implicitamente aos estrangeiros e apátridas essa mesma personalidade jurídica[6].

Por seu turno, o n.º 2 do art. 15.º da CRP exceptua deste princípio os direitos políticos e o exercício de funções públicas não predominantemente técnicas *e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente a cidadãos portugueses*[7] [8].

Código de Direitos de Autor e o art. 3.º, n.º 3, do Código de Propriedade Industrial). *Cfr.* ainda o Direito da UE e o DL n.º 214/86, de 2/8, quanto à liberdade de estabelecimento para nacionais e estrangeiros, oriundos de outros EM ou de outros Estados. Ou ainda o tratamento diferenciado, quanto à forma, de contrato de trabalho celebrado por cidadão estrangeiro ou apátrida para a prestação de trabalho em Portugal nos termos do art. 5.º do Código do Trabalho.

6 António Marques dos Santos, *Direito Internacional Privado. Sumários,* Lisboa, AAFDL, 1987, pp. 241.

7 Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado...cit.,* pp. 266 e 277, adverte que em matéria de direitos privados tais limitações só podem decorrer de normas que reservem certos direitos a portugueses; em segundo lugar, sendo excepção em relação à regra da equiparação, têm de ser restrições limitadas e justificadas; finalmente, devem ser objecto de reserva de lei formal (da Assembleia da República ou do Governo, quando autorizado pela Assembleia da República). E, ainda assim, há direitos cujo gozo nunca pode ser retirados aos estrangeiros [certos direitos dos trabalhadores (art. 59.º, n.º1, da CRP), direitos liberdades e garantias pessoais, direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17.º da CRP), acesso ao Direito (art. 20.º, n.º s 1 e 2 da CRP), direito de resistência (art. 21.º da CRP), direito a indemnização por prejuízos causados por acções ou omissões de entidades públicas (art. 22.º CRP) e do direito de queixa ao provedor de justiça (art. 23.º da CRP)].

8 No que toca a cidadãos brasileiros, o Tratado de Igualdade Portugal/Brasil (*cfr*. o DL n.º 154/2003, de 15 de Julho, que regulamenta a aplicação do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, assinado em Porto Seguro em 22 de Abril de 2000, no que respeita ao regime processual de atribuição e registo do estatuto de igualdade aos cidadãos brasileiros residentes em Portugal e aos cidadãos portugueses residentes no Brasil), e em aprofundamento do já consagrado no n.º 3 do art. 15.º da CRP quanto a estrangeiros de países de língua portuguesa residentes habitualmente em Portugal, pode atribuir aos nacionais de ambos os países direitos (políticos e de exercício de funções públicas não predominantemente técnicas) que reservaria aos nacionais (com o limite absoluto dos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro Ministro, Presidente dos Tribunais Superiores, Forças Armadas, cargos diplomáticos) e sob condição de reciprocidade. Tal reciprocidade, nos termos do citado diploma, no seu art. 16.º, n.º 2, e também o art. 14.º, n.º 2 do CC é uma reciprocidade qualificada ou até de retaliação (no sentido da inconstitucionalidade da norma, cfr. Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado...cit.,* pp. 270) pois refere que "*Não são, porém, reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias*". Por último, não esquecer que o acesso a este Estatuto de Igualdade está regulamentado, carece de pedido, prova dos requisitos (*vg* a autorização de residência), deferimento e registo.

II. O exercício de direitos privados pelos cidadãos estrangeiros

A igualdade de gozo de direitos a que nos referimos *supra* não se reflecte, necessariamente, no tratamento igual quanto ao exercício de direitos privados que fica sempre dependente da lei aplicável por força do DIP[9]. Ou seja, em qualquer caso, o cidadão estrangeiro que tendo capacidade de gozo de direitos privados quer exercê-los só o poderá fazer se a lei indicada pela regra de conflitos do foro assim o permitir: "O princípio da equiparação não significa uma assimilação dos estrangeiros aos nacionais...equiparar um português a um espanhol em matéria de estatuto pessoal traduz-se na aplicação, a cada um deles, da lei da nacionalidade, e na atribuição dos direitos concedidos por esta lei"[10].

A questão é, nestes termos, deslocada para o âmbito do Direito Internacional Privado.

Qual é a lei aplicável em Portugal à capacidade de exercício do estrangeiro? E à capacidade matrimonial? Ou testamentária? E aos efeitos do casamento celebrado no estrangeiro? Haverá diferença entre uma situação a constituir em Portugal ou meramente a reconhecer? Será sempre garantida ao estrangeiro a manutenção da aplicação da sua lei nacional ou o reconhecimento dos actos ou negócios já praticados no estrangeiro?

---

9 *Cfr.* o artigo 5.º do supracitado DL n.º 154/2003, de 15 de Julho: "Requisitos. 1 - *O estatuto de igualdade é concedido aos cidadãos brasileiros civilmente capazes, de acordo com a sua lei nacional, que tenham residência habitual em território português, comprovada através de autorização de residência*." E o art. 21.º: "Âmbito da lei pessoal. *Sem prejuízo do disposto nos n.º s 2 e 3 do artigo 5.º e no n.º 2 do artigo 13.º do presente diploma, os requisitos da capacidade de gozo e de exercício de direitos públicos de cidadãos investidos no estatuto de igualdade são unicamente os definidos pela lei portuguesa, salvo na medida em que tal capacidade dependa da capacidade relativa a direitos privados e esta seja regida por uma outra lei*." E ainda o Artigo 22.º Nacionalidade:" *O acesso ao estatuto de igualdade, bem como o exercício de direitos ou o cumprimento de deveres dele decorrentes, não implicam a perda da nacionalidade nem prejudicam a aplicação da lei brasileira, como lei nacional, sempre que esta deva ser aplicada por força das normas de conflitos portuguesas*." E o artigo 23.º Direitos e deveres inerentes à nacionalidade: "*Com ressalva do disposto no artigo 20.º, os cidadãos investidos no estatuto de igualdade mantêm todos os direitos e deveres inerentes à sua nacionalidade, com excepção daqueles que ofendam a soberania nacional ou a ordem pública do Estado de residência*".

10 Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*...cit., pp. 268-269. Ou ainda, nas palavras de Ferrer Correia (*Lições de Direito Internacional Privado*, ..., p. 77): "Ao fim e ao cabo, quer a lei competente seja a portuguesa ou uma lei estrangeira, o estrangeiro é sempre equiparado ao nacional".

2.1. A lei aplicável em Portugal ao estatuto pessoal dos estrangeiros

Nos termos dos arts. 25.º e 31.º, n.º 1, do CC é aplicável ao estatuto pessoal (capacidade, estado, relações de família e sucessórias) a lei nacional do interessado.

Algumas das regras de conflitos referentes ao estatuto pessoal resultam hoje da aplicação das normas europeias de DIP e, como tal, a conexão supletiva pende em favor da lei da residência habitual, sem prejuízo do exercício da autonomia conflitual em favor da lei nacional[11].

A preferência pela residência habitual, em detrimento da nacionalidade, é uma tendência do processo de europeização do direito internacional privado das relações familiares e sucessórias, sendo a conexão supletiva principal para a determinação da lei aplicável, no âmbito do Regulamento (UE) 2016/1103, do Conselho, de 24/06/2016 (Regimes Matrimoniais), do Regulamento (UE) 2016/1104, do Conselho, de 24/06/2016 (Efeitos Patrimoniais das Parcerias Registadas), do Regulamento (UE) n.º 1259/2010, do Conselho, de 20/12/2010 (Divórcio e Separação judicial), do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04/07/2012 (Sucessões por Morte) e do Regulamento (CE) n.º 4/2009, do Conselho, de 18/12/2008 (Obrigações Alimentares).

De facto, uma das notas características do direito internacional privado europeu em matéria de relações familiares e sucessórias é o primado da lei da residência habitual colocando em segundo lugar a lei nacional[12]: entre os valores da identidade e da integração, o legislador europeu optou claramente pelo derradeiro.

As regras de conflitos do estatuto pessoal podem cumprir funções "recognitivas" ou "integradoras"[13] e a opção por uma dessas funções — a recognitiva que se limita à aceitação do estatuto pessoal do emigrante no seio do ordenamento de acolhimento e a integradora que pretende a aplicação da mesma lei a todos os residentes, nacionais ou estrangeiros — é feita através das conexões *nacionalidade* e *residência habitual,* respectivamente.

---

11 Sobre a aplicação da lei nacional no âmbito do Direito Internacional Privado da UE, cfr. Jéssica Marques Ferreira, *A Nacionalidade como Conexão nas Relações Plurilocalizadas – Em Especial no Direito Internacional Privado Europeu,* Coimbra, Almedina, 2024.

12 Aderindo assim, como sublinha Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* vol. II. Direito de Conflitos. Parte Especial., 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 40, à solução conflitual mais comum nos países de *Common Law* e nos Estados da América do Sul; já nos sistemas da Europa continental predomina o princípio da nacionalidade, ainda que nas codificações mais recentes como a belga (2004) e a romena (2009) haja concessões à lei da residência habitual. O A. preferiria, *de iure condendo,* (p. 45), a temperança entre os dois princípios, dando relevância primária à lei nacional, mas permitindo a escolha da lei da residência habitual "estabilizada", i.e, que durasse há cinco ou mais anos noutro Estado.

13 Na classificação oferecida por Daniel Gutmann, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 371-402.

Sem prejuízo das eventuais dificuldades na sua concretização[14] [15], a aplicação da lei da residência habitual favorece a integração cultural; não é discriminatória; pode, enquanto elemento de facto, ser densificada de maneira uniforme pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e coincide, tendencialmente, com o critério de competência jurisdicional, unificando *forum* e *ius*. Acima de tudo, é mais reveladora de uma efectiva proximidade a um ordenamento jurídico, valor precípuo do direito internacional privado.

Ao invés, a lei nacional é mais estável, mais fácil de concretizar para os órgãos de aplicação do direito e menos permeável à fraude, para além de obviamente favorecer os países de grande emigração[16]. Não obstante, cria problemas de resolução prévia, como os conflitos positivos de nacionalidades que são por regra resolvidos pelos critérios do foro, mas que têm conhecido *nuances* quando são suscitado no âmbito de aplicação das regras de DIP da UE e quando estejam em causa os direitos consagrados nos Tratados[17].

---

14 Defendendo as vantagens da ausência de definição legal do conceito "residência habitual" e a consagração de uma noção puramente factual que permita alguma discricionariedade, flexibilidade e funcionalidade nessa determinação, cfr. Angelo Davi e Alessandra Zanobetti, "Il diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea, *CDT,* Out. 2013, p. 33.

15 Já nos referimos a alguns desses problemas e, em geral, a esta opção entre lei da residência habitual e lei nacional, em termos próximos ao do texto, em Helena Mota, "A determinação da residência habitual nos regulamentos europeus de direito internacional privado das relações familiares e sucessórias. Alguns problemas", in C. Dias, J. N.Barros, P. Sousa Braga, R. Martingo Cruz, *Actas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões*, Gestlegal, 2023, pp. 265-282 (acesso aberto https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/84122).

16 Sobre as vantagens relativas da aplicação da " lei da residência habitual" ou da "lei nacional" no âmbito da lei sucessória, cfr., entre outros, P. Kindler, "La legge regolatrice delle successione nella proposta di Regolamento dell'Unione Europea: qualche riflessione in tema di carattere universal, rinvio e professio iuris", *RDI,* vol. XCIV, 2, 2011, pp. 422-432 (424-425), defendendo o elemento de conexão "nacionalidade" como aquele que mais bem representa a proximidade cultural entre as pessoas e o ordenamento jurídico, mesmo com eventual desconhecimento das soluções legislativas concretas; como sendo o mais democrático, pois é nesse ordenamento que a vontade política das pessoas é respeitada, através do voto, e mesmo no que concerne à liberdade de circulação, em particular no seio da União Europeia, parece ao A. que esta é mais bem assegurada quando é aplicável a lei nacional, uma vez que é um elemento de conexão mais estável e que permite as sucessivas mudanças de residência sem os inconvenientes de uma constante alteração da lei aplicável. Não obstante esta defesa inicial, o A. acaba por conceder preferência à aplicação da lei da residência habitual pois é aquela que permite a maior integração do cidadão estrangeiro e que não é discriminatória, para além de coincidir, na maior parte dos casos, e porque representa o "centro de interesses" do indivíduo, com a localização do seu património e, por último, porque permite uma coordenação com a lei do foro, uma vez que a competência genérica se situará no tribunal da residência habitual do *de cujus*.

17 *Cfr.* entre nós, o recente trabalho de Jéssica Marques Ferreira, *A Nacionalidade como Conexão nas Relações Plurilocalizadas – Em Especial no Direito Internacional Privado Europeu,* Coimbra, Almedina, 2024.

Esta "tensão" entre a aplicação da lei da residência habitual e a lei nacional[18], em matéria de estatuto pessoal pode ser, e tem sido, temperada pelo exercício da autonomia conflitual.

A autonomia conflitual é, antes de mais, instrumento do princípio da proximidade[19] e não somente uma tentativa de desregulação ou privatização das relações familiares. De facto, quando as partes escolhem a lei aplicável ao seu estatuto pessoal fazem-no sempre no sentido da lei que lhe está ou é mais próxima: *"(...) une proximité fondée non plus sur le lieu avec le territoire, mais sur le lieu avec une civilisation...une proximité non plus géographique mais symbolique (...)"*[20]. E se a função "recognitiva" da regra de conflitos que prevê a *professio iuris* parece prevalecer sobre a integradora, a evidência de que não há verdadeira integração sem vontade das partes desmente tal impressão:*"(...) psychologiquement et sociologiquement, la volonté précède l'intégration (...)"*[21].

A densificação do conceito de "residência habitual" deve ser feita de modo uniforme e autónomo no âmbito do direito internacional privado da União Europeia e em relação a cada um dos actos da União Europeia, *maxime* dos regulamentos europeus.

A "residência habitual" é um conceito não normativo, fáctico, desde logo distinto do conceito de domicílio, cujos contornos são definidos por cada legislação nacional.

A referência conflitual à lei da residência habitual (ou, de um modo mais amplo, ao reconhecimento de negócios jurídicos do estatuto pessoal cele-

---

18 Sobre o estatuto pessoal e a opção entre a aplicação da lei da nacionalidade e da residência habitual, cfr., entre nós, Nuno Ascenção Silva, "Do estatuto pessoal – unidade e dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 anos do Código Civil)", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977,* Coimbra, Coimbra Editora, vol. 1, 2004, pp. 549-649, António Marques dos Santos, "Quem manda mais — a residência ou a nacionalidade?" in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público,* Coimbra, Almedina, 2004, pp. 79- 93, Dário Moura Vicente, "Lei pessoal das pessoas singulares" in *Direito Internacional Privado: Ensaios*, vol.I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 61-85, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* vol. II. Direito de Conflitos. Parte Especial., 4.ª ed. *cit.,* pp. 40-48. e Jéssica Marques Ferreira, *A Nacionalidade como Conexão nas Relações Plurilocalizadas – Em Especial no Direito Internacional Privado Europeu,* Coimbra, Almedina, 2024.

19 Neste sentido, cfr. Paul Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporaine* (Cours général de droit international privé), Recueil des Cours, 1987, 196, Haia, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

20 Daniel Gutmann, *Le sentiment d'identité*.., p. 398.

21 *Ibidem.* Mais à frente (p. 401) o Autor sublinha a ideia afirmando que a *professio iuris* revela que a integração sociológica precede a jurídica, logo a lei aplicável ao estatuto pessoal não consegue a integração se ela ainda não existe *de facto*. Na ausência de escolha de lei pelas partes, o Autor defende, nesta linha de pensamento, que o factor tempo é o que melhor revela a medida da integração do indivíduo e justificará (ou não) a aplicação da lei da residência habitual em detrimento da lei nacional.

brado à luz da lei da residência habitual ou que neste ordenamento tenham produzido efeitos) é também feita no DIP português de fonte interna por via do art. 31.º, n.º 2, do CC[22].

2.2. A lei aplicável em Portugal ao estatuto pessoal dos apátridas e refugiados políticos

De igual modo, a lei pessoal dos apátridas é também regulada pela lei da residência habitual. Assim é estabelecido no art. 32.º do CC e na Convenção de Nova Iorque relativa ao Estatuto dos Apátridas, no seu art. 12.º, n.º 1, e que prevalece sobre a regra de conflitos de fonte interna, mandado atender à lei do domicílio ou, na falta de domicílio, à lei da residência. O domicílio interpretado autonomamente corresponde à residência habitual e, na sua falta, à residência ocasional[23]. É também de referir a proteção de direitos adquiridos em matéria de estatuto pessoal do apátrida consagrada no art. 12.º, n.º 2, da Convenção.

Por outro lado, também aos refugiados políticos é garantida a aplicação da lei da residência habitual ao invés da sua lei nacional, uma vez que esta é a lei do Estado em relação (contra) ao qual pediu proteção no Estado de acolhimento. Assim, conflitualmente, o estatuto pessoal do refugiado político i.e, aquele que, receando com razão ser perseguido em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opinião política, filiação em grupo social, se encontre fora do país da sua nacionalidade e não possa pedir proteção a esse país ou, sendo apátrida, *mutatis mutandis* em relação ao país no qual tinha residência habitual e de onde saiu, decorre da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) que também remete para a lei do domicílio e, na sua falta, para a lei da residência[24]. Também aqui poderá haver sucessão de estatutos (lei nacional e depois lei da residência habitual) e deverá aplicar-se o mesmo princípio de proteção de direitos adquiridos.

22 Sobre a teoria dos direitos adquiridos e aplicação do n.º 2 do art. 31.º do CC e o seu significado, hoje, para um DIP europeizado, cfr. os recentes trabalhos de Rui Moura Ramos, "O método do reconhecimento no interior do sistema conflitual: o art. 31.º, n.º 2, do Código Civil de 1966, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito,* Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 453-474 e de Luís de Lima Pinheiro, "O método de reconhecimento no Direito Internacional privado. Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?", in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito,* Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 413-452.

23 Assim, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* vol. II. Direito de Conflitos. Parte Especial., 4.ª ed. *cit.*, p. 47.

24 Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* vol. II. Direito de Conflitos. Parte Especial., 4.ª ed. *cit.*, p. 50, refere a aplicação analógica a situações de protecção temporária, mas que não se estendem a, por exemplo, situações de guerra desencadeada por um país estrangeiro, uma vez que não há razão, nesse caso, para não aplicar a lei nacional.

III. O reconhecimento em Portugal de actos jurídicos estrangeiros no âmbito familiar. Três exemplos

Para além da determinação da lei aplicável ao estatuto pessoal dos estrangeiros, muitas vezes o problema reside somente no reconhecimento de uma situação jurídica criada ainda noutro ordenamento jurídico[25] e que, em Portugal, pretende produzir efeitos jurídicos.

Em princípio, tais situações não carecem de uma solução conflitual[26], ainda que o mecanismo da Ordem Pública Internacional possa sempre servir de impedimento ao reconhecimento e consequente produção dos efeitos jurídicos próprios, quer no âmbito de um processo de uma revisão e confirmação de sentença ou outra decisão (alínea f) do art. 980.º do Código de Processo Civil[27]), necessário para produzir uma alteração no registo civil (art. 7.º do Código de Registo Civil), seja na mera transcrição de um registo feito no estrangeiro junto das autoridades competentes (art. 6.º do CRC).

De facto, a situação jurídica que é criada no estrangeiro através de um acto jurisdicional estrangeiro suscita um problema no âmbito do Direito de Reconhecimento, i.e da atribuição de relevância, na ordem jurídica interna, portuguesa, a um acto jurisdicional estrangeiro, autonomamente, de forma directa e à produção dos seus efeitos próprios, como se fosse um acto interno: caso julgado, valor de título executivo, valor probatório, título de registo, entre outros.

O modo como se fará este reconhecimento – automático, no caso das decisões dos órgãos jurisdicionais dos EM abrangidas pelos regulamentos europeus, o que implicará o deferimento da sua recusa para uma (eventual) impugnação judicial a pedido de uma das partes, a título principal ou inciden-

25 Como adverte Afonso Patrão, "Reconhecimento de decisão judiciais estrangeiras de divórcio – o novo Regulamento Bruxelas II-ter", in *Colóquios do STJ,* Livros Digitais do STJ, ISBN 978-989-53058-7-2, 2023, p. 70-71.

26 Sem prejuízo das hipóteses visadas no já referido art. 31.º, n.º 2, do CC que se referem à validade dos negócios jurídicos do estatuto pessoal consolidados no país da residência habitual do declarante, solução ainda conflitual e que não se confunde com o mero reconhecimento de um acto jurisdicional estrangeiro e dos seus efeitos próprios.

27 O art. 978.º do CPC estabelece que a eficácia em Portugal de decisão estrangeira sobre direitos privados está condicionada à sua revisão e confirmação, "sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos da União Europeia e leis especiais", o que significa que este mecanismo processual de reconhecimento de decisão estrangeira pode ser dispensado (ou ser diferente) se tal resultar da aplicação de outros instrumentos legislativos. É o que decorrerá, em matéria de decisões em matéria matrimonial proferidas noutros Estados Membros, do regime instituído pelo Regulamento Bruxelas II*ter* (Regulamento (UE) n.º 2019/1111 do Conselho de 25 de junho de 2019), que analisaremos *infra* no ponto 3.2.

tal, num tribunal de 1.ª instância[28] [29]; ou prévio, se a decisão for oriunda de um Estado terceiro (ou não vinculado ao regulamento europeu em causa), o que implicará um processo de revisão e confirmação (art. 978.º do CPC) mediante os requisitos previstos no art. 980.º do CPC[30] – varia, assim, temporalmente.

---

28 Assim, e no que à matéria matrimonial diz respeito, nos termos do art. 30.º do Regulamento Bruxelas II*ter*: *"As decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem necessidade de qualquer formalidade específica"* e deverão servir de suporte, nos termos do n.º 2, para a actualização dos registos do estado civil de um EM desde que da decisão de divórcio, separação ou anulação do casamento, já não caiba recurso segundo o direito desse EM, sem necessidade de outro formalismo de legalização ou apostila (art. 90.º e arts. 31.º e 36.º). Os fundamentos para a recusa de reconhecimento, a qual só poderá ser suscitada, por uma das partes a *posteriori,* estão previstos no art. 38.º (genericamente, ordem pública do EM requerido, falta de notificação/citação da outra parte, caso julgado) e o Cns.56 considera-os taxativos. Assim, para além da consideração da reserva de OPI, nenhum juízo de mérito, mesmo conflitual, (i.e. se por exemplo o divórcio não seria concedido segundo a lei do foro ou a lei aplicável segundo o DIP do foro) poderá recair sobre o reconhecimento, como é sublinhado pelo art. 70.º do Regulamento Bruxelas II*ter*: "O reconhecimento de uma decisão em matéria matrimonial não pode ser recusado com o fundamento de a lei do EM requerido não permitir o divórcio, a separação ou a anulação do casamento com base nos mesmos factos". Ao contrário do que sucede no sistema de reconhecimento relativo a decisões de outros Estados, nos termos dos arts. 978.º e ss do CPC, em que um dos requisitos é a verificação da competência do tribunal estrangeiro que proferiu a decisão (art. 980.º, c)), o art. 69.º do Regulamento Bruxelas II*ter* não permite a verificação de competência do tribunal do Estado de origem, nem mesmo por via da invocação da OPI, o que também é criticável, como sublinha Afonso Patrão, "Reconhecimento de decisão judiciais estrangeiras de divórcio..., *cit.,* uma vez que nem sempre a competência dos tribunais dos EM será, nos termos do próprio Regulamento, resultado das regras deste, mas das regras processuais internas do Estado de origem, como resulta do art. 6.º do Regulamento.

29 É discutido se o reconhecimento no âmbito do Regulamento Bruxelas II*ter* se dirige a todas as decisões estrangeiras de divórcio, incluindo as que decaíram, ou somente as chamadas decisões positivas, i.e que proferiram o divórcio. Esta última concepção, mais restrita, e que resulta também do Cons.9 do Regulamento ("as disposições do presente regulamento sobre reconhecimento não deverão abranger as decisões que rejeitam a dissolução do vínculo matrimonial") implica que, ao não haver reconhecimento, a decisão não obtém força de caso julgado, permitindo a qualquer das partes interpor novamente a acção num EM. Afonso Patrão, "Reconhecimento de decisão judiciais estrangeiras de divórcio..., *cit.,* refere o problema e o *forum shopping* assim criado, avançando com uma justificação que se fundamenta no princípio do *favor divorcii* que perpassa quer no Bruxelas IIter quer no Roma III, não esquecendo que o problema fica minimizado pela aplicação da mesma lei por força, precisamente, da unificação das regras de conflitos por via do Regulamento Roma III (Regulamento (UE) n.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial). No entanto, não deixará de ser relevante o facto de nem todos os EM vinculados ao Regulamento Bruxelas II*ter* não serem participantes do Regulamento Roma II, pelo que a lei aplicada poderá não ser a mesma, nem, obviamente, a ponderação dos factos por outro tribunal mesmo que à luz da mesma lei.

30 Requisitos maioritariamente de índole processual: autenticidade e inteligência do documento em que a decisão está vertida, trânsito em julgado no ordenamento de origem, competência (não fraudulenta) do tribunal estrangeiro emissor em matérias que não sejam da exclusiva competência do tribunal português, litispendência, regularidade da citação, respeito pelo princípio do contraditório. A alínea f) do art. 980.º do CPC refere, não obstante, um controlo de

Em ambos os casos, não haverá controlo de mérito, i.e, as causas, quer da impugnação judicial do reconhecimento automático quer da não revisão e confirmação prévia, radicarão em aspectos processuais, salva a já referida invocação da OPI e, no caso do CPC, a situação prevista no art. 983.º do CPC[31].

Um dos problemas que qualquer sistema de reconhecimento de actos públicos estrangeiros sobre direitos privados suscita é, desde logo, a própria definição de "acto público": *vg* refere-se o art. 978.º do CPC a uma decisão de um tribunal estrangeiro ou a qualquer decisão de outra autoridade pública ou mesmo a um qualquer acordo privado em que tenha havido intervenção de uma autoridade pública (oficial de registo, notário) ou com funções de fé pública (notário privado, advogado)? E no âmbito dos regulamentos europeus, o sistema de reconhecimento automático, nos termos expostos, inclui qualquer acto autêntico, mas não decisório ou mesmo acordo privado?

A crescente "desjudicialização"[32] em matéria familiar e sucessória, em particular no âmbito do divórcio, falando-se mesmo de uma

OPI que implicará necessariamente uma avaliação de mérito quanto ao resultado da decisão no ordenamento jurídico português, mas nos limites e condições da invocação da OPI, a qual, nos termos do art. 984.º, será de verificação oficiosa. Sobre a invocação desta figura na jurisprudência recente, cfr. Helena Mota, "Desenvolvimentos recentes sobre a aplicação em Portugal da reserva de ordem pública internacional em matéria de relações familiares e sucessórias" in *RFDUP,* Ano XVII-XVIII, 2020-2021, (2022), Gestlegal, pp. 449-476.

31 O n. .º 2 do art. 983.º do CPC determina que o pedido de revisão e confirmação de sentença só pode ser impugnado (para além da falta dos seus próprios requisitos referidos no art. 980.º ou pela verificação dos casos de revisão das alíneas a), c) e g) do art. 696.º) se a sentença tiver sido proferida contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa e o seu resultado fosse mais favorável por aplicação da lei portuguesa, desde que esta fosse aplicável nos termos da norma de conflitos portuguesa. Será neste estreito limite que o reconhecimento em Portugal de uma decisão estrangeira ficará dependente de uma análise simultaneamente conflitual e de mérito: i.e o tribunal comparará, mediante impugnação do pedido de revisão e confirmação, o resultado e efeito da sentença proferida e aquele a que se chegaria através da solução conflitual portuguesa e da aplicação da lei portuguesa que daquela resultasse.

32 Em Portugal, esta desjudicialização fez-se sentir, *inter alia,* pelo DL n.º 272/2001, de 13 de Outubro, com a transferência das competências decisórias, em matérias familiares, para as conservatórias de registo civil, como a atribuição de alimentos a filhos maiores, a conversão da separação em divórcio, a reconciliação de cônjuges separados de pessoas e bens, entre outros, e a atribuição a estas entidades de competência exclusiva em matéria de divórcio por mútuo consentimento, mesmo com filhos menores. É no entanto de sublinhar que no caso de divórcio por mútuo consentimento, para além da necessidade de os cônjuges apresentarem os documentos referidos no n.º1 do art. 1775.º do CC — os quais reflectem a existência de acordo entre ambos sobre matérias como a prestação de alimentos, o destino da casa de morada de família e animais de companhia, para além da necessidade de submissão do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais não previamente regulado ao Ministério Público nos termos do art. 1776.º-A —,o conservador não só aprecia livremente o teor dos acordos, determinando a prática de atos e produção de prova suplementar, como pode convidar os cônjuges a alterá-los se entender que os mesmos não acautelam os interesses dos próprios e dos filhos (art. 1776.º, n.º1); e, muito em especial, o conservador pode, nos termos do art. 1778.º, não homologar

"contratualização"[33], dá nova centralidade a esta delimitação, em especial no que tange às situações plurilocalizadas.

Nas páginas que se seguem falaremos de algumas dessas situações.

3.1. O reconhecimento em Portugal da "união estável" brasileira

No caso das escrituras públicas celebradas no Brasil e declaratórias da união estável (ou união de facto, segundo a terminologia da Lei n.º 7/2001, de 11.05) à luz da lei brasileira, o problema tem sido suscitado a propósito dos pedidos em Portugal de confirmação e revisão de sentença estrangeira nos termos dos arts. 978.º e ss do CPC.

A necessidade jus-prática deste meio processual advém, desde logo, do disposto no art. 3.º, n.º 3, da Lei da Nacionalidade portuguesa: *"O estrangeiro que, à data da declaração, viva em união de facto há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa, após ação de reconhecimento dessa situação a interpor no tribunal cível".* Ou seja, a aquisição da nacionalidade portuguesa por brasileiro/a que viva em união estável com cidadão/ã portuguesa depende do reconhecimento dessa condição *por decisão judicial* não sendo suficiente a legalização do documento.

Ora, mesmo ultrapassada a visão mais restritiva segundo a qual o processo de revisão e confirmação nos termos do CPC português se dirige tão somente a sentenças em sentido estrito (i.e decisões de tribunais), mas antes se refere a qualquer decisão de autoridade pública sobre direitos privados, com efeito de caso julgado, competente no ordenamento jurídico *ad quo* (actos *funcionalmente* judiciais, como uma decisão por autoridade administrativa com competência para determinados actos, i.e com carácter de autoridade e que *definem* uma relação jurídica com força de caso julgado), ainda assim a questão é (e foi) amplamente discutida porquanto, neste caso concreto, não estarmos perante

o divórcio e remeter o processo para o tribunal, seguindo-se a via judicial, se e quando os acordos "não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges", isto, para além da hipótese prevista no n.º 4 do art. 1776.º-A (não acatamento pelos cônjuges das alterações propostas pelo MP relativamente ao acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais). Do exposto resulta que, em Portugal, a intervenção homologatória da entidade administrativa no processo de divórcio por mútuo consentimento é não só "decisória" e equivalente, quanto aos efeitos produzidos, a uma sentença judicial (como é expressamente estatuído no n.º 3 do art. 1776.º) como é auto-limitada enquanto intervenção desjudicializada, uma vez que ao conservador cabe um juízo de mérito quanto aos seus pressupostos e âmbito de intervenção, o qual, no limite, justifica a "não homologação" suscitando obrigatoriamente a intervenção judicial.

33 Sobre a passagem da "desjudicialização à "contratualização" em processos de divórcio no direito substantivo de alguns EM e nos evidentes reflexos desta tendência no DIP europeu, cfr. Pilar Jiménez Blanco, "La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos", *CDT,* octubre 2022, Vol. 14, n.º 2, pp. 555-579 (pp. 556-561).

uma decisão, mas apenas um documento autêntico, com o valor probatório correspondente (cfr. art. 365.º do CC)[34] e, neste caso, das próprias declarações dos envolvidos —sendo sempre possível de contrariar a veracidade/validade da situação a que se reporta, pois a união de facto é uma situação objectiva, até temporalmente densificada— e que se limita a atestar a veracidade das declarações das partes, mas sem efeitos constitutivo-decisórios.

Dito melhor nas palavras de Rui Moura Ramos[35]: "não existe qualquer acto de hetero-determinação, uma vez que, no acto que pratica, a entidade que lavrou a escritura pública se limita a recolher as declarações dos companheiros, dando-lhes fé pública e não emitindo, por sua parte, qualquer declaração ou determinação. Além disso, o documento atesta, dá fé pública a esta declaração (das partes), certificando a sua emissão pelos interessados, mas não a correspondência dessa declaração com a realidade. Trata-se, em suma, não de uma decisão, mas de um acto autêntico com efeito probatório que pode ser sempre avaliado e valorizado distintamente pelo órgão de aplicação do direito em acção de reconhecimento judicial (...) E, quanto às declarações destes, elas visam, por uma parte, atestar a existência da união estável (quando as partes referem que «mantêm, sob o mesmo tecto, convivência pública, contínua e duradoura com o objectivo de constituição de família, desde o mês de Julho do ano de dois mil e treze»), enquanto por outra contribuem, dentro do permitido pela lei, para a fixação do seu regime (ao especificarem que «optam para essa união pelo regime de separação de bens, de acordo com o art.º 1687.º do Código Civil Brasileiro», e que «é intenção de ambos que cada um goze de todos os benefícios previdenciários». A escritura pública visa assim objectivos a um tempo probatórios e de regulação, mas não envolve qualquer elemento de hetero-determinação" (...) Simplesmente, o acto público em questão (uma escritura pública) não homologa a declaração dos cidadãos privados (...) limita-se, ao invés, a dar fé pública a esta declaração, certificando a sua emissão pelos interessados, mas não já a correspondência dessa declaração com a realidade".

Este foi (também) o sentido do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência (AUJ) n.º 10/2022[36]: "A escritura pública declaratória de união estável cele-

---

34 Se se tratasse de um documento autêntico ou um acordo privado com intervenção de uma autoridade pública de um EM haveria, mais do que efeitos probatórios, força executiva e reconhecimento. A questão passará, por isso, no caso das escrituras de divórcio, por saber se qualquer divórcio privado está ou não no âmbito material do Regulamento Bruxelas II*ter* e qual o valor, em termos de reconhecimento desse tipo de divórcio, como analisaremos *infra* no p. 3.2.

35 *Cfr.* Rui Moura Ramos, "Reconhecimento em Portugal de acto (escritura pública) declaratória de união estável de direito brasileiro", *Lex Familiae*, ano 18, n.º 35, 2021, pp. 105-125

36 *Cfr.* Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2022, publicado no Diário da República, Série I, n.º 227/2022, de 14.11.2022, pág. 42-59.
https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/663734ea38a7e909802588ee0056447f?OpenDocument

brada no Brasil não constitui uma decisão revestida de força de caso julgado que recaia sobre direitos privados; daí que não seja susceptível de revisão e confirmação pelos tribunais portugueses, nos termos dos arts. 978.º e ss. do Código de Processo Civil".

Este entendimento parece ser o correcto: não há decisão, parece claro, para efeitos de confirmação e revisão deste acto nos termos do processo civil português. E seria necessário, mesmo que abstraíssemos da natureza da união de facto à luz da lei portuguesa que assenta numa base objectiva, carecida de prova. É que mesmo com base na natureza da união estável "declaratória", seria necessária uma declaração constitutiva do notário. Tal como no casamento, a autoridade pública não se limita a dar fé pública e confirmar as declarações das partes, mas integra, com um acto constitutivo, o casamento.

Significa isto que não é possível obter a nacionalidade portuguesa com base nestas escrituras públicas? Ou que as mesmas não surtem quaisquer efeitos em Portugal e aos companheiros não são reconhecidos os direitos inerentes ao regime jurídico da união estável no Brasil?

A resposta é negativa. As mencionadas escrituras são meio de prova admissível[37] quer numa acção judicial de reconhecimento da união de facto à luz da lei portuguesa (Lei n.º 7/2001), não sendo menos do que uma declaração da junta de freguesia, quer por aplicação da lei brasileira por via das regras de conflitos, até porque a resposta internacionalprivatística aqui remete, nos termos do art. 25.º e 31.º, n.º 1 (e analogicamente os arts. 52.º a 54.º do CC ou mesmo, se registada, nos termos do regulamento 2016/1104) para a lei nacional/lei do lugar do registo da parceria registada (e sendo de nacionalidades diferentes, para a lei da residência habitual comum, no Brasil, ao tempo da constituição da relação) o que também sucede por força do art. 31.º, n.º2, do CC.

Por outro lado, se é certo que os nossos tribunais superiores têm sido concordantes na possibilidade de revisão e confirmação de sentenças brasileiras constitutivas de união estável, não existindo, à partida, obstáculo a essa revisão e confirmação em Portugal decorrente da violação da ordem pública internacional[38], de todo o modo, e *para efeitos de aquisição da nacionalidade portuguesa*, a (eventual) existência de uma sentença judicial estrangeira de constituição de união de facto não seria meio idóneo suficiente, como afirmou o Ac. STJ de 15.12.2022, sendo necessária a interposição, em Portugal, de uma acção de reconhecimento judicial de união de facto. Como foi referido nesta decisão do STJ: "(...) porém, que esta confirmação não confere à sentença quaisquer efeitos adicionais, mantendo ela, estritamente, o valor e o alcance que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro. Note-

37 Veja-se que mesmo as sentenças, quando invocadas somente como meio de prova em processos pendentes perante tribunais portugueses, não carecem de revisão e confirmação, tal como estatui o n.º2 do art. 978.º do CPC.

38 *Cfr.* Acs.STJ de 14.03.2023, de 15.09.2022 e de 25.05.2023 in https://www.dgsi.pt.

-se, além do mais, que ela é uma sentença meramente *homologatória*...a presente confirmação não converte a sentença em elemento suficiente para a aquisição da nacionalidade portuguesa por parte dos requerentes, com base numa pretensa equivalência ou equiparação entre a "união estável" do Direito brasileiro e a "união de facto" do Direito português. Com efeito, o conceito de "união estável" nos termos do Direito brasileiro não é rigorosamente equivalente ao conceito de "união de facto" nos termos do Direito português, que é relevante, nomeadamente, para o efeito da aplicação do artigo 3.º, n.º 3, da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3.10)[39].

3.2. O reconhecimento em Portugal de divórcios não judiciais decididos em Estados Membros

Como já referimos, o fenómeno da "desjudicialização" dos processos de divórcio tornou-se comum no espaço europeu, com a progressiva atribuição de competência a autoridades não judiciais para uma decisão de divórcio consensual[40].

O grau mais intenso desta tendência constata-se na mera intervenção de uma autoridade pública administrativa ou mesmo de um profissional de direito no acordo de divórcio, sem carácter constitutivo, em que estas entidades se limitam a atestar a veracidade e legalidade (?) dos acordos das partes[41].

---

39 Ac. STJ de 15.12.2022 (Proc. 276/21.0YRPRT.51) in https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/518141b93f49e3498025891a003486ee?OpenDocument

40 No direito português, cfr. *supra* nota 32.

41 No direito francês, o "divórcio sem juiz" foi introduzido pelo art. 50.º da *Loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016* que alterou o art. 229.º do código civil francês e introduziu os n.º s 1, 2 3 e 4 do art. 229.º, estabelecendo, ao lado do divórcio judicial por mútuo consentimento previsto no art. 230.º do Código Civil francês — o qual é pronunciado pelo tribunal após verificação da existência de uma vontade real, livre e esclarecida dos cônjuges e homologação do acordo apresentado pelos cônjuges sobre as consequências do divórcio que pode ser recusada por o tribunal considerar que o mesmo não acautela suficientemente os interesses dos cônjuges e/ou dos filhos — o divórcio por mútuo acordo através de um documento particular, assinado pelos advogados respectivos e registado notarialmente, limitando-se o notário a verificar os requisitos formais previstos no n.º 3 do art. 229.º do código civil francês e o decurso do período de reflexão, dando, pelo depósito e registo do documento, eficácia ao acto e força executória; esta modalidade só está vedada aos cônjuges se o menor requerer a sua audição pelo tribunal. O grau de intensidade do controlo legal feito pelo notário desta modalidade de divórcio é discutível, atendendo aos requisitos formais impostos, os quais, no limite, determinarão a nulidade da escritura pública de divórcio. Mas parece claro que a dissolução do casamento por divórcio, nesta modalidade, e os seus efeitos mesmo existindo filhos menores, é obtida pela vontade dos cônjuges sem decisão de qualquer autoridade pública; o facto de os efeitos do divórcio de acordo com o previsto na lei, nomeadamente a fixação de uma prestação compensatória, terem de constar do documento não confere necessariamente ao notário qualquer poder interventivo

No âmbito das situações plurilocalizadas, as repercussões desta evolução fizeram-se sentir no Regulamento Bruxelas II*ter*[42] [43].

De facto, já o anterior Regulamento Bruxelas II*bis* continha uma noção ampla de órgão jurisdicional, equiparando-se a "juiz" ou a "tribunal" todas as entidades que em cada EM exercessem, com competência atribuída pelos próprios, funções jurisdicionais: em suma, roubando a expressão a Pilar Jiménez Blanco, já então não se questionava *quem* intervém, mas *como* o faz[44].

A jurisprudência europeia tinha abordado a questão em sede de lei aplicável ao divórcio no caso *Sahyouni*[45]. Neste caso, o TJUE declarou-se, num primeiro momento, incompetente, uma vez que a questão era suscitada a propósito do reconhecimento na Alemanha de uma decisão oriunda de um Estado 3.º (um repúdio, mediante declaração unilateral do cônjuge marido, proferido perante uma autoridade religiosa síria que o havia declarado, mas sem efeitos constitutivos) e, por conseguinte, fora do âmbito de competência do Regulamento Bruxelas II*bis* (art. 2.º, n.º s 1, 3 e 4); mas, e uma vez que o tribunal de recurso havia considerado que, atendendo à natureza do processo e tratando-se de um divórcio privado, a questão do reconhecimento assumia, nos termos da lei alemã, natureza de conflito de leis e passava necessariamente pela aplicação das regras de conflitos, *in casu,* do Regulamento Roma III, o TJUE acabou por conhecer a questão no segundo processo. E uma vez que o Regulamento Roma III, na redação quer dos n.º s 1 e 2 do art. 1.º, quer nas "definições" do art. 3.º, em nada esclarecem sobre o *tipo* de divórcio ao qual se aplicam as suas normas, o TJUE considerou que, ainda que os divórcios privados não estejam expressamente excluídos do seu âmbito de aplicação material, da leitura con-

ou restritivo da vontade dos cônjuges: de facto, e a exemplo, a falta de intervenção do juiz exclui o controlo que seria alcançado pela recusa de homologação do acordo sobre a prestação compensatória prevista no 2.º § do art. 278.º do código civil francês. *Cfr.* sobre as vantagens e desvantagens desta modalidade de divórcio privada e, em particular sobre os (in)existentes poderes do notário para controlar o conteúdo e a legalidade das soluções vertidas no acordo ou a sua conveniência e equidade, aplicando-se agora os mecanismos contratuais comuns para verificação de eventuais vícios ou faltas do consentimento ou violação da ordem pública, Philippe Malaurie e Laurent Aynès, *Droit de la famille,* Paris, LGDJ, 8.ª ed., 2022, pp. 309-323 e AA aí citados.

42 Regulamento (UE) n.º 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019 (relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças) que substituiu o Regulamento Bruxelas II*bis* (Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003. O Regulamento Bruxelas II*ter* é aplicável a partir de 1 de Agosto de 2022, e no caso de reconhecimento, a decisões proferidas após esta data.

43 Ou, nas palavras de Pilar Jiménez Blanco, "La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos..., *cit*., p. 556: (...) *El impacto de este fenómeno se ha dejado sentir de "abajo hacia arriba", es decir, desde los Derechos nacionales a los Reglamentos europeos"*(...).

44 Pilar Jiménez Blanco, *ibidem.*

45 Acórdão do TJUE, *Soha Sahyouni vs Raja Mamisch*, C-372/16, EU:C:2017:988

jugada dos arts. 1.º, n.º 2, do artigo 5.º, n.º s 2 e 3, dos artigos 8.º e 13.º e do artigo 18.º, n.º 2, resulta que o Regulamento abrange somente os divórcios proferidos por tribunais estatais ou autoridades públicas (ou sob o seu controlo), determinado assim a não aplicação do Regulamento ao caso em apreço.

Mais tarde, no caso *Senatsverwaltung*[46] discutiu-se o reconhecimento na Alemanha de um divórcio em Itália mediante um acordo extrajudicial perante um funcionário do registo civil que emite a competente certidão[47]. Em síntese, o tribunal considerou que se tratava de uma "decisão" no âmbito do Regulamento Bruxelas II*bis*[48] ainda que o acto do funcionário não fosse constitutivo, mas de mero controlo da legalidade do acto[49/50].

---

46 Acórdão do TJUE, *Senatsverwaltung,* C-646/20, EU:C:2022:879

47 O enunciado da questão formulada ao TJUE é densificado no §32 do referido acórdão: "O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se, tendo em conta o conceito de «decisão» previsto no artigo 21.º do Regulamento Bruxelas II-A (*ou Bruxelas IIbis*), lido em conjugação com o artigo 2.º, n.º 4, deste regulamento, as regras previstas pelo referido regulamento em matéria de reconhecimento das decisões de divórcio são aplicáveis no caso de um divórcio resultante de um acordo celebrado pelos cônjuges e pronunciado por um funcionário do registo civil de um Estado-Membro em conformidade com a legislação deste último. Em caso de resposta afirmativa, e tendo em conta o facto de essas regras não serem afetadas, por força do § 97, n.º 1, segundo período, da *FamFG,* pelas disposições da legislação alemã, não é necessário nenhum processo de reconhecimento na Alemanha. Por conseguinte, há que determinar se o conceito de «decisão», na aceção destas disposições do Regulamento Bruxelas II-A, deve ser interpretado no sentido de que visa apenas os atos que emanam de um órgão jurisdicional ou de uma autoridade que exerce prerrogativas de poder público e que têm um efeito constitutivo de direitos ou se abrange igualmente os atos jurídicos privados abrangidos pela vontade autónoma das partes, adotados sem essa participação com efeito constitutivo de uma autoridade estatal, como sucederia com o procedimento previsto em Itália no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 132/2014".

48 É afirmado no § 48, *ibidem*: "este regulamento é suscetível de abranger as decisões de divórcio tomadas no termo de um processo judicial ou *extrajudicial*, desde que o direito dos Estados-Membros confira igualmente às autoridades extrajudiciais competências em matéria de divórcio.

49 Condição que o TJUE considerou decisiva, como se lê no § 54: "Pode deduzir-se desta jurisprudência que qualquer autoridade publica chamada a tomar uma "decisão", na aceção do artigo 2.º, n.º 4, do Regulamento Bruxelas II-A, deve manter o controlo da pronúncia do divorcio, o que implica, no âmbito dos divórcios por mútuo consentimento, que proceda a um exame das condições do divórcio a luz do direito nacional, bem como da realidade e da validade do consentimento dos cônjuges no divorcio". E, mais à frente, no §59 enfatiza este controlo como sendo de mérito, capaz de distingui uma "decisão" de um acto autêntico ou de um simples acordo: "...é precisamente esta análise do *mérito* que distingue essas decisões dos atos autênticos e dos acordos, na aceção destes regulamentos".

50 O TJUE analisa os termos em que o divórcio foi proferido pelo funcionário de registo italiano, a fim de se assegurar da existência deste controlo de mérito. E afirma no §66: "Resulta igualmente do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 132/2014 que o funcionário do registo civil não esta habilitado a pronunciar o divorcio se uma ou varias das condições previstas nesta disposição não estiverem preenchidas, nomeadamente se esse funcionário tiver dúvidas sobre o caráter livre e elucidado do consentimento de um dos cônjuges para o divorcio, se o acordo disser respeito a transmissão de património ou ainda se os cônjuges

Restava a dúvida sobre se nos divórcios privados em que intervém, por hipótese, somente um notário cuja atuação é qualificada como meramente formal, atestando a vontade das partes, sem controlo de mérito ou de legalidade e não podendo constituir uma decisão, estariam abrangidos pelo sistema de reconhecimento do Regulamento Bruxelas II*bis,* nomeadamente pela aplicação do art. 46.º daquele diploma[51]. É que no caso *Senatsverwaltung* o TJUE não chega a responder à segunda questão sobre saber se, não sendo uma decisão, o divórcio proferido *in casu* poderia ser reconhecido como um acordo ou um acto autêntico nos termos do art. 46.º do Regulamento Bruxelas II*bis.* E neste caso, a doutrina dividia-se, defendendo alguns AA. que não constituindo um acto autêntico, também não poderia ser qualificado como acordo "executório", figura que só no âmbito das responsabilidades parentais teria cabimento[52/53].

Com a entrada em vigor do Regulamento Bruxelas II*ter*, o problema parece ter sido esclarecido com a redação do n.º 1 do art. 65.º, em especial na sua parte final: "Os atos autênticos e os *acordos* em matéria de separação e divórcio que tenham efeito jurídico vinculativo no Estado-Membro de origem são reconhecidos noutros Estados-Membros sem necessidade de qualquer formalidade específica. A secção 1 do presente capítulo é aplicável em conformidade, salvo disposição em contrário da presente secção". Ora a secção 1 do presente capítulo é aquela que refere o reconhecimento de decisões e na redacção do n.º 1 do art. 65.º desaparece a menção a "acordos *executórios*"; acresce o Considerando 14 que "de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o termo «tribunal» deverá ser interpretado em sentido lato, de modo que abranja também as autoridades administrativas ou outras autoridades como os notários que, em certas questões matrimoniais ou questões de responsabilidade parental, exercem a sua competência. Qualquer acordo aprovado pelo tribunal na sequência da análise do mérito em conformidade

tiverem filhos que não sejam filhos maiores economicamente independentes". .

51 Assim, Petra Hammje, "Article 3. Definitions", in Sabine Corneloup (ed.), *The Rome III Regulation.A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation,* Elgar Commentaries in Private International Law, 2020, pp. 42-59 (pp. 48 e ss).

52 Como é referido no §36 do Acórdão C-646/20, *cit.*: "No caso de o Tribunal de Justiça considerar que não há uma "decisão", na aceção do artigo 21.º do Regulamento Bruxelas II-A, lido em conjugação com o artigo 2.º, n.º 4, deste regulamento, no caso de divórcios como o previsto pela regulamentação italiana em causa no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o reconhecimento desse divorcio e, no entanto, possível com base no artigo 46.º do referido regulamento. O órgão jurisdicional de reenvio tem tendência a excluir essa possibilidade pelo facto de esta disposição, ao contrário da disposição correspondente prevista no Regulamento Bruxelas II-B, mencionar unicamente os atos autênticos e os acordos entre partes "executórias", o que não diz respeito a matéria do divorcio, mas unicamente a da responsabilidade parental".

53 Em sentido contrário, defendendo a aplicação do art. 46.º do Regulamento Bruxelas II*bis no* caso de um divórcio proferido em termos idênticos ao direito italiano, cfr. Malte Kramme, "Private divorce in light of the recast of the Brussels IIbis Regulation", *GPR,* 3-2021, Frankfurt, M., Verl.Recht u.Wirtschaft, ISSN/ISBN 2193-9519, 2021pp. 101-106 (p. 104).

com o direito e os procedimentos nacionais deverá ser reconhecido ou aplicado como uma «decisão». *Outros acordos* que adquiram um efeito jurídico vinculativo no Estado-Membro de origem na sequência da intervenção formal de uma autoridade pública ou de outra autoridade tal como comunicado por um Estado-Membro à Comissão para esse efeito, deverão produzir efeitos noutros Estados-Membros de acordo com as disposições específicas do presente regulamento sobre atos autênticos e acordos. O presente regulamento não deverá permitir a livre circulação de simples acordos privados. *No entanto*, os acordos que não sejam nem uma decisão nem um ato autêntico, mas que tenham sido registados por uma autoridade pública competente para o fazer deverão circular. Essas autoridades públicas podem incluir os notários que efetuam o registo dos acordos, mesmo quando estes exercem uma profissão liberal".

Não obstante as dúvidas (e os receios)[54] sobre a subsunção de algumas modalidades de divórcio privado vigentes nos direitos nacionais dos EM, com um grau de "privatização" mais acentuado, parece hoje mais claro que apenas os divórcios sem qualquer tipo de intervenção pública e sem efeitos civis (como os religiosos sem efeitos civis) ficarão à margem do sistema de reconhecimento mútuo vigente no espaço europeu[55].

3.3. O reconhecimento em Portugal de divórcios não judicias decididos em Estados terceiros. O caso brasileiro

No que diz respeito às escrituras públicas de divórcio consensual ou por mútuo consentimento proferidas em Estados terceiros, nomeadamente no Brasil, parece (e como tem afirmado a jurisprudência portuguesa há já

54 *Cfr.* algumas dificuldades assinaladas por Pilar Jiménez Blanco, "La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos..., *cit*., p. 579.

55 Em sentido concordante, cfr. Pablo Quinzá Redondo "De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en Senatsverwaltung (C-646/20): El largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea", Bitácora Millennium DIPr, n.º17, 2023, p. 25: "*De manera muy sucinta, puede concluirse que cuando la intervención del órgano jurisdiccional - lo que incluye igualmente a las autoridades administrativas con competencia respecto de tal cuestión, como los notários - se haya llevado a cabo con un control de fondo, se estará ante una resolución; cuando tenga lugar una intervención formal de la autoridad pública o de otra autoridad respecto de un documento formalizado o registrado oficialmente, se tratará de un documento público; y, finalmente, definidos por exclusión (o en sentido negativo), los acuerdos serán documentos firmados por las partes que no sean ni resoluciones ni documentos públicos pero que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo. Es más que probable que el legislador de la Unión Europea haya tenido en mente al divorcio por mutuo consentimiento francés al definir este último concepto*".

alguns anos)[56] que a situação é diversa daquela que vimos para as escrituras de união de facto, existindo agora uma verdadeira decisão — ou, numa outra perpectiva, um acto constitutivo idêntico ao que é alcançado pela via judicial quando este se resume, tratando-se de um processo de jurisdição voluntária, a uma substituição das partes quanto aos aspectos em que não estão de acordo, e, como tal, em nada difere da sentença que decida a dissolução do casamento por mútuo consentimento — e não apenas a "homologação" da declaração das partes, donde ser possível a equiparação para efeitos do art. 978.º do CPC e permitir a revisão e confirmação de sentença estrangeira. É a autoridade competente quem declara a dissolução do casamento e não as partes. Do ponto de vista processual é possível a equiparação a uma decisão.

Nestes termos, não se vê a impossibilidade jurídica de aplicar o art. 7.º, n.º 2. do CRC e registar o divórcio obtido por escritura pública perante notário (tabelião) brasileiro *desde que devidamente revisto e confirmado nos termos dos art. 978.º e ss do CPC*.

O Instituto dos Registos e do Notariado, através do seu Conselho Consultivo, no Parecer n.º 14/CC/2022 referente ao processo 119/2013 STJ – CC, aderiu à jurisprudência firmada no Ac.STJ de 22.05.2013, confirmando o carácter de decisão deste tipo de escrituras para efeitos de confirmação e revisão de sentença nos termos do art. 978.º do CPC. Pode ler-se nas conclusões do parecer que: "I. As escrituras públicas de divórcio ou de separação consensuais ou de conversão de separação em divórcio consensual celebradas ao abrigo do disposto no artigo 733.º do Código de Processo Civil Brasileiro (aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) cabem no âmbito do objeto legal do processo especial de revisão de sentenças estrangeiras previsto no artigo 978.º/1 do Código de Processo Civil Português, pois que a intervenção do notário/tabelião tem o caráter de uma decisão sobre direitos privados. II. Não obstam àquela subsunção na previsão do dito art. 978.º/1, nem a falta de natureza judicial da referida entidade brasileira, nem a inexistência de declaração expressa dessa entidade, homologatória do consenso dos outorgantes, manifestado nas declarações constantes da escritura", isto porque "o facto de não existir uma declaração formal expressa de homologação do consenso dos cônjuges, por parte do tabelião, não retira à sua intervenção um caráter decisório, que impede que se considere que os efeitos se produzem *por* mera *vontade potestativa das partes*; dessa intervenção (decisão) do tabelião resulta a produção dos mesmos efeitos que resultariam da decisão judicial de homologação de divórcio ou separação consensuais".

56 *Cfr.* Ac. STJ de 22.05.2013 e, mais recentemente, os Acs. STJ de 20.09.2023 e 12.10.2023 (www.dgsi.pt); neste último é afirmado: "Não oferece, pois, dúvidas que o ato em causa comporta a intervenção de oficial provido de poder público, cuja atuação produz efeitos jurídicos duradouros na esfera jurídica privada dos outorgantes, isto é, a dissolução do respetivo vínculo matrimonial, pelo que constitui uma decisão, para os efeitos da ação especial regulada pelos artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil".

Ainda em 2024, o mesmo Conselho Consultivo, no Parecer n.º 1/CC/24[57], reafirmou este entendimento, esclarecendo que a possibilidade de se recorrer ao processo de revisão e confirmação de sentença relativamente a escrituras públicas de divórcio em nada belisca a jurisprudência contrária e uniformizada pelo Acórdão Uniformizador de Jurisprudência (AUJ) n.º 10/2022 relativa às escrituras públicas de união estável brasileira, tratando-se de situações distintas e com enquadramento diverso, como vimos.

57 in https://irn.justica.gov.pt/Sobre-o-IRN/Doutrina-registal/Pareceres-do-Conselho-Consultivo#RegistoCivil

3

LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO COMO MEDIDA ECONÓMICA Y SU INTERRELACIÓN CON OTRAS DE SIMILAR NATURALEZA

Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Profesora Contratada Doctora (acreditada a profesor Titular) de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

Sumario: I. Consideraciones previas II. Pensión compensatoria. 2.1. Concepto y fundamento. 2.2. Presupuestos. 2.3. Modalidades. 2.4. Criterios para su concesión y cuantía. III. La compensación económica por el trabajo doméstico.

Resumen: El presente estudio se va a centrar en el análisis de las diferentes medidas jurídico-económicas que se han de fijar en los procesos de separación, nulidad y divorcio y su compatibilidad versus interrelación entre ellas. A tal fin, haremos especial referencia a la compensación por desequilibrio o pensión compensatoria haciendo especial referencia a los requisitos para su determinación, a la indemnización por el trabajo doméstico y su alcance.

I. Consideraciones previas

En los procesos de nulidad, separación o divorcio son varias las medidas jurídico-económicas que se pueden adoptar y que se pueden complementar en interrelacionar entre sí.

De ahí que, junto a pensión por desequilibrio resulten operativas en un mismo nivel la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda. Y, asimismo, comparta una exigencia de alcance similar con la compensación por el trabajo doméstico.

Ciertamente, con la Ley 15/2005, de 8 de julio se introduce una importante modificación en el alcance, modalidad, y naturaleza de la pensión compen-

satoria, con respecto al esquema trazado por el legislador estatal con la primera Ley de divorcio —Ley 30/1981, de 7 de julio—. Así se sustituye el derecho a la pensión por el «derecho a una compensación», pues, se pretende corregir el empeoramiento económico que puede sufrir uno de los cónyuges en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, se abandona con ello la finalidad asistencial de la misma y su configuración con el carácter indefinido, se acentúa la incidencia de los acuerdos de los esposos, recalcándose así el carácter dispositivo de la compensación; se reconocen las pensiones temporales y la compensación mediante prestación única. La aceptación de la posible temporalidad de la pensión responde a una línea jurisprudencial insistente en las Audiencia Provinciales, y asumida también a partir de la década de los 90 —unas veces, en circunstancias excepcionales y, otras con mayor flexibilidad, y sobre la base de la tesis subjetiva del desequilibrio— por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de la Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005[1]; y, de 28 de abril de 2005[2].

La nueva configuración de la «pensión compensatoria» descansa en el cambio producido en la propia estructura familiar y social, en la que se facilita la disolución del vínculo conyugal (divorcio *express* —en un plazo de tres meses (artículo 81 del Código Civil)—), el papel de los cónyuges se concibe en términos de igualdad y, se mejora la posición económica de la mujer con su inserción de la mujer en el mundo laboral —frente a la concepción tradicional de representar un sector social esencialmente dependiente y necesitado de especial protección al no estar preparado para hacer frente de modo autónomo a su supervivencia ante una situación de crisis matrimonial—. De ahí que, su fundamento se sustente sobre la base de un desequilibrio económico que, en relación con la posición del otro, pueda producir a un cónyuge la separación o el divorcio, implicando a su vez un empeoramiento en la situación anterior al matrimonio, y, no un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas, que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura.

El artículo 97 del Código Civil se aplica en caso de matrimonio, respecto a las parejas de hecho procede señalar que, la STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2018[3] insiste en la no aplicación analógica del artículo 97 a este supuesto. Se admite, no obstante, la posibilidad de pactos entre los convivientes y en defecto de pactos, cabe recurrir al principio de enriquecimiento injusto. Al respecto establece que, El Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala que de que no cabe aplicar

1 RJ 2005,1133.

2 RJ 2005,4209.

3 Roj. STS 37/2018; ECLI:ES:TS:2018:37.

por *analogía legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto.

Con anterioridad, la STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 611/2005, de 12 de septiembre[4], asimismo, declaró que no cabe la aplicación analógica de las normas propias del matrimonio (SSTS, Sala de lo Civil, 927/2005, de 5 de diciembre[5]; 299/2008, de 8 de mayo[6]; 1040/2008, de 30 de octubre[7]; 1155/2008, de 11 de diciembre; 416/2011, de 16 de junio; 130/2014, de 6 de marzo[8]; y, 713/2015, de 16 de diciembre[9]). Asimismo, la Sala de lo Civil, se ha pronunciado relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial: bien para apreciar su existencia cuando concurren sus presupuestos (STS, Sala de lo Civil, 306/2011, de 6 mayo[10]), bien para negarla cuando existe una normativa específica que regula el supuesto concreto (STS, Sala de lo Civil, 927/2005, de 5 de diciembre)[11].

De este modo, la citada Sala de lo Civil, se optado en este supuesto por la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto para el reconocimiento de una pensión compensatoria. Así, se apreció que concurrían los presupuestos del enriquecimiento en las SSTS, Sala de lo Civil, 584/2003, de 17 de junio; y, 1016/2016, de 6 de octubre. Por el contrario, no se aprecia enriquecimiento injusto en los casos que dan lugar a las SSTS 611/2005, de 12 de septiembre[12]; 387/2008, de 8 de mayo; y, 1040/2008, de 30 de octubre[13].

Ahora bien, se utiliza la expresión «pensión compensatoria» siguiendo la terminología del artículo 97 del Código Civil hasta la reforma de 8 de julio de 2005 (que sustituyó en ese precepto el término pensión por el de compensación, si bien siguen hablando de pensión los artículos 99, 100 o 101 del citado cuerpo legal); no obstante, como ha quedado dicho, esta misma Sala, desde su STS Pleno de la Sala de lo Civil. 611/2005, de 12 de septiembre se ha descartado la aplicación analógica del régimen matrimonial al cese de la convivencia de una pareja no casada. La sentencia recurrida, además, vincula la pensión que reconoce a la aplicación del principio que prohíbe el enriqueci-

4 RJ 2005, 7148.

5 RJ 2005, 10185.

6 RJ 2008, 2833.

7 RJ 2009, 404.

8 RJ 2014, 1692.

9 RJ 2015, 5887.

10 RJ 2011, 3843.

11 RJ 2005, 10185.

12 RJ 2005, 7148,

13 RJ 2009, 404.

miento injusto. Pero la doctrina del enriquecimiento injusto requiere la concurrencia de un aumento del patrimonio del enriquecido, un correlativo empobrecimiento del actor, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio. En el caso, sin embargo, no puede compartirse la valoración de la sentencia recurrida, a la vista de los hechos probados. Durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada. La pensión que se concede en la instancia, por lo demás, no trata de ser respuesta a un enriquecimiento injusto, sino que atiende, aceptando el razonamiento de la demandante, al riesgo de que quedara sin empleo, lo que se consideraba posible por la situación financiera de la empresa en la que la actora estaba trabajando y la participación que en la misma tenían la propia actora y el demandado, lo que podría dar lugar al fin del empleo tras el cese de la convivencia»[14].

Aunque, son muchas las teorías que se han sustanciado en torno a su naturaleza; lo cierto es que tras la reforma del artículo 97 del Código Civil por Ley 15/2005, se califica a la pensión compensatoria de derecho a una compensación, y se consolida su naturaleza esencialmente reequilibradora de la situación de desequilibrio económico que sufren los cónyuges consecuencia de la ruptura o compensatoria del perjuicio que, un cónyuge sufre como consecuencia de la ruptura matrimonial[15]. En este sentido, señala la STS, Sala de lo Civil,

14 LA LEY 243,2018.

15 Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones,* 10.ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 125; García Cantero G., «Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T, II,* Edersa, Madrid 1982, p. 436. Igualmente, Martínez de Aguirre Aldaz, C., «Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio», en *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia,* 2.ª ed., Colex, Madrid, pp. 187-188, después de negar que la compensación tenga carácter alimentario, pues, no procede de una eventual subsistencia de la obligación de alimentos tras el divorcio, ni tampoco se identifica con la obligación de alimentos subsistente entre los cónyuges separados; ni tampoco es una indemnización basada en la eventual culpabilidad de uno de los cónyuges en relación con la separación o el divorcio, no se concede al cónyuge inocente a costa del culpable, entre otras razones por la irrelevancia de los criterios culpabilísticos en nuestro sistema de separación y divorcio, se inclina por su naturaleza compensatoria ligada al dato puramente objetivo de la existencia de un desequilibrio económico determinante del empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges; Sospedra Navas, FCO. J., «Los procesos matrimoniales y de menores», en VV. AA *Los procesos de familia, director Francisco José Sospedra Navas,* 1.ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 101; Roca Trías, E., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Código Civil comentado, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Val-*

de 17 de julio de 2009 en su *Fundamento de Derecho 2.º* que: «*El artículo 97 del Código Civil concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y sólo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura*»[16]. Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2011[17] precisa en su *Fundamento de Derecho 3.º* que: «*El artículo 97 del Código Civil que regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria, responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o logar equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre ellos. (...)*»[18].

Igualmente, la STS, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2012[19] con cita de la anterior de 19 de octubre de 2011 dispone que, el desequilibrio ha de entenderse como un empeoramiento en relación con la situación existente constante matrimonio que, debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. En esta línea, la STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2014[20] señala, al respecto que, si ambos esposos trabajan, lo que la norma impone es la disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante. La pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración

puesta Fernández, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2011, p. 529. Asimismo, señala Vega Sala, FCO., «La reforma de la separación y el divorcio», *Revista Jurídica de Cataluña, número 1, 2006,* p. 58 que con la reforma operada por Ley 15/2005, la pensión compensatoria ha recuperado la forma originaria del Código Civil francés, donde no era una pensión, sino una prestación compensatoria. *Vid.*, también, la STS, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008,5688).

16 LA LEY 125216,2009.

17 RJ 2011,5666.

18 LA LEY 159722,2011.

19 RJ 2012,3643.

20 RJ 2014,1385.

suficiente para restituir al cónyuge en la situación potencial de igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Aunque los ingresos del marido son el doble de lo que obtiene su mujer, esto no comporta automáticamente una absoluta disparidad desequilibrante. En todo caso, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues, a pesar de que cada cónyuge obtiene ingresos, puede existir desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares». Y, fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial[21].

En este contexto, tras la reforma operada por la Ley 15/2025, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria la separación o el divorcio puede ser judicial.

A su vez, la separación o el divorcio judicial puede ser: de mutuo acuerdo —en cuyo caso debe acompañarse la demanda de una propuesta de convenio regulador (principio de autonomía) que deberá ser aprobado por el Juez, salvo que sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (artículos 81.1, 86 y 90.2 del Código Civil)—; o ser contencioso que tendrá lugar cuando no haya acuerdo entre los cónyuges (artículo 90.3 del Código Civil) y el demandante presente una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o el divorcio (artículos 81.3.º II y 86 del Código Civil), de la cual se dará traslado a la parte demandada para que conteste a la demanda, decidiendo el juez lo que proceda[22].

21 *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2011 (RJ 2011,5666); y, de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014,1131).

22 Castillo Martínez, C. del C. (2024). «El convenio regulador»: De Verda y Beamonte J.R (dir.), en *GPS Familia*, director J.R. De Verda y Beamonte, 2.ª ed., tirant lo blanch, Valencia, p. 119 define el convenio regulador como «negocio jurídico de Derecho de Familia mediante el que los cónyuges regulan las consecuencias de la separación y divorcio y que preceptivamente debe acompañar a la demanda en los procesos consensuados, esto es, cuando la separación o divorcio sean solicitados por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro». Y añade por cuanto se refiere a su naturaleza jurídica que «es un negocio jurídico de Derecho de Familia, si bien como precisa la doctrina, hasta su homologación judicial técnicamente tan sólo cabe hablar de «propuesta» de convenio regulador que jurídicamente surgirá con la autorización del juez, pues, s el convenio regulador aprobado judicialmente el acuerdo que se integra en la resolución judicial desplegando toda su eficacia procesal. De esta manera, concluye la citada autora indicando que «la intervención judicial en la aprobación del convenio le otorga la doble naturaleza jurídica de negocio jurídico público o privado».

Ahora bien, la separación o divorcio extrajudiciales (artículo 82 del Código Civil) solo resultan posibles cuando no existen hijos menores de edad no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores; en cuyo caso, una vez trascurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, podrán manifestar su voluntad inequívoca de separarse o divorciarse, bien en la propuesta de convenio presentada ante el Letrado de la Administración de Justicia (Decreto), bien en escritura pública ante notario. En todo caso los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios o convivir en el domicilio familiar.

En este contexto, tanto si se tratan de medidas definitivas en sentencia fijadas como de convenio regulador se adoptarán las siguientes medidas: **personales**: guarda y custodia de los hijos y el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viven habitualmente con ellos (régimen de visitas); relaciones familiares de los nietos con sus abuelos, parientes o allegados; y, **patrimoniales**: la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar; pensión compensatoria[23], pensión de alimentos y la compensación para el trabajo de la casa; y, el destino de los animales de compañía —teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar

23 Las SSTS, Sala de lo Civil, de 10 de septiembre de 2012 (Roj. STS 7070/2012; ECLI:ES.TS:2012:7070); y, de 15 de noviembre de 2013 (Roj. STS 5579/2013; ECLUI:ES:TS:2013:5579) permiten que pueda decidirse en un procedimiento de separación o divorcio si existe o no derecho a la pensión compensatoria, aun cuando la parte demandada no haya formulado demanda reconvencional de forma expresa para solicitarla. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016 (Roj. STS 2574/2016; ECLI:ES:TS:2016:2574) señala que la pensión que solo es posible establecer pensión compensatoria, si se solicita en la demanda de separación o divorcio o mediante reconvención expresa, tal y como exige el artículo 770.2 de la LEC; y añade que, la pensión compensatoria no puede solicitarse en un procedimiento de modificación de medidas.
De nuevo, en la STS, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 2024 (Roj. STS 5604/2024; ECLI:ES:TS:2024:5604) se admite la pensión compensatoria, aunque no se formuló reconvención. Sin embargo, considera que «cuestión distinta es la relativa a la indemnización del artículo 1438 del Código Civil, dado que la demanda no contiene una concreta base fáctica respecto a su determinación, ni el demandante la aportó para cuestionar su procedencia, con razonamiento sobre sus presupuestos fácticos y jurídicos, de manera que pudiera entenderse razonablemente que introdujo su determinación como objeto del proceso, lo que, desde luego, no puede considerarse acreditado. (...) Su condición de pretensión dependiente de las facultades dispositivas de las partes es indiscutible. La demandada no formuló reconvención conforme a lo establecido en el artículo 770.2 d) de la LEC. Los elementos configuradores del nacimiento de dicha pretensión indemnizatoria y su cuantificación no fueron realmente sometidos a contradicción y cabe apreciar, en este caso, lesión del derecho de defensa del demandante». Por consiguiente, la Sala, entiende que «tal cuestión quedó al margen del proceso, y, en este sentido, la audiencia fue incongruente al pronunciarse sobre ella, lo que determina la estimación del recurso en este extremo».

animal— se procederá al reparto de los tiempos de convivencia y cuidado, si fuera necesario, así como las cargas asociados al cuidado del animal.

Ahora bien, la Ley Orgánica 1/2021, de 2 de enero de medidas en materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LOESP) que ha entrado en vigor el 3 de abril de 2025 entre otras modificaciones en los procesos de familia ha creado la Sección de Familia, Infancia y Capacidad (artículo 84.2 a) de la LOPJ) que, cuando se estime conveniente y en función de la carga de trabajo, se constituirán en el Tribunal de Instancia, extendiendo su jurisdicción a todo el partido judicial (artículo 86.1 de la LOPJ).

Asimismo, en esta LOESP se regula la necesidad de acudir a un Medio Adecuado de Soluciones de Controversias (MASC) como presupuesto previo a la admisión de la demanda. Estos MASC son la negociación *inter partes* o entre sus abogados, mediación, conciliación, oferta vinculante, opinión de un experto independiente o proceso de Derecho colaborativo.

En algunos supuestos, como los supuestos de separación, nulidad o divorcio, se pueden imponer como obligatorio; aunque no haya un criterio unánime en las Audiencia Provinciales y a la espera de fijación de criterios de unificación por el CGPJ.

Lo que sí es un hecho cierto, es que si no se acredita haber intentado un MASC (artículos 264.4 y 393.3 II de la LEC), conlleva la inadmisibilidad de la demanda (artículos 403.2 de la LEC).

Sobre tales bases, por razones de espacio, solo analizaremos la pensión compensatoria *versus* su operatividad y relación con otras medidas: atribución del uso de la vivienda (solo en dos casos, hijos menores de edad no emancipados y custodia compartida) y la compensación por el trabajo en casa. Comenzaremos por un análisis de la pensión compensatoria que, necesariamente su cuantía y alcance viene predeterminado por la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda, pues, no olvidemos que las tres tiene una componente base económico y, asimismo, la convivencia necesaria con la compensación por el trabajo doméstico en el ámbito del régimen de separación de bienes, al tener una base fáctica de «evitar situaciones de desequilibrio económico» o de posibilitar una compensación por los años dedicados a la familia en detrimento de un desarrollo profesional y personal que, posibilitaría una posible fuente de ingresos en situaciones de crisis matrimonial.

Vamos a centrar el presente estudio en la interrelación o en su caso la necesaria complementariedad de las medidas de la pensión compensatoria con otras como los alimentos pensión compensatoria, la indemnización por el trabajo doméstico y, en su caso, la atribución de la vivienda familiar, al ser en la actualidad un activo patrimonial escaso y necesario. De forma que, necesariamente condicionará en otros extremos la cuantía de las medidas en su conjunto. No obstante, por razones de espacio solo nos ocuparemos de la pensión compensatoria y de la indemnización por el trabajo doméstico, dejando para un estudio posterior la correspondiente interrelación con las otras medidas citadas.

II. Pensión compensatoria

2.1. Concepto y fundamento

Campuzano Tomé define la pensión compensatoria como «aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal»[24].

En tal definición se entremezclan los conceptos de «desequilibrio económico», la causa del mismo —la separación y el divorcio— y la doble exigencia necesaria para constatar y medir la situación de desequilibrio: la personal —entre los cónyuges—; y la temporal —relativa a la situación anterior al matrimonio—.

A tal situación de desequilibrio económico se refiere el artículo 97 del Código Civil, identificándolo con un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

Sobre tales bases, la doctrina fija como finalidad de la pensión, por una parte, la sustitución de los deberes de asistencia y de socorro mutuo, en una

---

24 Campuzano Tomé, H., *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.ª edición, Bosch, Barcelona 1994, pp. 25-26.
La STS, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009,1637) conceptúa la pensión compensatoria como «una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges, o ex cónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio». Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2013 (RJ 2013,4366) señala que la pensión compensatoria es «una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer casusa de la misma— y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio».
Aparicio Auñón, E. «La pensión compensatoria», *op. cit.*, pp. 41-42 «es una obligación impuesta directamente por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida de forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria o incidentalmente».

suerte de solidaridad *post* conyugal[25]; o, se parte de una finalidad asistencial o alimentaria[26] o de elementales principios de justicia que impiden desconocer la realidad de una anterior situación matrimonial[27]; y, por otra, en una finalidad compensatoria que trata de corregir el desequilibrio económico, que el divorcio puede crear entre los cónyuges, derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculantes al matrimonio, que es a lo que responde la actual regulación de la pensión compensatoria; lo que posibilita el mantenimiento por el beneficiario de la pensión, del nivel o tenor de vida que tenía antes de la ruptura[28]. En este sentido, Haza Díaz señala que «de acuerdo con las circunstancias en que ha de ser aplicada, su finalidad es evitar que el acreedor de la misma sufra un descenso brusco en su forma de vida por razón de la ruptura matrimonial y prevenir que, al menos en el aspecto económico y dentro de las posibilidades del deudor, el esposo en situación más débil, se vea repentinamente empobrecido al dejar de recibir toda ayuda de otro». Sin embargo, añade «es la función que tiene asignada la pensión en el momento en que se establece, que es precisamente cuando se produce la separación o el divorcio, pero no es posible pensar que pretenda durante toda la existencia mantener equilibrada la situación de los excónyuges, por la razón básica de que ya ha desaparecido entre ellos el derecho a participar de una forma plena en los recursos económicos del otro». Precisando, finalmente, como función de la pensión que «ésta se propone la equiparación de la situación económica de los cónyuges en el momento en que se propone la ruptura matrimonial, evitando así un descenso brusco en el nivel de vida del esposo con recur-

25 Marín García de Leonardo, T., *La temporalidad de la pensión compensatoria*, *op. cit.,* p. 16; Roca Trias, E., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil, T. I*, *op. cit.,* p. 402.

26 Bonet Correa, J., «Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio», *Anuario de Derecho Civil, T. XXXVI, Fasc. III, octubre-diciembre 1983*, p. 1188.

27 *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, (sección 1.ª), de 11 de enero de 2000 (JUR 2000,186712).

28 García Cantero, G., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II, dirigidos por Manuel Albaladejo*, 2.ª edición, Edersa, Madrid 1982, p. 436; Por su parte, de Verda y Beamonte, J.R. *El Derecho de familia hoy: Nueva tendencias legales y jurisprudenciale*s, Madrid, Reus, 2025, p. 174 señala que «la conexión entre compensación y necesidad es también evidente en el ámbito de la modificación y extinción de la pensión compensatoria». *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010,8023); de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011,2351); de 22 de junio de 2011 (LA LEY 159722,2011) en la que se precisa que, la pensión compensatoria tiene por finalidad enmendar la disminución del nivel de vida que conlleva toda ruptura de la convivencia, entendiendo que su función ha de ser permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal»; y, las SSAP de Palencia, de 22 de octubre de 1999 (AC 1999,7103); de Toledo, (sección 2.ª), de 31 de enero de 2001 (JUR 2001,122787); y, de Murcia, (sección 4.ª), de 31 de marzo de 2011 (JUR 2011,187973).

sos propios»[29]. Asimismo, hay que destacar la STS, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987 —dictada en interés de ley— donde se indica que con la pensión del artículo 97 del Código Civil «se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges puede continuar con el nivel económico que tenían en el matrimonio»[30]. En esencia, lo decisivo para tener derecho a la pensión es que, con independencia de cuáles hayan sido los recursos económicos previos constante matrimonio, se constate tras la ruptura conyugal, un empeoramiento respecto de la situación que, tenía en la etapa de convivencia matrimonial y respecto de la posición en que va a quedar su consorte. Así, la STS, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 2015 dispone en este sentido que «la STS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2011, que cita la de 19 de octubre del mismo año y la de 18 de marzo de 2014 resume la doctrina de esta Sala relativa sobre el concepto y finalidad del desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así «(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que si ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge»[31]. De forma que, aquel derecho corresponderá al cónyuge que, tras la ruptura, carece de recursos para conservar el nivel de vida anterior, siempre que el otro sí pueda asumirlo, con independencia de que esta situación esté o no provocada por la convivencia matrimonial.

En esencia, su finalidad radica en compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio producen en uno de los cónyuges tras la ruptura (SSTS, Sala de lo Civil 300/2018, de 24 de mayo; 91/2014, de 19 de febrero; 104/2014, de 20 de febrero; 178/2014, de 26 de marzo; 749/2012, de 4 de diciembre; y, 1/2012, de 23 de enero, entre otras), a los efectos de colocar al cónyuge perjudicado «en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial» (SSTS, Sala de lo Civil 300/2018, de 24 de mayo; 178/2014, de 26 de marzo; 749/2012, de 4 de diciembre; 55/2016, de 11 de febrero; y, 1/2012, de 23 de enero, entre otras). De ahí que, la simple

29 De La Haza Díaz, P. *La pensión de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 1989, pp. 44-45. En esta línea, Marín López, M.J., «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano*, 3.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 222, para quien «su finalidad no es otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades —singularmente laborales y económicas— a la que habría tenido de no haber mediado tal matrimonio».

30 RJ 1987,9174. *Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005,1133).

31 RJ 2015,2546.

desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como «cualquier otra circunstancia relevante», de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el artículo 97 del Código Civil[32].

Por su parte, en las SSTS, Sala de lo Civil, 100/2020, de 20 de febrero; 418/2020, de 13 de julio; 807/2021, de 23 de noviembre; 435/2022, de 30 de mayo; y, 1429/2023, de 17 de octubre, que: «la pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges, condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el artículo 97 del Código Civil, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital». Su finalidad radica en compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio producen en uno de los cónyuges tras la ruptura (SSTS, Sala de lo Civil, 300/2018, de 24 de mayo; 91/2014, de 19 de febrero: 104/2014, de 20 de febrero; 178/2014, de 26 de marzo; 749/2012, de 4 de diciembre; y, 1/2012, de 23 de enero, entre otras), a los efectos de colocar al cónyuge perjudicado «en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial» (SSTS 300/2018, de 24 de mayo, 178/2014, de 26 de marzo, 749/2012, de 4 de diciembre y 55/2016, de 11 de febrero, 1/2012, de 23 de enero, entre otras). El desequilibrio, sobre el que se construye la fijación de la pensión, implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después de la ruptura (SSTS, Sala de lo Civil, 236/2018, de 17 de abril; y, 100/2020, de 12 de febrero). La causa del desequilibrio ha de derivar de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte uno de los consortes como consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia (SSTS 91 y 104/2014, de 19 y 20 de febrero). Como señala, la STS, Sala de lo Civil, 713/2015, de 16 de diciembre —con cita de las SSTS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005; de 5 de noviembre de 2008; de 10 de marzo de 2009; y, de 4 de diciembre de 2012— y reproducida en la STS, Sala de lo Civil, 810/2021, de 25 de noviembre[33]: «no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que este tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares,

32 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2019 (Roj. STS 462/2019; ECLI:ES:TS:2019:462).

33 Roj. STS 4269/2021; ECLI:ES:TS:2021:4269.

fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste».

En definitiva, de acuerdo con la doctrina de Sala de lo Civil, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido, así como cualquier otra circunstancia relevante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil (SSTS, Sala de lo Civil, 96/2019, de 14 de febrero, 100/2020, de 12 de febrero y 435/2022, de 30 de mayo). Desde un punto de vista negativo, nos hemos manifestado en el sentido de que la pensión compensatoria no es un instrumento puramente indemnizatorio (STS 434/2011, de 22 de junio de 2011), igualador de economías (STS, Sala de lo Civil, 96/2019, de 14 de febrero, y SSTS, Pleno de la Sala de lo Civil, 864/2009, de 19 de enero), o equiparador de patrimonios (SSTS, Sala de lo Civil, 450/2019, de 18 de julio y 123/2019, de 26 de febrero), ni tampoco es estrictamente una pensión de alimentos (SSTS 236/2018 y 100/2020, de 12 de febrero). Por todo ello, dentro del marco de la casuística jurisprudencial, en la STS 495/2019, de 25 de septiembre, se aprecia concurrente un desequilibrio económico dado que la esposa: «perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria (artículo 97.4 del Código Civil), máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el matrimonio se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona». También, se fijó pensión compensatoria en el caso de la STS, Sala de lo Civil, 435/2022, de 30 de mayo, en la que se razonó: «la aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conduce a la conclusión de que concurren los requisitos para establecer la pensión compensatoria, al producirse un desequilibrio económico derivado de la mayor dedicación de la demandante a las atenciones de la familia, con detrimento a su integración y promoción en el mundo laboral, de las que se benefició el demandado que pudo, por ello, desarrollar con plena dedicación su actividad laboral, contribuyendo a su exitosa promoción profesional, sin prescindir, como es natural, de sus méritos personales». En fin, la STS, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2025[34] precisa que «no se pretende, con la fijación de la pensión compensatoria, indemnizar comportamientos causantes de la crisis matrimonial, ni equiparar patrimonios, pero sí corregir un desequilibrio derivado de la dedicación a la familia de la demandada, de su colaboración en la actividad profesional del demandante, lo que incidió favorablemente en su carrera cinematográfica, dado que le permitió centrarse en su proyección

34 Roj. STS 5244/2025; ECLI:ES:TS:2025:5244.

profesional, mientras que la demandada, con aquiescencia de los litigantes, centró su dedicación al cuidado de la familia, lo que le hace acreedora a la pensión del artículo 97 del Código Civil». Además, las posibilidades actuales que la demandada acceda al mundo laboral son realmente difíciles y desde luego, no cabe hacer un juicio prospectivo o de futuro, bajo pautas de prudencia y con consistentes índices de probabilidad, de que pueda superar el desequilibrio existente durante un determinado lapso temporal. Todo ello, sin perjuicio de que, si lo consigue en el futuro, proceda la extinción o revisión del importe de la pensión compensatoria (artículos 91, 100 y 101 del Código Civil), posibilidad que queda siempre abierta. En todo caso, la liquidación de la sociedad de gananciales permitirá a cada uno de los cónyuges disfrutar, por igual, de una cantidad aproximada y dependiente de las condiciones de mercado, de unos 195.250 euros por la venta del chalé. Por todo ello, en atención a las circunstancias expuestas, y teniendo en cuenta que el importe de la pensión compensatoria forma parte del objeto del recurso, ya que el recurrente pretende la ratificación de lo resuelto por el juzgado que la estableció en 1.000 euros y, además, por dos años, se fija prudentemente su importe en la suma de 1.400 euros al mes, sin limitación temporal.

En cuanto, a la problemática de los supuestos de separaciones de hecho en las que los cónyuges han vivido con desvinculación patrimonial, a los efectos de reputar concurrente o no el desequilibrio económico fundamento de la pensión compensatoria, se ha abordado, en la STS, Sala de lo Civil, 683/2015, de 1 de diciembre, en la que compendiamos la doctrina de la sala en los términos siguientes: «La sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2014 declara como doctrina jurisprudencial que "el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial"»; precisando, la STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2012[35] que: «Se entiende que cada uno, en principio, y salvo circunstancias muy concretas de vinculación económica entre los cónyuges, no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal. De ellos ha dispuesto de medios propios de subsistencia y mal se puede argumentar por quien la solicita que la separación o divorcio es determinante para el de un empobrecimiento en su situación anterior en el matrimonio, situación que en el peor de los casos sería la misma, pero no agravada por la ruptura» (STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2013). Lo que no es posible es instrumentalizar el juicio de divorcio para solicitar una prestación económica que se ha demostrado innecesaria para su sostenimiento, y perturbadora, si se quiere, del régimen de vida llevado hasta la fecha por uno y otro cónyuge hasta la formulación de la demanda por uno de ellos. No es, por tanto, un problema de tiempo de separación, sino de las circunstancias se deben valorar en cada caso para ver si a la vista de un

35 Roj. STS 8302/2012; ECLI:ES:TS:2012:8302.

largo periodo de separación de hecho, sin petición económica alguna, cabe o no presumir la existencia de desequilibrio económico entre los cónyuges en el momento de la ruptura». La STS, Sala de lo Civil, 30 de septiembre 2014[36] contempla una separación de cinco años que creó en la esposa «una situación consolidada de independencia económica y de autonomía patrimonial incompatible con la concepción de inestabilidad económica». Es decir, se niega la pensión a partir de una presunción de no existencia de desequilibrio económico en el momento de la ruptura, que se destruye cuando, pese a una separación prolongada, los esposos han intercambiado ayudas económicas por parte de uno o de ambos o, cuando, como aquí sucede, no consta, como declara probado la sentencia, que «ambas partes hayan asumido vidas económicas independientes, por lo que el transcurso del tiempo no ha sido suficiente para entender inexistente el citado desequilibrio».

2.2. Presupuestos

Para la concesión de la pensión compensatoria se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos[37]: 1. Desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro; 2. El empeoramiento en la situación anterior al matrimonio; 3. La existencia de una resolución firme de separación y divorcio; 4. Relación de causalidad entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio[38]. Procede analizar cada uno a continuación:

1. Desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro. De conformidad con el artículo 97 del Código Civil el primer presupuesto para la existencia del derecho a pensión es el desequilibrio económico, que sufre uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio, que implica un empeoramiento en su situación económica en

36 Roj. STS 3904/2014; ECLI:ES:TS:2014:3904.

37 En esto coincide la doctrina, vid., García Varela, R. «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil, coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, T. II,* Bosch, Barcelona, 2000, pp. 125-126; Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, *op. cit.,* pp. 167-188; Roca Trías, E. «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.,* p. 403; Moreno-Torres Herrera, M.ª L. «La pensión compensatoria», en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005), coordinador Julio V. Gavidia Sánchez*, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 170 a 179. *Vid.*, asimismo, la SAP de Almería, (sección 3.ª), de 25 de mayo de 2002 (JUR 2002,175057).

38 Señala Ariza Moreno, S. «Análisis de la pensión compensatoria a la luz de la evolución jurisprudencial», *Diario LA LEY, n.º 10897, marzo 2026*, p. 3 que «cabe decir al respecto que el artículo 97 del CC nació en un momento en el que la sociedad tenía normalizado que un cónyuge, que en este caso en la inmensa mayoría de las veces era una mujer, la que, una vez contraído matrimonio, se convertía en «ama de casa» y éste pasaba a ser su «trabado», renunciando, por ende a su vida profesionales, fuera ésta la que fuera antes de contraer matrimonio. De ahí que el artículo indica que debe darse dos requisitos: la existencia de dicho desequilibrio y la existencia de dicho empeoramiento».

relación con la que tenía constante matrimonio[39]. Este empeoramiento sólo puede afectar a uno de los cónyuges, puesto que, si se produce idéntico perjuicio en los dos, no hay desequilibrio, y, por tanto, no habrá pensión. Tampoco habrá derecho a la pensión cuando ambos dispongan de bienes propios o ingresos suficientes para continuar con un nivel de vida similar al que venía disfrutando en el matrimonio, aunque exista una notable diferencia entre patrimonios[40]; o cuando tienen una capacidad económica equivalente; o cada cónyuge tiene una cualificación profesional determinada y ejerce su profesión[41]; o, en fin, si el solicitante de la pensión ha alcanzado un nivel de vida superior al que tuvo durante el matrimonio.

Como precisa la STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2010 —que sigue una interpretación subjetiva del concepto de «desequilibrio» conforme al cual ha de valorarse todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil para determinar la existencia o no de desequilibrio entre los cónyuges compensables[42]—. Lo que contrasta con una interpretación objetiva

39 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6060); y, las SSAP de Barcelona, (sección 12.ª), de 27 de octubre de 1998 (AC 1998,8955); de Madrid, (sección 22.ª), de 12 de noviembre de 1998 (AC 1998,8712); de Guipúzcoa, (sección 2.ª) de 28 de febrero de 2001 (JUR 2001,142689); de Pontevedra, (sección 5.ª), de 28 de mayo de 2001 (JUR 2001,226502) que en la determinación del desequilibrio impone la regla de la proporcionalidad que fija el artículo 97.8 del Código Civil; de Ciudad Real, (sección 2.ª), de 20 de septiembre de 2001 (JUR 2002,132872); de Valencia, (sección 10.ª), de 29 de abril de 2004 (JUR 2004,172389); de Granada, (sección 4.ª), de 19 de julio de 2004 (JUR 2004,256367); de Barcelona, (sección 18.ª), de 4 de mayo de 2006 (JUR 2006/272099); de Madrid, (sección 24.ª), de 18 de julio de 2007 (JUR 2007,326541); de Asturias, (sección 7.ª), de 24 de julio de 2007 (JUR 2008,16506); de Castellón, (sección 2.ª), de 22 de noviembre de 2007 (JUR 2008,119118) que habla de la concurrencia de un doble desequilibrio económico y patrimonial; de León, (sección 2.ª), de 12 de mayo de 2017; y, de Pontevedra, (sección 1.ª), de 17 de enero de 2018.

40 Vid., las SSAP de Badajoz, (sección 2.ª), de 19 de febrero de 1998 (AC 1998,3550); de Zamora, (sección única), de 7 de febrero de 2002 (JUR 2002,113468); de Barcelona, (sección 18.ª), de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002,150615); de Granada, (sección 3.ª), de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2002,286409); y, de A Coruña, (sección 5.ª), de 22 de enero de 2007 (JUR 2007,143002).
La SAP de Málaga, (sección 6.ª), de 8 de febrero de 2001 (AC 2001,339) desestima, igualmente, la pensión por desequilibrio, pues, la posición económica de la esposa solicitante no trae causa de la ruptura matrimonial, sino de sus propias circunstancias personales. Asimismo, la SAP de Huelva, (sección 2.ª), de 13 de junio de 2005 (JUR 2005,225140) considera que existe una falta de acreditación de la situación de desequilibrio, pues, ha transcurrido casi ocho años desde el cese de la convivencia matrimonial. Y, en fin, la SAP de Madrid, (sección 22.ª), de 21 de junio de 2005 (JUR 2005,221377) entiende, igualmente, que no hay desequilibrio, pues, la esposa tiene suficiente capacidad económica para afrontar de modo autónomo sus necesidades pecuniarias.

41 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2011 (RJ 2011,5666).

42 RJ 2010,417. A la doble función de las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil se refieren, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2013 (RJ 2013,4379); de 16 de julio de 2013 (RJ 2013,4639); de 21 de febrero de 2014 (RJ 2014,1140); y, de 2 de junio de 2015 (LA LEY 79949,2015).

que opera respecto del cónyuge que se encuentre en peor situación, con la finalidad de no ver disminuido su nivel de vida.

En general, el análisis del desequilibrio obliga a ponderar los siguientes parámetros: «1. La situación del matrimonio durante la convivencia; 2. La situación alimentaria y social del solicitante de pensión tras la separación o el divorcio. 3. El estatus económico y social de ambos. 4. Los niveles de vida, económicos y adquisitivos. 5. La pérdida real del bienestar que se disfrutaba antes de la ruptura»[43].

En este contexto, el desequilibrio, sobre el que se construye la fijación de la pensión, implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después de la ruptura (SSTS 236/2018, de 17 de abril, 100/2020, de 12 de febrero). La causa del desequilibrio ha de derivar de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte uno de los consortes como consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia (SSTS 91 y 104/2014, de 19 y 20 de febrero). Como señala, la STS 713/2015, de 16 de diciembre —con cita de las SSTS de 10 de febrero de 2005, 5 de noviembre de 2008, 10 de marzo de 2009 y 4 de diciembre de 2012— y reproducida en la más reciente STS 810/2021, de 25 de noviembre: «no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que este tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste».

En definitiva, de acuerdo con la doctrina de Sala de lo Civil, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido, así como cualquier otra circunstancia relevante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil (SSTS, Sala de lo Civil, 96/2019, de 14 de febrero; 100/2020, de 12 de febrero; y, 435/2022, de 30 de mayo). Desde un punto de vista negativo, nos hemos manifestado en el sentido de que la pensión compensatoria no es un instrumento puramente indemnizatorio (STS, Sala de lo Civil, 434/2011, de 22 de junio de 2011), igualador de economías (STS, Sala de lo Civil, 96/2019, de 14 de febrero; y, la STS. Pleno Sala de lo Civil, 864/2009, de 19 de enero); o equiparador de patrimonios (SSTS, Sala de lo Civil 450/2019, de 18 de julio; y, 123/2019, de 26 de febrero), ni tampoco es estrictamente una pensión de alimentos (SSTS, Sala de lo Civil, 236/2018 y 100/2020, de 12 de febrero).

43 Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, *op. cit.,* pp. 181-182.

Por todo ello, dentro del marco de la casuística jurisprudencial, en la STS, Sala de lo Civil, 495/2019, de 25 de septiembre, se aprecia concurrente un desequilibrio económico dado que la esposa: «perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria (artículo 97.4 del Código Civil), máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el matrimonio se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona». También, se fijó pensión compensatoria en el caso de la STS, Sala de lo Civil, 435/2022, de 30 de mayo, en la que razonamos: «la aplicación de la doctrina expuesta al caso presente conduce a la conclusión de que concurren los requisitos para establecer la pensión compensatoria, al producirse un desequilibrio económico derivado de la mayor dedicación de la demandante a las atenciones de la familia, con detrimento a su integración y promoción en el mundo laboral, de las que se benefició el demandado que pudo, por ello, desarrollar con plena dedicación su actividad laboral, contribuyendo a su exitosa promoción profesional, sin prescindir, como es natural, de sus méritos personales».

2. El empeoramiento en la situación anterior al matrimonio. Debe tomarse como referencia no la posición del otro cónyuge, sino la situación anterior en el matrimonio. De forma que, habrá de tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por separación o divorcio, alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su tenor de vida; un descenso o deterioro en el nivel de vida, que ha de tener cierta relevancia o entidad[44]. Por ello, contando los cónyuges con bienes propios o ingresos suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida igual o similar al que venían disfrutando constante matrimonio, no procede tal derecho a una pensión, aunque existan notables diferencias entre el patrimonio de los cónyuges separados o divorciados[45].

3. La existencia de una resolución firme de separación y divorcio. Para la fijación de la pensión compensatoria constituye otro presupuesto básico, el que se haya producido la separación o el divorcio, y se haya establecido la misma en la correspondiente sentencia de separación o de divorcio, así como las bases de actualización y las garantías, sin que sea posible una pensión

44 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008,7123).

45 *Vid.*, las SSAP de Málaga, (sección 5.ª), de 22 de abril de 1998 (AC 1998,4380); de Cantabria, (sección 4.ª), de 7 de febrero de 2001 (JUR 2001,134839); de Salamanca, de 23 de febrero de 2001 (JUR 2001,138441); y, de Lugo, (sección 1.ª), de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005,155071).
Por su parte, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª), de 26 de mayo de 2005 estima la ausencia de empeoramiento en el nivel de vida de la esposa tras la ruptura matrimonial, continuando con el ejercicio de su actividad laboral y con una asistenta para las labores del hogar.

compensatoria en medidas provisionales previas a la demanda, ni en las coetáneas a ésta[46].

4. Relación de causalidad entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio. La separación y el divorcio debe ser causa directa del desequilibrio, esto es, debe existir una relación de causa a efecto entre tales situaciones de crisis matrimonial y el desequilibrio. Éste ha de ser una consecuencia o derivarse de la separación o el divorcio[47].

2.3. Modalidades

La compensación del desequilibrio que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges en relación con el otro, que supone un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio, puede realizarse de distintas formas. Así, mediante la determinación de una cantidad única (suma a tanto alzado o mediante la entrega de determinados bienes —muebles: un paquete de acciones; inmueble: la vivienda familiar—), cuyo pago pueda ser realizado de una vez o fraccionado en distintos plazos[48]; o mediante el pago de unas cantidades periódicas, por un plazo predeterminado (prestación temporal), posición ya admitida por la jurisprudencia[49] y ahora reconocida

46 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016,1135) donación del actor a su esposa de su mitad indivisa en vivienda, garaje y trastero de forma pura, sin causa remuneratoria, ni elemento o condición que la afectase, divorciándose el matrimonio un tiempo después sin que la esposa solicitara la pensión compensatoria. Revocación de la citada donación por sobreviniencia o supervivencia de hijo al actor de otra relación convivencial posterior que resulta de la aplicación objetiva del artículo 644 del Código Civil. Esta situación no prejuzga el posible derecho de la recurrente, por el cauce judicial pertinente, de solicitar la modificación de las medidas del divorcio tras la revocación de la donación, ahora confirmada.

47 *Vid.*, la SAP de Cantabria, (sección 3.ª), de 4 de mayo de 2001 (JUR 2001,224140).
Por su parte, en la SAP de A Coruña, (sección 3.ª), de 29 de marzo de 2000 (JUR 2001,90851) se fija como presupuestos, además de la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos, que, tal desequilibrio sea consecuencia directa y esté vinculado causalmente con la separación o divorcio y no con otras circunstancias ajenas a la crisis matrimonial.

48 En la STS, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998,1122) se conviene un sistema mixto de indemnización (abono de cantidad a tanto alzado más pensión vitalicia) que, además, de realizar función compensatoria del daño sufrido por el demandante, con inclusión en ella tanto del daño moral puro como del indirectamente económico». Igualmente, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, (sección 1.ª), de 17 de marzo de 2001 (JUR 2001,185612).

49 *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2005 (RJ 2005,4209); y, de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008,6060); y, las SSAP de Jaén, (sección 1.ª), de 18 de enero de 1999 (AC 1999,2965); de Ourense, (sección única), de 20 de marzo de 1999 (AC 1999,737); de Valencia, (sección 10.ª), de 16 de septiembre de 2003 (JUR 2003,269626) que establece una limitación temporal de cinco años, en atención a la juventud de la esposa, la cualificación profesional que tiene y las posibilidades reales de acceso al mundo laboral; de Sevilla, (sección 5.ª), de 17 de marzo de 2004 (AC 2004,382) que dispone, al respecto, que «esta

en el artículo 97; o indeterminado (prestación indefinida), lo que no significa necesariamente vitalicia, pues, se puede extinguir en los supuestos previstos en los artículos 99 y 101 del Código Civil[50]; pudiéndose, asimismo, fijar aquélla, como hemos señalado, a tanto alzado, lo que se corresponde más claramente con un propósito indemnizatorio, que se deduce del contenido literal del precepto[51]. Lo cierto es que, la pensión periódica por tiempo indefinido tiene como característica esencial la indeterminación. Cuando lo es por tiempo determinado, en realidad se convierte en «una compensación de una cantidad fija, pero con pago fraccionado por el plazo establecido, con un ligero corrector, equivalente a los intereses del aplazamiento, que consistirá en la actualización de su valor, que, lo que en realidad hace es mantener la deuda en su característica de valor»[52].

Por otra parte, la regla general ya no es el carácter vitalicio de la pensión, —abandonado de raíz como norma imperativa por la Ley 15/2005—, sino que se ha consolidado la temporalidad de la misma en una interpretación legal acorde a la realidad social de nuestro tiempo —previsto como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 del Código Civil—. Esto no impide que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se pueda determinar que la duración de la pensión sea indefinida[53]. Es claro que, la pensión temporal sólo debería admitirse cuando en el momento de fijarse existe la suficiente certeza en torno al alcance del empeoramiento que, se pretende compensar, y sea posible realizar anticipadamente una acotación temporal de la pensión[54]; asimismo, es preciso que conste una situación de idoneidad

pensión no es una pensión vitalicia dada su naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de una situación de desequilibrio ligada al momento de la cesación de la vida en común de los cónyuges, y que sólo debe durar mientras se mantenga el desequilibrio, sin que deba constituir un acicate desincentivador del inicio de una actividad laboral; y, de Castellón, (sección 2.ª), de 6 de septiembre de 2007 (JUR 2007,340321) establece una limitación temporal a 15 años estableciendo una reducción de la cuantía de la pensión, cuando el obligado al pago se jubile.

50 Se fija la pensión con carácter indefinido, sin límite temporal, vid., las SSAP de Vizcaya, (sección 4.ª), de 27 de septiembre de 2005 (JUR 2006,7252); de Granada, (sección 5.ª), de 7 de septiembre de 2007 (JUR 2008,70415) no cabe limitación temporal, pues, el matrimonio ha durado veintiocho años, y, además, la edad, circunstancias personales y cualificación profesional limitada de la esposa lo exigen; y, de A Coruña, (sección 4.ª), de 13 de febrero de 2008 (JUR 2008,130693).

51 Señala Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil*, T. V Derecho de Familia, 6.ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 160 que, en la práctica, ha ganado posiciones claramente la fijación de un tanto alzado, que parece comparecerse mejor con la presunta objetivización u objetivación de la pensión perseguida por la Ley 11/1981).

52 Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, op. cit.,* p. 165.

53 *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2010 (RJ 2010,7147); de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011,2772); y, de 20 de julio de 2011 (JUR 2011,285735).

54 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2005 (RJ 2005,4209)

o aptitud para superar el desequilibrio económico, que propicie una temporalidad en la pensión; en definitiva, siempre que con ello se cumpla la función reequilibradora de la pensión por concurrir los presupuestos conocidos que, vengan a acreditar una base real para realizar una limitación temporal[55].

En este sentido, para fijar la procedencia, cuantía, así como la duración temporal de la pensión compensatoria, es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 del Código Civil. A tales efectos, la función judicial radica en valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción. Tal juicio prospectivo o de futuro deberá llevarse a efecto con prudencia, ponderación y con criterios de potencialidad real, determinada por consistentes índices de probabilidad. El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio. Sin más pretensiones que la simple manifestación de la casuística jurisprudencial, se ha fijado pensión compensatoria sin limitación temporal en los casos contemplados en las sentencias siguientes: la STS, Sala de lo Civil, 418/2020, de 13 de julio mujer de más de 55 años, perteneciendo, en consecuencia, a un grupo de edad en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo más elevadas, así como la falta de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado a ninguna actividad profesional en los últimos 25 años, si dejamos a salvo un lapso temporal de

55 *Vid.*, las SSTS, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008,7123); de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008,5702); de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008,6060); de 28 de abril de 2010 (LA LEY 49079,2010); de 29 de septiembre de 2010 (LA LEY 161979,2010); de 4 de noviembre de 2010 (LA LEY 231765,2010); de 14 de febrero de 2011 (LA LEY 2161,2011); de 15 de junio de 2011 (LA LEY 111555,2011); de 27 de junio de 2011 (LA LEY 111552,2011); de 20 de julio de 2011 (LA LEY 120061,2011) señala que fijar un límite de 15 años a la pensión compensatoria, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable constituido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real que tenía entonces la actora de superar en tal espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido a aquella que le generó la ruptura, y sustentado en los factores concurrentes previstos en el artículo 97 del Código Civil, que previamente le sirvieron para justificar su procedencia; y, de 3 de octubre de 2011 (LA LEY 186207,2011) precisa, asimismo, que el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas en factores que enumera el artículo 97 del Código Civil.
Por su parte, las SSSTS, Sala de lo Civil de 9 y 17 de octubre de 2008 (LA LEY 148008,2008 y LA LEY 158323,2008); de 28 de abril de 2010 (LA LEY 49079,2010); y de 4 de noviembre de 2010 (LA LEY 231765,2010) afirman que, las conclusiones alcanzada por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación, siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 del Código Civil.

unos días. Las dificultades de reciclaje profesional, preparándose para el ejercicio de otra profesión o empleo, tampoco gozan de probabilidad razonable de éxito dado el actual mercado laboral; la STS, Sala de lo Civil, 245/2020, de 3 de junio: 25 años de duración del matrimonio, dedicación al cuidado de la familia, ausencia de cualificación laboral, incapacidad de un 40 % por un proceso depresivo crónico, así como previsión de dedicación futura a las necesidades de las hijas; la STS, Sala de lo Civil, 403/2020, de 6 de julio: «matrimonio dura más de 30 años (contraído en 1986), la demandada se casó con 21 años y se divorcia con 53 (nacida en 1965). Durante ese tiempo la esposa se dedicó al cuidado de la familia (dos hijos, actualmente mayores de edad), sin acceso al mercado laboral; la STS, Sala de lo Civil, 549/2020, de 22 de octubre: el matrimonio se celebró en 1992, la perceptora, con 56 años de edad, padece de una discapacidad del 37 %, por unas hernias discales que le afectaron a su trabajo como limpiadora, sufriendo en la actualidad depresión, con estudios de graduado escolar, por lo que cuenta con escasas posibilidades para su reinserción en el mercado laboral; la STS, Sala de lo Civil, 807/2021, de 23 de noviembre: «la actora cuenta actualmente con 61 años de edad, con lo que su integración en el mundo laboral es complicada, como es hecho notorio y resulta de los estudios estadísticos existentes al respecto; y, la STS, Sala de lo Civil, 185/2022, de 3 de marzo (41 años de duración matrimonio): «cuando la Audiencia dictó la sentencia (en el mes de marzo de 2019), la recurrente tenía la edad de 61 años, y por ello, como ya se dijo en la sentencia mencionada con anterioridad y se ha reiterado: «su integración en el mundo laboral es complicada, como es hecho notorio y resulta de los estudios estadísticos existentes al respecto (...)». (...) Y es que lo relevante no es, como dice la Audiencia, que por su edad pueda desarrollar un trabajo remunerado, lo que nadie niega, sino que, precisamente por ella, pueda encontrarlo. Por decirlo de forma breve la edad que tiene no juega a su favor, sino en su contra. A lo anterior, ha de añadirse que no se conocen ni mencionan otros datos relativos a su formación, cualificación y experiencia profesional idóneos para integrar un perfil atractivo en el mercado laboral».

Todo ello, sin perjuicio, claro está, que la pensión pueda ser revisada o dejada sin efecto al incorporarse al mundo laboral; o ser perceptora de una pensión de jubilación; o darse alguna de las circunstancias del artículo 101 del Código Civil (SSTS, Sala de lo Civil, de 2 de junio de 2015, rec. 507/2014; 245/2020, de 3 de junio; y, 418/2020, de 13 de julio)».

En todo caso, como hemos indicado, la pensión puede estar sujeta a plazo fijo a término o sometida a una condición suspensiva o resolutoria, por aplicación precisamente del principio de autonomía de la voluntad, e incluso puede ser acordada por el Juez cuando lo crea conveniente[56]. Y, su concreción en prestación única, como opción legítima, impensable en la mayoría de las economías modestas, puede pactarse en convenio regulador[57], o establecerse

56 Roca Trías, E., «Comentario al artículo 100 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 409-410.

57 *Vid.*, las SSAP de Cádiz, (sección 3.ª), de 14 de enero de 1998 (AC 1998,2893); de Ponteve-

por el juez en la sentencia, y, una vez fijada judicialmente (bien sea mediante aprobación de sentencia —proceso contencioso— o en convenio regulador homologado judicialmente), por la vía del artículo 99, puede sustituirse por la constitución de una renta vitalicia[58], el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero[59]. Son tres las posibles prestaciones sustitutorias. Se trata de una simple enumeración, *ad exemplum* y no «*numerus clausus*», pues, no existen razones que impidan a los cónyuges acordar la realización de otra prestación distinta[60].

Respecto a la posibilidad —citada y reconocida por la jurisprudencia— de conceder prestaciones periódicas sometidas a término. Se trata, en todo caso, de compensar el descenso que la nueva situación produce respecto del nivel de vida que se mantenía durante la convivencia; lo que, en consecuencia, se produce con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor, del acreedor, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación. El momento a tener en cuenta para apreciar y determinar la existencia de desequilibrio es efectivamente el de la ruptura de la convivencia, debiendo traer aquél causa de dicha ruptura (STS, Sala de lo Civil, 162/2009, de 10 marzo). Si las posiciones de ambos cónyuges estuvieran niveladas en el momento de la ruptura, no existiría desequilibrio. Por ello, en la STS, Sala de lo Civil, 790/2012, de 17 diciembre partiendo de que habían transcurrido ya cuatro años desde que se produjo la separación de hecho hasta que la esposa presentó la demanda de divorcio, y venía ésta manteniendo un nivel similar al que disfrutó durante el matrimonio, se estima que cualquier empobrecimiento posterior estará completamente desligado de la convivencia matrimonial y no procede en consecuencia otorgar pensión por desequilibrio económico. Los sucesos que se producen con posterioridad a la ruptura de la convivencia son, en principio, completamente irrelevantes para determinar la existencia de la pensión compensatoria o la procedencia de elevar su cuantía; sí operan, sin embargo, para su posible disminución o extinción.

---

dra, (sección 1.ª), de 3 de mayo de 2007 (JUR 2007,280032); y, de Valladolid, (sección 1.ª), de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007,269852).

58 Roca Trías, E. «Comentario al artículo 99 del Código Civil», *op. cit.,* p. 408, señala que «se trata, pues, de un contrato a favor de tercero, en el que el beneficiario es el acreedor de la pensión y en que el tercero debe satisfacer la renta pactada al beneficiario. Esta posibilidad surge por el hecho de que el pago de la pensión no es personalísimo».

59 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2002 (RJ 2002,4452) consideró procedente la acción rescisoria en fraude de acreedores ante la dación en pago de la pensión compensatoria, con la finalidad de que los acreedores del marido no pudieran realizar sus créditos. Por su parte, la SAP de Valencia, de 13 de septiembre de 1993 (AC 1993,1972) se convino por acuerdo de las partes la sustitución de la pensión por la adjudicación de bienes del caudal ganancial.

60 Marín López, M.J. «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.,* p. 226; Roca Trías, E. «Comentario al artículo 99 del Código Civil», *op. cit.,* p. 408.

Por tal razón, las SSTS, Sala de lo Civil, 106/2014, de 18 de marzo; y, 704/2014, de 27 noviembre «en cuanto parten de la inexistencia de desequilibrio en el instante de la ruptura, niegan la concesión de una pensión en previsión de que la esposa perdiera el empleo que tenía en ese momento. Del mismo modo que en el momento de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria se está realizando un juicio prospectivo de futuro —que incluso, en la mayor parte de los casos, no depende en su concreción de la propia voluntad del beneficiario— previendo el tribunal que, al finalizar el plazo fijado, ha de considerarse ya compensado definitivamente el desequilibrio sufrido, no puede descartarse la conveniencia de tal prospección —en sentido contrario— en casos como el presente, pues desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro relevante, pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado». En este contexto, la STS, Sala de lo Civil, 1667/2024, de 12 de diciembre, en el caso que juzgaba consideró que la extinción de la pensión compensatoria no resultaba adecuada, ya que no podía afirmarse que la liquidación de la sociedad de gananciales hubiera corregido completamente el desequilibrio económico existente y la percepción de una pensión de jubilación ya fue tenida en cuenta en el procedimiento de separación matrimonial para reducir la pensión compensatoria pero, no obstante, entendió que procedía su reducción, puesto que a la recurrente se le habían adjudicado bienes de cuantioso valor económico, tanto en dinero en efectivo como en inmuebles de los que podía disponer, vendiéndolos o explotándolos, lo que había contribuido considerablemente a disminuir dicho desequilibrio.

Por su parte, en la STS, Sala de lo Civil, 59/2022, de 31 de enero se dispone sobre la adjudicación de bienes en la liquidación de la sociedad ganancial y su incidencia sobre la pensión compensatoria, lo siguiente: «la sociedad de gananciales puede suponer la atribución de bienes productivos que hagan desaparecer la situación de desequilibrio. Así también lo declara la STS, Sala de lo Civil, 76/2018, de 14 de febrero, citada en la sentencia 584/2018, de 17 de octubre, cuando dispone que: «Tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la indivisión que afectaba a la titularidad de los bienes, ha devenido en atribución exclusiva de la propiedad y uso de los bienes adjudicados, con lo que los bienes han pasado a ser productivos para cada uno de los cónyuges, pudiendo disponer de los mismos, ya vendiéndolos o explotándolos, con lo que se aseguran una situación de estabilidad económica que se aproxima bastante a la existente antes de la separación conyugal y divorcio, con lo que al desaparecer la situación de desequilibrio, procede declarar extinguida la pensión compensatoria». En el mismo sentido, las SSTS, Sala de lo Civil, 304/2016, de 16 de mayo; 217/2017, de 4 de abril y 584/2018, de 17 de octubre.

Ahora bien, como señala la STS, Sala de lo Civil, 245/2020, de 3 de junio la aplicación de tal doctrina precisa, concretar «en qué medida se verá afectada la economía de la actora tras la citada liquidación del régimen económico matrimonial». Para fijar la procedencia, cuantía, así como la duración tem-

poral de la pensión compensatoria, es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 del Código Civil. A tales efectos, la función judicial radica en valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción. Tal juicio prospectivo o de futuro deberá llevarse a efecto con prudencia, ponderación y con criterios de potencialidad real, determinada por consistentes índices de probabilidad. El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio, como hemos mencionado en líneas precedentes.

Sobre tales bases, procede señalar que, la pensión compensatoria se puede fijar en pacto o convenio regulador, operando de nuevo, la autonomía de la voluntad o en proceso contencioso, si no hay acuerdo. Al respecto, la STS, Sala de lo Civil, 488/2014, de 29 de septiembre se ocupa de un caso en el que los esposos pactaron un convenio según el cual el esposo se comprometía a satisfacer a la esposa una pensión compensatoria desde la firma del convenio hasta el día en el que el esposo cumpliera sesenta y cinco años, y el esposo se jubiló por incapacidad permanente y presentó una demanda de modificación de medidas definitivas solicitando la extinción de la pensión compensatoria por entender que estaba vinculada a la jubilación, aunque aún no hubiera cumplido los sesenta y cinco años. El Tribunal Supremo entiende que «el adelanto de la jubilación implica no un adelanto del vencimiento de la obligación, sino una alteración sustancial de las circunstancias por la merma de ingresos y, en consecuencia, una modificación de la cuantía». En esta línea, la STS, Sala de lo Civil, 678/2015, de 11 de diciembre en un caso en el que se cuestionaba si fue intención de las partes garantizar un periodo de diez años a favor de la esposa, sin establecer ninguna otra circunstancia que permitiera modificar o extinguir la pensión antes de que transcurriera dicho plazo, en concreto por causa de la convivencia marital, *more uxorio* o de cualquiera otra vicisitud, declara: «1. Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS, 20 de abril y 10 de diciembre 2012; 25 de marzo 2014) la siguiente: 1. La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración; y, 2. Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación».

Precisamente, la STS, Sala de lo Civil, 217/2011, de 31 de marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997: «El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tantos pactos típicos, como atípicos (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre)».

Ahora bien, un cambio sobrevenido al momento en que se fijó la pensión compensatoria, con incidencia en la posición económica relativa de ambos excónyuges, constituyendo una alteración sustancial de las circunstancias que determina la aminoración del importe de la pensión compensatoria en los términos antedichos.

Así, la STS, Sala de lo Civil, 259/2017, de 26 de abril, se ocupa de un caso en el que se interesa la modificación de la pensión compensatoria establecida en la sentencia de divorcio de 14 de septiembre de 2008, solicitando una rebaja de los 2.800 euros convenidos a la cifra de 800 euros mensuales, teniendo en cuenta que el esposo deudor tenía unos ingresos regulares de 3.400 euros que se han visto reducidos con la jubilación a 1.666,66 euros, y en la instancia se acuerda una reducción a 800 euros. La Sala de lo Civil entiende que se había producido un cambio de circunstancias en la economía del obligado al pago, y ello tiene como efecto la reducción de la pensión compensatoria. Este cambio lo justifica exclusivamente en atención a una distinta percepción de los ingresos derivados de la jubilación, no por la disminución de los ingresos que recibía al margen de la misma y que explicaban, en definitiva, el compromiso de abonarla por un importe tan alto.

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 369/2020, de 29 de junio, advierte que, aunque la existencia de desequilibrio se aprecia en el momento de la ruptura, se han de tener en cuenta, desde ese momento, las posibles alteraciones posteriores de circunstancias por voluntad de una de las partes, en particular que el desequilibrio está presente y únicamente aparece paliado en la actualidad por el trabajo que la esposa puede continuar desempeñando en función de la voluntad del obligado a la prestación. Cita la anterior STS, Sala de lo Civil, 120/2018, de 7 de marzo en la que se indica lo siguiente: «La pensión compensatoria es un derecho personal que la ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la que resulta para el otro consorte»[61].

2.4. Criterios para su concesión y cuantía

Se establecen en el artículo 97.2 una serie de criterios para cuantificar la pensión como son los siguientes:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges[62].

61 En la STS, Sala de lo Civil, de 24 de diciembre de 2025 (Roj. STS 5252/2025; ECLI:ES:TS:2025:5252). La pensión se fijó en un procedimiento judicial de mutuo acuerdo en el que se homologó, en una materia disponible, lo pactado libremente, por lo que debe respetarse al máximo lo acordado al amparo de la autonomía privada, sometida en este punto a los límites generales del artículo 1255 del Código Civil.

62 *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2014 (RJ 2014,2489) convenio entre

2. La edad y estado de salud[63].
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo[64].
4. La dedicación pasada y futura a la familia[65].

---

las partes de una pensión «vitalicia», salvo nuevo matrimonio o convivencia marital; de 28 de octubre de 2014 (RJ 2014,5187) fijación en convenio con carácter indefinido; y, de 24 de junio de 2015 (RJ 2015,2657) pacto prematrimonial en previsión de crisis conyugal acordando una renta mensual vitalicia para la esposa. Asimismo, vid., la SAP de Málaga, (sección 6.ª), de 10 de noviembre de 2015 (JUR 2015,107933) aplicación de la doctrina de los actos propios. Cantidad que el actor consideraba proporcionada para compensar la situación de desequilibrio económico que la ruptura matrimonial se deriva en perjuicio de la esposa.

63 *Vid.*, las SSAP de Lleida, (sección 1.ª), de 6 de marzo de 1998 (AC 1998,3846) no procede la pensión por desequilibrio por la juventud, estado de salud, y cualificación profesional que le permite trabajar; de Badajoz, (sección 3.ª), de 23 de noviembre de 2002 (JUR 2003,78105) esposa de 28 años, acabando sus estudios superiores y con evidente capacidad laboral; y, de Albacete, (sección 1.ª), de 29 de abril de 2005 (JUR 2005,113445) igualmente, considera que no procede la pensión por desequilibrio por la edad de la esposa y la realización de trabajo remunerado.

64 *Vid.*, las SSAP de León, (sección 1.ª), de 17 de marzo de 1999 (AC 1999,4192) toma como criterio la edad de la beneficiaria, la falta de cualificación profesional, la dificultad para acceder al mercado de trabajo, duración del matrimonio y medios del obligado; de Murcia, (sección 5.ª), de 28 de junio de 2002 (JUR 2002,260373) ausencia de cualificación profesional y de desarrollo de trabajo alguno; de Madrid, (sección 24.ª), de 30 de octubre de 2002 (JUR 2003,30109) conocimiento por parte de la esposa del mundo laboral: trabajo realizado por cuenta ajena antes del matrimonio y en la actualidad realiza un trabajo por cuenta propia; de Valladolid, (sección 3.ª), de 29 de enero de 2004 (JUR 2004,81119) irrelevancia de la existencia de trabajos eventuales al ser discontinuos y de duración breve; de Murcia, (sección 1.ª), de 12 de abril de 2005 (JUR 2005,266591) escasa formación profesional y escasas expectativas laborales; de León, (sección 3.ª), de 27 de febrero de 2006 (AC 2006,606) hace referencia al acceso al mercado laboral prácticamente inviable; de Las Palmas, (sección 3.ª), de 14 de mayo de 2007 (JUR 2007,288605) ingresos de la esposa como consecuencia de haber estado trabajando constante matrimonio y hacerlo en la actualidad; de Las Palmas, (sección 3.ª), de 12 de junio de 2008 (JUR 2008,302137) la percepción de una pensión por desempleo, presume en cierto modo su posibilidad para trabajar y poder alcanzar remuneración para sí misma; y, de A Coruña, (sección 5.ª), de 10 de junio de 2009 (JUR 2009,311341) no procede la pensión por desequilibrio, pues, ambos esposos tienen fácil acceso al mercado laboral.

65 *Vid.*, las SSAP de Valencia, (sección 9.ª), de 8 de febrero de 2000 (AC 2000,3876) matrimonio mantenido casi 30 años con dedicación completa a la familia que impidió su acceso al campo laboral; de Tarragona, (sección 1.ª), de 27 de abril de 2000 (AC 2000,2200) matrimonio mantenido durante más de veinticinco años con dedicación a las atenciones y cuidado de si esposo y de sus cuatro hijos, carencia de cualificación profesional; de Murcia, (sección 1.ª), de 19 de julio de 2001 (JUR 2001,270417) dedicación al cuidado y atención a la familia durante los años que duró el matrimonio con periodos cortos de actividad laboral; de A Coruña, (sección 6.ª), de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2003,7816) duración de 27 años del matrimonio durante el cual la esposa dejó de trabajar para atender a la familia, y altos ingresos del esposo como médico especialista; y, de Murcia, (sección 5.ª), de 11 de noviembre de 2003 (JUR 2004,36186) dedicación exclusiva a la familia durante 30 años.

5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge[66].
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal[67].
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge[68].

Se trata de una enumeración no tasada, sino ejemplificativa, y, sin que deba seguirse el orden que marca el citado precepto; lo que, permite al juez operar con una amplia discrecionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión[69]. Constituyen, por tanto, criterios orientativos (estamos ante una lista abierta, como así lo determina el artículo 97.9.ª «cualquier otra circunstancia relevante»), y no determinativos para el Juez, que no se excluyen entre sí y deben ponderarse en su conjunto[70].

---

66 *Vid.*, la SAP de Ávila, 14 de marzo de 2002 (JUR 2002,128887).

67 *Vid.*, las SSAP de Málaga, (sección 6.ª), de 4 de mayo de 2000 (JUR 2000,304635) matrimonio durante doce años, carencia de ingresos y de cualificación profesional, dedicación a los cuidados de la casa y de la familia; de Castellón, (sección 2.ª), de 30 de mayo de 2001 (JUR 2001,265532) duración de 29 años del matrimonio; de A Coruña, (sección 2.ª), de 19 de junio de 2002 (JUR 2003,5249) atiende a la edad de la esposa, la duración del matrimonio y su entrega al mismo; de Las Palmas, (sección 4.ª), de 15 de julio de 2002 (JUR 2003,6124) convivencia conyugal durante 20 años dedicándose a atender el hogar, y carencia de específica cualificación profesional; de Barcelona, (sección 18.ª), de 20 de noviembre de 2003 (JUR 2004,5877) duración de la convivencia durante 22 años; y, de Madrid, (sección 24.ª), de 23 de mayo de 2007 (JUR 2007,312997) matrimonio con una duración de 26 años teniendo la esposa 51 años y habiéndose dedicado a las labores domésticas.

68 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009,3) no procede la pensión compensatoria por encontrarse el marido en el momento de la separación en situación de paro; y, las SSAP de Alicante, (sección 4.ª), de 5 de abril de 2001 (JUR 2001,167031); de Islas Baleares, (sección 4.ª), de 12 de junio de 2001 (JUR 2001,259725); de Pontevedra, (sección 4.ª), de 21 de febrero de 2002 (JUR 2002,116425); y, de Murcia, (sección 1.ª), de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008,35632) se determina la cuantía de la pensión en función de las circunstancias concurrentes: duración del matrimonio, edad de los cónyuges, dedicación a la familia y caudal de los cónyuges; y, la falta de cualificación profesional.
La SAP de Valencia, (sección 10.ª), de 24 de abril de 2007 (JUR 2007,211262) se utilizan como criterios la dificultad de la demandante para desempeñar una vida laboral normal, pues, está cuidando a su madre, que padece una grave enfermedad degenerativa.

69 En este coincide mayoritariamente la doctrina, vid., Roca Trías, E. «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.,* p. 405; García Varela, R. «Comentario al artículo 97 del Código Civil», *op. cit.,* p. 127.

70 *Vid.*, la SSTS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2012 (RJ 2012,10435) procede la pensión. 21 años de matrimonio. Escasa cualificación profesional y mínima experiencia dados los años de edad laboral dedicados exclusivamente al cuidado de la familia. Empleo a tiempo parcial del que obtiene un pequeño salario; de 17 de mayo de 2013 (RJ 2013,3703) ausencia de desequilibrio económico, pues, el matrimonio no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio,

Ahora bien, las circunstancias del artículo 97 del Código Civil operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio, pero también como módulos de cuantificación de su montante económico (STS, Pleno Sala de lo

con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación, más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro; de 17 de mayo de 2013 (RJ 2013,3703) ausencia de desequilibrio económico. Suficiente cualificación y aptitud profesional de la esposa para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico. Trabajos antes y durante el matrimonio con el plus de adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales; de 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013,7823) acreditación de que la esposa ha atendido en exclusiva a la familia, durante muchos años, durante los que también estudió la carrera de Derecho. Las atenciones a la numerosa prole le han impedido aspirar a un trabajo estable. El alto poder adquisitivo del esposo permitió un elevado nivel de vida durante el matrimonio, pero no consta que vaya a beneficiar a la esposa tras el divorcio, al no haberse incrementado el patrimonio de la misma; de 21 de febrero de 2014 (RJ 2014,1140) procede la pensión por la dedicación de la esposa en exclusiva a la familia durante 21 años. Trabajos intermitentes de influencia negativa en su desarrollo profesional y en su cotización a la Seguridad Social que exige la oportuna compensación; de 12 de julio de 2014 (RJ 2014,4583) se estima la pensión por desequilibrio atendiendo a la edad de la esposa, al tiempo dedicado a la familia, a la extensa duración del matrimonio; a la ausencia de cotización a la Seguridad Social, nula experiencia profesional pese al título de psicóloga y dificultad del mercado laboral actual; de 30 de septiembre de 2014 (RJ 2014,4865) ausencia de desequilibrio. Esposa con depresión que percibe ayuda municipal para la vivienda que reclama la pensión al marido que percibe una pensión de incapacidad por importe de 1661 euros al mes y a cuyo cargo se encuentran los dos hijos comunes. Separación de hecho durante cinco años previas a la demanda de separación sin que la esposa hubiera solicitado prestación económica al marido; y las SSAP de Álava, (sección 1.ª), de 30 de marzo de 2015 (JUR 2015,127303) ausencia de desequilibrio económico. Trabajo de forma temporal antes de contraer matrimonio y cese voluntario al casarse. Cobro de una pensión por incapacidad; de Madrid, (sección 24.ª), de 11 de junio de 2015 (JUR 2015,186440) se estima la pensión compensatoria. la esposa se ha dedicado prácticamente en exclusiva al cuidado y atención de la familia. Por su edad es difícil su incorporación al mercado laboral, mientras que el esposo trabaja. Existencia de un desequilibrio económico de la misma producido por el cese de la convivencia conyugal; de Cantabria, (sección 2.ª), 5 de noviembre de 2015 (JUR 2016,34833) procede la pensión por la existencia de una larga duración del matrimonio, escasa formación de la actora, dedicación al cuidado de la casa y colaboración en las actividades del matrimonio. Tienen una discapacidad del 65 % y falta de prueba sobre recursos económicos propios; de Huelva, (sección 2.ª), de 9 de noviembre de 2015 (JUR 2016,30125) procede la pensión de 700 euros con carácter indefinida. 29 años de matrimonio. Pensión de incapacidad total concedida a la mujer. Falta de cualificación que hace improbable su incorporación al mundo laboral; de Murcia, (sección 4.ª), de 12 de noviembre de 2015 (JUR 2015,301893) no procede la pensión, pues, tiene estudios universitarios y durante el matrimonio ha desempeñado ininterrumpidamente actividad laboral como funcionaria interina. Ingresos ligeramente inferiores a los del marido; de La Rioja, (sección 1.ª), de 19 de febrero de 2016 (JUR 2016,75623) estimación de desequilibrio económico debido a la situación de la esposa que ha realizado ocasionalmente trabajos en domicilios y en contra, incluso de los deseos de su marido, así como la dedicación plena a la familia durante el matrimonio; de Madrid, (sección 22.ª), 11 de marzo de 2016 (JUR 2016,98869) acreditación de que la esposa con 47 años nunca ha trabajado. Ha estado dedicada a la

Civil, 864/2009, de 19 de enero de 2010, luego reiterada en SSTS, Sala de lo Civil, 702/2010, de 4 de noviembre; 59/2011, de 14 de febrero; 104/2014, de 20 de febrero; 495/2019, de 25 de septiembre; 100/2020, de 12 de febrero; y, 1429/2023, de 17 de octubre, entre otras muchas), así como para determinar su fijación como temporal o ilimitada (SSTS, Sala de lo Civil, 304/2016, de 11 de mayo; 153/2018, de 15 de marzo; 692/2018, de 11 de diciembre; 598/2019, de 7 de noviembre; 120/2020, de 20 de febrero; 245/2020, de 3 de junio; 418/2020, de 13 de julio, 807/2021, de 10 de febrero o 435/2022, de 30 de mayo). En definitiva, sobre la trascendencia y función de las circunstancias contempladas en el artículo 97 del Código Civil se expresa, con claridad, la STS 472/2011, de 15 de junio, cuando precisa que: «el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restaurar el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 del Código Civil. Tienen la doble función de actuar como «elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión) que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre».

Por su parte, la cuantía de la pensión será el que acuerden los cónyuges o, en su defecto, el que establezca el juez en la sentencia. Se concreta en la entrega de una cantidad periódica de dinero, fija, normalmente mensual, abonable durante los doce meses al año; aunque, se han dictado resoluciones en las que se han tenido en cuenta períodos de tiempo dispares, atendiendo a la pluralidad de ingresos de quienes trabajan por cuenta ajena, haciéndose eco de las pagas extraordinarias, por corresponder éstas también a ingresos del deudor, y, asimismo, teniendo en cuenta las mayores necesidades de los

familia y a los hijos y aun convive un hijo con aquella; de Tarragona, (sección 1.ª), de 18 de marzo de 2016 (JUR 2016,99535) existencia de desequilibrio económico. Matrimonio que duró 43 años. La esposa se dedicó al cuidado de los hijos y de la casa. Carece de ingresos y de posibilidad de obtenerlos dada su edad superior a los 70 años; de Guadalajara, (sección 1.ª), de 30 de marzo de 2016 (JUR 2016,98466) ausencia de desequilibrio económico atendiendo a la limitadísima duración del matrimonio y la falta de relación causal de su situación con la dedicación a la familia y edad laboral de la recurrente que constaba a la fecha de la demanda con 35 años, no habiendo desmentido su trabajo como agente de seguros; y, de Asturias, (sección 6.ª), de 18 de abril de 2016 (JUR 2016,11932) procedencia a favor de la esposa de 250 euros en atención a la dedicación a la familia, duración del matrimonio y escasa cualificación profesional. Carácter indefinido de la prestación marital.

períodos a que las mismas corresponde (pagos por Navidad o vacaciones). La determinación del montante de la pensión puede hacerse por relación a una cantidad cierta o mediante la fijación de un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago de la misma[71]. En cuanto al momento del pago, habrá de estarse a lo dispuesto en el propio convenio regulador o a la resolución judicial; y, en su defecto, se realizarán por meses anticipados (aplicación analógica del artículo 148.2)[72].

III. La compensación económica por el trabajo doméstico

El desequilibrio implica un empeoramiento en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que tenía el otro cónyuge[73]. Ahora bien, la pensión compensatoria puede coexistir con una pensión de alimentos en caso de separación, al no ser incompatible[74], no así de divorcio, al extinguirse el derecho de alimentos como consecuencia de éste[75]. Y no es sustitutiva del derecho de alimentos, si se hubiera acordado, aunque puede influir en su determinación cuantitativa a la hora de apreciar la existencia de desequilibrio o empeoramiento de la situación económica.

Por otra parte, los cónyuges, en virtud de su autonomía de voluntad, pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador que, tendrá las características del artículo 153 del Código Civil, es decir, se tratará de alimen-

71 En la SAP de A Coruña, (sección 6.ª), de 7 de marzo de 2016 (LA LEY 34693,2016) se computa el dinero obtenido por el rescate de un plan de pensiones para determinar la situación económica del esposo obligado al pago de una pensión compensatoria.

72 En este sentido, Roca Trías, E. «Comentario al artículo 99 del Código Civil», *op. cit.,* p. 407; García Varela, R. «Comentario al artículo 99 del Código Civil», *op. cit.,* p. 141.

73 *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2011 (RJ 2011,5666). Por su parte, la SAP de Madrid, (sección 22.ª), de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015,94200) la cuantía de la prestación de alimentos ha de ser proporcionada a la capacidad económica de cada obligado y las necesidades del alimentista.

74 *Vid*., las SSTS, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987,9194); y, de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009,1637).

75 *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1995 (RJ 1995,2151); y, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008,5688).

tos voluntarios, que pueden tener carácter oneroso, en cuyo caso, se regirán por lo dispuesto en el artículo 1791 del Código Civil, o, un carácter gratuito. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría ya que los contratantes no tienen un derecho legal al reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges. A menos que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio, por lo que alimentista deberá seguir prestándolos, a menos que en el propio convenio se haya determinado otra cosa en relación con la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido[76].

Al respecto, la STC 178/2020, de 14 de diciembre, se manifiesta categórica, al referirse a un canon reforzado de tutela judicial efectiva, que determina que la aplicación de las normas procesales deba someterse a un criterio de flexibilidad, con atribución de holgadas facultades al juez, con amplios márgenes para las alegaciones de las partes, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, con la finalidad de conseguir que el interés del menor pueda ser garantizado. De esta manera, como no podía ser de otra forma, se ha expresado la STS, Sala de lo Civil, 281/2023, de 21 de febrero, y las citadas en ella, en la que se puede leer: «estos procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (artículo. 10.1 y 39 de la CE), se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (artículo 752 de la LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción».

Ahora bien, resulta oportuno señalar, como dispone la STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2018[77] que, no es posible la compensación de la pensión compensatoria y la pensión de alimentos y establece al efecto que, en la sentencia recurrida se yerra al considerar, en la práctica, que la pensión de alimentos y la pensión compensatoria participan de la misma naturaleza, de forma que las cantidades que en las mismas se establecen podrán compensarse, planteamiento que es claramente contradictorio con el texto legal y con la doctrina jurisprudencial. En este sentido la STS, Sala de lo Civil, 529/2015, de 23 de septiembre[78] declara: «Del simple tenor del artículo 151

76 A favor de tales pactos, se pronuncia las SSTS, Sala de lo Civil, de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010,5261) pacto de alimentos con renuncia a la pensión compensatoria, con la reserva del derecho a reclamarla en un proceso de divorcio; y, de 4 de noviembre de 2011 (LA LEY 208022,2011); y, la SAP de Barcelona, (sección 12.ª), de 13 de julio de 2004 (LA LEY 166161,2004). En contra, se pronuncian las SSAP de Cádiz, (sección 5.ª), de 27 de marzo de 2000 (LA LEY 67972,2000); y, de Málaga, (sección 4.ª), de 31 de enero de 2007 (LA LEY 48084,2007).

77 RJ 2018,216.

78 RJ 2015, 4022.

en relación con el artículo 1200.2 del Código Civil, queda clara la imposibilidad de compensar los alimentos, pues una es la deuda del padre con el hijo y otra diferente es la existente entre los ex-cónyuges por lo que procede aceptar los motivos planteados, apoyada la recurrente por el Ministerio Fiscal». Asimismo, declara la STS, Sala de lo Civil, 10/2010, de 9 de febrero[79]: «Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuáles son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS, Sala de lo Civil, de 17 octubre y 21 noviembre 2008; y, 10 marzo 2009, entre otras). Es, por ello que, la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas. ...sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria». Por tanto, dado que la pensión de alimentos y la pensión compensatoria tienen naturaleza diferente, no puede subordinarse económicamente una a la otra.

Necesariamente, es necesario analizar la posible convivencia e interrelación de las medidas patrimoniales con respecto al derecho a la compensación por trabajo doméstico que prevé el artículo 1438 del Código Civil en sede de régimen de separación de bienes. Hay que señalar que, si bien, es cierto ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, lo que la STS, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 reiterada en la de 31 de enero de 2014 pone fin a esta controversia[80]. Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico; y, de otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no es solo una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finaliza-

79 RJ 2010, 526.

80 RJ 2011,5122 y RJ 2014,813.

ción del régimen. Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente de conciliar la vida laboral y familiar. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en caso cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer puedan convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial; es posible pactar igualdad en el reparto de las funciones en el matrimonio; fijar los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ello. Lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 del Código Civil, como es el caso del artículo 232.5.1 del Código Civil catalán en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el casa («sustancialmente más que otro» señala), así como el incremento patrimonial superior al disponer «siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio o nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior del acuerdo con lo establecido en la presente sección».

Ciertamente, la pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del artículo 1438 del Código Civil, no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge, que también aprovecha y afecta a la institución del citado artículo 1438 del Código Civil.

La razón de ser de tal compensación por trabajo doméstico deriva de que, en los regímenes económico matrimoniales en los que no se produce una comunicación de bienes entre los cónyuges, como es el de separación, puede generarse un desequilibrio económico cuando uno de los miembros del matrimonio se dedica al cuidado del hogar familiar y, en su caso, de los hijos o parientes convivientes con ellos, lo que le hace merecedor de una compensación mediante el establecimiento de una compensación en el momento de su extinción.

Esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación,

al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma.

Por otra parte, este precepto tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978, durante la reunión 298, en la cual, en su apartado III, concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, n.º 8 i) establece que: «Las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común, con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares».

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado que el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (SSTS 534/2011, de 14 de julio; 16/2014, de 31 de enero; 135/2015, de 26 de marzo; 136/2015, de 14 de abril entre otras).

Por su parte, la Ley 15/2005 introdujo en el artículo 68 del Código Civil, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes; por lo que, si son satisfechas exclusivamente por uno de ellos, no sorprende se establezca el derecho a la compensación. Esta dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas, atención a los miembros de la familia, cuidados del hogar, dirección de la casa, podrán ser valoradas a los efectos de fijar la compensación del artículo 1438 del Código Civil. Con ello, se ha empleado de forma gráfica, para conceptuar tal derecho, la expresión de salario diferido, si bien en estricta técnica jurídica no es tal, pues no estamos ante la retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada. En definitiva, cada cónyuge ha de contribuir, como pueda y hasta donde pueda hacerlo, en el proyecto común de convivencia marital, y, por lo tanto, el trabajo para el hogar se configura como una forma de contribución a las cargas del matrimonio, así como un título para obtener en su caso una compensación pecuniaria por normativa aplicación del mentado artículo 1438 Código Civil, al liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges

En esta línea, de reconocimiento y determinación del alcance de la compensación por el trabajo para la casa previsto en el citado artículo 1438, la STS, Sala de lo Civil, 534/2011, de 14 de julio, fijó la siguiente doctrina, ratificada en otras ulteriores como, por ejemplo, en la STS 185/2017, de 14 de marzo, según la cual: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

Las posibles dudas interpretativas que dichas resoluciones suscitaron en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, determinó que se dictasen las SSTS 135/2015, de 26 de marzo, 136/2015, de 14 de abril y 614/2015, de 15 de noviembre, en las que se fijó la doctrina jurisprudencial de que la aplicación del artículo 1438 del Código Civil: «(...) exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento».

En este contexto, a su vez, la STS, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2015[81] concretó como doctrina jurisprudencial lo siguiente: «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Sin embargo, primero la STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 252/2017, de 26 de abril complementó la jurisprudencia de este Tribunal, dando una interpretación a la expresión normativa «trabajo para la casa», que no cercena la aplicación del artículo 1438 del Código Civil, cuando se trata de actividades profesionales o negocios familiares, precisando que: «Por tanto esta Sala de lo Civil debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 del Código Civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, al supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del

81 RJ 2015,1170.

hogar se haya realizado «por cuenta ajena»; y, en segundo lugar la STS, Sala de lo Civil, 18/2022, de 13 de enero, citada por la sentencia 229/2024, de 2 de febrero, tras resumir la evolución de la jurisprudencia de la citada Sala de lo Civil, reconoció una compensación a favor de la esposa aun cuando durante un tiempo simultaneó la realización de las tareas domésticas con un trabajo retribuido fuera del hogar, al entender que ese dato se podía considerar para aquilatar la cuantía de la compensación, pero no para determinar la exclusión del derecho a su percepción cuando la esposa había estado dedicada en exclusiva al cuidado de la casa y de los hijos durante más de diecisiete años.

En la STS, Sala de lo Civil 357/2023, de 10 de marzo, se precisa que si en el momento de la extinción del régimen económico de separación de bienes el cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares con los ingresos obtenidos en su actividad profesional pero también ha obtenido ganancias de su trabajo por cuenta ajena compense a quien lo ha hecho aportando toda su dedicación personal a la familia y a la casa, es razonable exigir que de la compensación se descuente todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor de la compensación. La doctrina de la sala ha admitido que puede haber una «anticipada compensación pecuniaria» que puede tenerse en cuenta, aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación (SSTS, Sala de lo Civil, 6/2014, de 31 de enero; 658/2019, de 11 de diciembre; y, 357/2023, de 10 de marzo).

De ahí que, con la adquisición de la vivienda familiar la esposa ya ha recibido una compensación patrimonial durante el matrimonio y no procede fijar ahora en el momento de la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes una nueva compensación (STS, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 2024)[82].

En fin, la circunstancia de que el demandado destinase su sueldo a satisfacer las cargas del matrimonio no supone que la esposa no tenga derecho a obtener una compensación económica por su exclusivo trabajo doméstico en los términos del art. 1438 del Código Civil. En la STS, Sala de lo Civil, 16/2014, de 31 de enero: «(...) la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de «desigualdad peyorativa»; lo que, supone denegar la pensión cuando el 100 % del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. (...)

82 Roj. STS 5357/2024; ECLI:ES:TS:2024:5357.

Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe (...)».

Por su parte, la forma de determinar la cuantía de la compensación la STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 recuerda que puede ofrecer algunos problemas: «En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 del Código Civil se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar este régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código Civil no contiene ningún tipo de orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no de participación de bienes de los artículos 1441 y siguientes del Código Civil. Una de las opciones posibles es el equivalente al *salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona*, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuento se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro»[83]. En este contexto, la STS, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017[84], en línea, con las anteriores —SSTS, Sala de lo Civil, 135/2015, de 26 de marzo[85]; 136/2015, de 14 de abril[86]; y, 614/2015, de 15 de

83 RJ 2015,5322. En esta línea, la STS, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2023 (Roj. STS 4408/2023; ECLI:ES:TS:2023:4408).
Por su parte, la SAP de Asturias, (sección 7.ª), de 22 de abril de 2016 (LA LEY 52866,2016) concluye para fijar el importe de la indemnización por el trabajo doméstico que «debe computarse toda la duración del matrimonio en la que D.ª Carina se dedicó al cuidado del hogar y de los hijos comunes, excluyendo los nueve meses que estuvo trabajando en el negocio de su esposo y como más correcto a dicha compensación el aplicar los importes del salario mínimo interprofesional correspondientes a cada una de las anualidades (no la del último año como solicita la recurrente) por estimarse que se ajusta más al importe real que hubiera supuesto la contratación de una tercera persona para la realización de dichas labores, debiendo fijarse el importe de la indemnización en 74.000 euros».

84 RJ 2017,880. *Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil de 28 de febrero de 2017 (RJ 2017,673).

85 RJ 2015, 1170.

86 RJ 2015, 1528.

noviembre[87]— señala lo siguiente: «Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, («solo con el trabajo realizado para la casa»); lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen —STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011— «Asimismo, señalan las SSTS, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015[88] y de 5 de mayo de 2016[89] que se trata de una norma de liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque puede tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación.

En todo caso, precisa la STS, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017[90] que «Es preciso distinguir la compensación del artículo 1438 del Código Civil, de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil. Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la «dedicación pasada y futura a la familia». Por otro lado, la compensación del artículo 1438 del Código Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Ciertamente, en base al artículo 1438 del Código Civil, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio

87 RJ 2015, 5322.

88 RJ 2015,5414.

89 JUR 2016,104094.

90 RJ 2017,1720. Asimismo, en la línea marcada por la jurisprudencia manifiesta la STS, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5414) señala a su vez que se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación».

y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del artículo 1438 del Código Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo».

Ahora bien, cuando se introduce el último apartado del artículo 1438 en el Código Civil, se hace bajo la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que plasma el principio constitucional de igualdad (artículo 14 de la CE) y ello para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. La regla sobre compensación contenida en el artículo 1438 del Código Civil, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. En la realidad social actual (artículo 3.1 del Código Civil), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia. De ahí que, resulte relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por tanto, la Sala de lo Civil, declara que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, *en condiciones laborales precarias*, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 del Código Civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar, sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra.

De todas formas esta indemnización por el trabajo para la casa del artículo 1438 como señala la STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018[91] se

91 RJ 2018,568.

puede instar en el procedimiento de separación o divorcio; ahora bien, ello requiere la formulación de reconvención como así aconteció en los casos en los que el tribunal se pronunció al respecto, a título de ejemplo, las sentencias 678/2015, de 11 de diciembre; 589/2017, de 6 de noviembre; 94/2018, de 20 de febrero; 497/2020, de 29 de septiembre y 229/2024, de 21 de febrero; o cuando tal petición se formuló directamente en demanda (SSTS 658/2019, de 11 de diciembre; 18/2022, de 13 de enero; 357/2023, 10 de marzo; 362/2023, de 13 marzo, y 1423/2023, de 17 de octubre, entre otras)[92].

Por su parte, sobre compatibilidad entre la compensación por el trabajo para la casa y la pensión compensatoria se pronuncian las SSTS, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019[93]; y, de 21 de febrero de 2024[94].

Respecto a la valoración de la precariedad en las condiciones de trabajo, la STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2020[95] declara que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 del Código Civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Con este pronunciamiento, «se adapta la jurisprudencia de esta sala, recogida entre otras en sentencias 534/2011 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra; lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en la STS, Sala de lo Civil, 136/2017, de 28 de febrero que, atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada, a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado "por cuenta ajena"».

En todo caso, en esa interrelación compensación para el trabajo de casa y pensión compensatoria en la STS, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 2023[96] ponderando todas las circunstancia concurrentes en el caso enjuiciado (dedicación al hogar de la esposa desde el nacimiento del primer hijo en febrero de 2008, los catorce meses trabajados que son excluyentes de la indemnización y el hecho de haberse establecido ahora una pensión compensatoria indefinida) se considera que, la cantidad fijada en la instancia como indemnización resulta adecuada a los efectos del artículo 1438 del Código Civil, pues utiliza

92 En esta línea, la STS, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 2024 (Roj. STS 5604/2024; ECLI:ES:TS:2024:5604).

93 RJ 2019,5090.

94 JUR 2024,62578.

95 RJ 2020,3770.

96 Roj, STS 869/2023; ECLI:ES:TS:2023:869.

un parámetro de referencia generoso como es el SMI, superior al coste medio de una empleada de hogar (600 euros mensuales) y, además el tiempo de convivencia *more uxorio* se compensa con la pensión compensatoria establecida.

Efectivamente, la compensación del citado artículo 1438 de Código Civil, como hemos señalado en líneas precedentes, se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente.

Y, en fin, partiendo que el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos. Nada obsta a reconocer que las partes podían libremente acordar la pensión compensatoria ajustándose a los parámetros aceptados por los cónyuges en situación de crisis y transigiendo sobre una suerte de medidas que las partes consideran mejor para el interés propio y el de los hijos. Por tanto, se infringen los artículos 1225 y 1091 del Código Civil, cuando no se tiene en cuenta lo negociado. Además, la no inclusión de la compensación o de la indemnización por el trabajo doméstico en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad[97].

97 Para la STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2012 (Roj. STS 8539/2012; ECLI:ES:TS:2012:8539) constituye también jurisprudencia de esta Sala que, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación —de modo que puede renunciarse—, como en su propia configuración, queda a facultad de los cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a ese respecto. Y todo ello sin perjuicio de que también se admita la posibilidad de que los cónyuges contemplen derechos económicos a favor de uno de los esposos que resulten independientes de que concurran o no los requisitos para la pensión compensatoria, pues esta Sala ha considerado que se trata de pactos válidos que no tienen limitado su objeto y que sirven para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios.

4

DE LA INDISOLUBILIDAD A LA DISOLUCIÓN VOLUNTARIA: EVOLUCIÓN E IMPACTO DEL DIVORCIO EN EL SISTEMA JURÍDICO MATRIMONIAL ESPAÑOL

Mercedes Salido

Profa. Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)
mercedes.salido@unir.net

Sumario: I. Consideraciones iniciales. II. Aproximación al concepto civil y canónico de matrimonio. 2.1. Marco jurídico básico de referencia. 2.2. Concepto de matrimonio: elementos esenciales y accidentales. 2.2.1. Noción civil de matrimonio. 2.2.2. Noción canónica de matrimonio. III. Origen y evolución del divorcio en España. 3.1. Evolución histórico-jurídica en los argumentos de su implantación. 3.1.1. La Ley del divorcio de 1932. 3.1.2. La Ley del divorcio de 1981. 3.1.3. Modificaciones legales en la materia: Ley 15/2005, de 8 de julio, y Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. IV. Afectación al actual sistema matrimonial español. 4.1. Breve referencia al marco normativo. 4.2. Consecuencias jurídicas: cambio estructural del matrimonio.

Resumen: Este estudio examina la evolución y el impacto de la generalización del divorcio como causa de disolución matrimonial en el sistema jurídico español y en la propia noción de matrimonio. Lo que inicialmente se concibió como una excepción a la indisolubilidad, acabó transformándose en un derecho irrenunciable de los cónyuges, desplazando la estabilidad como rasgo definitorio y configurando un modelo matrimonial con nuevos perfiles. Esta evolución ha dado lugar a una redefinición del matrimonio civil, al supeditarse la pervivencia del vínculo a la voluntad continuada de ambos cónyuges. Ello introduce una mayor inestabilidad estructural que afecta a la finalidad y protección del matrimonio como institución. En cualquier caso, el divorcio representa también un avance en la autonomía personal al permitir a los cónyuges decidir si desean o no mantener el vínculo, si bien plantea la cuestión de qué tipo de libertad es realmente la que se ejerce.

Palabras clave: divorcio, matrimonio, sistema, causa, estabilidad.

Abstract: This study examines the evolution and impact of the widespread use of divorce as a cause of marital dissolution in the Spanish legal system and on the very notion of marriage. What was initially conceived as an exception to the indissolubility of marriage has become an inalienable right of spouses, displacing stability as its defining characteristic and shaping a marital model with new features. This evolution has led to a redefinition of civil marriage, as the continuation of the bond is now subject to the continued will of both spouses. This introduces greater structural instability that affects the purpose and protection of marriage as an institution. In any case, divorce also represents an advance in personal autonomy by allowing spouses to decide whether or not they wish to maintain the bond, although it raises the question of what kind of freedom is actually being exercised.

Keywords: divorce, marriage, system, cause, stability.

I. Consideraciones iniciales

Conviene comenzar con la precisión de que el negocio jurídico matrimonial —del que aquí se va a tratar— se integra en el denominado «Derecho de familia»[1], que actualmente es regulado por el Derecho privado (civil o confesional). Así, sin definir el término «familia», la actual Constitución española (en adelante, CE) liga la realidad familiar al matrimonio y la diferencia de la familia de origen no matrimonial (art. 39 CE)[2].

En este orden de cosas, para una parte importante de la población (aunque no necesariamente mayoritaria), no solo española sino de las democracias occidentales en general, y no únicamente bajo una concepción religiosa sino de orden natural, el matrimonio sigue siendo una institución entre un hombre y una mujer, ordenado a la procreación y de naturaleza indisoluble. En buena lógica, entre sus aspiraciones se encuentra el reconocimiento civil de dicha realidad matrimonial así constituida, para dotarla de verdadera eficacia y virtualidad práctica. En esta línea, los últimos cambios legales han dado cabida, cada vez más, al reconocimiento de variadas formas de contraer matrimonio y de convivencia similar. Las modificaciones sufridas en el Código civil (en adelante, CC) tras la promulgación de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) abren la posibilidad de contraer matrimonio con efectos civiles a aquellos que se ajusten a una forma religiosa prevista por iglesia, confesión, comunidad o federación religiosa inscrita en el Registro de Entidades Religiosas (en adelante, RER) y que haya obtenido notorio arraigo en España (art. 60.2 CC).

1 El derecho a casarse y la familia, en su momento fundacional, coinciden en su significado, lo que se deduce del art. 16.1 de la Declaración Universal de Naciones Unidas con relación a sus textos de desarrollo.

2 Martín, M.ª del M., «Consideraciones sobre el concepto de familia en el Derecho español», en Arrieta. J. I, ed., *Ius Divinum. Atti del XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico,* Marcianum Press, (Venezia 17-21 settembre 2008), p. 1366.

Sin embargo, pese a esta positiva ampliación del espectro de celebraciones religiosas civilmente reconocidas, son de señalar dos objeciones: por un lado, solo se hace referencia al reconocimiento civil de la «forma de celebración», obviando, en su caso, la sustantividad propia del régimen matrimonial de que se trate; y, por otro, como podrá constatarse, el divorcio se generaliza a todas las regulaciones, aplicándose a toda clase de matrimonio. En efecto, en España, tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, se admite el divorcio como forma de disolución de todo tipo de matrimonio, no solo el ajustado a la normativa estatal civil, sino también el realizado en una forma religiosa acordada o autorizada por dicha legislación, o incluso el celebrado conforme al Derecho canónico. Por tanto, el divorcio, en el sistema matrimonial español, se configura como una causa generalizada de disolución del matrimonio.

Como primera consecuencia, se constata que la ley civil presenta como único modelo el matrimonio disoluble, frente a la normativa canónica matrimonial, que considera la alianza válidamente constituida entre los cónyuges como irrevocable e indisoluble[3]. Cabría preguntarse si no quedarían mejor (y verdaderamente) reconocidos y garantizados los derechos de libertad e igualdad religiosa (arts. 16 y 14 CE, respectivamente) y el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), permitiendo a los futuros contrayentes la opción de un matrimonio indisoluble, bien posibilitando la renuncia a la acción de divorcio, bien admitiendo su libre configuración como tal[4]. Una regulación en tal sentido, a su vez, desembocaría en una mayor estabilidad de las uniones matrimoniales, considerando que no consiste en perpetuar a toda costa un vínculo inexistente, sino en otorgarle eficacia en caso de haberse configurado válidamente. Con ello, se reforzaría la propia configuración constitucional de la familia como elemento fundamental en la sociedad, al establecer como principio rector su debida protección social, económica y jurídica por parte de los poderes públicos (art. 39 CE).

No obstante, estas cuestiones, aunque interesantes, no van a ocupar el objeto de estudio en este trabajo, por constituir un tema que requiere un desarrollo propio y profundo que escapa a su propósito; va a ser, en cambio, el examen de la implantación del divorcio como causa de disolución del matrimonio y su afectación al sistema matrimonial español vigente la materia central de examen. La atención a los efectos que se han derivado de la generalización de dicha causa en el sistema matrimonial español resulta oportuna y provechosa

3 Con indisolubilidad absoluta (a salvo la causa ordinaria de extinción del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges) si se trata de un matrimonio rato y consumado, c. 1141 CIC.

4 Sobre el tema puede consultarse: Salido López, M., «La renuncia a la acción de divorcio», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado [ADEE],* vol. XXXV, 2019, pp. 417-458. Disponible desde internet en: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2019-10041700458> [Última consulta: 26/11/2026].

si se atiende a las históricas contiendas, con relación a la competencia sobre la materia matrimonial, entre la Iglesia católica y el Estado español. Esta generalización ha producido una redefinición funcional del matrimonio, transformándolo en un vínculo esencialmente potestativo y centrado en la autonomía individual. Para evaluar con precisión el alcance de esta transformación, resulta imprescindible confrontar este modelo con la tradición canónica, cuya construcción jurídica se articula sobre una ontología del matrimonio y una estructura normativa fuertemente finalista. La comparación entre ambos sistemas permite identificar con nitidez los elementos considerados estructurales en la institución matrimonial y valorar el impacto real de las reformas civiles en la configuración del sistema matrimonial español.

La necesidad de un sistema jurídico matrimonial integral en el que se regulen los diversos regímenes matrimoniales existentes se convierte en exigencia que interesa verificar y, en su caso, garantizar. En orden a conseguir tal aspiración, se tienen como objetivos específicos tanto el análisis básico de la concepción civil y canónica de matrimonio, clave para aprehender, en toda su extensión, la institución del divorcio, como el estudio cronológico de su introducción y evolución en España y de sus principales razones. Ambos temas facilitarán el entendimiento del régimen jurídico matrimonial actual y permitirán extraer consecuencias en su aplicación.

II. Aproximación al concepto civil y canónico de matrimonio

Como se comentaba, antes de abordar el impacto que la generalización del divorcio ha tenido en nuestro sistema matrimonial, resulta oportuno partir de una aproximación a la noción de matrimonio e identificar qué elementos ha preservado, transformado o descartado el legislador civil en el contexto de la expansión del divorcio, para evaluar en qué medida estas modificaciones afectan a la estructura y funcionalidades jurídicas de la originaria institución matrimonial.

2.1. Marco jurídico básico de referencia

La Constitución española de 1978 reconoce, en el art. 32.1 (Sección 2.ª, Capítulo 2.º, Título I), el derecho del hombre y la mujer a «contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», y establece, en su apartado segundo, que será el legislador quien reglamente «las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»[5]. No se comprende en esta regulación

5 Esta regulación constitucional es, en alguna medida, heredera del art. 43 de la Constitución republicana de 1931 y está redactada conforme a los más relevantes textos interna-

una definición propiamente dicha de matrimonio[6], pero, de la ubicación del precepto en el texto constitucional y del mandato al legislador recogido en el citado parágrafo segundo, se desprende la obligación legal de respetar su contenido esencial constitucionalmente marcado[7]. Sobre este núcleo esencial[8] se volverá más adelante.

A su vez, el art. 149.1.8.ª, a propósito de las comunidades autónomas, establece la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre las *«relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio»*, de lo que se deriva la imposibilidad de un sistema en el que concurran diversos matrimonios civiles de implantación autonómica junto al reconocimiento de los matrimonios religiosos.

En lo que al marco jurídico legal y convencional de desarrollo se refiere, interesan fundamentalmente los arts. 44 a 107 del CC, al igual como el art. VI y Protocolo final del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Iglesia católica y el Estado español de 3 de enero de 1979 (en adelante, AAJ), que acogen el denominado matrimonio concordatario, esto es, aquél que, celebrado según las normas del Derecho canónico (cc. 1055 a 1165 del Código de Derecho canónico, en adelante CIC), tiene reconocidos efectos civiles. También los Acuerdos firmados entre el Estado español con las Entidades evangélicas y las Comunidades israelita e islámica (en adelante, FEREDE, FCJI y CIE, respectivamente), de 10 de noviembre de 1992, particularmente el art. 7 de cada uno de ellos, resultan de aplicación al tema. Sobre toda esta normativa básica se irá tratando a lo largo del desarrollo del trabajo.

Junto a estas disposiciones, evidentemente, se entroncan una enorme diversidad de normas de desarrollo, de diferentes rangos, que tocan aspectos más puntuales, pero que igualmente inciden en el diseño legal del matri-

---

cionales en la materia: art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.

6 El matrimonio, según se refleja incluso en el propio debate constituyente, es una institución tan conocida que se entendió que no necesitaba definición, al igual como tampoco se precisó lo que es educación, religión, propiedad o mercado (*vid.,* voto particular del Magistrado D. Andrés Ollero a la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ5). Lo único que se previó fue su posterior y necesario desarrollo legal.

7 Así viene confirmado en la jurisprudencia constitucional (entre otras, la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ3, BOE núm. 193, de 13/08/1981): la garantía constitucional de la institución matrimonial *«... asegura... la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»*.

8 Sobre la materia del contenido esencial del derecho al matrimonio y su respeto como garantía constitucional, un estudio recomendable sería el ofrecido por Baura de la Peña, E., «El "contenido esencial" del Derecho constitucional al matrimonio», en *ADEE*, núm. 4, 1988, pp. 337-374.

monio en España (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil; Decreto de 14 de noviembre de 1958, de Reglamento de Registro civil, Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, de Registro de Entidades Religiosas, etc.), así como aquellas leyes que han ido modificando el CC en la materia (Ley 15/2015, de 2 de julio, de JV; Ley 13/2005, de 1 de julio, etc.). También se aludirá a ellas en su momento.

2.2. Concepto de matrimonio: elementos esenciales y accidentales

La regulación del matrimonio difiere de manera notable en los órdenes civil y canónico, divergencia que se explica fundamentalmente por la distinta concepción de la institución, de su objeto y de los elementos que cada sistema considera estructurales. En este apartado se ofrece una aproximación comparada a ambas nociones, con el fin de disponer del necesario marco conceptual que servirá de sustento a la reflexión sobre las consecuencias del divorcio en el sistema matrimonial español.

En efecto, es claro que toda declaración de voluntad (como lo es la matrimonial) ha de especificarse con relación a un objeto y a una causa, y no producirse sobre el vacío, así como evidente resulta que su finalidad va a consistir precisamente en constituir la relación matrimonial tal y como la concibe el determinado ordenamiento jurídico de que se trate. Por tanto, no es posible acometer de manera adecuada el estudio del divorcio y sus posibles efectos sin atender en un primer instante a dicha noción matrimonial. Debe aclararse, sin embargo, que se trata de un mero «acercamiento» al tema conceptual, atendiendo a las diferencias y rasgos fundamentales en orden a lo que al trabajo propuesto interesa[9].

En este sentido, se entiende comúnmente que *«el matrimonio ha sido y sigue siendo en todos los tiempos la situación más habitual de vida de los seres* humanos»[10]. Esa unión de carácter estable entre dos personas por la que se crea una relación jurídica, base de la familia tradicional, se encuentra en el sentir instintivo de la noción de matrimonio. La etimología latina del

9 Para un profundo estudio del tema, *vid.,* Hervada, J., «La identidad del matrimonio», pp. 283-310. Disponible desde internet en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/11991>, [Última consulta: 24/11/2025].; *ibidem*, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio* (2000)*,* Eunsa, Pamplona; *Ibidem*, *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*; Jémolo, *El matrimonio* (1954). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, traducción española al cuidado de Santiago Sentís Melendo; Gaudemet, J., *El matrimonio en Occidente*, tr. M.ª Barberán/F. Trapero, Taurus, Madrid, 1993; Díez-Picazo L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil,* IV *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2011.

10 Bañares, J. I., «Matrimonio ante el Estado y matrimonio ante la Iglesia», en Izquierdo C, Soler C. (eds.), *Cristianos y Democracia*, Eunsa, Pamplona, 2005, p. 307.

término *matrimonium* —habitualmente vinculada a *mater* y *munus*— ha sido interpretada como expresión de una dimensión generativa que, si bien no es determinante en todos los sistemas jurídicos contemporáneos, sí ha desempeñado un papel estructural en tradiciones jurídicas como la canónica[11]. Precisamente, la orientación a la procreación, junto a la estabilidad de la unión y la complementariedad sexual constituyen algunos de los elementos que mayor distancia revelan entre las concepciones civil y canónica del matrimonio. En este sentido, mientras que el Derecho civil ha tendido progresivamente a desvincular la institución de elementos finalistas de carácter objetivo y a reforzar la autonomía de los contrayentes como eje de su estructura, el Derecho canónico mantiene una concepción del matrimonio fuertemente definida por su dimensión antropológica y por finalidades específicas, como la generación y educación de la prole o el bien de los cónyuges. Estas diferencias se proyectan directamente sobre la configuración jurídica del consentimiento, de las propiedades del vínculo y de las causas de su disolución, aspectos que resultan decisivos para comprender la posición del divorcio en el sistema matrimonial español.

2.2.1. Noción civil de matrimonio

Atendiendo al desarrollo legal, en el ordenamiento jurídico civil no existe una definición de matrimonio propiamente dicha[12]. Así, el parágrafo primero del art. 44 del CC declara la existencia del derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer conforme a las disposiciones del mencionado cuerpo legal, pero sin entrar a construir o enunciar una definición concreta. Ello no puede llevarnos a la conclusión de que no exista concepción alguna de la institución matrimonial en dicho orden normativo, sino únicamente a afirmar que ésta viene dada por las características y requisitos exigidos en él.

La doctrina civilista ha intentado suplir esta falta de definición legal mediante aproximaciones conceptuales que destacan, entre otros rasgos, la

11 Con esta etimología se pretendía aludir a la función principal que cumple la madre en el matrimonio, tanto en lo que se refiere a la generación como a la educación de los hijos. Al respecto, *vid.*, Díaz Moreno, J. M.ª, *Derecho canónico*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1991, p. 185, cit. en Pérez Tortosa, F., «Proceso y nulidad matrimonial canónica», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 6, 2010, p. 148. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en <https://bit.ly/2VXvNnv> [consultado el 15/11/2025].

12 Conviene recordar que no fue hasta 1580 cuando aparece por primera vez, en Holanda, el matrimonio civil y que, hasta el s. XIX —propugnado por la Constitución francesa de 1791 y desarrollado en el Código de Napoleón de 1804—, no llegó a generalizarse; así, desde el s. X hasta el XVI, el matrimonio canónico fue prácticamente el único vigente en Europa. Posteriormente, el panorama va a verse sustancialmente modificado con la Reforma protestante y las Guerras de religión, que dividen a Europa en Estados católicos y Estados protestantes. Particularmente, en España, la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870 supuso su introducción.

existencia de una *«unión de dos personas de distinto o igual sexo, concertada de por vida mediante la existencia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia»*[13]. Dicha unión, se añade, ha de ser voluntaria, nacida del consentimiento de las partes y de carácter jurídico. De igual modo, la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges queda expresamente reflejada en el art. 66 CC, como a nivel constitucional se reconoce su plena igualdad jurídica a contraer matrimonio (art. 32 CE). También se reconoce la naturaleza jurídica del matrimonio como negocio solemne, en el que el consentimiento solo despliega efectos tras cumplirse los requisitos formales previstos (art. 45 en relación con los arts. 49 y 50 CC). No obstante, aunque de inicio parezca requerir su concertación «de por vida» —mediante ciertas formalidades y con el fin de realizar una plena comunidad—, en la práctica, la evolución legislativa[14] ha consolidado un modelo en el que el consentimiento adquiere una dimensión marcadamente revocable, permitiendo la disolución del vínculo por decisión unilateral y sin exigencia causal, lo que configura el matrimonio civil como una unión esencialmente disponible para las partes.

Además de en la doctrina civilista, también la jurisprudencia constitucional ha aportado definiciones y descripciones relevantes sobre los rasgos esenciales del matrimonio en este orden, como sucede en la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, que lo define como *«comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento»* (FJ9)[15]. Este pronunciamiento confirma la interpretación evolutiva de la institución y subraya la relevancia del elemento volitivo prestado en la forma requerida y de la igualdad entre las partes.

---

13 Díez-Picazo L. y Gullón, A., *Sistema de...*, cit., p. 62.

14 Principalmente: *Ley 30/1981, de 7 de julio,* por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC en materia de nulidad, separación y divorcio; *Ley 13/2005, de 1 de julio,* por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio (introduciendo el matrimonio entre personas del mismo sexo; añade un segundo párrafo al art. 44 del CC: *«el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»); Ley 13/2005, de 8 de julio,* por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio (basta que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, transcurridos tres meses desde la celebración); y *LJV 15/2015, de 2 de julio*, por la que suprime la dispensa de edad matrimonial y se regula la separación o divorcio de mutuo acuerdo de cónyuges sin hijos menores fuera del ámbito judicial, ante el Secretario judicial o Notario.

15 STC 198/2012, de 6 de noviembre (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012) por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 13/2005.

En consecuencia, y desde esta sucinta aproximación, puede deducirse que civilmente se caracteriza el matrimonio como una institución legal, con estructura formal, fundamentalmente orientada a la protección de un proyecto convivencial entre dos personas, con base en la autonomía de la voluntad y en la igualdad de los contrayentes, y cuya estabilidad no está garantizada por exigencias intrínsecas del vínculo, sino por el conjunto de deberes y derechos que el ordenamiento atribuye a los cónyuges. La posibilidad de disolver el matrimonio a través del divorcio —que desde la reforma de 2005 no exige causa ni mutuo acuerdo— refuerza esta proyección del matrimonio como una relación jurídica disponible, cuyo mantenimiento depende de la voluntad continuada de las partes.

Esta configuración ha conducido a que el matrimonio civil se conciba, en términos generales, como una institución jurídica que prescinde de finalidades objetivas o elementos antropológicos específicos, por considerarse estos como elementos metajurídicos[16], quedando reducido, según algunos, a mera «formalidad legal y social convencional»[17]. El consentimiento matrimonial, exigido como elemento esencial, opera en el marco de estos presupuestos y se valida principalmente a través de su manifestación formal, lo que explica el carácter consensual y, al mismo tiempo, solemne del negocio matrimonial en el orden civil.

De esta concepción civilista sobre el matrimonio se deduce la existencia de un Derecho matrimonial esencialmente privado, que proclama la abstención del poder público de toda interferencia, y por el que las partes, ligadas por un contrato o acuerdo de voluntades libremente estipuladas, pueden negociar continuamente sobre los términos, tanto de su actuación como de su disolución[18]. De esta manera, se entiende que en el concepto de matrimonio civil quepan tanto relaciones entre personas de distinto o igual sexo, como aquellas disolubles en cualquier tiempo a voluntad de una sola de las partes o las que excluyen la prole, con los únicos rasgos comunes entre ellas de exigencia: (1) del debido respeto, ayuda mutua y actuación en interés de la familia (art. 67 CC); (2) de la obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse (art. 68 CC); y (3) del hecho de constituir relaciones esencial-

16 Viladrich, P. J. y Perkins, M., «Las secuencias de la sexualidad humana y sus asociaciones en la expresión canónica del matrimonio. En busca de un lugar de encuentro entre las grandes culturas y tradiciones sobre el matrimonio», en AA. VV., *Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, p. 105. Disponible desde Internet en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/10.pdf> [consultado el 12/11/2025].

17 Viladrich, P. J., *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona, 1984, p. 124.

18 No hay que olvidar que, aunque la mayor parte de los preceptos del Derecho de familia —en el que se incluye la regulación jurídica del matrimonio— han poseído siempre un carácter imperativo que limita la autonomía de la voluntad de las partes, paulatinamente se va permitiendo un mayor ámbito de acción de la autonomía privada en este campo. En este sentido, *cfr.*, Díez-Picazo L. y Gullón, A., *Sistema...*, cit., pp. 44-45.

mente monógamas (art. 46.2 CC). Por tanto, la base resulta ser básicamente la situación permanente de convivencia de dos personas entre sí, con la voluntad de estar «casados».

Con lo expuesto, se constata un progresivo desplazamiento de aquellos elementos estructurales históricamente asociados al modelo matrimonial occidental, en favor de una configuración más abierta y centrada en la autonomía dispositiva de los contrayentes. Siguiendo lo que ya apuntaba Navarro Valls hace más de tres décadas (1994), se percibe un progresivo *«vaciamiento del matrimonio civil de ciertas notas o características que de un modo u otro mantenían en conexión con un mundo de valores objetivos, la más de las veces propios de la tradición judeo-cristiana»*[19]; valores que a continuación se pasan a describir con el análisis del concepto canónico de matrimonio. Previamente, se apunta que la concepción canónica de matrimonio se reviste de especial importancia, dado el consenso general y pacífico de considerar que la regulación jurídica matrimonial en Occidente hunde sus raíces en el Derecho canónico[20], lo que constituye una de las grandes excepciones al origen romano de la mayoría de las instituciones de Derecho privado.

2.2.2. Noción canónica de matrimonio

En contraste con el orden civil, para el Derecho canónico el matrimonio se describe en el parágrafo primero del canon 1055.1 del vigente CIC de 1983 como la *«alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole», y que «fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados».* En este precepto legal se reúnen los elementos esenciales de la concepción canónica del matrimonio: la propiedad de la exclusividad o unidad/fidelidad debida entre los cónyuges y de la permanencia/indisolubilidad en el tiempo del vínculo contraído; su doble finalidad de generación y educación de la prole y del bien debido de los cónyuges; y, todo ello, bajo el presupuesto básico de la heterosexualidad de las partes. El último inciso del c. 1055.1 añade la nota de la ineludible sacramentalidad de todo matrimonio válido entre bautizados, lo que deriva en el refuerzo de las propiedades señaladas. En suma, el matrimonio, según esta descripción, constituye una relación nueva entre dos sujetos

19 Navarro Valls, R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 111.

20 *Cfr.,* Ferrer Ortiz, J., «Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española», en *Revista Ius et Praxis,* núm. 2, 2011, pp. 392-393. ISSN 0717–2877, Disponible desde internet en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art15.pdff> [consultado, 15/11/2025]. Cabe señalar que, aunque en sus inicios la Iglesia carecía de una regulación propia sobre el matrimonio y, por ello, se acogía a la que ofrecía la sociedad mientras respetara el Derecho natural y divino, con el tiempo fue «cristianizando» diversos elementos tomados del Derecho judío, germánico y romano, hasta desarrollar una elaborada construcción técnica en la Edad Media, *vid., Ibidem*, p. 393.

(varón y mujer) que, tras la libre manifestación de sus voluntades, forman una unión con un objetivo común, comprometiéndose a ciertas conductas futuras y con la existencia de una tendencia natural a la permanencia de lo pactado.

Particularmente importante resulta el parágrafo segundo del citado precepto legal, que conceptualiza expresamente la alianza descrita como «contrato matrimonial». La naturaleza contractual del matrimonio ha sido negada por un buen número de canonistas con base en, entre otras[21], una razón del todo relevante a la materia que aquí se trata: la idea de que dicho carácter contractual dificulta de manera radical la justificación de su propiedad esencial de indisolubilidad[22], en cuanto que, como contrato, sería rescindible por las partes a su voluntad. No obstante, habría que estar con Vázquez García-Peñuela[23] en que en esa postura se dan, al menos, dos errores: de un lado, estimar que la disolubilidad forma parte de todo contrato, como si elemento inherente fuera y, de otro, que ningún contrato pueda tener características peculiares, como podría ser la indisolubilidad en el matrimonio. En esta línea, debe entenderse que la noción de contrato no implica necesariamente disolubilidad, dado que el ordenamiento puede atribuir características particulares a ciertos negocios jurídicos, entre ellas, la imposibilidad de disolverlos por voluntad de las partes. Así, la categoría contractual funciona como cauce técnico para expresar la dimensión volitiva del consentimiento sin afectar a las propiedades esenciales del vínculo.

En última instancia, la configuración matrimonial descrita llevó a definirlo como «la unión marital de varón y mujer, entre personas legítimas, que retiene una comunidad indivisible de vida»[24].

---

21 Se alega que los contratos tienen su sede propia en el campo patrimonial, mientras que el matrimonio carece de dicho ámbito, además de la no utilización por el Concilio Vaticano II, en la Constitución *Gaudium et Spes*, del término «contrato», sustituyéndolo por el de «alianza» u otros. Sin embargo, ni la patrimonialización de la noción de contrato ha sido uniforme ni absoluta, de manera que impida dar cabida entre ellos al matrimonio —además de tener como capítulos de nulidad matrimonial evidentes categorías jurídicas negociales (dolo, simulación, coacción, etc.)—, ni el rehúso de la terminología jurídica fue por considerar superada la concepción contractual del matrimonio, sino más bien por el propósito consciente de no presentar un texto jurídico sino pastoral. Sobre el no uso del término contrato por la Constitución *Gaudium et Spes*, *vid.,* Navarrete, U., *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II,* 2a ed., Roma, n. 83, 1994.

22 A este respecto, *vid.,* Carreras, J., *Las bodas: sexo, fiesta y derecho,* 2a ed., Madrid, 1998, pp. 73-74.

23 Vázquez García-Peñuela, J. M.ª, «El matrimonio es un contrato (concretamente, un contrato de sociedad)», en *Ius canonicum*, vol. 39, n.º extra 1, 1999, pp. 614-615.

24 Lombardo, P. *Sententiarum libri quatur*, lib. IV, dist. 27, cap. 2., cit. en Fornés, J., *Derecho matrimonial canónico*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 17. Téngase en cuenta que el término matrimonio es utilizado tanto para referirse a su celebración (matrimonio *in fieri*), como a la sociedad o comunidad de vida que forman los esposos una vez celebrado (matrimonio *in facto esse*). Las definiciones clásicas del Derecho romano, formuladas en el s. III por Ulpiano (Institución del Justiniano, 1, 9, 1) y Modestino (D. 23.3.1), de la que es tributaria la ofrecida por P. Lombardo, ponen de manifiesto el núcleo natural del matrimonio.

No obstante, la nota más destacable para la definición de matrimonio, en lo que al tema interesa, la ofrece la expresión «por su misma índole natural», de la que se trasluce que el diseño referido del matrimonio a tenor del Derecho canónico —propiedades, fines y presupuesto básico— deriva de una determinada comprensión antropológica de la persona y de la relación conyugal, que otorga al matrimonio una estructura objetiva previa a su positivación jurídica. La expresión indica que las propiedades y finalidades del vínculo no derivan solo de una construcción normativa, sino de una determinada concepción antropológica sobre la complementariedad sexual y la vocación de la unión conyugal a la procreación y educación de la prole. Bajo este presupuesto, se afirma que «el matrimonio es una institución ínsita en la naturaleza humana, y no una construcción artificial de una cultura caducable»[25]. En este sentido encaja perfectamente la definición dada por Hervada del matrimonio como «el desarrollo, normal y adecuado, de la permanente e invariada tendencia o inclinación natural de la persona humana a la unión varón-mujer en orden a la procreación de los hijos, conforme a las exigencias de orden que son inherentes a esa tendencia»[26].

Por tanto, se hace imprescindible identificar los elementos que caracterizaron al modelo antropológico sobre el cual la concepción matrimonial, tanto canónica como civil, se fundamentó en sus inicios[27]. A tal efecto, se parte de la base de que relaciones entre personas puede haber muchas y muy variadas, y que ningún orden normativo les otorga un mismo y único nombre, sino que tiende a seleccionar el paradigma en esas relaciones que mejor exprese los valores del modelo antropológico que dicha cultura posea y estime como verdadero. Por tanto, la idea de matrimonio responde siempre a esa selección del modelo antropológico escogido[28].

Esta premisa de la que parte el orden canónico es clave para dilucidar y entender en su integridad su concepción o definición del matrimonio. Así, aunque la causa del vínculo conyugal sea la libre voluntad de los contrayentes, lo que hace posible la unidad formada es la natural y radical complementariedad que existe potencialmente entre ellos. Esa complementariedad, concretada en la dimensión sexual de la persona humana, no es una invención del hom-

25 Viladrich, P. J. y Perkins, M., «Las secuencias de la...», cit., p. 27. Ya se pronunciaba en el mismo sentido Aristóteles, en su libro Ética a Nicómaco, Mestas, Madrid, 2006, *«la amistad entre marido y mujer parece tener su fundamento en la natur*aleza, y ello es así porque el hombre, por naturaleza, propende a vivir en pareja antes que en comunidades políticas. Los demás animales se asocian entre sí en la medida en que lo exige la procreación; el hombre y la mujer cohabitan no sólo por la procreación, sino por los demás fines de la vida».

26 Hervada, J., «Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural», en Hervada, J., *Escritos de Derecho natural*, Pamplona, 1993, p. 183.

27 Viladrich, P. J. y Perkins, M., «Las secuencias de la...», cit., p. 2.

28 *Ibídem*.

bre, sino que viene dispuesta en la propia naturaleza y, por tanto, tenerla en cuenta a la hora de regular legalmente el matrimonio se convierte en exigencia. En consecuencia, el ordenamiento jurídico canónico define el objeto o contenido propio del consentimiento matrimonial, estableciéndolo en el *«acto de voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio»* (c. 1057.2 CIC), lo que confirma que el núcleo de la institución descansa en la mutua donación personal orientada a un vínculo permanente y exclusivo. Esta entrega, en cuanto recae sobre una realidad considerada intrínsecamente ordenada a finalidades objetivas, configura un consentimiento cualificado, distinto del que exige el orden civil (aptitud de los contrayentes para prestar su consentimiento y consecuencia jurídica de su inexistencia, arts. 56.2.º y 73.1 CC, respectivamente).

Por tanto, puede observarse, si añadimos lo anteriormente expuesto respecto a qué se entiende que es el matrimonio, que lo esencial del acuerdo de voluntades en el Derecho canónico es la entrega y aceptación mutua del varón y la mujer en su conyugabilidad (c. 1057.2 en relación con c. 1055.1 CIC), mientras que en el Derecho civil se basa en la voluntad individual de cada uno de los contrayentes de permanecer unidos, con los únicos deberes antes referidos (arts. 67 y 68 CC), atenuados en gran medida al admitirse la disolución del vínculo sin su incumplimiento y sin necesidad de mutuo acuerdo.

En suma, la concepción canónica del matrimonio se articula sobre un modelo normativo que integra dimensiones antropológicas y finalistas, que concibe el matrimonio como una institución dotada de elementos esenciales indisponibles. Frente a ello, el Derecho civil, al priorizar la autonomía de la voluntad y la disponibilidad del vínculo, ofrece un modelo de matrimonio esencialmente distinto, lo que constituye un punto de partida imprescindible para comprender las transformaciones introducidas por la generalización del divorcio en el sistema matrimonial español.

III. Origen y evolución del divorcio en España

De las tres principales situaciones que incluye la expresión «crisis matrimonial»[29], es el divorcio, como causa de disolución de un matrimonio válido, la que va a desarrollarse.

29 Separación conyugal (cc. 1151 a 1155 CIC y arts. 81 a 84 CC); nulidad matrimonial (aunque resulte discutible su inclusión —por cuanto un matrimonio declarado nulo no es, en puridad, un verdadero matrimonio, sino solo aparenta serlo, ya que no hubo vínculo matrimonial válido—, no hay duda es que detrás de toda declaración de nulidad existe una crisis matrimonial); y disolución (además de la muerte de uno de los cónyuges, como causa de disolución ordinaria y coincidente en ambos órdenes jurídicos, el Derecho canónico contempla [con efectos jurídicos] la dispensa del matrimonio rato y no consumado [c. 1142 CIC y art. VI.2 del AAJ, en relación con art. 80 CC]. En el Derecho civil, la causa de disolución por excelencia es el divorcio [art. 86 CC]).

3.1. Evolución histórico-jurídica en los argumentos de su implantación

Durante largo tiempo, prácticamente hasta el siglo XVI, el matrimonio en Occidente fue considerado de forma pacífica como institución natural, con determinados fines y propiedades esenciales (principalmente: generación y educación de la prole, heterosexualidad, unidad e indisolubilidad). Se apreciaba como una *res mixtae*, en la que a la Iglesia le correspondía la competencia jurisdiccional en lo relativo a la existencia del vínculo y a las causas de separación, mientras que al Estado le atañían los efectos civiles. Paulatinamente, esta concepción fue variando, hasta que, en los últimos años, puede decirse que solo el Derecho canónico la sigue manteniendo (c. 1055 CIC) para todos los matrimonios (dado el anteriormente apuntado origen natural y no canónico de la institución).

Cabe considerar que este cambio conceptual, orientado a la secularización del modelo matrimonial originario, se inicia con la aparición e introducción del matrimonio civil, ocasionado, a su vez, por la Reforma Protestante y las guerras de religión (1525-1648)[30]. En efecto, la idea de matrimonio que mantuvieron sus máximos exponentes —Lutero y Calvino— fue contraria a varios de los presupuestos básicos hasta entonces admitidos pacíficamente, y favorecedora de celebrarlo ante autoridades civiles y en aplicación de normas estatales (en ejercicio del principio *cuius regio eius religio* y de la consideración del matrimonio no como sacramento sino como materia estatal sujeta al poder temporal, dejando a salvo las disposiciones religiosas respecto a sus ritos de celebración). De esta manera, se produce la ruptura de la unidad religiosa en Occidente, que derivó en el desconocimiento del matrimonio canónico por parte de determinados Estados proclives a la Reforma. Con ello, se sientan las bases para la aparición del matrimonio civil (Holanda, 1580)[31], inicialmente de manera subsidiaria al religioso y, posteriormente, como única clase de matrimonio.

Sin embargo, como bien ha sido argumentado por la doctrina[32], este primer paso supuso una mera secularización de las nupcias, pero no de la institución propiamente dicha, que siguió manteniendo sus rasgos fundamentales (fines y propiedades esenciales naturales), aunque con algunos matices. En este sentido, y atendiendo a la indisolubilidad, los reformadores la sustituyeron por el rasgo de *«estabilidad»* matrimonial, ya que se admitió el divorcio vincular, aunque únicamente como remedio extremo en los casos de adulterio

30 *Cfr.,* Ferrer Ortiz, J., «La eficacia civil del matrimonio canónico en una sociedad secularizada», en *Ius ecclesiae*, XXX, 1, 2018, p. 106 y ss.

31 *Cfr.,* Ferrer Ortiz, J., «Del matrimonio...», cit., p. 396.

32 González del Valle, J. M.ª, «Mis perplejidades sobre el matrimonio», en *Ius Canonicum. Escritos en Honor a Javier Hervada*, volumen especial, 1999, pp. 554-556.

o abandono malicioso de la mujer por parte del marido. Esta nota de excepcionalidad es muestra del pequeño grado de secularización matrimonial de estos primeros tiempos, aunque pronto irá extendiéndose, con el aumento de las causas de divorcio y la entrada, no solo en países reformados, sino también en católicos (principalmente, como consecuencia de la difusión de las tesis regalistas y laicistas), bien para los que no profesasen la religión católica, bien para todos, con carácter general.

De manera particular, la implantación del divorcio sufre un salto cualitativo durante la Revolución francesa, en la que ve allanado su camino al afirmarse de manera rotunda que *«la ley considera el matrimonio solamente como un contrato civil»* (art. 3 de la Constitución francesa de 1791). La previsión constitucional tuvo reflejo material en la Ley de 20 de septiembre de 1792, en la que se recogió el divorcio por numerosas causas, incluyendo el mutuo consenso o la incompatibilidad de caracteres a solicitud de uno solo de los contrayentes[33]. Posteriormente, sucesivas normas van a ir ampliando las causas de divorcio y simplificando su procedimiento (bastaba probar, mediante acta de notoriedad y seis testigos, haber vivido separados durante seis meses)[34].

Paulatinamente, este proceso siguió avanzando, adentrándose en numerosos países de Europa y América, y generalizándose hacia el s. XIX en aquellos lugares que a la hora de elaborar sus normas tomaron como punto de referencia el Código civil napoleónico de 1804. No obstante, debe señalarse que la situación descrita resultaba compatible con la firma de Concordatos con la Iglesia católica, en los que se reconociesen efectos civiles al matrimonio canónico. Finalmente, en la actualidad, el divorcio ha penetrado en la gran mayoría de legislaciones civiles matrimoniales, brindando a los cónyuges procedimientos jurídicos cada vez más rápidos y simples e instaurando el divorcio por decisión unilateral y sin causa alguna.

En suma, previa apertura a un tímido modelo de divorcio por parte de las doctrinas reformistas sobre el matrimonio, las ideas inspiradoras de la Revolución francesa fueron decisivas en su generalización en Europa; lo que en un comienzo se introduce por vía de excepción a la indisolubilidad propia —hasta entonces— de todo matrimonio, posteriormente se difumina en estabilidad matrimonial como rasgo distintivo, hasta instalarse como derecho irrenunciable de los contrayentes.

---

33 *Vid.*, Blas Zuleta, L., «La nueva Ley del divorcio en Francia», núm. 1072, 1976, pp. 10-16. Disponible desde internet en <https://bit.ly/2yqDsR1> [consultado, 15/11/2025].

34 Los efectos de esta legislación provocaron que, en 1798, el número de divorcios superase al de matrimonios celebrados. Ante estas consecuencias, un nuevo Decreto revolucionario derogó las amplias facilidades que se habían concedido, volviéndose al régimen establecido en la Ley de 1792. A su vez, el Código civil napoleónico de 1804 acogió el divorcio por mutuo consenso (sujeto a estrictos requisitos), redujo a tres las causas para poder solicitarlo, complicó y elevó el precio del procedimiento y suprimió el divorcio por voluntad unilateral.

A continuación, se va a atender al origen del divorcio en España y a la evolución en las razones de su implantación[35], con base en el estudio de sus dos principales hitos normativos.

3.1.1. La Ley del divorcio de 1932

En España, hasta principios del siglo XVI, convivieron diversos regímenes matrimoniales (principalmente, canónico, judío e islámico). Va a ser mediante la Real Cédula del monarca Felipe II, de 12 de julio de 1564, que acepta y recibe los decretos del Concilio de Trento en el territorio español, por la que se instaura como única forma admitida de contraer matrimonio la recogida en la legislación canónica. Como resulta evidente, en el transcurso de esta etapa, no se conoció el divorcio. El matrimonio se entendía como una unión perpetua y exclusiva entre hombre y mujer, por lo que, solo se contemplaron en su regulación supuestos de nulidad y de separación. Es más, incluso con la aprobación, en la época republicana, de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se instaura un sistema de matrimonio civil obligatorio (art. 2), se mantuvo la regulación canónica de dicha institución en su tradicional concepción de matrimonio perpetuo e indisoluble (art. 1), fundamentada en su invocado carácter natural[36].

Sin embargo, con la proclamación de la Segunda República, el 14 de abril de 1931, el divorcio va a introducirse por primera vez en el territorio español, inspirado en el principio imperante de competencia exclusiva del Estado en materia jurídico-matrimonial y atribución a la jurisdicción civil de los supuestos de resolución conflictuales de su aplicación. Particularmente, la Constitución de 1931, al tiempo que implantó un sistema de matrimonio civil obligatorio, lo hizo disoluble, mediante el establecimiento del divorcio vincular en su art. 43: *«El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos cónyuges y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa».* En consecuencia, la Ley de 2 de marzo de 1932, de Matrimonio civil, lo hizo efectivo y aplicable a cualquier matrimonio, con independencia de su forma y fecha de celebración (art. 1), siempre que se dieran algunas de las seis causas que mencionaba su art. 3 (sirvan de ejemplo: el adulterio, la bigamia, el abandono culpable durante un año, etc.). De esta manera, se configuraba el mutuo disenso como

35 Para una visión de conjunto, realiza una excelente sinopsis Ferrer Ortiz, J., «Del matrimonio...», cit. pp. 391-418.

36 Como es sabido, por Decreto de 9 de febrero de 1875 se deroga la Ley de 1870. El principal motivo es su alejamiento de la conciencia social, lo que produjo que fuese sistemáticamente incumplida, provocando gran inseguridad jurídica. Resulta clarificadora la opinión del propio autor material de la Ley (Montero Ríos) sobre la mayor perfección de la legislación canónica, y la afirmación de que tan solo se *«quiso sustituir el sacerdote por el juez; la Iglesia por el Juzgado, la Biblia por los artículos de la ley, y los Tribunales eclesiásticos por los civiles»,* en Puig Peña, F., *Tratado de Derecho Civil Español,* t. II, vol. I, Madrid, 1947, p. 61.

principio para obtener el divorcio y se abría un cauce para la acción unilateral del divorcio, aunque se rechazaba un sistema de repudio por arbitraria decisión unilateral de uno de los cónyuges, al ser exigidas tasadas y justas causas. En suma, se opta por el modelo de divorcio culpa, admitiendo, solo a modo de excepción, motivos no culposos[37]. El sistema matrimonial determinado en la ley, sucintamente descrito, fue clara muestra del principio de separación Iglesia-Estado y supuso un firme impulso en orden a la secularización que irremediablemente ha venido sufriendo.

Sin embargo, poco tiempo después, el 23 de septiembre de 1939, tras la finalización de la Guerra civil española, se derogó esta Ley del divorcio, volviendo a la situación anterior, hasta la promulgación de la actual Constitución de 1978. En efecto, durante la etapa franquista, en una España eminentemente confesional católica, la aprobación de una ley civil que regulara la ruptura conyugal resultaba del todo incongruente e impensable. En realidad, puede decirse que el artículo único de la mencionada ley derogatoria del divorcio se limitaba a convertir una situación de hecho en una de derecho[38]. De esta manera, durante el régimen franquista, se mantuvo la indisolubilidad del matrimonio, perdurando hasta los primeros años de vigencia del citado texto constitucional. Concretamente, mediante una simple Orden ministerial, de 10 de marzo de 1941, en cuya Exposición de Motivos se expresaba la intención de modificar la legislación matrimonial en orden a adaptarla al Derecho canónico, se confirma la obligatoriedad del matrimonio canónico para cuantos profesasen la religión católica, recogida en el entonces vigente art. 42 del CC (en su redacción dada por la Ley de abril de 1958, era necesario probar dicha no profesión)[39]. A su vez, la firma del Concordato de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español valdría para afianzar el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas canónicas (art. XXIII).

3.1.2. La Ley del divorcio de 1981

El 20 de noviembre de 1975, muere el general Franco y, en apenas dos años, con la convocatoria de las primeras elecciones democráticas de 1977, se constata un gran cambio en la materia, con la inclusión de la aprobación de una ley proclive a una fácil disolución conyugal en varios programas de

37 Daza Martínez, J., «La Ley de divorcio de 1932. Presupuestos ideológicos y significación política», p. 166. Disponible desde internet en <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5908/1/ALT_01_13.pdff> [consultado el 18/11/2025].

38 Ibán C., I., «Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)», en *Anuario de Derecho civil*, vol. 32, 1979, p. 140.

39 Sobre la interpretación jurisprudencial de la condición de no profesar la religión católica puede consultarse Ibán C., I., «Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español (1938-1978)», en *Anuario de Derecho civil,* 1981, pp. 259-369.

diversas fuerzas políticas de la izquierda española[40]. Como era previsible, la cuestión del divorcio sufrió una importante transformación con el nuevo de ciclo histórico.

La aprobación del texto constitucional no hizo sino reforzar esta visión, principalmente con la previsión establecida en el art. 32 de dejar en manos del legislador ordinario la materia concerniente a la forma de matrimonio, la edad, la capacidad para contraerlo y los derechos y deberes de los cónyuges, así como, *«las causas de separación y disolución y sus efectos».* Se hacía así eco de los cambios sociales del momento, y se dejaba en manos del legislador ordinario el discutido asunto de la ruptura matrimonial. El constituyente, por tanto, no se pronunció sobre la opción indisolubilidad del matrimonio o divorcio[41].

Poco tiempo después, el partido en el poder (UCD), consciente de la necesidad de plantearse la elaboración de una ley sobre la materia, presentó al Consejo de Ministros un proyecto de Ley de divorcio, en 1979, a manos del entonces recién nombrado Ministro de Justicia, Iñigo Cavero[42]. Destaca en su texto, por un lado, la longitud de los plazos en lo que a las causas de divorcio que se contemplaban se refiere (en algunos supuestos se requería el transcurso de hasta 4 años ininterrumpidos) y, por otro, lo dispuesto en los arts.

40 En las segundas elecciones democráticas, celebradas en marzo de 1979, el partido de Suárez (UCD) también incluyó su oferta sobre el divorcio en su programa político en los siguientes términos: «El ordenamiento civil salvaguardará la estabilidad del matrimonio y la familia. El matrimonio canónico tendrá plenos efectos civiles tal como lo reconoce y regula el derecho común del Estado. El principio de la libertad religiosa y el pluralismo democrático proclamados por el Concilio Vaticano II y por la nueva Constitución española implican que no siempre es posible ser elevado a categoría de norma legal lo que constituye una exigencia ético-religiosa cuya plenitud de efectos debe promoverse y lograrse en el ámbito de esa libertad religiosa garantizada por el Estado. La ley civil que tutela esa conciencia religiosa no puede, sin embargo, imponer hasta el límite las consecuencias de ese ideal religioso sin discriminar a los ciudadanos. Los tribunales del Estado tendrán la competencia exclusiva en lo que se refiere a la separación de los cónyuges, a la disolución del vínculo civil y a la posibilidad de reconocer la sentencia de nulidad sacramental siempre que se ajuste al derecho del Estado. No se admitirá el divorcio por mero acuerdo de los cónyuges. Las causas de separación y disolución a efectos civiles han de ser tasadas y graves para los supuestos en que los matrimonios estén definitivamente rotos y en todo caso se protegerán especialmente los intereses de los hijos», en DE SANTA OLALLA SALUDES, P. M., «La Ley de divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica», en *Espacio, Tiempo y Forma,* Serie V, Historia contemporánea, 2001, p. 526.

41 Va a ser precisamente esta ambigüedad la que motivó a la SS a introducir en su AAJ una cláusula unilateral para proteger al matrimonio concordatario del divorcio, reafirmando el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recordando a los contrayentes el respeto que le deben a sus propiedades esenciales (art. VI.3).

42 El Informe, bajo la rúbrica de *«La reforma del régimen matrimonial del CC y la regulación legal del divorcio»*, fue finalmente incluido dentro de la reforma del Título VIII del CC, remitiéndose al Consejo de Ministros en enero de 1980 y aprobándose en la Cámara baja el 18 de febrero del mismo año.

81 y 87, en los que se prescribía: primero, la condición ineludible para poder divorciarse de la *«existencia de quiebra profunda y difícilmente superable de la convivencia conyugal»* y, segundo, la posibilidad judicial, de manera excepcional, de denegarlo cuando produjese *«perjuicios de especial gravedad»* en los hijos o el otro cónyuge, suponiendo dicha prudencia una traba importante en la obtención de la ruptura, aun con el mutuo acuerdo de los contrayentes.

Sin embargo, la obtención de la cartera de Justicia por Francisco Fernández Ordónez produjo un nuevo cambio en la dirección del proyecto divorcista de Cavero y, con el objetivo de hacer efectiva la ruptura conyugal de todo matrimonio fracasado que lo solicitase, se rehízo el texto[43]. Las novedades más relevantes apuntaban a la reducción de los plazos, la facilitación del divorcio por mutuo consentimiento, sin causas y con restricción de la facultad decisoria del juez, y la introducción de una forma similar de divorcio unilateral, ya que se convertía en causa legal de separación el cese efectivo de la convivencia durante seis meses, libremente consentido (así lo era cuando el cónyuge inocente omitía tomar medidas y solicitar la separación; por lo que, el cónyuge culpable podía llegar a solicitar de manera unilateral la separación y, posteriormente, el divorcio, con la mera inactividad del otro).

También, resulta importante destacar, en lo que a la materia se refiere, la supresión del impedimento de impotencia, pues afecta a la tradicional noción matrimonial al suponer indirectamente el rechazo de la generación de la prole como uno de los fines esenciales del matrimonio[44]. La impotencia quedó reducida, desde entonces y en el orden civil, al ámbito subjetivo de los contrayentes, por cuanto podría ser causa de nulidad solo a través del error determinante en las cualidades del contrayente (art. 73.3 CC).

El 17 de marzo de 1981, Fernández Ordóñez presentó su proyecto de ley al Congreso, enunciando, entre los progresos que apuntaba tenía su propuesta, la aplicación de la llamada «cláusula de dureza» —a solicitud del cónyuge inocente, con un límite de tiempo (7 años) y enfocado a supuestos especialmente graves (perjuicios extraordinarios para los hijos menores o incapacitados, o hacia el otro cónyuge)—, así como la agilización del procedimiento cuando la solicitud fuese de común acuerdo. Finalmente, tras un largo debate parlamentario al que a continuación se hará breve alusión, el 7 de julio de 1981 se aprobaba la Ley de divorcio de 30/1981. El divorcio que instaura va a ser un divorcio remedio o ruptura, cuyas causas van a girar principalmente en torno al cese efectivo de la convivencia (de 1 a 5 años, dependiendo de las circunstancias, art. 86 CC).

De la nueva regulación, con relación al tema que nos ocupa, destacan dos preceptos: la reforma del art. 85 del CC, en el que se señalaba que *«el*

43 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados.* 30/12/1980, pp. 868/23-868/38.

44 *Vid.,* Ferrer Ortiz, J., «Del matrimonio...», cit., p. 410.

matrimonio se disuelve, sea cual fuera la forma y el tiempo de su celebración [...] por el divorcio»; y, el tenor del art. 87, que recogía la denominada cláusula de dureza, a la que se hará referencia a continuación. De esta manera, junto al reconocimiento de la eficacia civil de los matrimonios canónicos —para los que su propia regulación excluye la disolubilidad—, la ley civil imponía su eficacia disolutoria sin realizar distinciones. Ante las diversas críticas que suscitó dicha imposición se alegó, de manera básica, que quienes concibiesen el matrimonio como un vínculo indisoluble podían optar por abstenerse de ejercer este derecho a divorciarse; sin embargo, se obviaba que, ante la petición unilateral de ruptura conyugal, el cónyuge demandado debería someterse.

3.1.2.1. Debate parlamentario: la cláusula de dureza

Frente a la citada redacción dada al art. 85 del CC con la reforma operada por la Ley del divorcio de 1981, el diputado Díaz-Pinés presentó tres importantes enmiendas (núm. 196, 197 y 202)[45], en las que, por un lado, ofrecía como alternativa el siguiente texto: «El matrimonio celebrado ante el juez o funcionario que haga sus veces se disuelve por la muerte y por el divorcio. En lo concerniente a la disolución del matrimonio celebrado en la forma prevista en los artículos 59 y 60, se estará a lo acordado entre el Estado y las distintas confesiones religiosas»; por otro, añadía el párrafo siguiente: «No podrá disolverse por divorcio el matrimonio civil cuando ambos contrayentes, al manifestar su consentimiento ante el juez o el funcionario competente, declaren libremente la voluntad de dar a su compromiso conyugal un carácter perpetuo e irrevocable con renuncia expresa a cualquier ulterior procedimiento legal de petición de divorcio»; y, finamente, precisaba que «la disolución del matrimonio por divorcio sólo tendrá lugar por sentencia firme [...] siendo únicamente de aplicación a los matrimonios civiles contraídos a partir de la vigencia de la presente ley».

También el parlamentario De la Vallina Velarde (Grupo Coalición Democrática) mantuvo la enmienda núm. 35[46], en la línea de evitar la indiscriminada aplicación del divorcio civil a todo matrimonio, con el reconocimiento de un sistema matrimonial facultativo que permitiese a los cónyuges elegir, con relación a la disolución de su vínculo matrimonial, la fórmula que mejor se acomodase a sus convicciones, permitiendo que el principio de indisolubilidad pudiese aplicarse cuando declarasen su voluntad de dar al libre compromiso adquirido dicho carácter, mediante la renuncia del derecho al divorcio.

45 Las enmiendas fueron rechazadas: la núm. 196, con 18 votos favorables y 255 negativos; la núm. 197, con 16 votos favorables y 257 negativos; y la núm. 202, con 17 votos favorables, 255 negativos y dos abstenciones. Finalmente, el texto del art. 85 fue aprobado en los términos en que figuraba en el Dictamen de la Comisión, con 260 votos a favor, 13 votos en contra y una abstención.

46 La enmienda núm. 35 al art. 85 fue rechazada con 16 votos favorables, 252 negativos y 3 abstenciones.

Junto a la redacción del art. 85, otro de los temas debatidos —relacionado con la materia de que se trata— fue el relativo a la denominada «cláusula de dureza»[47]. Con ella se hace referencia a aquella previsión legal que autoriza a un juez para denegar una solicitud de divorcio unilateral, ante ciertas circunstancias graves. Principalmente, tiene como propósito mitigar las consecuencias negativas de la indiscriminada aplicación del divorcio para los hijos y/o el cónyuge demandado, correspondiendo al juez estimar, en cada caso, si concurren las circunstancias excepcionales dispuestas en la norma para su denegación. A su vez, se consigue obstaculizar la incondicional o absoluta obtención del divorcio unilateral. Así, en aquellos casos previstos legalmente que se considere que la disolución del vínculo matrimonial resulta más perjudicial que su permanencia (para los cónyuges o hijos), el juez podrá rechazar la solicitud de divorcio.

En España, el mencionado proyecto de Ley de 30 de diciembre de 1980, de *modificación de la regulación del matrimonio en el CC y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio,* que daría lugar a la Ley del divorcio de 1981, contemplaba la fijación de una cláusula de dureza (también denominada de defensa o salvaguarda), ligada a la modalidad de divorcio unilateral en razón del cese de la convivencia, en los siguientes términos: «Cuando el divorcio se funde en el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82, 6, y 86, 4, de este Código el Juez, a petición del otro cónyuge, podrá denegar el divorcio si se acredita que causa perjuicio de extraordinaria gravedad a los hijos menores o incapacitados o al cónyuge habida cuenta de su edad, estado de salud o la duración del matrimonio, supuestos en los que deberá fundarse la sentencia. No podrá denegarse el divorcio por esta causa cuando el cese efectivo de la convivencia hubiere durado más de siete años»[48], (art. 87). Sin embargo, pese a la defensa de su instauración por entenderla referida a supuestos excepcionales y de extraordinaria gravedad, este precepto fue excluido del texto final[49]. Las razones de su eliminación fueron varias, destacando el absurdo de proteger un matrimonio que en la práctica era inexistente por la cesación de la propia convivencia de los cónyuges, y la posibilidad de convertirse en una forma de chantaje por parte del cónyuge demandado para la obtención de mayores beneficios económicos.

47 Esta figura jurídica trae su origen del Derecho alemán, en el que se instauró con motivo de no otorgar el divorcio unilateral o por cese de la convivencia conyugal si la subsistencia del matrimonio fuese necesaria por especial interés para los hijos menores de edad o resultase imprescindible, dada la grave carga que suponía la ruptura para el otro cónyuge.

48 *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. I Legislatura. Núm. 123-II, 30/12/1980.

49 En sesión parlamentaria de 2/04/1981: 108 votos favorables, 121 negativos y 7 abstenciones.

3.1.3. Modificaciones legales en la materia: Ley 15/2005, de 8 de julio, y Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

La reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, estableció la posibilidad de obtener el divorcio unilateral a partir de los tres meses de la celebración del matrimonio, sin contemplarse motivo alguno de posible oposición a la pretensión. Es más, el propio interés de los hijos o del cónyuge (demandante), aducido anteriormente como posible motivo de denegación de la solicitud de divorcio unilateral, actualmente, está configurado como posible causa de disolución de la convivencia con anterioridad al plazo establecido de tres meses, esto es, sin necesidad de su guarda.

Por tanto, la Ley 15/2005 contempla dos únicas modalidades de divorcio, por acuerdo o por voluntad unilateral. El legislador entendió que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 CE, justifica reconocer mayor eficacia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, que al propio compromiso inicial libremente adquirido[50]. Así, el ejercicio de su derecho al divorcio no se hace depender de la concurrencia de causa alguna, salvo la mera voluntad de no permanecer casados, ni requiere de una previa situación de separación de hecho o judicial (manteniéndola como figura autónoma, como ya anteriormente regía con alguna excepción —véase causa 5.a, art. 86, Ley 1981). Lo único que se exige es que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, plazo que se suprime en caso de interés justificado de los hijos o el cónyuge demandante. Esta simplificación procesal ha supuesto una mayor rapidez en la tramitación de estas causas, lo que ha apoyado el calificativo popular que ha recibido la norma, como ley de «divorcio exprés».

Se deriva también la acogida de una particular concepción del matrimonio al sostenerse que la continuación de su convivencia y su vigencia dependen de la voluntad constante de ambos cónyuges. De esta manera, se configura una situación matrimonial de carácter poco estable, cuyo mantenimiento dependerá exclusivamente de la perseveración del consentimiento por cada

50 En su exposición de motivos se omite toda referencia a la primera Ley de divorcio de 1932, pero sí se alude a la Ley de 30/1981, resaltando su propósito de promover la dignidad y derechos de los cónyuges y de favorecer el libre desarrollo de su personalidad, aunque instaurando un modelo de divorcio sanción que, con el tiempo, se ha mostrado en cierta medida insuficiente y disfuncional. Se afirma, como postulado básico, la pretensión de que la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), tenga su reflejo en el matrimonio, acometiendo la ampliación del ámbito de libertad de los contrayentes en lo que a la solicitud de la disolución de su matrimonio se refiere. Particularmente, el artículo 86 CC sintetiza la materia en los siguientes términos: *«Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».* El art. 81 CC regula la legitimación activa para la acción de divorcio.

uno de los cónyuges. En este sentido, se vieron unificados los requisitos legales de la separación y divorcio, de suerte que el art. 86 remite al art. 81 CC.

Igualmente, se reitera la aplicabilidad del divorcio para toda clase de matrimonio: civil, canónico y las demás formas de matrimonio religioso admitidas en el ordenamiento jurídico[51].

En suma, esta regulación, en la intención de perfeccionar la figura jurídica del divorcio, basando la razón última de su existencia en la sublimación del ejercicio de la máxima libertad para cada uno de los cónyuges, a su vez ha alterado en gran medida la noción civil de matrimonio y el propio sistema matrimonial. En este sentido, se evidencia que la Ley produjo un fuerte impacto, tanto en el aspecto cuantitativo, por cuanto se multiplicaron los divorcios producidos desde su implantación, como cualitativamente, al incidir directamente en la estabilidad de la unión matrimonial y en su concepción civil, asimilándolo en gran medida a la significación romana de situación de hecho sostenida por un continuado y actual afecto marital. A su vez, aunque seguía atribuyéndose a los jueces y tribunales la competencia exclusiva para decretarlo (art. 81 CC), el automatismo del divorcio guardaba cierta incoherencia con la existencia de un procedimiento para su solicitud (salvo en el caso de existir menores o personas con capacidad modificada), por lo que el paso a que fuese una declaración emitida por un funcionario público, Secretario o Notario, estaba muy cercano a darse. Se llega así a la última de las importantes reformas experimentada en materia matrimonial (que afectan directamente al divorcio), con la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Mediante dicha normativa, se opta por atribuir el conocimiento de un gran número de asuntos que tradicionalmente se atribuían al conocimiento judicial, a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, como Secretarios judiciales o Notarios. Con ello, se persigue facilitar al ciudadano la facultad de acudir a diferentes profesionales, aumentándose así los medios a su disposición para garantizar sus derechos. En este sentido, prácticamente se mantiene, en la materia de disolución matrimonial, idéntica regulación a la anteriormente descrita, con la previsión, en el art. 87 CC, de la posibilidad de que los cónyuges acuerden su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, siempre que no existan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, en cuyo caso es necesaria la intervención judicial (por remisión al art. 82.2 CC).

51 Junto a las confesiones religiosas que tras alcanzar el notorio arraigo firmaron acuerdos con el Estado español —protestantes (1984), musulmanes (1989) y judíos (1989)—, hay otras que también han logrado el notorio arraigo pero no han suscrito pactos hasta la fecha: Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), Testigos de Jehová (2006), Federación de Comunidades Budistas de España (2007), Iglesia Ortodoxa (2010) y Comunidad Bahá'í de España (2023).

A la vista de la evolución legislativa expuesta y de esta variedad de tipos de divorcio[52], se observa que a cada uno le corresponde una diversa concepción del matrimonio en la legislación respectiva, de modo que, gradualmente, se puede constatar la existencia de un progresivo «vaciamiento del matrimonio civil [...]»[53]. Por tanto, si bien, en la actualidad, la mayor litigiosidad en la práctica no deriva del alcance de la ruptura legal del vínculo, fácilmente lograble, sino de las consecuencias de dicha ruptura (en relación con los bienes de los cónyuges o con la guarda de los hijos), cabría preguntarse sobre el valor que atribuye la ley al compromiso matrimonial libremente adquirido por las partes.

IV. Afectación al actual sistema matrimonial español

En este último apartado, quisiera dejarse constancia, aunque brevemente, de los efectos que se han derivado de la entrada e instauración del divorcio en el sistema matrimonial español. Más allá de que el divorcio incide directamente en el núcleo de la institución matrimonial y altera la configuración de la estructura familiar, su análisis resulta especialmente oportuno si se considera la estrecha vinculación que mantiene con diversos derechos fundamentales —como la libertad personal, la autonomía de la voluntad, la libertad religiosa o la igualdad entre los cónyuges. El estudio de esta figura permite, además, examinar con rigor la tensión que puede surgir entre dichas libertades.

52 De lo expuesto se pueden señalar tres fundamentales modalidades de divorcio: de un lado, aquél que era considerado como un mal menor de otro mayor que se pretendía remediar, denominado divorcio sanción o divorcio por culpa (respuesta que ofrece un sistema en el que aún perdura la idea de indisolubilidad, ante el incumplimiento doloso o culposo por uno de los cónyuges de las obligaciones esenciales matrimoniales o frente a los atentados contra la integridad física o moral del cónyuge inocente). Las causas, por tanto, eran subjetivas (mal proceder de uno de los cónyuges), siendo el cónyuge inocente el único legitimado para poder solicitarlo. La segunda modalidad de divorcio —divorcio remedio o divorcio ruptura— trató de superar el argumento anterior de culpabilidad, poniendo como fundamento para su solicitud la causa meramente objetiva del fracaso matrimonial, constatada con la ruptura irremediable de la convivencia marital (o su voluntad de romperla), por más o menos tiempo, al margen de cualquier conducta de los cónyuges. La evidencia de que en la mayoría de las ocasiones no había verdadero culpable o las culpas eran compartidas, desembocó en esta nueva tipología. En esta etapa, ya no se presupone que el matrimonio es, de suyo, indisoluble, sino más bien, se apuesta por la estabilidad. Por último, el tercer tipo, llamado divorcio repudio por ser a voluntad de uno solo de los cónyuges y sin necesidad de alegar causa alguna, termina secundándose. Bajo este sistema, el divorcio se concede incluso contra la voluntad del otro cónyuge. Actualmente, tras la LJV, se han visto recogidas en el CC español nuevas figuras atípicas de divorcio no judicial, como es el llevado a cabo mediante convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública autorizada por Notario (art. 87), siempre que no existan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

53 Navarro Valls, R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 111. En el mismo sentido, Ferrer Ortiz, J., «Del matrimonio...», cit., p. 416.

La necesidad de un completo sistema jurídico matrimonial en el que se regulen los diversos regímenes matrimoniales existentes se hace evidente. Así, se hará primero referencia al marco normativo, para pasar posteriormente a su desglose.

No obstante, de inicio, resulta necesario realizar una aproximación al concepto que se va a tratar. En este orden de cosas, se hacía referencia, al principio del texto, a las diferentes concepciones matrimoniales —civil y canónica—, pudiendo así hablar de matrimonio civil y matrimonio canónico, e incluso, matrimonio de otras confesiones religiosas (judío, islámico, protestante, etc.). Cada una de las regulaciones normativas propias de estas diferentes concepciones matrimoniales, referentes a los aspectos sustantivos de capacidad, consentimiento y forma, así como a las formas de separación, nulidad y disolución, es lo que podría denominarse régimen matrimonial.

A partir de dichas consideraciones, se puede entender que los diferentes mecanismos de relación entre esos diversos regímenes matrimoniales y los criterios para reconocerles efectos civiles por parte de un determinado ordenamiento jurídico se constituyen como un verdadero sistema matrimonial[54]. En consecuencia, a tenor de lo expuesto, se verifica la inexistencia en España de un verdadero sistema matrimonial hasta la Ley de 1870, pues requiere para su formulación la presencia del matrimonio civil junto a otro u otros regímenes matrimoniales[55].

54 Existen varias clases de sistemas matrimoniales. Dejando a un lado el sistema monista (civil o religioso), que no es en sentido propio un sistema en cuanto solo recoge un único modelo de matrimonio, podemos encontrar: los sistemas dualistas, en los que, además del matrimonio civil el Estado reconoce eficacia al matrimonio de una determinada confesión religiosa; y los pluralistas, en los que se reconocen una variedad de matrimonios, dando al ciudadano la facultad de elegir. A su vez, los sistemas dualistas se subdividen en sistema de matrimonio civil subsidiario (el matrimonio canónico se reconoce con preferencia sobre el civil, de manera que el Estado permite contraerlo en el único supuesto de no profesar la religión católica, con una mayor o menor dificultad en su prueba) y el facultativo, en la que la posibilidad de elegir se deja en manos del ciudadano. Por último, el sistema dualista de matrimonio civil facultativo o electivo puede ser de tipo latino (junto al matrimonio civil el Estado reconoce el canónico con sustantividad propia, por lo que verdaderamente hay dos clases de matrimonio) o anglosajón (hay un único matrimonio, el civil, aunque se puede contraer de dos formas diferentes).

55 En este sentido, Ibán C., I., «Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870-1978)», en *Anuario de Derecho civil*, vol. 32, 1979, p. 84 (pp. 83-176), ISSN 0210-301X. En contra, Sánchez Román sostenía la coexistencia, hasta el Concilio de Trento, de dos matrimonios: el solemne religioso *in facie Eclesiae*, y el llamado a *yuras* y después presunto o clandestino, en Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho civil,* t. V, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1912, p. 404, citado en Ibán C., I., «Matrimonio..., cit., pp. 84-85.

4.1. Breve referencia al marco normativo

Los rasgos generales del sistema matrimonial español se encuentran recogidos, principalmente, en la CE de 1978 (arts. 14, 16, 32 y 149.1.8.ª), la Ley orgánica de Libertad Religiosa 7/1980 (en adelante, LOLR), de 5 de julio (art. 2.1.b) y 7.1), el CC y sus modificaciones (arts. 59, 60 y 85, principalmente) y en los Acuerdos suscritos entre el Estado español con la Iglesia católica (AAJ de 1979, art. VI y Protocolo Final) y demás confesiones religiosas (FEREDE, FCJI y CIE de 1992, arts. 7, respectivamente)[56].

Los preceptos constitucionales al caso suponen, como es sabido, un cambio sustancial en la concepción de la posición estatal ante el fenómeno religioso, basada en la libertad e igualdad religiosa de los ciudadanos (arts. 16.1 y 14 CE, respectivamente) y desarrollada en un nuevo marco de aconfesionalidad o laicidad de carácter positivo (art. 16.3 CE), al imponerse la doble obligación a los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de los ciudadanos y mantener las consiguientes relaciones de cooperación con las confesiones religiosas (art. 16.3 *in fine* CE). De igual manera, se reconoce el derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer, con plena igualdad jurídica, sin —como ya se ha dicho— resolver la cuestión de la indisolubilidad o no del matrimonio, por cuanto remite al legislador ordinario para la regulación de las causas de separación y disolución, guardando deliberado silencio en el tema, al igual que silenciando las causas de nulidad (art. 32 CE). Y, por último, se dispone la competencia exclusiva del Estado sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (art. 149.1.8.ª CE), lo que prohíbe la coexistencia de diversos matrimonios civiles, derivando en una única configuración estatal. En este nuevo contexto de libertad y laicidad, y sobre una igualdad jurídica bien entendida que permite la existencia de diferencias de trato, es comprensible que se haya establecido el reconocimiento de una pluralidad de regímenes matrimoniales, configurando un nuevo sistema matrimonial.

Por su parte, el CC, como legislación estatal unilateral en materia matrimonial en general, recoge junto al matrimonio civil y canónico, el matrimonio religioso acatólico, otorgando a todos ellos efectos civiles (art. 60 CC). Así, contempla el matrimonio celebrado en la forma prevista por una confesión

56 También inciden en la materia matrimonial, aunque quizá en un menor grado, otro gran conjunto normativo, como es el conformado por la *Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*; la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio,* permitiendo el acceso a esta condición a las parejas del mismo sexo; la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*; diversas *disposiciones autonómicas* reguladoras de las uniones de hecho, heterosexuales y homosexuales; la *Ley 6/2021, de 28 de abril* de reforma del sistema registral civil; 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.*

religiosa inscrita, en los términos acordados por el Estado o, en su defecto, autorizados por su legislación (art. 59 CC), habiéndose dado uso a esta última precisión con la reforma del CC sufrida tras la citada Ley 15/2015 (art. 60.2 CC). Igualmente, como ya se ha dicho, extiende la aplicación del divorcio a todo matrimonio, con independencia de su forma y tiempo de celebración (art. 85 CC).

También, la concreta legislación unilateral estatal sobre la materia de libertad religiosa, concentrada en la LOLR, resuelve comprender el derecho a celebrar ritos matrimoniales dentro del contenido de la libertad religiosa (art. 2.1.b) y facilita el establecimiento de un régimen jurídico matrimonial pactado con aquellas confesiones religiosas que, inscritas en el RER, por su ámbito de aplicación y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en el territorio español (art. 7.1). Dicho régimen jurídico pactado ya había sido adquirido por la Iglesia católica (Acuerdos de 1979), regulándose la materia matrimonial y las cuestiones sobre las decisiones eclesiásticas de nulidad y disolución del matrimonio rato y no consumado en varias disposiciones de su AAJ; y, fue alcanzado por la FEREDE, FCJI y CIE en sus respectivos Acuerdos pactados el 3 de noviembre de 1992 (art. 7). La diferencia que puede apreciarse en sus regulaciones parte de la diversa expresión de matrimonio celebrado «según las normas del Derecho canónico», recogida en el art. VI del AAJ (literal a la establecida en el art. 60.1 CC), con relación a la dispuesta en los Acuerdos del 92 con las confesiones minoritarias, de matrimonio celebrado «ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE», «según la propia normativa formal israelita» y «según la forma religiosa establecida en la Ley islámica», respectivamente. Este contraste es entendido como un verdadero reconocimiento de la sustantividad[57] propia del Derecho matrimonial canónico, reconociéndose efectos jurídicos al matrimonio canónico desde su celebración, frente al mero reconocimiento de las formas de celebración de las confesiones minoritarias con acuerdo (evangélica, judía e islámica).

4.2. Consecuencias jurídicas: cambio estructural del matrimonio

Tras la exposición de este prolijo marco normativo, sería conveniente esbozar los rasgos característicos que se extraen del nuevo sistema jurídico matrimonial que se instaura.

De esta manera, se instituye un sistema matrimonial plural, con diversos matrimonios y abierto al sucesivo reconocimiento de otros (como así ha sido con la reforma del CC operada por la LJV 15/2015, en la nueva redacción

57 El reconocimiento civil de esta sustantividad propia del matrimonio canónico es fundamentado por gran parte de la doctrina en el tenor literal de los artículos 42, 75 y 80 CC, entre otros. *Cfr.*, Ferrer Ortiz, J., «Del matrimonio...», cit., p. 403.

dada al art. 60, que añade un segundo párrafo en el que da cabida al reconocimiento civil de los matrimonios religiosos de aquellas confesiones que han obtenido notorio arraigo). A su vez, se observa el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios religiosos y a las decisiones eclesiásticas de nulidad y disolución del matrimonio rato y no consumado (art. 80 CC), siempre que superen ciertos controles estatales. Igualmente, se proyectan las causas civiles de separación y divorcio a todo matrimonio. Y, por último, se reconoce al matrimonio canónico no como mera forma religiosa de celebración, sino con cierta sustantividad propia, aunque no se realiza una remisión al Derecho canónico en su totalidad, sino solo parcialmente y bajo ciertos controles[58].

Particularmente, del art. 16.2 CE se extrajo la consecuencia de la necesaria derogación del sistema de matrimonio civil subsidiario, por cuanto prohíbe obligar a declarar a nadie sobre sus creencias; de la aplicación del art. 14 CE a la materia matrimonial se deriva la instauración de un sistema compuesto, en el que, junto al matrimonio civil, coexista el religioso, y en el que quepa el trato diferenciado o específico por causa justa y razonable; y, de la conjunción de ambos preceptos, se colige la consagración de un sistema de matrimonio civil facultativo-electivo. Asimismo, de la permanencia inalterada de los arts. 75 y 80 CC, en los que se remite formalmente a la normativa canónica (sustantiva, no meramente formal), se podría sostener la adscripción al modelo latino para el matrimonio canónico.

Por todo ello, puede concluirse con que en España el sistema matrimonial no está determinado entre los tipos estructurados, aunque sus líneas son de matrimonio civil facultativo-electivo, pero con una fórmula mixta, en la que junto al matrimonio civil se reconoce el canónico como clase de matrimonio, y se consideran las demás formas religiosas de celebración del matrimonio civil.

Si relacionamos las afirmaciones sentadas con el estudio del origen y la evolución del divorcio en España y sus principales razones, se evidencia que hasta el siglo XVI, el matrimonio en Occidente era considerado de forma pacífica como institución «natural», dotado de propiedades esenciales objetivas. Sin embargo, paulatinamente, esta concepción fue variando, hasta que, en los últimos años, puede decirse que la persistencia de ese modelo clásico de matrimonio, que mantiene el respeto de los presupuestos básicos, así como de las propiedades y fines esenciales de la institución, solo puede afirmarse en el orden canónico. Por tanto, la concepción del matrimonio cuyo rasgo de la «estabilidad» —que, en su más alto grado sería indisolubilidad— había sido comúnmente asumido por ambas concepciones matrimoniales (civil y canónica) de manera natural, en gran medida se ha desvanecido. La generalización del divorcio ha supuesto un cambio estructural en la institución, desplazando su eje conceptual hacia un modelo centrado en la autonomía individual, la revocabilidad del consentimiento y la ausencia de finalidades objetivas.

58 *Vid.,* Ferrer Ortiz, J., «La eficacia civil del...», cit., p. 108-109.

Así, a partir de las consideraciones realizadas, se puede extraer una nueva noción de matrimonio civil —en comparación a su modelo originario inspirado en el canónico— o, si mejor se quiere, una reducción progresiva de su contenido; con la generalización del divorcio este fenómeno se intensifica. El matrimonio ya no viene caracterizado por la indisolubilidad, incluso se encuentra cuestionada su estabilidad tras la aprobación del mencionado «divorcio exprés»; tampoco la heterosexualidad se configura como elemento constitutivo, al reconocerse el matrimonio entre personas del mismo sexo; y, el fin de la generación de la prole deja de establecerse como fin objetivo, principalmente en la medida que desaparece el impedimento de impotencia. Además, en alguna medida puede decirse que se relativiza la obligación de convivencia, fidelidad y socorro mutuo, pues su incumplimiento no impide la disolución del vínculo. Todo ello, pese al sentir instintivo de la noción de matrimonio que, al margen de configuraciones jurídicas concretas, ha conllevado a considerarlo en todos los tiempos, de manera unánime y simplificada, como unión de carácter estable por la que se crea una relación jurídica entre dos personas.

Por tanto, actualmente, ambos ordenamientos mantienen un entendimiento diverso sobre el matrimonio, en cuanto a su objeto y rasgos esenciales. Para el civil se trata de una institución legal en la que se incluye casi cualquier tipo de relación afectiva entre dos personas —eso sí, monógamas y con la obligación de concertarse de por vida, pese a lo sencillo de su disolución mediante el divorcio; mientras que la regulación canónica lo reconoce como institución fundada en la complementariedad potencial que existe entre los cónyuges —hombre y mujer—, dispuesta en la propia naturaleza, y que guarda una tendencia natural a su permanencia. Así, al margen de otras distinciones básicas, como la heterosexualidad, la indisolubilidad resulta un rasgo diferenciador, aunque en su grado de estabilidad es compartido, en cierta medida, por ambas concepciones.

Otro posible efecto va ligado al hecho de que la eficacia civil del divorcio se aplica a todos los matrimonios inscritos, incluso los celebrados conforme al Derecho canónico o a otras confesiones religiosas con reconocimiento estatal. El mandato constitucional al legislador para regular la disolución matrimonial ha permitido que el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio incluya la libertad de contraerlo y la libertad de disolverlo. Esto refleja una visión liberal e individualista del matrimonio e implica la negación jurídica de la indisolubilidad como efecto civil, la imposibilidad de que las partes pacten un vínculo civil permanente y, de alguna manera, la subordinación de las convicciones religiosas al régimen civil básico. Es decir, se consolida una especie de monismo civil en materia de efectos y disolución, aunque exista pluralidad en las formas de celebración. En la práctica, esta disponibilidad del vínculo ha generado un derecho subjetivo al divorcio, incondicionado, de ejercicio unilateral, desvinculado de causas objetivas y de imposible oposición jurídica por parte del otro cónyuge. Este derecho convierte el matrimonio en un estado jurídico esencialmente reversible.

A nivel sociológico, sin duda, estos cambios han contribuido a opciones más débiles o inestables de convivencia, aumentando la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho, y relativizando el matrimonio como institución organizadora de la vida familiar.

En suma, si se entiende que el matrimonio es una realidad natural y pre-legal (concepción canónica), el contrato matrimonial atenderá a la unión exclusiva e indisoluble exigida por la propia naturaleza humana de la relación. Si, por el contrario, se posee una noción de matrimonio carente de presupuestos antropológicos (concepción civil), el legislador dará mera cobertura legislativa a las diversas relaciones afectivas existentes en la sociedad. Ya no se estaría frente a la misma figura que originó la legislación, sino ante otra realidad jurídica que, aunque pudiera defenderse su validez, legitimidad y garantía, no podría conceptualizarse de igual manera. Por ende, la originaria institución seguiría estando necesitada de que el Derecho declarase y garantizase las relaciones de justicia que de ella dimanaran, al margen de opciones religiosas o de defensa de posturas confesionales.

5

¿DEBERÍA MANTENERSE LA FACULTAD DE INSTAR LA SUPRESIÓN/ REDUCCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA A INSTANCIAS DE LOS LEGITIMARIOS/SUCESORES DEL PAGADOR (ART. 101.2 CC)?

Ana Laura Cabezuelo Arenas

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
analaura@us.es

Sumario: I. El pago de la pensión es transmisible *post mortem*. II. Insuficiencia de los bienes hereditarios para pagar la pensión. III. Motivos para cuestionar que continúe teniendo sentido el art. 101.2 CC al defender la intangibilidad de las legítimas IV. Otros resortes normativos utilizables. V. Previsión ad hoc por parte del pagador del tratamiento que recibirá la pensión *post mortem*. VI. Bibliografía.

Resumen: La obligación de pagar la pensión compensatoria que se adeuda al excónyuge tras el divorcio se transmite a los sucesores del pagador. No obstante, el art. 101.2 CC les concede la facultad de impetrar incluso su total eliminación en ciertos casos para quedar exentos. Demostraremos que esta previsión normativa choca frontalmente con la naturaleza misma de la compensatoria del art. 97 CC e instituciones de Derecho Sucesorio consagradas en nuestro Código, representando una anomalía que demanda la derogación del art. 101.2 CC.

I. El pago de la pensión es transmisible *post mortem*

Ha previsto nuestro CC en su art. 101 párrafo segundo respecto a la pensión compensatoria: «*El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*».

Fácil es percatarse de que, aunque apuesta por la transmisibilidad de la pensión, a efectos prácticos ello terminará por convertirse en una mera ilusión. Paradójicamente, como veremos en este estudio, el art. 101.2 CC facilita extraordinariamente su extinción por dos vías que a estas alturas no tienen razón de ser, vista la evolución que ha experimentado el propio entendimiento de la naturaleza de esta pensión, y de otras instituciones jurídicas con las que se relaciona.

En una primera aproximación, la pensión se perfila en la norma como una obligación transmisible. Pero no le falta razón a ROCA cuando objeta que «la transmisión no es absoluta», ya que realmente se halla supeditada a que su montante no supere ciertos topes[1], que para esta autora se concretan a no exceder del tercio de libre disposición. Además, entiende que cuando se habla de bienes hereditarios quiere referirse con ello el legislador al activo hereditario líquido, esto es, a cuanto queda después de pagar las deudas del causante. Para esta autora se impone aceptar entonces que el excónyuge se posiciona después de otros acreedores del mismo, que son preferidos por el legislador, como también lo serían los legitimarios[2].

Criticaremos la perpetuación de este texto legal que, por si no bastase lo anterior, ya presentaba en su origen problemas en cuanto a su inteligencia y entraba en colisión con otras normas del CC.

Para situarnos es preciso recalcar que el art. 101.2 CC anuda la supresión de la compensatoria a dos circunstancias. La primera, que la herencia resulte insuficiente para pagarla. La segunda, que afecte a las legítimas. Pero ambas son situaciones independientes, a las que haremos mención separadamente.

En cualquier caso, debemos aclarar que el artículo legitima para solicitar la supresión o reducción por esta vía tanto a legitimarios del causante como a quienes carecen de dicha consideración, pero resultan destinatarios de sus bienes *post mortem* por sucesión testada o intestada, si se encontrasen en la primera de las tesituras expuestas.

El artículo presenta incongruencias notables con la disciplina que impera en el CC en materia Sucesoria, amén de generar no pocas lagunas e interrogantes y no parece acorde siquiera con la naturaleza de la pensión compensatoria.

---

1 De ahí que nos sumemos al parecer de quienes oponen, como DE LA HAZA, que la fórmula del art. 101.2 CC se presta a confusión, pareciendo acoger inicialmente el principio «antes es pagar que heredar» e introduciendo salvedades seguidamente que generan no pocas inseguridades en cuanto a su entendimiento y contradicciones varias. DE LA HAZA DÍAZ, P. *La pensión de separación y divorcio*. Wolters Kluwer. Madrid. 1989. Pág. 129.

2 ROCA TRÍAS, E. «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad» en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*. Coord. por Pedro Juan Viladrich Bataller. Editorial de la Universidad de Navarra. 1989. Pág. 259.

Ante todo, aceptando que el pago correrá a cargo de quienes sucedan al obligado el art. 101.2 CC está reconociendo algo en lo que ya viene insistiendo la Jurisprudencia: la compensatoria no tiene naturaleza alimenticia. De tenerla, de inmediato se habría extinguido con la muerte del pagador, por disponerlo así el art. 150 CC. Y sobre sus herederos, sean quienes fueran estos, no pesaría ningún deber de seguir abonándola.

Aunque se halla completamente descartado que la compensatoria tenga naturaleza alimenticia, compartimos con algunas sentencias dictadas en los últimos años que se impone cuestionar a día de hoy el enfoque dispensado por el Supremo en cuanto a que no tenga naturaleza verdaderamente resarcitoria. Máxime cuando nos percatamos de que el propio Alto Tribunal llega a contradecirse al negarlo en tanto que está acuñando finalmente una terminología característica del Derecho de Daños para referirse a esta figura, lo que hace incuestionable que existe un perjuicio que la pensión del art. 97 CC está destinada a paliar.

En efecto, es lo cierto que constantemente en sus sentencias menciona una «pérdida de oportunidad» experimentada por quien se dedicó a la familia en detrimento de su proyección profesional o su formación y que esta compensación debe atenuar. Como oportunamente hace notar la SAP Las Palmas (Sección 3.ª) núm. 259 /2024 de 10 de abril de 2024 ECLI:ES:APGC:2024:652, lo que estaría en juego entonces y a lo que tiende la compensatoria del art. 97 CC, es a remediar las consecuencias que se han producido a resultas de ello en la independencia económica de quien así se condujo, postergando sus propios intereses en pro de la familia y el matrimonio. Se cobra, en definitiva, una deuda generada a favor de quien pagó tan elevado precio en su desarrollo personal, porque de ello va a depender, ni más ni menos, que llegue a desenvolverse autónomamente en lo venidero.

Es más, y en esto haremos especial hincapié, la SAP Las Palmas (Sección 3.ª) núm. 259 /2024 de 10 de abril de 2024 ECLI:ES:APGC:2024:652 no es ajena a que la situación puede ser ya irrecuperable y expresará al respecto que cuando se haga palpable un desequilibrio perpetuo, es decir, no superable por el cónyuge afectado, no cabría dudar de que «*la prestación recupera características mixtas del derecho resarcitorio asistencial*». Estaríamos esbozando un panorama que asolaría, entre otros, a ex cónyuges de edad avanzada o gravemente enfermos, donde no es imaginable que realizasen ya actividad remunerada alguna para manejarse económicamente, o bien entregados al cuidado de descendientes comunes del matrimonio aquejados de una discapacidad severa, que precisarían de constante supervisión, e impedirían que simultanearan esa función con una profesión. En todos estos casos, y es cuanto queremos subrayar ahora, estas personas, por mor del art. 101.2 CC, van a quedar a expensas de cuanto tengan a bien decidir quienes aceptaron pura y simplemente una herencia o de quienes manifiestan estar lesionados en sus legítimas, respectivamente. Siendo así que su pensión no sería más que una de las muchas deudas contraídas por el causante, directamente beneficiado de su sacrificio, y no una donación reducible.

A la vista de todo ello, parece que se impone cambiar la perspectiva, eliminar la referencia a que la insuficiencia de caudal hereditario legitima una petición de supresión y reconsiderar que la merma de las legítimas continúe siendo hoy un argumento sólido para abolirla.

No podemos por más que sorprendernos de que una prestación donde está en juego la consecución de la independencia futura del acreedor o, según acabamos de ver, su propia subsistencia de no ser viable aquélla, pueda desaparecer por la negligencia de un heredero que ni solicitó el beneficio de inventario ni el derecho a deliberar. O no se integre entre los débitos del causante que harían deficitaria su herencia a los efectos de frustrar las legítimas si nos ceñimos a cuanto preceptúa el art. 818 CC.

¿Acaso se diluyen otras indemnizaciones adeudadas por el causante a terceros por las causas enunciadas en el art. 101.2 CC?

La denominada pensión compensatoria tiene por misión paliar el desequilibrio que afecte a uno de los cónyuges tras la ruptura matrimonial. Desequilibrio que nuestros jueces perfilan o conciben, además, con generosa amplitud. Al no identificarse con la indigencia, pues se acaba de recalcar que no estamos ante una pensión de corte alimenticio, la compensatoria sería reconocida perfectamente a favor de quienes acreditasen una merma en su desarrollo profesional o laboral por sacrificios realizados en pro del matrimonio.

Así pues, contar con independencia económica, y aun partir de una posición más que opulenta, no cercena las posibilidades de que se conceda esta prestación, que no es un auxilio para la subsistencia. Se ha reconocido de esta manera a profesionales de la Medicina o de la Arquitectura que aparcaron sus carreras totalmente o bien aceptaron jornadas parciales y, al reincorporarse a sus despachos o estudios de lleno, como vinieran haciendo sus esposos, ganaban hasta tres veces menos que ellos. Se colmaba el desfase experimentado hasta entonces desde el instante en que no admitía comparación la cartera de clientes de los demandantes con la que tenían sus excónyuges demandados, pese a haber compaginado el desempeño de tareas domésticas con un estudio o despacho profesional y ser idéntica la especialización de aquellos. El perjuicio a compensar, por más que los demandantes obtuvieran beneficios sustanciosos ejerciendo sus profesiones, sería dicho desfase. En otras palabras: ese impacto en su proyección profesional y, por ende, en su nivel retributivo que no acusa quien gozó de absoluta libertad para consagrarse únicamente a su carrera al verse liberado de una carga soportada en exclusiva por el otro, encargado del gobierno de la casa y la educación de la prole.

Otro exponente de cómo se concede la compensatoria a personas adineradas se cifraría en los efectos de la liquidación de gananciales. Se ponderó que una suma millonaria, aunque improductiva en unas manos legas, incapaces de multiplicarlas en tiempo récord, merecería tal reparación. Y se compararía la posición de quien tenía conocimientos limitados para hacer fructificar su

patrimonio con la del otro cónyuge, que sí se hallaba en posesión de conocimientos que le permitían multiplicarla y conseguir así un medio de vida.

Por si no bastase cuanto llevamos expuesto, el desequilibrio no ha sido tan solo contemplado como una cuestión económica. Contamos con sentencias que insertan en él incluso una pérdida de amistades u otros beneficios de los que se gozó mientras se mantuvo la convivencia, susceptible de ser desagraviada por esta vía.

Entre otras, destacaría en esta línea la SAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 25 de Octubre de 1991 (JUR\1991\5990) que expresaría respecto a la prestación del art. 97 CC que «*presupuesto básico o «condictio iuris» para que nazca tal derecho es que el cónyuge solicitante sufra a causa de la separación o divorcio un desequilibrio económico, tomando como punto de referencia la posición del otro cónyuge, no sólo en la faceta económica sino también teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otras circunstancias, de forma que la consecuencia sea el empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*»[3].

Sea como fuere, esto es, ya acuñemos una visión más restrictiva, ya nos sumemos a una amplia sobre el desequilibrio, queremos poner de manifiesto, con todo ello, que la pensión, indiscutiblemente no es una dádiva, donación o especie de limosna que uno de los cónyuges entrega a otro tras la separación o el divorcio, sino una verdadera reparación por perjuicios que su beneficiario sufrió. Y de la cual, en algunos casos, incluso dependerá que lleve una vida digna, por ser la única entrada de dinero o recurso de que disponga y no hallarse ya en condiciones, por su edad o salud, para conseguir otra distinta.

No se acierta a comprender entonces que, participando de esta naturaleza, el art. 101.2 CC autorice seguidamente a efectuar una reducción e incluso patrocine una eliminación, cuando lo que está en juego es la reparación de un daño inferido a uno de los cónyuges y del que, además, bien pudo haberse beneficiado el pagador, escalando en su proyección profesional gracias a que su esposo/a estuvo recluido/a en el hogar o se consagró a la crianza de la descendencia común. Es más, incluso cabría que el pagador también hubiera delegado en el pensionista la atención de sus propios padres o familiares dependientes, con lo que se vio liberado de preocupaciones que le concernían más íntimamente o que, a lo sumo, tendrían que haber compartido *ex* art. 68 CC.

Nada digamos del provecho obtenido cuando el otro trabajó gratuitamente en el negocio o despacho profesional del deudor de la pensión: esposas que

3 Visión que sería secundada por la SAP de Las Palmas, Sección 5.ª, Sentencia de 12 de junio de 1999, Rec. 336/1998 (JUR\1999\333779), SAP de Tarragona, Sección 1.ª, Sentencia de 16 oct. 2000, Rec. 129/2000 (JUR\2001\9701) y SAP de Valencia, Sección 10.ª, Sentencia 72/2000 de 26 Sep. 2000, Rec. 131/2000 (JUR\2000\410350) por citar algunas dictadas en estas Audiencias, que abrazaron esta visión amplia del desequilibrio.

fueron empleadas sin sueldo en el comercio de su marido o actuaban a modo de secretarias o personal administrativo en su oficina, sin retribución alguna para ahorrarse el coste de contratar a asalariados.

En otro orden de cosas, mencionaremos el perjuicio de quienes vieron cercenado el percibo de cualquier pensión de la que dependía su independencia económica al contraer este segundo matrimonio y ahora sobreviven con una compensatoria calculada con dicho parámetro, que es uno más entre otros enumerados en el art. 97 CC cuyo listado, nos consta, es un *numerus apertus*.

Asombrosamente, el legislador, puestos en una balanza los derechos de herederos o legitimarios de un lado y los que asisten al perceptor de la pensión, por otro, opta por los primeros. Este posicionamiento es criticable por otras razones que pasamos a desarrollar.

II. Insuficiencia de los bienes hereditarios para pagar la pensión

Para empezar, detectamos que incluso un perfecto extraño que hubiera sido designado heredero en testamento por el pagador de la pensión estaría legitimado para activar este mecanismo eliminatorio. Ello sería perfectamente viable si nos ceñimos a la literalidad del precepto.

Uno de los sustratos fácticos a los que se anuda la reducción o incluso abolición de la pensión en el art. 101. 2 CC es la insuficiencia de los bienes hereditarios para proseguir abonándola.

Como es palmario, con semejante solución el legislador está tomando partido por el heredero y desplazando a un acreedor de la herencia, que es quien cobraba la compensatoria del causante. No se acepta entonces que este sea un débito más, integrado entre las obligaciones contraídas por el causante, que deba permanecer sin otra merma que las que habilita un cambio de circunstancias (art. 100 CC) o los eventos recogidos en el número uno del art. 101 CC.

Con lo cual se deroga el principio antes es pagar que partir, lo que parece aún más incomprensible. No se acierta a comprender por qué se dispensa este trato de favor a un heredero que prescindió de solicitar el beneficio de inventario y que ahora padece las consecuencias de ello frente a quien en puridad no es sino un acreedor más del causante.

Porque parece intuirse, desde luego, que se piensa en quien ha aceptado pura y simplemente la herencia, ya que de otra manera no se entendería el 101.2 CC. Si hubiera aceptado a beneficio de inventario respondería de su pago sin que sufriera merma alguna su patrimonio particular dado que estaríamos en la órbita del 1023 CC que alude a la separación patrimonial que acaece en tal caso. Pero como no lo hizo, y no se ha producido un deslinde de ambos patrimonios, ahora esgrime para solicitar la reducción de la compen-

satoria que los bienes del causante son insuficientes para seguir satisfaciéndola y alega ese perjuicio. En ello, tanto quienes estudiaron el precepto como las sentencias recaídas posteriormente, insisten especialmente.

El resultado no se hace esperar: La norma termina anteponiendo a un amigo del causante escogido en el testamento o incluso a un sobrino o primo hermano que casualmente reciba su herencia por sucesión intestada a los derechos que asistía a su excónyuge. Siendo así que los destinatarios *post mortem* de sus bienes acaso no tuvieron noticias de su existencia ni lo trataron en vida, y el acreedor, no hay duda, realizó renuncias durante la convivencia matrimonial mantenida con él de las que acaso jamás llegué a recuperarse.

El precepto, empero, no entra en mayores consideraciones. Porque insisto en que aquí no entran en juego más contemplaciones que las concernientes a que la parquedad de bienes hereditarios recibidos obsta a seguir enfrentando el cumplimiento de la prestación. El legislador, por tanto, ni siquiera salva aquellos casos en los que haya de corregir un desequilibrio perpetuo, ni tiene miramiento alguno con el pensionista. Hace tabla rasa de la pensión, sin más.

En la doctrina no han faltado así quienes expresaron su extrañeza ante la posibilidad de que se acometa una supresión de la compensatoria o una reducción por esta vía.

Desde Díez Picazo hasta Marín García de Leonardo no creen que la insuficiencia del caudal sirva para avalar lo anterior. Mucho menos cuando se trata de liquidar una deuda que el 101 CC configura como transmisible y se ha decidido no solicitar el beneficio de inventario por la anomalía que ello viene a representar[4].

En esto, Marín es diáfana al contraponer esta solución a las reglas que rigen generalmente en el plano sucesorio. Para esta autora no parece comprensible «*cómo tratándose de una deuda del causante, dada su condición de obligación de contenido patrimonial, pueda ser suprimida o reducida en aras de la protección de los derechos de los herederos: el heredero en princi-*

4 Díez Picazo, L analiza el art. 101. 2 CC desde un enfoque crítico. El art. 1023.1 CC, para este autor, deja sin razón de ser que se inste el fin de la pensión por no haber bienes suficientes, puesto que ningún acreedor cobraría de mediar beneficio de inventario y producirse esa situación.
En cuanto a la mención de las legítimas en el 101.2 CC como legitimadora de tal pedimento, Diez Picazo considera que es asimismo «*difícil de comprender*» por cuanto *«la legítima se calcula sobre el activo líquido del causante, compuesto por los bienes que deje al morir y las donaciones (...) del que se deducen las deudas. Son las donaciones* —expresará— *las que pueden afectar».* Y seguidamente, como desarrollaremos más adelante en este estudio, entiende que son las donaciones y los negocios asemejados a ellas los que tendrían que ser objeto de reducción. Díez Picazo, L y Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. Tecnos. Madrid. Décima edición. Tercera reimpresión 2008. Pág. 126. En nota a pie núm 1.

pio no puede pedir la reducción de deudas hereditarias, ya que no surge una obligación nueva sino que se transmite la obligación que tenía el deudor»[5].

Habría que preguntarse entonces si tiene algún sentido que se siga premiando de esta manera a quien siempre tuvo en su mano solicitar el beneficio de inventario o incluso contaba con el derecho a deliberar del art. 1010 CC para formarse una idea de la enjundia de las obligaciones que pendían sobre la herencia, pero decidió prescindir de los mismos. Y por qué se privilegia a quien no acudió previamente a tales mecanismos blindándole seguidamente de los efectos negativos que acarreará su falta de previsión sobre su patrimonio cuando deba seguir saldando la pensión.

Nótese, además, que el 101.2 CC ni siquiera menciona cuándo se estimaría insuficiente la herencia para proseguir con tal cumplimiento. Es ésta una de las principales lagunas detectadas.

En efecto, el CC pretexta la insuficiencia del caudal para seguir atendiendo al pago de la pensión, pero deja imprejuzgada la razón por la que se manifiesta inidóneo para seguir soportando ese gravamen. ¿Se trataría de entender que se compone de bienes de escaso valor, atendido el volumen de la deuda? ¿Se piensa simplemente en que la herencia se integra por bienes improductivos, por más elevada que sea la cotización que lleguen a alcanzar en el mercado, siguiendo la estela del Derecho catalán ya derogado? ¿O habremos de discernir que el precepto se refiere sencillamente a la falta de numerario? Han sido varias las tesis defendidas sobre este punto.

Algunos en una primera aproximación, sugieren que lo correcto parecería estar al montante de los bienes restantes después de pagar las deudas. Esto nos lleva al contrasentido de reputar una deuda a la pensión y seguidamente negarle tal catalogación.

En efecto, ya explicamos que esta no deja de ser una deuda más, pero semejante planteamiento nos hace entrar en una especie de círculo vicioso, que se agudiza y se hace especialmente imposible de superar en el caso de las legítimas y cuando se ha de respetar el 818 CC, en que entraremos en otro epígrafe.

Realmente, se acaba dispensando un tratamiento paralelo al que recibirían las donaciones, como si la beneficiaria de la pensión realmente hubiera recibido una liberalidad del causante que fuera preciso reducir o hacer desaparecer.

La SAP A Coruña (Sección 4.ª) núm. 177/2022 de 15 de marzo de 2022 ECLI:ES:APC:2022:717 nos presenta una herencia deficitaria, por exceder el pasivo al activo. El patrimonio neto no bastaba consiguientemente para

5 Marín García de Leonardo, MT Marín García de Leonardo, MT «Transmisión mortis causa del pago de la pensión por separación y divorcio» en *Revista General de Derecho*, N.º 589-590, 1993. Pág. 9626.

pagar las deudas, entre ellas la pensión. Resaltaremos que aquí el heredero sí solicitó el beneficio de inventario y quiso dar por finiquitada esta última. Pero el Juez incurre en incongruencia pues accede a tal petición, aunque fundándola en causa distinta a la alegada. Concretamente se basaría en que la demandada ya superó el desequilibrio con cuanto recibió a través de la liquidación de los gananciales.

Tengamos en cuenta que contábamos aquí con pruebas objetivas de esa insuficiencia, porque se elaboró un inventario notarial de los bienes. En cambio, la otra causa resultaba más evanescente y se prestaba a ulterior recurso sin dar por zanjada la cuestión. Por eso el demandante quiso orientar su petición por el 101.2 CC, en espera de minimizar el riesgo de ulteriores contiendas. Aunque el art. 101.2 CC parece más bien pensado como venimos insistiendo, para quienes aceptaron sin el beneficio de inventario.

Pero una cosa es que la obtención de dicho beneficio allane el camino, como aquí se reconoce, en el terreno probatorio. Y otra, bien distinta, que para estar legitimados a los efectos del art. 101.2 CC sea imprescindible haber solicitado el beneficio y blindarse de tal modo en el ámbito procesal, exigencia que no parece estar presente en el artículo ni parece acorde a su *ratio.* El art. 101.2 CC no introduce tales distinciones. Con lo que abona perfectamente que se sucedan reclamaciones a cargo de quienes no están preservados por el art. 1023 CC. Y estos son precisamente, como dijimos, los más interesados en cercenar los derechos del pensionista por los efectos nefastos que su perpetuación tendría en un patrimonio particular que no pusieron a salvo.

Una segunda teoría, que abonó el art. 86 del antiguo CODI, ya derogado, no se centró tanto en la enjundia de los bienes hereditarios que quedaren, cuanto en su productividad intrínseca, a la hora de medir la insuficiencia. En resumen, repararía en el dato de que los bienes fuesen fructíferos y generasen riqueza para el destinatario *post postem*.

Se defendió, desde este otro enfoque, que el factor decisivo no habría de ser el valor o la cuantía de los bienes hereditarios, sino su rentabilidad, esto es, que no se estuviera ante una amalgama de efectos patrimoniales, por más que sustancialmente valiosos, baldíos al fin y a la postre. A ello se ligaba la suerte de la compensatoria. Y se ampararía entonces que, si esos bienes no generaban rendimientos suficientes para seguir pagando, se impetrarse la supresión de la pensión.

Esta tesis ha tenido mala acogida en nuestras Audiencias que, sin embargo, suelen presentar alguna tendencia, como también el propio Supremo, a emular soluciones dispensadas por el Derecho catalán.

En efecto, nuestros jueces estuvieron concordes en que lo decisivo no tendría que ser que los bienes hereditarios resultasen fructíferos, para seguidamente orientar sus productos al objetivo satisfacer la pensión, por los efectos perversos que se acompañarían de implementar semejante ecuación.

Contrariamente, llegaron a entender que, aunque no fueran productivos, de existir tales bienes, tendrían que liquidarse para pagarla. Por tanto, aun estando ante efectos baldíos, ello no se constituiría en pretexto idóneo para quedar liberado. Sencillamente, no parecía legítimo que el heredero se apropiase de dichos activos y pretextase, acto seguido, su escaso rendimiento para quedar, de este modo, exento, por los abusos que se producirían por mor de semejante entendimiento.

En suma, la solución basada en la rentabilidad de los bienes fue erradicada de los textos legales catalanes, no siendo acuñada por las leyes que hoy están vigentes de dicho territorio, y sería desdeñada por la práctica judicial en el resto de España con carácter general.

Triunfaría entones la tesis inversa: si no bastasen los bienes hereditarios, por constituir un patrimonio exiguo en términos monetarios, se reduciría o aboliría la pensión a instancias del heredero.

En cambio, si lo recibido, aun cuando objetivamente preciado (alhajas, ciertos terrenos...), simplemente no resultase lucrativo para el heredero, debería arbitrarse una fórmula distinta.

Esta se concretaría en primer lugar en alcanzar un acuerdo con el acreedor de la pensión y entregarle algún bien para dar por extinta la relación por la vía del 99 CC, pues quizá no le importara que lo entregado a modo de dación en pago fuera improductivo (*v. gr*. poniendo a su disposición alhajas, antigüedades u otros efectos de su agrado integrados en el caudal hereditario).

Y, como es natural, siempre quedaba abierta la vía de negociar con terceros su enajenación en un mercado extraordinariamente amplio en el que invariablemente se hallarían compradores que estuvieran interesados en ellos por un motivo u otro. El heredero obtendría entonces numerario que aplicaría al fin que pretendemos.

Nos atendremos sobre este asunto a la decisión adoptada en la SAP Barcelona 16 marzo 2007, que zanja esta cuestión magistralmente. La heredera pugna por abolir la pensión a la ex mujer del causante. Se le opone, empero, que el art. 86.2 del CODI, entonces vigente, partía de una visión distinta de la brindada por nuestro art. 101.2 CC.

El CODI se refería literalmente a la improductividad de los bienes hereditarios, según quedó constancia. Ello fomentaba un clima de litigiosidad entre los llamados a la herencia y el pensionista. Proliferaron pleitos entre ambos al albur de que, aunque no cabía cuestionar que el patrimonio hereditario englobaba bienes que alcanzaban notable cotización, la falta de liquidez tornaba imposible seguir abonando la pensión. Aducían también los herederos que entrañaba mucha dificultad liquidar esos activos patrimoniales.

La SAP Barcelona Sección 12.ª, Sentencia 223/2007 de 16 de marzo de 2007, Rec. 899/2006. JUR\2007\120534 reacciona contra tal entendimiento e impone estar a una rentabilidad potencial o teórica de tales bienes. Espe-

cifica que no resultaría legítimo restringir o menoscabar la prestación por mantener improductivo el caudal cuando deliberadamente no se hizo todo lo que estaba en manos del heredero para extraer un rendimiento adecuado, y este simplemente se conformó con percibir rentas escasas o bajas. Un patrimonio susceptible de reportar riqueza muy superior no es la base sobre la que cimentar este tipo de reclamaciones. De otra manera, se fomentaría el fraude y las maniobras tendentes a infrautilizar los bienes con vistas precisamente a verse exento de cumplir una prestación de tracto sucesivo, para ulteriormente retomar una explotación de los bienes que estuviera en consonancia con su genuino potencial.

Es más, esta sentencia catalana nos previene de que incluso resulta imaginable que, emprendidas ciertas medidas, el patrimonio recibido por la heredera se hallase ya en condiciones de rendirle adecuadamente por haberse removido los obstáculos iniciales. La precariedad no siempre es perenne y la insuficiencia se remontaría empleando los remedios pertinentes.

En última instancia, y si fallasen las soluciones anteriores, se atajaría la situación con la enajenación de cuantos elementos no consigan devengar frutos, pero proporcionen numerario bastante para colmar el derecho del excónyuge que viene cobrando la compensatoria. Quien no ha de quedar al albur de la pasividad deliberada del heredero que no saca partido de cuanto ha recibido agotando todos los resortes que tiene a su disposición.

Se subraya, pues, que pesaría sobre el sucesor el deber de liquidarlo consiguiendo en el mercado el máximo que los compradores estuvieran dispuestos a ofrecer.

Parecen certeras entonces las aseveraciones formuladas por quienes entendieron que el art. 101. 2 CC únicamente querría blindarle al heredero que no experimente merma en su patrimonio particular —objetivo que, de por sí es más que cuestionable por lo que llevamos dicho— pero no garantizarle además que se quedará con bienes hereditarios. Eso ya se confía para el terreno de los legitimarios que veremos después. De no haber realizado los intentos que acabamos de enunciar, ningún heredero podría pretextar la improductividad de los bienes con una debida solidez[6].

La sentencia barcelonesa anterior siguió la estela de otra fundamental en este tema. La STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Cataluña de 26 de julio de 1999 núm. 20 /1999 ECLI:ES:TSJCAT:1999:7352. Esta vendría a entender que no se trata tanto de comparar el patrimonio del padre pagador con el de sus hijos, sino de estudiar si la herencia en sí era capaz de soportar el gravamen.

La sentencia es curiosa, por cuanto el padre instituyó un usufructo universal a favor de quien fuera su segunda mujer y devino viuda, en tanto que

6 SAP de Barcelona, Sección 12.ª, Sentencia 223/2007 de 16 de marzo de 2007, Rec. 899/2006. JUR\2007\120534

abonaba mensualmente a la primera una compensatoria más que generosa, cifrada en medio millón de las antiguas pesetas.

El Tribunal entiende que apelar, como aquí aconteció, a que el patrimonio hereditario estaba gravado con un usufructo universal no es de recibo, dada la heterogeneidad y envergadura de la herencia. Se trataba de un patrimonio compuesto no sólo de inmuebles, sino de valores y otro tipo de activos, susceptibles de ser negociados por los herederos para cuando se extinguiera el usufructo.

Abunda, además, en que las valoraciones de la herencia contenidas en documentos fiscales la cifraron nada menos que en 400 millones de pesetas ya descontado el valor del usufructo, es decir, centrándonos únicamente en la nuda propiedad, que es cuanto recibió el hijo litigante. Nótese que la sentencia no repara en la rentabilidad de los bienes únicamente, sino en su envergadura y ataja así la tentativa del hijo de verse relevado del pago.

Ya nos estamos percatando del problema que generaba anudar la rentabilidad de los bienes hereditarios a su aptitud para hacer frente al pago de la pensión. Es la solución que acuñaba el ya derogado art. 86.2 CODI, desaparecida completamente de la nueva regulación catalana. Y en esta sentencia incluso caemos en la cuenta de los ardides a los que se recurriría para burlar los derechos del pensionista: mediante cautela *socini* bastaría conferir el uso y disfrute de la herencia al viudo actual para que los hijos gravados con tal usufructo pretextaran —aunque infructuosamente, como vemos, tras una batalla judicial interminable— que los bienes constituían un patrimonio estéril en el presente para ellos, en espera de ser liberados de seguir afrontando el cumplimiento de la compensatoria. Todo se orquestaría por el causante con vistas a encajar formalmente en el sustrato fáctico del art. 86.2 CODI y cubrir el expediente, al menos momentáneamente.

En la actualidad, el art. 233.19.2 CCcat solo confiere legitimación a herederos y acreedores para impetrar una variación en la forma de pago. Ampara que se entregue un capital que habrá de calcularse atendiendo a dos factores: la configuración de la pensión, por su duración e importe, de un lado. Y de otro, el activo hereditario líquido, esto es, lo que resta después de pagar las deudas del causante.

Fácil es apreciar que esta solución se muestra más respetuosa con la idea de que la pensión resarce un perjuicio experimentado en la estabilidad o situación profesional del ex esposo del causante. Aunque cambia la forma de pago, convirtiendo en tanto alzado lo que era primitivamente una suma periódica —y en tal sentido libera a los herederos de tener que soportar este gravamen o mantener vinculación con ese acreedor— no les exime completamente, como facilita, en cambio, nuestro art. 101. 2 CC.

Además, los catalanes no han introducido referencia alguna a las legítimas en el art.-233.19.2 CCCAT. Sólo se efectúa una mención genéricamente a los herederos e incluso confieren legitimación a los acreedores para emprender esta acción.

III. Motivos para cuestionar que continúe teniendo sentido el art. 101.2 CC al defender la intangibilidad de las legítimas

El segundo escenario donde se permite solicitar la reducción o abolición de la compensatoria en el art. 101.2 CC se ciñe a que su pago afectara a los derechos de los legitimarios. Si se demuestra que las legítimas experimentarían lesión de seguir abonando la compensación del art. 97 CC, esta debería minorarse o incluso suprimirse a instancias de los legitimarios.

En nuestra opinión, si en 1981 —momento en que se redacta la norma— quizá tenía cierto sentido defender los derechos de los legitimarios, hoy, cuando estamos en el primer tercio del siglo veintiuno, hay motivos más que sobrados para hablar de una pérdida de actualidad de esta previsión.

Para comenzar, a nadie se le escapa que existe una nutrida corriente doctrinal que pugna por la abolición de las legítimas. Numerosas voces autorizadas en nuestra doctrina sostienen que los padres cumplen sobradamente poniendo a los hijos en posesión de una educación que les permita ganarse la vida e independizarse, y que costear esos estudios y especializaciones debiera reemplazar en nuestras coordenadas sociales actuales a la legítima. Se sustenta que hoy esta última se encuentra desfasada de la mano de los cambios generacionales acaecidos y con el aumento de la esperanza de vida[7]. Si antes era garantía de sustento para los legitimarios y un deber del ascendiente para con ellos, hoy dicho deber quedaría reemplazado con el hecho de costear su formación[8]. Y si otrora suponía transmitir un patrimonio familiar, hoy estos postulados carecen de sentido toda vez que cuando el legitimario percibe la legítima se halla ya en una edad tan avanzada que acaso estaría próximo a la jubilación, y además consiguió salir adelante por sí mismo amasando su propia fortuna.

Si nos ceñimos a ello, todavía resulta menos digno de credibilidad que tenga que sacrificarse a quien es resarcido de un daño, según demostramos antes, con el percibo de la compensatoria, al albur de que otros recibirán del causante gratuitamente, solo por mantener con él un vínculo de parentesco,

---

7 Es más, incluso se asiste a un debilitamiento paulatino en algunos textos legales autonómicos como desarrolla Roca Trias, E. «Una reflexión sobre la libertad de testar» en *Estudios de Derecho de Sucesiones:* «*Liber amicorum*» Teodora F. Torres García. Coord. por Margarita Herrero Oviedo; Andrés Domínguez Luelmo (dir.), María Paz García Rubio (dir.), Teodora Felipa Torres García (hom.), 2014, Wolters Kluwer España. P 1252.

8 Así lo defiende Carrasco Perera, que entiende absolutamente desfasado el planteamiento perpetuado en el Código sobre el tratamiento de las donaciones colacionables en lo tocante a este punto. Carrasco Perera, A. «¿Te ningunean tus hijos? ¡Desherédalos!» en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 896/2014. Parte Opinión.

unos bienes cuando van decayendo los presupuestos en los que se cimentaba la legítima y que constituía su razón de ser.

Dicho esto, apreciamos seguidamente que el trato que recibe el pensionista es de disfavor respecto a otros acreedores del causante, cuyas deudas ni remotamente se reducirán so pretexto de conculcar las legítimas. Es más, cabría, sencillamente, puestos a pagarles, que finalmente no hubiera legítima alguna perceptible. Tal ocurriría, pongamos por caso, cuando el causante se hubiera endeudado en exceso con una entidad bancaria y no tuviera liquidez para saldar los préstamos, con lo cual la herencia evidentemente sería deficitaria. Pero no por ello dejarían de cobrar sus prestamistas cuanto quedó pendiente de saldar si fuera posible emprender una reclamación contra los legitimarios que hubiesen aceptado la herencia sin acogerse al beneficio de inventario. Tampoco cuando estuviera pendiente de pago el precio de una compra estipulada por el *de cuius* o las rentas por un alquiler concertado por él se habría de retener parte del precio o de las rentas impagadas por el primero so pretexto de que con ello van a cobrarse los legitimarios cuanto esperaban obtener.

Es palmario que estos acreedores no quedan a expensas de que los legitimarios reciban más o menos del *de cuius*. Las legítimas aquí no funcionan a modo de excusa para sustraerse al cumplimiento[9].

Y si aceptamos todo esto cuando está en juego el derecho de cualesquiera otros acreedores, que tienen que ser satisfechos, no se acierta a comprender por qué razón quien percibe una pensión compensatoria —acreedor como el que más— es postergado por el art. 101.2 CC frente a los legitimarios del causante, y de su crédito se llegaría a hacer *tabula rasa*.

Por si fueran pocos los inconvenientes que esbozamos, también se atisbó una conculcación de las normas del CC que ordenaban los créditos privilegiados, por cuanto se dejaba sin resolver qué ocurriría en el supuesto en que se hubiera garantizado el pago de la pensión con prenda o hipoteca. Siendo, de suyo, créditos privilegiados... ¿Tendría que prevalecer el 101.2 CC sobre el art. 1922 CC, que los configuraba como privilegiados, con la subsiguiente cancelación de la garantía, que haría tornar los bienes pignorados a la masa hereditaria como libres? ¿O contrariamente tendría que admitirse que hasta donde alcanzase el valor de la prenda se habría de responder, en consonancia con el art. 1922 CC?[10]

9 RAGEL hace énfasis en que la reunión ficticia del art. 818 CC es un mero cálculo matemático, pero no garantiza en el terreno práctico que vaya a cobrarse legítima alguna finalmente porque tras depurar las deudas del causante y aunque este no efectuara donación alguna en vida que hubiera de sumarse al *relictum,* no es seguro que después de saldar sus deudas vaya a existir un saldo positivo. RAGEL SÁNCHEZ, LF. «Comentario al art. 818 CC» en *Comentarios al Código Civil dir. Por R. Bercovitz Rodríguez Cano*. Tirant lo Blanch. Valencia 2013. Tomo IV. Pág. 5996. Nota a pie de página número 17.

10 Es el dilema que plantea DE LA HAZA. *op. cit*. pág. 140.

Surgen fricciones asimismo con el art. 1924 CC a tenor de las últimas reformas legales acaecidas, lo que confirma que el art. 101.2 CC va perdiendo peso a pasos agigantados. Como se recordará, el art. 1924 CC establece que los créditos que no ostenten privilegio especial en consonancia con los artículos precedentes se considerarán, no obstante, privilegiados en dos casos.

El primero de ellos se refiere a que consten en escritura pública. Ya tenemos entonces un convenio regulador incorporado a la escritura pública notarial de separación o divorcio donde se reconozca la compensatoria a favor de uno de los esposos cuando la crisis se tramite ante fedatario público.

Y el segundo se concreta a que haya sentencia firme si hubieran sido objeto de litigio. Evidentemente, no mediando conformidad sobre las medidas a adoptar en la ruptura matrimonial, estaríamos ante un procedimiento contencioso y la pensión sería fijada en sentencia por la autoridad judicial.

Pasamos a resumir las razones por las que entendemos que el planteamiento del art. 101. 2 CC quiebra y el precepto tendría que ser reformado.

Primero. La propia naturaleza de la pensión, que convierte en impropia una solución que la rebaja a la categoría de una dádiva o limosna. El art. 101.2 CC le aproxima al tratamiento que reciben las denominadas donaciones inoficiosas, donde el legislador admite que se inste su reducción en aras de mantener el derecho de los legitimarios. Esta equiparación es técnicamente incorrecta.

Segundo. La pérdida de peso de las legítimas en la actualidad, según adelantábamos. Semejante entendimiento de la cuestión quizá sería sustentable, no con pocos matices, en 1981, cuando se redacta el art. 101 CC, pero hace fisuras transcurridos ya cerca de sesenta años. Nadie dudará que en nuestros días la legítima comienza a hacer aguas y son muchos quienes reclaman su reducción —como ha ocurrido ya en algún Derecho Civil autonómico— o incluso su erradicación, que tímidamente se va produciendo de la mano de una interpretación más actualizada de las causas de desheredación, por mor de la labor del Supremo. Si antes era poco menos que misión imposible desheredar a un hijo, hoy no diríamos lo mismo con la visión patrocinada por el Tribunal Supremo del art. 853.2 CC. El respeto terminante e ilimitado a las legítimas ha dejado de ser un dogma para el hombre de la calle, que encuentra lógico que sus descendientes sean apartados de su sucesión en estas circunstancias y se congratula de ello y de poder premiar finalmente a quien realmente se lo merece.

Por otro lado, la intangibilidad de la legítima en su doble vertiente conoce tantas derogaciones que acabará por tener un valor puramente testimonial (arts. 1056, 841, 808.4 CC, etc.). Esta justificación ya no tiene el peso específico de antaño.

Tercero. La ya denunciada falta de nitidez del precepto. Realmente no sabemos cuándo están exentos los herederos so pena de insuficiencia del caudal hereditario, de continuar en el pago. Son varios los interrogantes sur-

gidos en el tratamiento de esta materia. ¿Se refiere el 101.2 CC a la herencia compuesta por bienes improductivos, esto es, que no presentan rentabilidad alguna en la práctica? ¿Prescinde de lo anterior e impone estar al valor del caudal hereditario per se, abstracción hecha de que se componga de elementos de fácil explotación y que reporten frutos? Acabamos de referirnos a esto.

Esto sin olvidar, como se verá, que no tener presente la verdadera capacidad contributiva del pagador, abocará a verdaderas injusticias cuando no hizo uso del beneficio de inventario.

Los únicos mecanismos con que deberían contar los legitimarios para contrarrestar los efectos de una herencia que amaga con ser deficitaria serán, amén de la solicitud del derecho a deliberar (art. 1010 CC), la aceptación a beneficio de inventario, que preservarán su patrimonio personal de la responsabilidad por dichos débitos evitando la confusión entre aquél y el del causante.

Cuarto. Tampoco el 101.2 CC aclara, caso de devenir pagadores los descendientes del causante, si se preservaría su legítima corta o la larga, aunque parece que serían los dos tercios según la doctrina mayoritaria. Si no mejoró a nadie el testador, el de mejora pasa a ser legítima. Además, el CC prohíbe gravar la mejora a favor de quienes no son descendientes, que también pudiera funcionar como argumento favorable a su preservación[11].

Lo cierto es, empero, que el 101.2 CC no entra en distinciones cuando menciona a los legitimarios. Ni circunscribe la legitimación solo a la descendencia del causante. Es decir, incluso el cónyuge viudo que percibe la cuota legal usufructuaria podrá accionar contra el anterior cónyuge, divorciado del *de cuius*.

Incluso no hay que descartar que los ascendientes se convirtieran en legitimarios si el causante falleció sin descendencia y sean ellos quienes soliciten hacer tabla rasa de la compensatoria, porque donde la ley no distingue no debemos distinguir. Por tanto, cuantos argumentos se formularon para sostener que se presumiría un deseo en el causante de amparar a su descendencia, decaen en tal caso porque legitimarios serían, llegada la ocasión, cualquiera de ellos.

Quinto. Otro escollo que abona la conveniencia de suprimir el 101.2 CC sería la contradicción entre su tenor y el art. 818 CC, denunciada de antiguo por la doctrina[12]. Este último aborda la denominada reunión ficticia, operación ineludible para calcular las legítimas que el primero dice infringidas.

---

11 De la Haza distingue casos en los que el tope estaría en la estricta de otros en los que sería la larga (*op. cit*. pág 135). En cambio, para Roca Trías la pensión se pagaría a cargo de la parte de libre, con lo que es evidente que se sustrae de ella («El convenio regulador ...cit. pág 259).

12 De la Haza Díaz, P. en *La pensión*...Cit. pág 129 lo desarrolla admirablemente.

Pero he aquí que, una vez sumadas todas las donaciones hechas en vida por el causante a los bienes hereditarios el art. 818 CC obliga a deducir todas las deudas, estando entre ellas la pensión, que sería un débito más.

Entonces estaremos en condiciones de calcular a cuánto ascienden las legítimas globales e individuales y la parte de libre disposición y ver si se puede pagar la pensión.

Pero estamos ante la pescadilla que se muerde la cola, porque las legítimas se calculan previa deducción de las deudas. Y la pensión es una de tantas a deducir del caudal relicto, como venimos postulando. Y una de dos, o no hay legítima que percibir. O cuanto resulta de esa resta es lo que corresponde a los legitimarios, que ya dedujeron la compensatoria para obtener la base de cálculo de cuanto debían percibir.

No faltan también quienes apuntan la problemática que ello genera de cotejar esto con el tema de las pensiones alimenticias que tocan a su fin con la muerte del pagador. De donde, las que estuviera pagando a sus hijos, menores o mayores de edad, se extinguen entonces.

El resultado que se produciría si se consigue eliminar la compensatoria, sería que su otrora excónyuge activará el mecanismo de los alimentos. Y los demandados, paradójicamente, bien pudieran ser ahora quienes le suprimieron o redujeron la pensión, que habrían de mantenerla a ella, si la petición la formularon sus propios hijos, sumiéndola en la indigencia[13].

Tampoco entendemos que la posibilidad de atajar esa situación activando otros mecanismos jurídicos sea un remedio que justifique la supresión de la compensatoria. No parece admisible auspiciar la abolición de un derecho amparado por los Tribunales que compensa sacrificios efectuados en pro del matrimonio y colocar a la mujer a expensas de la caridad de sus parientes, so pretexto de que otros consigan heredar y de que la otrora pensionista será mantenida por aquellos.

Y es que, si reparamos en el sentido de algunas sentencias recientes dictadas por el Tribunal Supremo, como la de STS (Sala de lo Civil) de 28 de noviembre de 2024 ECLI:ES:TS:2024:6107, no responde a la genuina naturaleza de la compensatoria auspiciar su supresión invocando que el perceptor podría obtener otras ayudas, incluso públicas, para mantenerse[14].

---

13 Centrándose en ello López Beltran de Heredia sustentó que como consecuencia empeoraría notablemente el nivel de vida de aquellos hijos que aún convivían con su progenitora, ora por ser menores, ora por depender económicamente de ella y contar la mujer con la compensatoria como único sustento. López Beltrán de Heredia, C., «El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil a la muerte del cónyuge deudor» en *Revista General de Derecho*, N.º 604-605, 1995, Pág. 32.

14 En la STS de 28 de noviembre de 2024. ECLI:ES:TS:2024:6107 el marido intenta suprimir la compensatoria alegando que su exmujer, aunque víctima de un desequilibrio perpetuo, podría percibir pensiones públicas para su sostenimiento. El Alto Tribunal casa la sen-

Por idénticas razones, y si nos atenemos a esto, tampoco entendemos avalado cualquier planteamiento tendente a minimizar el perjuicio del art. 101.2 CC por el hecho de que el pensionista contase con el recurso de instar tales ayudas o recurrir a sus familiares para remontar la penuria experimentada si se viera privado de la compensación.

Aún diremos más, desde la perspectiva del demandante quizá le pase factura haber emprendido una reclamación de este tenor contra quien tenía una compensatoria y se apañaba para sostener a sus hijos. Realmente, no solo cuanto consigue por una vía, se verá contrarrestado por otra, porque no podría dejar a su madre en la indigencia y tendrá que proveer a sus necesidades, según acabamos de decir. Pero subrayemos ahora que habrá de hacerlo de acuerdo a su capacidad contributiva. Los alimentos se fijarán conforme a este otro parámetro (art. 146 CC), por lo menos en lo tocante a un progenitor o progenitora despojado del ingreso del art. 97 CC, que devenga alimentista, y no tomando como referente los bienes hereditarios recibidos por el alimentante. Por tanto, nos basaremos en cuáles son sus recursos personales en conjunto, muy superiores a cuanto recibe por vía sucesoria, que no son sino una partida más de las que componen la fortuna del alimentante.

No en vano, el CC no exige que los herederos no posean particularmente bienes con los que pagar la pensión. No se fija en la titularidad de su patrimonio personal. Sólo repara en que los bienes hereditarios fueran insuficientes para seguir cumpliendo. Dicho en otros términos: aunque la posición económica de quien pugna por abolir la pensión compensatoria rayara en la opulencia, ello no le impediría articular este mecanismo del art. 101.2 CC si recibió bienes de escasa significación para seguir abonándola o si se lesionase con esto su legítima, respectivamente. El contraste no puede ser mayor.

tencia al entender que se compromete con tal visión la naturaleza de la pensión del art. 97 CC, que no gira en torno a la vulnerabilidad, o no, del acreedor ni es subsidiaria respecto a la obtención de estas ayudas de los organismos públicos. Expresará entonces: «*No es óbice a lo anterior el hecho de que la recurrente no esté físicamente impedida para trabajar. Que pueda trabajar no significa, por las razones de edad y falta de formación mencionadas, que vaya a encontrar trabajo, ni que pueda incorporarse fácilmente al mercado laboral, ni que pueda hacerlo en sectores que ofrecen ingresos suficientes para su subsistencia. Tampoco la pensión compensatoria regulada por el art. 97 CC depende de la posibilidad de que el cónyuge perjudicado acceda a ayudas públicas cuya obtención siempre depende de requisitos y trámites administrativos que, para el ciudadano común, no siempre son sencillos, y que, además, no es inmediata ni está asegurada. En cualquier caso, la compensación económica tiene un fundamento jurídico específico: corregir el desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio, no suplirlo con recursos estatales que están establecidos y destinados para atender situaciones de vulnerabilidad de diferente naturaleza. La posibilidad de que la recurrente acceda a ayudas públicas no elimina el desequilibrio económico ni exime al recurrido de su obligación de contribuir a corregirlo mediante una pensión compensatoria*».

A mayor abundamiento, los alimentos debidos experimentan fluctuaciones, admitiéndose que un aumento en las necesidades del perceptor fundamente una elevación de la pensión fijada ahora por este segundo concepto. La divergencia con la compensatoria se agudiza aún más en detrimento de quien debe asumirla. De estar ante la última, el pagador se encuentra blindado frente a este tipo de exigencias.

Sobre este otro punto, es decir, sobre la fijación de la capacidad contributiva del heredero, se centra precisamente la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 5 de febrero de 1999 núm. 121/1999. ECLI:ES:APSE:1999:218. La sentencia remarca que la compensatoria quedó definitivamente fijada en el momento de la ruptura matrimonial del causante, y al igual que en vida de este el acreedor no hubiera podido solicitar un incremento posterior, ahora tampoco ejercería influencia alguna que cada uno de los coherederos pasara a tener más o menos patrimonio personal. Cada cual respondería de su pago de manera proporcional a lo recibido en la herencia y no a cuanto posea después.

IV. Otros resortes normativos utilizables

Que aboguemos por derogar el 101.2 CC no nos impide reconocer que, ciertamente, en ocasiones se producen maniobras fraudulentas para mermar los derechos de los legitimarios utilizando la pensión. Pero para combatir estos intentos no precisamos del 101.2 CC al contar ya el ordenamiento con otros resortes específicos. Veamos qué desconocimientos se podrían producir y, de paso, qué soluciones podrían arbitrarse para intentar conciliar tanto los intereses de los pensionistas como los de los herederos.

Merece la pena detenernos en los acuerdos alcanzados entre los cónyuges. En materia de compensatoria rigen predominantemente los pactos inter conyugales y por mor de la autonomía de la voluntad uno de los esposos podría plegarse a abonar al otro una pensión elevada aun cuando el desequilibrio fuera insignificante o acaso ni siquiera existiera. En tales casos, es preferible hablar de alimentos convencionales. Estamos ante una categoría híbrida porque la pensión ni es compensatoria ni cuadra en la alimenticia. Es un compromiso libremente asumido por uno de los cónyuges que linda, ahora sí, con una atribución con causa puramente gratuita nacida quizá con el propósito de mermar los derechos de los legitimarios.

Un buen ejemplo nos lo ofrece la SAP de Jaén (Sección 1.ª) de 6 de febrero de 2025 N.º de Resolución: 166/2025 ECLI:ES:APJ:2025:186 donde libremente el marido se liga a pagar una pensión indefinida a su mujer, cuando todo auguraba que un Juez hubiera limitado temporalmente la prestación de haberse tenido que dirimir su reconocimiento en esta otra sede. Con todo, se razona en ella que si se configura como indefinida se estará a los términos del acuerdo, pues queda en poder de las partes incluso variar el régimen extin-

tivo del art. 101 CC e introducir causas distintas que decidan la suerte de la pensión o condicionen su subsistencia, como hicieron en este caso[15].

Nos servirá como referente también la SAP de Tarragona de 9 de septiembre de 2025 donde encontramos un intento en vano por parte de la perceptora de alterar la verdadera naturaleza de la pensión recibida.

Cuando se divorció de su marido, éste se comprometió a abonarle una pensión para que se mantuviera y sufragara los gastos de su casa. Los términos del acuerdo fueron más que generosos, pues se obligó nada menos que a elevar el montante en el futuro si preciso fuera. De cuanto llevamos dicho ya se infiere que no estábamos ante una compensatoria, sino claramente ante alimentos convencionales. Primero, porque los divorciados no se deben recíprocamente alimentos, y esto fue lo convenido. Y segundo, porque la compensatoria, una vez determinada, no es susceptible de incremento alguno, solo de minoración.

La pensionista, en cambio, quiso aferrarse a que era una compensatoria para perpetuar la obligación de pago a cargo de los herederos de su exmarido, visión que no compartió la Audiencia, que liberó a los herederos y dio por extintos esos alimentos.

Evidentemente, pactos como estos sí representan una amenaza para los intereses de los legitimarios, por cuanto bien pudieran funcionar en la práctica como un cauce para burlarlos. No olvidemos que existen normas en el Ordenamiento que proscriben ciertas convenciones patrimoniales inter conyugales de cara a no mermar la legítima de los descendientes.

Sin ir más lejos, nos remitiremos a la prohibición de concertar un porcentaje distinto del 50 % en las ganancias del otro en el denominado régimen de participación habiendo descendientes no comunes. La razón de ser del art. 1430 CC no es otra que la de evitar, en lo posible, que se produzca un trasvase de activos en el momento de la disolución y liquidación de este régimen entre los esposos, en detrimento de los derechos sucesorios que asistan a los legitimarios de uno de ellos, esto es, de aquel que aporta su propia descendencia.

Si se pactare un porcentaje superior al 50 % y el que tiene descendencia propia ostentare una posición económica privilegiada, que no tuviera parangón con la del otro cónyuge, su patrimonio sería esquilmado por esta vía y la expectativa sucesoria de sus legitimarios, mermada considerablemente. El artículo marca, pues, el tope del cincuenta por ciento para evitar ese efecto indeseable.

Pues bien, los pactos en sede de compensatoria, cuando exageran la reparación o manifiestamente se conectan a un sacrificio inexistente, arrojan idén-

15 Aunque la tendencia actual en nuestros Juzgados sea precisamente la contraria a la seguida por los suscriptores del acuerdo, ello no coarta en absoluto que se instaure una pensión indefinida, desmarcándose de la primera. La sentencia recalca que si ello resultara lo más acorde a los intereses de las partes, el art. 1255 CC ampararía esta previsión, por más que se desviara de cuanto viene siendo la tónica dominante en nuestros Tribunales.

tica consecuencia. Implican un desvío de sumas al otro, que en puridad constituyen auténticas donaciones.

En tal caso, sí entendemos que fueran combatidos por los legitimarios, por las mismas razones que inspiraron las limitaciones implantadas en el art. 1430 CC. En tal contexto sería correcto dispensar un tratamiento paralelo al de una donación, ya que en puridad estamos en presencia de una liberalidad, pues o bien no hay nada que compensar, porque no existe desequilibrio alguno, o bien este es insignificante habida consideración de la compensación que el causante diseñó en vida para disiparlo.

En nuestra doctrina Roca Trías ya se adelantó a ello y denunció la posibilidad de que concertando una pensión compensatoria desproporcionada a todas luces o unos alimentos convencionales se consiguiese defraudar a terceros. Detallaría entonces que los acreedores del pagador estarían legitimados para impugnarlos al ser constitutivos de un verdadero fraude[16].

Huelga decir que tampoco hay que circunscribir el fraude a la modalidad de pago periódico de la compensación. Bastaría acogerse al art. 99 CC y mutar la pensión inicial en la entrega de una suma a tanto alzado o capital desorbitante, sustrayéndolo de los legitimarios, con intención de esquilmar su patrimonio, para producir idéntico resultado, o adoptar esta modalidad solutoria originariamente. Con esto se consigue un resultado idéntico al de una donación en cuanto al exceso y estaría justificada la reducción impetrada por los últimos.

V. Previsión ad hoc por parte del pagador del tratamiento que recibirá la pensión *post mortem*

Visto que las partes implicadas pueden pactar sobre el régimen extintivo de la pensión y desplazar el instaurado en el art. 101 CC, tendríamos que men-

16 Ya estamos demostrando en el texto que ello podría extrapolarse a los legitimarios perfectamente. Si la pensión resultase exorbitante atendido el desequilibrio realmente producido o sencillamente se conviniera aun cuando este realmente era inexistente al tiempo de la ruptura, el conflicto adquiere unas dimensiones distintas de las que criticamos en este estudio, puesto que nada hay que resarcir.
Expresaría Roca *«Cuestión conexa...es la posibilidad de que los acreedores del cónyuge deudor de la pensión puedan impugnarla cuando sea excesiva y lesione sus intereses. Para solucionar este supuesto debe partirse de la concurrencia o no del presupuesto básico del derecho a la pensión (...) ésta sólo existe como tal si hay desequilibrio económico y en la cuantía necesaria para solventar ese desequilibrio; por tanto, cuando el deudor pague más de los que corresponde porque así se ha acordado o se pacten unos alimentos convencionales en los casos en que no exista real desequilibrio, estas atribuciones patrimoniales excesivas o extralimitadas tendrán la calificación de actos a título gratuito o , en consecuencia, podrán ser impugnadas por los acreedores de quienes las están prestando...»* .Roca Trías, E «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad» en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* . Coord. por Pedro Juan Viladrich Bataller. Editorial de la Universidad de Navarra. 1989 Pág. 250.

cionar asimismo la posibilidad de que el pagador quisiera asegurarse que sus sucesores se verán exentos de pechar con esta obligación e introduzca matizaciones al respecto.

En la SAP de Madrid, Sección 22.ª, núm. 141/2022 de 21 de febrero de 2022, Rec. 1339/2021 ECLI:ES:APM:2022:2122 se convino que la pensión sería vitalicia y recibiría una actualización paralela a la aplicada sobre la jubilación del marido pagador. No obstante, se diseña un régimen extintivo especial. Se previó que se extinguiría caso de que la esposa contrajera nuevo matrimonio o mantuviera una relación estable de pareja con otra persona, con independencia de que mediara o no convivencia. Con semejante puntualización, aun cuando las corrientes jurisprudenciales actuales tienden a relativizar el valor de la convivencia en aras a potenciar la liberación más pronta de los pagadores y combatir manobras fraudulentas, el pagador no quiso fiarlo todo al azar. Cercenó cualquier cuestionamiento futuro de este detalle y, de paso, que sus sucesores se vieran perpetuados en la obligación mientras se dirimiera antes los tribunales. Por último, se indicó que el derecho a la pensión finalizaba, en todo caso, con la muerte del deudor.

Desde la moderación, el deudor buscará entonces conjugar la posición del heredero o legitimario con la del pensionista. Como muestra tenemos la iniciativa seguida por el marido en STSJ Navarra de 14 de noviembre de 2023 (JUR\2024\18608). En convenio se estipuló una minoración de la suma a partir de la jubilación del pagador y extinción a su muerte. El marido se liga a pagar solo durante diez años a la par que consigue liberar a sus sucesores dejando constancia de que a su muerte desaparecerá la pensión. Pero no sólo fija una suma generosa a favor de la exmujer, sino que constituye gravámenes sobre algunos bienes para garantizar su cumplimiento e introduce un correctivo para combatir la aleatoriedad de ese clausulado. En efecto, se recalca que, si el pagador falleciere antes de que trascurrieran diez años desde la fecha de suscripción de ese acuerdo, sus sucesores tendrían que seguir pagando, quedando liberados únicamente una vez agotado el plazo. Con ello se asegura a la exmujer no solo que percibirá una cantidad espléndida por lo menos durante ese período, como mínimo, pues se le dota de certidumbre, sino que tiene plenamente cubierta su satisfacción mediante gravámenes sobre el patrimonio del pagador y se acercan posiciones entre quien quiere seguir cobrando y quienes desean verse relevados de atender al cumplimiento prontamente tras la muerte del causante.

Ahora bien, en conexión con lo anterior tenemos que matizar que cuando se trata de diseñar un esquema para eximir a los sucesores habría que ser especialmente meticuloso si se desea que su liberación llegue a ser efectiva. Es importante que tener en cuenta:

Primero. Que el simple paso del tiempo no aboca al fin de la pensión, aunque se confía a la libertad dispositiva de los interesados optar por la temporalización. Esto lo remarca la STS (Sala de lo Civil) núm. 59/2022 de 31 de enero

de 2022 ECLI:ES:TS:2022:358[17]. Con lo cual los herederos tendrían que seguir abonándola de no haber sido configurada con carácter limitado en el tiempo.

Segundo. Que la incidencia que tenga la liquidación de la sociedad de gananciales en la subsistencia de la pensión es variable, como así ha reconocido el propio Tribunal Supremo —SSTS (Sala de lo Civil) núm. 1667/2024 de 12 de diciembre de 2024 ECLI:ES:TS:2024:6155 y 31 de enero de 2022 antes nombrada—. Con lo cual son verificables casos en los que se adquiere independencia económica y se extingue el desequilibrio a resultas de que por este cauce accedemos a bienes productivos que producen notable rendimiento. Pero no faltan otros donde la significación de los bienes recibidos o su rentabilidad es nula, con lo cual la repercusión en la disipación del desequilibrio también lo es[18]. No cabe fiarlo todo, por tanto, a este factor[19].

---

17 En ello incide la SAP de Asturias, Sección 4.ª, núm. 38/2025 de 29 de enero de 2025, Rec. 682/2024 ECLI:ES:APO:2025:475: «*El mero transcurso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión compensatoria. Hemos de recordar que la pensión compensatoria que se pretende suprimir.*

18 Efectúa un recorrido por los principales pronunciamientos Jurisprudenciales sobre la materia la STS (Sala de lo Civil) núm. 1667/2024 de 12 de diciembre de 2024 ECLI:ES:TS:2024:6155 que, aunque no concede tanta envergadura a los bienes recibidos tras la liquidación como para llegar a disipar el desequilibrio, sí acepta que éste quedó atenuado por mor de estos y, por consiguiente, que debió accederse a una reducción de la pensión. El Alto Tribunal expone al hilo de ello el contraste de soluciones a que abocará entonces la liquidación de la sociedad de gananciales. Fundamentará así:
«En la sentencia 59/2022, de 31 de enero, dijimos, sobre la adjudicación de bienes en la liquidación de la sociedad ganancial y su incidencia sobre la pensión compensatoria, lo siguiente: "[l]a sociedad de gananciales, puede suponer la atribución de bienes productivos que hagan desaparecer la situación de desequilibrio. Así lo declara la sentencia 76/2018, de 14 de febrero, citada en la sentencia 584/2018, de 17 de octubre, cuando proclamó: "Tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la indivisión que afectaba a la titularidad de los bienes, ha devenido en atribución exclusiva de la propiedad y uso de los bienes adjudicados, con lo que los bienes han pasado a ser productivos para cada uno de los cónyuges, pudiendo disponer de los mismos, ya vendiéndolos o explotándolos, con lo que se aseguran una situación de estabilidad económica que se aproxima bastante a la existente antes de la separación conyugal y divorcio, con lo que al desaparecer la situación de desequilibrio, procede declarar extinguida la pensión compensatoria".
En el mismo sentido, las sentencias 304/2016, de 16 de mayo; 217/2017, de 4 de abril y 584/2018, de 17 de octubre. "Ahora bien, como señala la sentencia 245/2020, de 3 de junio, la aplicación de tal doctrina precisa, concretar "en qué medida se verá afectada la economía de la actora tras la citada liquidación del régimen económico matrimonial".
Más recientemente, insistiendo en la trascendencia del valor de los bienes adjudicados en la liquidación de la sociedad ganancial, se expresa la sentencia 810/2021, de 25 de noviembre, cuando señala: "En otras sentencias también se ha tenido en cuenta la adjudicación de bienes en la liquidación del régimen económico a la hora de fijar la cuantía y límite temporal de la pensión (sentencia 575/2019, de 5 de noviembre) o incluso para acordar su extinción por considerar que de esa forma cesaba la situación de desequilibrio que había motivado la pensión compensatoria (sentencia 76/2018, de 14 de febrero)"».

19 Tanto menos cuando incluso algunas Audiencias se empeñaron en sostener que por esta vía simplemente se especificaba el derecho que antes se ostentaba de forma ideal,

Tercero. Debemos prestar atención asimismo a los términos empleados para circunscribir las obligaciones de las partes. De ello dependerá en muchas ocasiones que se auspicie, o no, la liberación de los sucesores de una de ellas.

Por más que venga siendo una constante que las Audiencias incurran en el error de hablar de pensiones vitalicias cuando en realidad debieran usar el término «indefinida», una imprecisión terminológica como ésta daría al traste con el objetivo de quien quiere liberar a sus herederos o, por lo menos generaría una controversia y ulterior litigio que precisamente deseamos evitar.

Es cuanto aflora en la SAP de Zamora, Sentencia 10/2024 de 12 de enero de 2024, Rec. 194/2023 ECLI:ES:APZA:2024:79 que afina sobre este punto, matizando que vitalicia es, en sentido estricto, la llamada a prolongarse mientras viva la beneficiaria, lo que estaría avalado, además, por otros criterios hermenéuticos, pues la literalidad de los términos empleados en el convenio no dejaba duda sobre el particular. Expresamente el apartado concerniente a este asunto se rotuló como «*pensión compensatoria vitalicia (que no indefinida) a favor de la esposa*».

Así pues, mientras ella viviera, tendría derecho a cobrarla. Pero el Tribunal explica que aun cuando se negoció de esta manera el régimen extintivo, porque este pacto afectó claramente al art. 101 CC en el sentido de que no se le limitó en el tiempo, permanecería intacto, empero, el recurso al art. 100 CC.

En consonancia con ello, esta SAP de Zamora, Sentencia 10/2024 de 12 de enero de 2024, Rec. 194/2023 ECLI:ES:APZA:2024:79 repara en que *a priori* parecía irrealizable el objetivo de que la pensionista, por su edad y escasa preparación, se incorporase después al mercado laboral. Pero, como quiera que, contra todo pronóstico, consiguió posteriormente un empleo por cuenta ajena como limpiadora, por más que hubiera de percibir mientras viviera la compensación, ello no empecería a que fuera minorada en atención a los nuevos acontecimientos acaecidos.

---

sin implicar realmente ello mejora alguna en la posición de los cónyuges. Aunque se trata de una tesis que no se halla en sintonía con la naturaleza de la sociedad de gananciales en tanto que comunidad germánica, es la que sustentó reiteradamente la Audiencia de Pontevedra. Como otras muchas dictadas por esta ésta, dirá la SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, Sentencia 684/2008 de 11 de Diciembre de 2008, Rec. 757/2008 ECLI:ES:APPO:2008:2932 para negar que se asistiera a la producción de una alteración sustancial: «*Tampoco implica variación patrimonial la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la definitiva adjudicación de bienes, y sus correspondientes compensaciones cuando procedan, no son más que la efectiva división de un patrimonio que ya se ostentaba constante el matrimonio si bien mediante una cuota indivisa sobre todo él, que ahora no hace más que concretarse, por eso el abono de 86.274,78 euros a la demandada en pago de la mitad de la vivienda familiar que pasa a ostentar en propiedad exclusiva el apelante, en nada modifica la valoración patrimonial, por lo ya expuesto, concretándose en que a cambio del pago de la cantidad, recibe la propiedad sobre la totalidad del inmueble (...)* ».

En cambio, si se hubieran introducido las matizaciones pertinentes excluyendo de suyo las mejoras laborales del pensionista de cuanto originaría el fin de esta obligación, por fuerza la solución ha de ser distinta. En la STS (Sala 1.ª) de 20 de abril de 2012 ECLI:ES:TS:2012:2906 el marido no sólo plasmó en el convenio que abonaría a su exmujer 250.000 pesetas por el concepto del art. 97 CC, sino que lo configura con tal magnanimidad que incluso se aviene a que el éxito laboral que ulteriormente tuviera la acreedora no empecería a su mantenimiento. Para el Alto Tribunal, los intentos del ex marido de quedar liberado al albur de que el desequilibrio, por más que se reconociera *inter partes*, nunca se produjo, deben ser combatidos, aunque se guarda de puntualizar que semejante acuerdo no contiene en puridad compensatoria alguna y sería un convenio atípico:

> «De acuerdo con lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que el pacto entre D.ª Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que "Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo". Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.
>
> De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de D.ª Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa».

En la SAP de Madrid (Sección 24) de 9 de octubre de 2023 núm. 503/2023 ECLI:ES:APM:2023:17249 el marido hizo hincapié en el pacto en que deseaba liberar a sus herederos de tener que soportar esa carga y que solo pagaría él en vida. El pleito surge después, porque el pagador y la beneficiaria discreparon en cuanto a que ello implicase simultáneamente una derogación de los arts. 101 CC y 100 CC. El Tribunal, contrariamente, entendería que el art. 100 CC resultaba plenamente de aplicación: «*Esto supone que, para dar lugar a la extinción o reducción tanto de la cuantía como del tiempo por el que debe mantenerse la obligación el actor debió acreditar que sus ingresos y su patrimonio se ha reducido de tal forma que hace imposible o muy penoso el cumplimiento de dicha obligación, y ello de forma ajena a su voluntad y que además tales modificaciones eran imprevisibles en el momento en que el acuerdo en el que se constituyó la obligación se firmó*».

Esto ya nos pone en antecedentes de cómo los herederos, al igual que pudo hacerlo el pagador que quiso reglarla de este modo, estarían legitimados para pedir su reducción por esta otra vía —el 100 CC— si sobrevinieran acontecimientos cuyo acaecimiento resultara inadvertido inicialmente[20].

Pero estamos tomando conciencia de las complicaciones que conlleva que prosperen este tipo de reclamaciones. No sólo porque hemos de estar ante eventos que ni remotamente eran imaginables inicialmente sino asimismo porque se presta a ulterior recurso en que el vencido cuestione la bondad de la solución dispensada. En cambio, cuando se han recibido bienes objetivamente insuficientes para continuar saldando ese débito, y se impetra la reducción o modificación por esto otro, existe menos margen para la discusión. Ahora estamos en condiciones de entender la postura adoptada por los demandantes en una sentencia a la que aludíamos antes. Nos referimos a la SAP de A Coruña, Sección 4.ª, Sentencia 177/2022 de 15 marzo de 2022, Rec. 136/2022 ECLI:ES:APC:2022:717 donde la demandante aportó un inventario notarial de los bienes hereditarios en que quedaba perfecta constancia de su inhabilidad para seguir afrontando la pensión. Aunque el Tribunal amparó su pretensión de modificación, como dijimos, la recondujo al art. 100 CC y no al 101. 2 CC, y ponderó la importancia de los bienes recibidos por la perceptora tras la liquidación de la sociedad de gananciales que tenía con el causante.

Por la diversidad de criterios que se han llegado a sustentar en relación a este último punto y la certidumbre que, en cambio, proporcionaba el inventario en lo tocante a la liberación de la sucesora, no es de extrañar que esta quisiera aclarar que los motivos por los que quedaba relevada y por los que impetraba este efecto se localizaban en el art. 101.2 CC, que no admitían cuestionamiento alguno. Nada que ver con la prolongación de un pleito a la que se prestaba el debate sobre la trascendencia real de las operaciones liquidatorias del régimen económico ganancial y su impacto en el desequilibrio, quedando expuestos a ulterior recurso por parte de la demandada con el peligro de abocar al mantenimiento de la prestación aun cuando el caudal relicto fuera exiguo[21].

Naturalmente, los problemas se disipan cuando el testador instituye un legado de alimentos a favor de quien fuera su excónyuge o le asigna una renta

20 La cancelación de la hipoteca pendiente sobre un inmueble no aboca per se a la reducción, al estar ante un hecho previsible en el momento de comprometerse a pagar la pensión, sabiendo que la pensionista se beneficiaría del ahorro consiguiente al igual que lo haría el pagador. De ahí la importancia de incluir especificaciones sobre la influencia que ejercerán estos otros factores, por más que se adivine su inmediata producción al suscribir el acuerdo. SAP de Salamanca de 170/2024 de 4 de abril de 2024, Rec. 883/2023.

21 Por muestra, tenemos la SAP de Madrid (Sección 22.ª), Sentencia núm 685/2019 de 22 de Julio de 2019, Rec. 1145/2018 ECLI:ES:APM:2019:7128 La esposa no ve minorada la pensión porque se resta importancia a que se repartiera el dinero de unas cuentas corrientes comunes tras la liquidación.

vitalicia. Aunque tendría que especificar que el legado en cuestión lo imputa al pago de la compensatoria y no guardar silencio sobre el particular. En cualquier caso, si la suma fuera superior y el legatario aceptara, estamos en la órbita del art. 873 Cc y reclamaría el exceso[22].

Se ha propuesto como una solución conciliatoria sustituir la del art. 101.2 CC por la instauración de unos límites máximos fijados por referencia a otros factores. En concreto, si el causante dejase viudo, se sugiere que se determine legalmente que el gravamen que suponga la pensión no habría de exceder de cuanto represente la valoración del usufructo viudal en la herencia del causante. Y que, de fallecer el causante sin dejar viudo, no debería recibir el pensionista más de cuanto correspondiera a los herederos, de ordinario, familiares próximos del finado[23].

Este argumento, a nuestro entender, también tiene sus fisuras. Se trataría de capitalizar la pensión tomando como referente el valor del usufructo viudal, que sería un máximo. Pero no olvidemos que la edad del viudo resta significación paulatinamente a la traducción económica del usufructo. Con lo cual quien a lo largo de décadas colaboró gratuitamente con el causante en su negocio y pechó con el cuidado de la casa y los hijos quedaría a expensas de este factor: la juventud o madurez del último consorte y viudo del pagador. Si adoptamos esa solución estaríamos pagando una suma simbólica a la exmujer, de avanzada edad, que tendría una pensión acorde a un sacrificio prolongado y estaría expulsada del mercado laboral, y la penalizaríamos en función de la edad de la viuda del causante, con el solo pretexto de que esta u otros sucesores se enriquecieran.

A día de hoy, quienes defendieron la tesis de la capitalización reconocen, empero, que no contamos en esta sede con un precepto similar al art. 839 CC, que distingue entre viudo que concurre a la herencia con sus propios descendientes y el que lo hace con otros parientes solo del difunto. Evidentemente, y en tanto no se acometa una regulación *ad hoc* que incorpore esta solución al CC, parece obligado contar con la aquiescencia del excónyuge en todo caso, que no tiene que plegarse a la iniciativa tomada por los herederos del causante[24].

---

22 Porque, como enseña López Beltrán de Heredia, «*Esto no significa que el acreedor de la pensión deba conformarse con cobrar hasta donde alcance el valor del legado gravado con el pago de su deuda. Frente al acreedor, los herederos son los sucesores de las deudas. Por lo tanto, el acreedor de la pensión podrá dirigirse siempre contra los herederos del causante, los cuales podrá pedir la reducción o supresión de la pensión* si *el conjunto del caudal relicto es insuficiente para atender a las necesidades de la deuda o perjudicase su derecho a la legítima*». *op. cit* pág 34.

23 Es cuanto sustentó de la Haza haciendo notar que parecía lógico para cualquiera que quienes se mostraban próximos con el causante y formaban parte de su entorno o fueron designados por él no debían recibir menos que el excónyuge «*que en el momento de su fallecimiento sólo estaba vinculado por una relación económica instrumentalizada a través de la pensión*». (*op. cit* pág 135).

24 De la Haza. *op. cit* págs 152 y 153.

Son todas, en fin, soluciones que juzgamos insatisfactorias por las razones expuestas. En síntesis y concluyendo, creemos más razonable erradicar del Código Civil la facultad de impetrar la reducción/eliminación que hoy por hoy sigue estando presente en el art. 101.2 CC por cuanto hemos explicado, en aras a adecuar nuestra normativa a la naturaleza de la figura y soslayar las discordancias que han sido mencionadas.

VI. Bibliografía

Carrasco Perera, A. «¿Te ningunean tus hijos? ¡Desherédalos!» en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 896/2014. Parte Opinión

De la Haza Díaz, P. *La pensión de separación y divorcio*. Wolters Kluwer. Madrid. 1989

Díez Picazo, L y **Gullón, A**. *Sistema de Derecho Civil.* Volumen IV. Tecnos. Madrid. Décima edición. Tercera reimpresión 2008.

López Beltrán de Heredia, C. «El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil a la muerte del cónyuge deudor» en *Revista General de Derecho*, N.º 604-605, 1995, págs. 31-47

Marín García de Leonardo, M.T «Transmisión mortis causa del pago de la pensión por separación y divorcio» en *Revista General de Derecho*, N.º 589-590, 1993. Págs. 9619-9631

Ragel Sánchez, L. F. «Comentario al art. 818 CC» en *Comentarios al Código Civil dir. Por R. Bercovitz Rodríguez Cano*. Tirant lo Blanch. Valencia 2013. Tomo IV. Págs. 5989-6006.

Roca Trias, E. «Una reflexión sobre la libertad de testar» en *Estudios de Derecho de Sucesiones:* «*Liber amicorum*» Teodora F. Torres García. Coord. por Margarita Herrero Oviedo; Andrés Domínguez Luelmo (dir.), María Paz García Rubio (dir.), Teodora Felipa Torres García (hom.), 2014, Wolters Kluwer España. Págs. 1245-1266.

Roca Trías, E. «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad» en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*. Coord. por Pedro Juan Viladrich Bataller. Editorial de la Universidad de Navarra. 1989. Págs. 175-263.

6

LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL SENTIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL

Begoña Flores González

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Sumario: I. Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. II. Atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad. III. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos mayores de edad no independientes económicamente o en situación de discapacidad. IV. Atribución de la vivienda familiar en un matrimonio sin hijos. Bibliografía.

Resumen: El art. 96 CC ha experimentado una serie de modificaciones tras la 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*. El objetivo de este trabajo es exponer las cuestiones fundamentales que suscita la regulación actual del artículo 96 del Código civil en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, que es uno es uno de los aspectos más controvertidos que se presentan en los procedimientos contenciosos de nulidad separación, o divorcio. Se trata de analizar los problemas que suscita el régimen jurídico que establece este precepto, así como a la jurisprudencia en esta materia que ha dado lugar a un buen número de resoluciones, algunas de ellas polémicas.

I. Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales

Cuando un matrimonio entra en crisis y decide separarse o divorciarse ha de tomar algunas decisiones importantes, especialmente si tiene hijos en común (artículos 90 y siguientes del Código civil). Estas decisiones, íntima-

mente ligadas entre sí, giran en torno a la que quizá sea la más importante: la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

Y entre todas estas cuestiones, la «manzana de la discordia» en las crisis matrimoniales, está en determinar a cuál de los cónyuges se concede el uso de la vivienda familiar. Cuestión que puede ser decidida por aquellos de mutuo acuerdo en convenio regulador *ex* artículo 90.1 del Código civil, que será aprobado por el juez siempre que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2 del Código civil). Esto sin duda es lo ideal y deseable; lamentablemente el acuerdo entre los cónyuges no siempre es posible.

Si los cónyuges no son capaces de llegar a un acuerdo, no queda otra que acudir a un procedimiento contencioso de separación o divorcio en el que es el juez quien debe decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 96 del Código civil. En este caso, pues, toda la responsabilidad pesa sobre los hombros del juzgador.

El artículo 96 del Código civil contiene en sus seis párrafos dos normas: de un lado el precepto citado dispone los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar que permiten que este se conceda a quien no es su titular; de otro, establece un sistema de disposición conjunta de la vivienda familiar semejante al del artículo 1320 del Código civil para las situaciones de normalidad matrimonial[1].

Sin duda, es una cuestión transcendental determinar a cuál de los cónyuges corresponde el uso de la vivienda familiar porque la vivienda es un bien de primera necesidad tanto desde una perspectiva personal como patrimonial.

Es un hecho, que es difícil tener una vida digna si no se tiene un techo, razón por la cual el artículo 47 de la Constitución recoge como uno de los «Principios rectores de la política económica y social» el derecho a tener una vivienda digna y adecuada. Así, hay derechos fundamentales que están íntimamente conectados con la tenencia de una vivienda, por ejemplo, el derecho a la intimidad personal y familiar, que protege el artículo 18 de la Constitución, y que es difícilmente realizable cuando no se tiene una vivienda.

Por su parte el artículo 39 de la Constitución dispone que los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad en los casos en que legalmente proceda. Sucede que muchas de las facultades inherentes a la patria potestad se desarrollan en gran medida intramuros de la vivienda familiar. Es improbable que los padres puedan asistir correctamente a los hijos si no se tiene una vivienda.

1 Encarnación Roca Trias, «Comentario al artículo 96 CC», en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia. Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 398.

Por último, el artículo 10 de la Constitución en su título preliminar consagra el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social. Lo cierto es que el libre desarrollo de la personalidad tiene múltiples facetas, algunas de las cuales presuponen la tenencia de una vivienda. Por ello a principios del siglo pasado la escritora británica Virginia Woolf reclamaba «una habitación propia» para que las mujeres de su época pudieran desarrollar su talento, parte esencial del libre desarrollo de la personalidad[2].

Por otro lado, a nadie escapa que la vivienda tiene una importancia práctica fundamental, toda vez que se asienta en un inmueble que constituye un activo patrimonial de alto coste económico. Y, lo cierto, es que el acceso a una vivienda resulta cada vez más difícil, como se refleja cotidianamente en la prensa. De hecho, hay parejas que se separan o se divorcian y continúan viviendo bajo el mismo techo porque su economía no les permite otra cosa.

En el contexto descrito se encaja el artículo 96 del Código civil como precepto protector de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Este precepto fue introducido por la ley 30/1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, conocida popularmente como «Ley del divorcio», y su redacción se ha mantenido intacta durante más de treinta años hasta que ha sido modificada por 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*. El principal motivo de la reforma del artículo 96 del Código civil ha sido establecer un criterio de atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos discapacitados, pero, como veremos también se han reformado otros aspectos del artículo 96 del Código civil.

Actualmente el artículo 96 del Código civil en sus seis párrafos contempla grosso modo tres supuestos:

1. Cuando en el ámbito de la crisis matrimonial existen hijos comunes menores de edad con una referencia espacial a los hijos discapacitados.
2. Cuando al tiempo de la separación o el divorcio existen hijos mayores de edad discapacitados.
3. Cuando se trata de un matrimonio sin hijos.

Como podremos ver en los epígrafes siguientes, en cada caso el legislador resuelve el problema de la adjudicación de la vivienda familiar tomando en consideración el interés que en cada caso estima como más digno de protección: sea el de los hijos menores de edad, si hay hijos comunes en el matri-

2 Virginia, Woolf, *Una habitación propia*, Colección Austral Singular, Austral, Barcelona, 2016.

monio, o el de los hijos discapacitados por ser estos los más vulnerables, o el del cónyuge más necesitado si se trata de un matrimonio sin hijos o con hijos mayores de edad[3].

II. Atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad

Por lo que se refiere al primer supuesto, el artículo 96.1 primer inciso dispone que:

> «[e]n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad».

Por tanto, el artículo 96.1 del Código civil resuelve la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia monoparental atribuyendo el uso al cónyuge custodio y a los hijos en cuya compañía queden. Esto es, la decisión sobre a quién se adjudica el uso de la vivienda familiar depende directamente de quien sea el cónyuge custodio de los hijos menores de edad. Ateniéndonos al tenor literal del precepto, se trata de una regla fija, simple y taxativa que podríamos decir que funciona como una fórmula matemática: el uso de la vivienda familiar corresponde inexorablemente al cónyuge a quien se otorga la guarda y custodia de los hijos menores de edad[4] [5].

Lo cierto es que, hoy en día, el régimen de custodia monoparental a favor de la madre ha dejado de ser el más frecuente en las crisis matrimoniales, como lo fue durante mucho tiempo. Aunque la custodia materna sigue siendo muy relevante, pues en 2024 según datos del INE fue establecida en el 46,6 % de los casos, la custodia compartida es una realidad al alza, que se

3 María Luisa Palazón Garrido, «Atribución y extinción del uso de la vivienda familiar en la crisis matrimonial. Régimen del Código civil español», en *La vivienda familiar,* coordinadoras Judith Solé Resina y María del Carmen Gete-Alonso Calera, Atelier, Barcelona, 2025, pág. 162.

4 Matilde Cuena Casas, ob. cit., págs. 388 y 391, postula como una de las ideas esenciales de su trabajo la necesidad de proceder a una aplicación teleológica del art. 96 CC y huir de una aplicación automática el criterio que este precepto consagra de modo que el juzgador tenga en cuenta cuando aplica la norma legal las circunstancias del caso concreto. Manifiesta una opinión similar María Luisa Palazón Garrido, ob. cit., págs. 164 y 165.

5 Almudena Gallardo Rodríguez, «A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar», en *Diario La Ley*, N.º 9990, Sección Tribuna, 17 de enero de 2022, pág. 5, constata el carácter «automático e imperativo» de la regla establecida en el art. 96.1 CC.

dispuso en el 49,7 % de los supuestos; quedando la custodia monoparental a favor del padre relegada a un poco más del 3 %[6].

Por tanto, a tenor de estos datos, si descendemos al terreno de la realidad, en aquellos casos en que se establece una guarda y custodia exclusiva a favor de uno solo de los cónyuges, normalmente esta se establece a favor de la madre. Por ende, el primer inciso del artículo 96.1 del Código civil dispone de una regla imperativa en virtud de la cuál si la guarda y custodia exclusiva de los hijos se atribuye a la madre, también corresponderá a esta el uso de la vivienda familiar, con independencia de quien sea el titular de la vivienda. Y la madre será la acreedora del uso de la vivienda familiar tanto si la vivienda pertenece a ambos cónyuges, ya sea como bien ganancial o en copropiedad, como en el caso de que esta sea propiedad exclusiva del cónyuge no custodio, supuesto en el que esta medida resulta especialmente severa.

Por consiguiente, la regla consagrada en el primer inciso del artículo 96.1 del Código civil supone una importante excepción a las reglas generales de Derecho civil patrimonial, en virtud de la cual se da prioridad a las necesidades familiares respecto de las titularidades protegibles[7] [8]. Así las cosas, el cónyuge no custodio que ve privado del uso de su vivienda pasa a soportar una carga mayor que la que recae sobre el nudo propietario cuando se establece un usufructo ordinario; si cabe su desnudez es aún mayor, pues no solo no puede usar el bien, ni explotarlo económicamente, además ni siquiera es libre de disponer de su titularidad, toda vez que, de conformidad con el apartado 3 del artículo 96 del Código civil, necesita del consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso aun cuando este no sea titular de la vivienda, y esto con eficacia *erga omnes*[9].

Por tanto, desde una perspectiva jurídica subyace un importante conflicto entre el derecho de propiedad y el derecho a una vivienda digna y adecuada

---

6 INE, Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD). Año 2024, 18 de julio de 2025.

7 Como puntualiza Matilde Cuena Casas, «El régimen jurídico de la vivienda familiar», ob. cit., pág. 347, «La ley prescinde del criterio de la titularidad. Es irrelevante qué cónyuge es propietario del inmueble».

8 Encarnación Roca Trias, ob. cit., pág. 401 que puntualiza que «de esta manera se compaginan los principios constitucionales de protección de la familia (art. 39.1 CE) con la función social de la propiedad (art. 33.2 CE); entendida en este caso como protección del interés familiar prioritario».

9 Reza el art. 96.3 CC que: ¨Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Respecto a la naturaleza del derecho de uso véase María Dolores, Cervilla Garzón, «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día»., *InDret* 4/2017, págs. 2-27.

del cónyuge no custodio, ambos con rango constitucional (artículos 33 y 47 CE respectivamente), aunque con diferente jerarquía y el interés superior de los hijos menores de edad de la pareja[10]. En las crisis matrimoniales, el interés superior de los menores se concreta en el derecho de los hijos a que sus padres les den asistencia de todo tipo, no pueda verse afectado por la ruptura de sus progenitores como proclama directamente el artículo 92.1 del Código civil[11]. Este deber de asistencia de los padres hacia sus hijos, por mandato legal, incólume a la crisis de pareja, abarca no solo el deber de alimentos, del que forma parte la vivienda; también la protección moral de los hijos, pues se trata de que el fin de la relación sentimental de sus padres les afecte lo menos posible, manteniéndolos en el mismo entorno familiar, social y escolar[12].

Y en este conflicto de intereses, ha de prevalecer el interés del menor proclamado legalmente como superior. Esta es la *ratio* del artículo 96 del Código civil; se trata de una norma asistencial que busca proteger a los hijos[13]. Dicho, en otros términos, se protege a la madre —normalmente el cónyuge custodio cuando se establece una custodia monoparental— para proteger a los hijos. Esto es, como sucede en tantas ocasiones en el ámbito del Derecho de familia, la protección que se concede al progenitor *in casu* es puramente instrumental. De hecho, reiteradamente el Tribunal Supremo. ha proclamado el *favor filii* como fundamento de la norma[14].

En la época en la que fue promulgado el precepto, seguramente la solución ofrecida por el artículo 96.1 del Código civil era las más adecuada dada la forma tradicional de familia predominante en aquel entonces[15]. Este tipo de familia se basaba en un reparto de papeles en virtud del cual la madre se

10 Artículos 53 y 161 de la Constitución española.

11 Reza el citado precepto que «*La separación, la nulidad o el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos*».

12 La STS de 17 de junio de 2013 (RJ 4375) establece que en estos casos el interés del menor se concreta en mantenerlo en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar. Igualmente, la STS de 17 de octubre de 2017 (RJA 4528) al describir el interés de los hijos menores por lo que se refiere a la vivienda familiar sostiene que se trata de evitar que «a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la perdida de la vivienda e la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones».

13 Matilde Cuena Casas, ob. cit., pág. 388 pone de relieve que el derecho de uso de la vivienda familiar, dada su naturaleza asistencial tiene carácter gratuito en el Código civil gratuito.

14 Entre otras, las SSTS de 1 de abril de 2011 (RJ 2053), de14 de abril de 2011 (RJ 3590), 30 de septiembre de 2011 (RJ 7387), 14 de abril de 2011 (RJ 3590), 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012 (RJ 6532), 17 de octubre de 2023 (RJ 7255) de 3 de abril de 2014 (RJ 1950), 2 de junio de 2014 (RJ 2842), 16 de junio de 2014 (RJ 3073), 2 de junio de 2020 (RJ 1687).

15 Pedro, CHAPARRO MATAMOROS, «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar» en España, en *Las Crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar*, director, José Ramón de Verda y Beamonte, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2022, pág.260

encargaba de las tareas del hogar y del cuidado y educación de los hijos y los padres trabajaban para procurar el sostenimiento económico de la familia. Actualmente este modelo familiar todavía perdura, pero es francamente minoritario: las mujeres se han incorporado al mercado laboral son independientes económicamente y en la mayor parte de los matrimonios trabajan los dos miembros de la pareja, lo que debería implicar un reparto equitativo de las tareas del hogar, *desiderátum* que se ha incorporado, hace no tanto, al artículo 68 del Código civil.

En este contexto social, el mayor reproche que se puede hacer al artículo 96.1 del Código civil es el carácter fijo y taxativo de la regla que consagra pues impide al juez dictar una resolución que tenga en cuenta las circunstancias singulares del supuesto enjuiciado, y, solo así, es posible hacer justicia; pues como se ha puesto de manifiesto, la familia es una realidad casuística, que admite pocas estandarizaciones, singularmente en los tiempos actuales[16].

Por otro lado, es imprescindible tener presente la realidad humana que subyace al conflicto jurídico que acabamos de exponer: de un lado, hay unos menores de edad de por si vulnerables a los que la ruptura de sus progenitores les coloca en una situación aún más vulnerable; de otro tenemos a un cónyuge no custodio que además de verse privado de su vivienda ha de pagar una pensión de alimentos, puede que una pensión compensatoria e incluso todo o parte de la hipoteca que probablemente grave la vivienda familiar; y además, tiene que resolver su problema de vivienda[17]. Por todo ello, el cónyuge custodio puede verse abocado a una difícil situación económica o a una situación de precariedad económica e incluso de exclusión social. Cuando esto sea inevitable y haya que elegir entre el interés de los menores y el progenitor no custodio, sin duda aquel ha de prevalecer. Pero solo cuando realmente sea necesario. Y si no lo es, no se entiende en que puede beneficiar al interés superior del menor que uno de sus progenitores esté en semejante situación, tanto desde una perspectiva moral, como práctica, en la medida en que el progenitor que «esta con el agua al cuello» va a tener serias dificultades para hacer frente al pago de la pensión de alimentos de sus hijos.

Sin duda que el criterio decisivo para resolver el problema de la adjudicación de la vivienda familiar ha de ser el interés del menor[18]. Pero como se ha dicho, de manera impecable, «no siempre ha de prevalecer el interés del menor, o al menos, no en todo caso»[19]. No debe ser así cuando pueda dar lugar a resul-

16 María Luisa Palazón Garrido, ob. cit., pág. 164.

17 Pedro, Chaparro Matamoros, *idem.*

18 M.ª Paz, Garcia Rubio, ¿Qué es y para qué sirve el interés superior del menor?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pág.18, «el interés del menor se viene utilizando como criterio de decisión fundamental en la mayor parte de los casos de Derecho de familia en los que está implicado un menor de edad».

19 Ana, Cañizares Laso, ob. cit., pág. 202.

tados injustos. Para evitar que así sea, es preciso sopesar de forma conjunta los intereses y derechos de todos los miembros de la familia[20]. No hay porque sacrificar intereses, también merecedores de protección, si el interés de los hijos menores de edad queda suficientemente salvaguardado. En definitiva, se trata de ponderar todos los intereses afectados y solo, cuando esto no sea posible se han de anteponer los de los menores. Esto a su vez exige realizar una evaluación adecuada de todas las circunstancias concurrentes, tanto de carácter personal, económico, social o de cualquier otra índole, en todos implicados en la crisis matrimonial. Como apunta la profesora Cuena Casas hay que valorar si el cónyuge custodio tiene medios económicos suficientes para satisfacer su necesidad de vivienda y la de sus hijos y si el otro cónyuge, que pude ver limitado su derecho de propiedad, tiene recursos para cubrir sus necesidades económicas básicas[21].

Realmente la rigidez y simplismo de la regla establecida en el artículo 96.1 del Código civil puede propiciar situaciones muy injustas[22]. Como botón de muestra sirva la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de enero de 2001 (ECLI:ES.APZ:2001:7) analizada por la profesora antes citada, precisamente por tratarse de una sentencia que claramente pone en evidencia las situaciones injustas a las que puede abocar una regla automática que impide al juzgador aportar su sensibilidad profesional a las singulares circunstancias del caso enjuiciado[23]. En el supuesto de hecho litigioso la esposa sufre una minusvalía grave como consecuencia de un accidente cerebro vascular que la hacía dependiente e incapaz para las tareas cotidianas. Además, se daba la circunstancia de que la madre discapacitada era la propietaria exclusiva del domicilio familiar cuyo uso le fue atribuido al marido pues tenía en exclusiva la guarda y custodia de los hijos menores. De modo que por su problema grave de salud la madre se ve privada de la guarda y custodia de sus hijos y además se tiene que ir a la calle porque el uso de la vivienda familiar se atribuye al marido por ser el cónyuge custodio. En la propia sentencia se justifica como fundamento de esta solución tan cuestionable «la recta aplicación de la regla establecida en el artículo 96 del Código civil». Esto es, la inflexibilidad del precepto legal no se lo pone fácil a un juzgador sujeto ante todo al principio de legalidad.

Por todo lo expuesto, es muy de agradecer el esfuerzo interpretativo que ha hecho nuestro Tribunal Supremo con el propósito de corregir las conse-

20 Ana, Cañizares Laso, ob. cit., págs. 202-205.

21 Matilde, Cuena Casas, ob. cit., pág. 388.

22 Pedro, Chaparro Matamoros, ob. cit., pág. 266. Ana Cañizares Laso, «Autonomía privada, atribución de la vivienda habitual e *I*nterés del menor», en *Persona, familia y género*, en *Liber Amicorum* a M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera, pág. 205 apunta que se trata de una regla «cuestionable y necesitada de revisión».

23 Matilde Cuena Casas, ob. cit., pág. 393 como señala esta autora «el automatismo en la aplicación del art. 96.1 lleva a una situación dramática difícilmente justificable».

cuencias indeseables a que lleva el tenor literal del apartado 1 del artículo 96 del Código civil[24]l. El Tribunal Supremo ha elaborado una jurisprudencia que en aras de la justicia ha forzado el tenor literal del artículo 96 del Código civil en los siguientes extremos y que seguramente en alguna medida pudieran estar inspiradas en otros textos legales que establecen soluciones mucho más adecuadas y a los que después nos referiremos. Se observa una evolución jurisprudencial tendente a mitigar el rigor en la aplicación de la norma que ha permitido una ponderación equilibrada de las circunstancias concurrentes evitando sacrificios innecesarios de los adultos implicados en la crisis familiar siempre que los intereses de los menores queden suficientemente salvaguardados.

Hay sentencias que han dispuesto que el uso de la vivienda familiar se atribuya al cónyuge no custodio cuando este encarne el interés más digno de protección, siempre que los hijos menores de edad tengan cubierta su necesidad de alojamiento[25]. Esto sin duda redunda en beneficio del hijo, ya que si el cónyuge no custodio no tiene que emplear recursos económicos en procurarse una vivienda, tendrá una mejor situación financiera para hacer frente al pago de la pensión de alimentos de los hijos.

Nos encontramos con otras sentencias que han admitido la división de la vivienda familiar entre ambos progenitores siempre que las viviendas resultantes sean habitables independientes entre sí y exista una relación suficientemente buena entre los cónyuges[26].

También en ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido que se atribuya al progenitor custodio y los hijos el uso de otras viviendas diferentes a la vivienda familiar. Así ha ocurrido en los casos en los que la vivienda familiar había sido cedida en precario a los cónyuges por un tercero y existe riesgo de desahucio para la madre y para los hijos. Un caso muy frecuente en la práctica es cuando la vivienda familiar es propiedad de los abuelos paternos que tras la crisis familiar ya no desean que sea usada por sus nietos y la madre de estos. Desde una perspectiva humana se trata de situaciones complejas y delicadas; desde una perspectiva jurídica es claro que no se puede privar del derecho de propiedad, aunque sea temporalmente a un tercero que ha cedido gratuitamente la vivienda familiar sin que medie contrato alguno en

24 Matilde Cuena Casas, ob. cit., pág. 389.

25 SSTS de 29 de marzo de 2011 (RJ 3021) 30 de septiembre de 2011 (RJ 7387), de 5 de noviembre de 2012 (RJ 10135), 27 de febrero de 2012 (RJ 3383), 19 de noviembre de 2013 (RJ 7447), 3 de diciembre de 2013 (RJ 7834), 15 de julio de 2015 (RJ 3597), 8 de marzo de 2017 (RJ 6969), 23 de enero de 2017 (RJ 117), y 24 de junio de 2020 (RJ 2185). La STS de 8 de marzo de 2017 (RJ 696). admite que el uso de la vivienda familiar se adjudica con carácter temporal a la madre y a la hija menor hasta que se le conceda a esta una vivienda de protección oficial, bien en régimen de alquiler o propiedad

26 STS 30 de abril de 2012 (RJ 5235) y 27 de octubre de 2015 (RJ 4787).

el que pudiera subrogarse el cónyuge custodio y los hijos[27] [28]. También se ha admitido esta posibilidad en aquellos supuestos en sencillamente existen en el patrimonio de los cónyuges otras viviendas igualmente adecuadas para satisfacer la estabilidad de los hijos menores edad, y, por ende, no sea preciso sacrificar la propiedad del progenitor no custodio[29].

En definitiva, como se ha puntualizado por algún autor, en los últimos tiempos el Tribunal Supremo no prioriza a toda costa el mantenimiento del menor en el mismo entorno; pues dependiendo de las circunstancias concurrentes, se ha conformado con que quede cubierta la necesidad de vivienda de este[30]. De todas estas resoluciones resulta un nuevo entendimiento del artículo 96.1 del Código civil diverso del que se induce de su tenor literal y que descansa en dos ideas esenciales íntimamente conectadas. De una interpretación conjunta de los artículos 96.1 y 103. 2.ª del Código civil resulta que la *ratio* última del primer precepto cuando regula atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales es dar prioridad al interés más necesitado de protección, que no en todos los casos es el de los menores de edad[31]. Esto consecuentemente exige ponderar las circunstancias concurrentes partiendo de la premisa de que no todos los casos son iguales.

Por todo ello, parece aventurado afirmar que artículo 96.1 del Código civil consagra la presunción iuris de que el interés más necesitado de protección es el de los menores, pero se trata de una presunción que *es iuris tantum*, y no *iuris et de iure*[32]. Esto permite dar cobijo al cónyuge no custodio siempre que sea el más vulnerable y las necesidades de los menores estén suficientemente salvaguardadas a tenor de las circunstancias concurrentes en la familia en crisis.

Otra duda relevante que ha suscitado el artículo 96.1 del Código civil se refiere a la duración de la medida de atribución de la vivienda familiar al cónyuge custodio e hijos menores. El artículo 96.1 en su redacción inicial no esta-

27 SSTS de 26 de diciembre de 2005 (RJ 180), 2 de octubre de 2008 (RJ 5587), 29 de octubre de 2008 (RJ 6923), 30 octubre de 2008 (RJ 6925), 13 de noviembre de 2008 (RJ 2009/5), 14 de noviembre de 2008 (RJ 393),10 de octubre de 2011 (RJ 6839) y STS de 15 de julio de 2015 (3597).

28 Otra cosa es que exista un contrato de arrendamiento de vivienda. En ese caso el artículo 15 de la Ley de arrendamientos urbanos regula la separación, divorcio o nulidad matrimonial del inquilino. Permite que el cónyuge no arrendatario pase a ser el titular del contrato si se le atribuye el uso de la vivienda, requiriendo notificación escrita al arrendador en un plazo de dos meses.

29 SSTS de 16 de enero de 2015 (RJ 355), STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 10135), de 19 de noviembre de 2013 (RJ 7447) y de 3 de diciembre de 2023 (RJ 7834).

30 Ana Cañizares los, ob. cit., pág. 205.

31 Matilde Cuena Casas, ob. cit., pág. 388. De hecho, el art. 103.2.ª dispone en sede de medidas provisionales, que el juez debe determinar quién ha de continuar en el uso de la vivienda familiar «teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección».

32 Matilde CUENA CASAS, ibidem, pág. 394.

blecía nada por lo que a la duración del derecho de uso se refiere. Ante el silencio legal surgió la duda de si el derecho de uso debía establecerse con carácter general cuando los hijos fueran mayores edad. El Tribunal Supremo, ante la existencia de soluciones contradictorias en el ámbito de la «jurisprudencia menor», sienta jurisprudencia estableciendo un criterio único conforme al cual el derecho de uso debe establecerse con carácter general hasta que los hijos comunes alcancen la mayoría de edad[33]. Esta doctrina finalmente ha sido incluida en el artículo 96. del Código civil por la reforma efectuada por la Ley 8/2021.

De nuevo el legislador ha preferido establecer un criterio taxativo y automático: la duración del derecho de uso de la vivienda familiar siempre y en todo caso hasta la mayoría de edad, con todos los inconvenientes que supone. No se entiende porque el derecho de uso de la vivienda familiar ha de durar siempre y en todo caso hasta la mayoría de edad de los hijos comunes. Resulta más razonable que el juzgador pueda discriminar según las circunstancias concurrentes y declarar extinguido el derecho de uso en un procedimiento de modificación de medidas si tiene lugar un cambio que suponga que el interés del progenitor no custodio haya devenido el más digno de protección. Precisamente el silencio legal sobre la extensión temporal del derecho de uso era una de las ventajas que tenía la redacción primigenia del artículo 96.1. Esto permitía al juzgador determinar su duración en función de las características singulares del caso enjuiciado. Es verdad que esta no fue la interpretación del Tribunal Supremo, más bien la contraria; y probablemente, ha sido la causa de la nueva redacción del artículo 96.1 del Código civil.

Por ello, hay que lamentar que, cuando el legislador se decide a reformar el artículo 96 del Código civil, no haya aprovechado la oportunidad de deshacerse de la regla simplista que consagra y que constituye un obstáculo a la tarea del juzgador que trata de hacer justicia en una realidad concreta[34]. Lo cierto es que ejemplos no le han faltado al legislador común en nuestro ordenamiento cuando se enfrenta a la tarea de reformar el artículo 96 del Código civil. En el ámbito del Derecho común al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación

33 Entre otras cabe citar las SSTS 22 de abril de 2004 (RJ 2713), 10 de febrero de 2006 (RJ 549) 14 de abril de 2011 (RJ 3590), de 21 de junio de 2011 (RJ 7325), 26 de abril de 2012 (RJ 6102), 13 de julio de 2012, (RJ 8358),17 de octubre de 2013 (RJ 7255), de 3 de abril de 2014 (RJ 1950), 29 de mayo de 2014 (RJ 3889), 28 de noviembre de 2014 (RJ 6048), 23 de enero de 2017 (RJ 629), 22 de febrero de 2017 (RJ 1079), 2 de junio 2020 (RJ 1589),23 de mayo de 2019 (RJ 2131), 24 de junio de 2020 (RJ 2185) y 13 de diciembre de 2021 (RJ 35).

34 Razón no le falta a Dolores Palacios González, «La vivienda familiar en las crisis de pareja» en Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal, coordinador Ramón Durán Rivacoba, Aranzadi, Pamplona (Navara), 2021, pág. 195, cuando observa que el hecho de que el legislador se haya dejado en el tintero modificaciones importantes «plantea serias dudas acerca de si pretende que se mantenga la literalidad del precepto o la interpretación, cuando menos semicorrectora, realizada por el Tribunal Supremo».

y divorcio y otras medidas a adoptar en caso de ruptura de la convivencia (en adelante Anteproyecto de corresponsabilidad parental) del Ministerio de Justicia del 10 de abril de 2014, que finalmente no vio la luz y que contiene algunas previsiones sugerentes sobre la materia[35]. Además, hay varias legis-

35 Artículo ocho. El artículo 96, queda redactado del siguiente modo: «1. En defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior, en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación.
2. Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección. El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos. En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad.
3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquélla fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos. Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año.
4. La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla.
5. Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda.
No obstante, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

laciones forales que regulan expresamente la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Este es el caso de los artículos 233-20 y 21 del Código civil de Cataluña —CCCat—, el artículo 12 de la Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares —LVRF— y el artículo 81 del Código de Derecho Foral de Aragón —CDFA[36] [37]—. *Grosso modo* los textos legales citados comparten

Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.
6. Si los cónyuges poseyeren la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución.
7. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido al progenitor no titular de la misma por razón de la guarda y custodia de los hijos, se precisará el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, debiendo poner en conocimiento del Juzgado la nueva residencia de los hijos.
8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

36 Artículo 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar: «1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.
2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.
3. No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:
a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.
b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.
c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.
4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.
5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.
6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.
7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.

37 Artículo 233-21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda: «1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:
a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios

puntos comunes realmente interesantes en el régimen jurídico que disponen sobre la materia tratada:

- Como regla general los textos legales que acabo de citar establecen que en las crisis matrimoniales el uso de la vivienda familiar debe otorgarse preferentemente al progenitor a quien tenga la guarda y custodia mientras los hijos no alcancen la mayoría de edad o cese la obligación de prestar alimentos. No obstante, estos textos introducen más intereses que deben ser tenidos en cuenta en la evaluación judicial. Precisa el artículo 12 LVRF que a falta de acuerdo decide el juez basándose en el interés de los hijos, las necesidades de los miembros de la familia y la titularidad de la vivienda. El artículo 82 del CDFA atiende no solo al interés de los hijos, también al «mejor interés para las relaciones familiares». Por su parte, el Anteproyecto de corresponsabilidad parental consagra una fórmula aún más abierta, cuando prevé en relación con la adjudicación de la vivienda familiar que «juez acordará lo considere procedente para la protección del interés superior del menor, en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia», precisando que «en casos de custodia ejercida por uno solo de los progenitores el juez decidirá atendiendo "al interés superior de los hijos a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda"».
- No obstante, con carácter excepcional admiten expresamente que el uso de la vivienda familiar se atribuya al cónyuge no custodio siempre que el progenitor custodio tenga medios suficientes para procurarse una vivienda para sí y para los hijos comunes de ambos. En este caso, la adjudicación del uso de la vivienda familiar debe hacerse con carácter temporal. La previsión del Anteproyecto de corresponsabilidad parental es que en ese caso el uso de la vivienda se otorgue por un tiempo máximo de dos años, prorrogable por otro año. Igualmente, El artículo 223-20 apartado 5 del CCCat contiene una previsión similar cuando dispone que la prórroga debe solicitarse, como máximo, seis

suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.
b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.
2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.
3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso».

meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas. Y el artículo 81 del CDFA opta por una solución más imprecisa al disponer que en este caso el derecho de uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, deberá ser fijada por el juez.

- Algunas de estas legislaciones contemplan expresamente que se pueda atribuir al cónyuge custodio y los hijos el uso de otras viviendas distintas a la familiar que pertenezcan a ambos cónyuges o a uno solo de ellos (arts. 223-20 apartado 6 CCcat, art. 12.6 LVRF).
- Además, se contemplan otras medidas alternativas a la de adjudicación del uso de la vivienda familiar. El artículo 233-21 del CCCat establece que no se procederá a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando el cónyuge no custodio pueda asumir el pago de una pensión de alimentos y en su caso de una pensión compensatoria cuya cuantía cubra las necesidades de vivienda del cónyuge custodio e hijos menores. Por su parte el apartado 4 del artículo 81 del CDFA establece que cuando la vivienda sea propiedad de los padres, el juez acordará su venta, cuando sea necesario para «unas adecuadas relaciones familiares».
- Los apartados 5 y 11 c) del artículo 12 de la LVRF contempla la posibilidad de extinción o modificación del derecho de uso de la vivienda familiar cuando haya un cambio relevante de las circunstancias familiares: la LVRF se refiere expresamente a la mejora de la situación económica del cónyuge custodio o un empeoramiento relevante de la economía del cónyuge no custodio.
- El artículo 233-21 del CCCat contempla la posibilidad de que el juez establezca una compensación económica a favor del cónyuge no custodio se ve privado del uso de su vivienda, ya sea cotitular o propietario exclusivo de la misma. Esta previsión es especialmente interesante, si tenemos en cuenta que en el Código civil el derecho de uso tiene carácter gratuito.
- Por su parte el Anteproyecto de corresponsabilidad parental en su artículo 2 apartado cuarto dispone que la atribución del uso de la vivienda familiar se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y en su caso de la pensión compensatoria que deberá abonar el cónyuge no custodio privado del uso de su vivienda. Igualmente, cuando cese la atribución de aquella deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria.

Todas estas previsiones permiten lograr equilibrio y proporcionalidad en la adopción de la medida de atribución del uso de la vivienda familiar cuando acontece una crisis matrimonial y evitar el excesivo simplismo de la regulación del Código civil. Se brindan al aplicador de la norma una amplia variedad de instrumentos para dar una solución justa, ponderando todos los intereses en

conflicto, aunque el criterio decisivo sea el interés superior de los menores. En definitiva, la ventaja de las regulaciones expuestas es que consagran una fórmula abierta y flexible que tienen como eje central el interés verdaderamente más necesitado de protección. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que tiene grandes ventajas frente a la regla fija del artículo 96.1 del Código civil: por un lado, da una luz y guía precisa al juzgador; pero al mismo tiempo, le da el margen de decisión necesario para hacer justicia según las circunstancias singulares del caso enjuiciado[38] [39]. En definitiva, en el tradicional conflicto entre justicia material y seguridad jurídica, lo más razonable es que prevalezca la primera, al tratarse de una materia esencialmente casuística en la que las circunstancias concurrentes exigen soluciones diversas. Hemos visto que soluciones automáticas pueden llevar a resultados indeseables y dejan al juez atado de pies y manos a la hora de impartir justicia.

A lo dicho hay que añadir otra ventaja importante; como también es posible que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio, se evita una tentación frecuente en la realidad práctica, de que los cónyuges soliciten para sí la custodia exclusiva de sus hijos por motivos puramente económicos y así conseguir el uso de la vivienda familiar hasta que sus hijos sean mayores de edad[40]. Esta conducta, que, desde un punto de vista ético, sin duda no es la más deseable, en parte tiene su origen en la solución simplista acogida por nuestro Código civil que no da armas al juez para tener en cuenta los intereses del cónyuge no custodio. Sin embargo, con los mimbres del artículo 96.1 del Código civil el Tribunal Supremo se ha visto abocado a realizar un gran esfuerzo en la interpretación de este precepto, no pudiendo evitar, en muchos casos, forzar su tenor literal para hacer justicia material en el caso enjuiciado[41].

Por lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia partida que contempla el artículo 96.1 en su párrafo último, aquí se opta por un criterio flexible en virtud del cual el juez resolverá lo procedente, esto es, lo que aconseje el interés más necesitado de protección. Este supuesto de custodia partida de los hijos entre ambos progenitores constituye una excepción al criterio legal en virtud del cual el juez a la hora de determi-

38 Merece la pena reproducir las palabras de la profesora Ana, Cañizares Laso, ob. cit., pág. 207 cuando argumenta que: «Entre una legislación casuística y otra basada en clausulas generales y con conceptos jurídicos indeterminados es preferible esta última en el ámbito de las relaciones familiares que se muestra tan cambiante ante la rápida evolución social de estas».

39 Sin embargo, hay quienes prefieren una legislación más detallada para dar seguridad jurídica en la materia, como Almudena Gallardo Rodríguez, ob. cit., pág. 7.

40 Belen Ureña Carazo, «Dossier sobre la medida de la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de separación o divorcio», *Diario La Ley*, N.º 8976, Sección Dossier, 10 de mayo de 2017, pág. 1, pone de relieve como la pelea sobre a quien corresponde el uso de la vivienda familiar en la práctica forense se ve contaminada por «los intereses económicos de los cónyuges»

41 Pedro, Chaparro Matamoros, ob. cit., pág. 266.

nar a qué progenitor atribuye la guardia y custodia de los hijos comunes debe procurar no separar a los hermanos (art. 92.10 CC) En este caso el juez goza de libertad para para ponderar las circunstancias del caso concreto.

También llama la atención de la doctrina que el artículo 96.1 no contemple el supuesto de que se haya establecido un régimen de custodia compartida[42]. Nos parece, en contra de la opinión mayoritaria, que este silencio legal casi se presenta más como una ventaja que como una carencia del precepto en la medida en que los tribunales gozan de más libertad para ponderar los intereses en juego. Lo cierto es que este supuesto ha sido resuelto de forma pacífica y sin mayor problema por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En unos casos se ha seguido el criterio del interés más necesitado de protección; otras ocasiones se ha permitido que el titular conserve el uso de la vivienda siempre que no sea preciso establecer esta medida; y en aquellos casos en que ambos cónyuges son propietarios de la vivienda también se ha optado o bien por no atribuir su uso a ninguno de los cónyuges o por aconsejarles la venta de esta. Lo cierto es que, en las legislaciones forales, igual que lo hacía el Anteproyecto de Corresponsabilidad Parental, sí que contemplan la medida de adjudicación de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida, pero siguiendo la mejor técnica legislativa, al optar por cláusulas generales, abiertas y flexibles. Tanto el artículo 8 del Anteproyecto de Corresponsabilidad Parental, como el artículo 233-20. 3.ª) del CCCat, disponen que en este caso el uso debe ser concedido al progenitor que tenga más dificultades de acceso a una vivienda. Por su parte, el artículo 81.1 del CDFA recoge también este criterio, pero añadiendo que «en su defecto, el juez decidirá el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares»; el artículo 12.4 de LVRF establece que la custodia sea compartida el uso se dará al progenitor que tuviera más dificultades de acceso a una vivienda, pero condicionado a que esto sea compatible con el interés de los hijos del matrimonio.

Por lo que se refiere a la duración temporal de la medida nos encontramos con soluciones judiciales diversas según las circunstancias concurrentes como la situación económica de los cónyuges o el hecho de que la vivienda sea de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges o de ambos. Así la STS de 22 de septiembre de 2017 (RJ 4407) señala como criterios para tener en cuenta: el interés superior de los menores, las circunstancias personales y económicas de los cónyuges y la titularidad de la vivienda familiar En general la tendencia jurisprudencial es disponer está medida por plazos breves entre uno y tres años o hasta la liquidación de la sociedad conyugal como una manera de facilitar la transición de los progenitores a su nueva vida tras la ruptura conyugal[43].

42 Entre otros Almudena Gallardo Rodríguez, ob. cit., pág. 5.

43 Dado que la custodia compartida es una realidad cada vez más frecuente hay innumerables sentencias que deciden sobre el uso de la vivienda familiar cuando esta se establece. Así, entre otras, las SSTS de 28 de marzo de 2011(RJ 939), 24 de octubre de 2014 (RJ 4249), 16 de febrero de 2015 (RJ 564), 9 de septiembre de 2015 (RJ 4179) 6 de abril de

Una carencia criticable del artículo 96 es que guarda silencio en relación con los gastos que genera la vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido a uno solo de los cónyuges. Cuestión esta, si resuelta tanto en los derechos forales antes tratados como por el malogrado Anteproyecto de corresponsabilidad parental[44]. Estos textos distinguen entre los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, así como la cuota de la comunidad de propietarios y las tasas municipales deberían correr a cargo del cónyuge titular del derecho de uso y los gastos inherentes a la propiedad, como las cuotas de la hipoteca, los impuestos como el IBI o el seguro del hogar correrán a cargo del propietario o propietarios conforme a los dispuesto en el título[45].

Tampoco dice nada el precepto sobre la de extinción el uso de la vivienda familiar. Esta laguna ha sido integrada por el Tribunal Supremo basándose, teóricamente, en una interpretación teleológica de la norma. El Tribunal Supremo ha apreciado la extinción del derecho de uso los casos de abandono de la vivienda familiar por parte del cónyuge custodio para irse a vivir a oro lugar y en aquellos supuestos en que la madre introduce a una nueva pareja en el domicilio familiar[46] [47]. El Tribunal Supremo considera la entrada de una tercera persona en la vivienda hace perder a esta su antigua naturaleza de vivienda familiar al servir ahora en su uso a una familia diferente. Esto dista de ser claro. Más bien, se trata de una solución técnica a una cuestión verdaderamente compleja. Si la *ratio* de la concesión del derecho de uso al cónyuge custodio es la protección de los hijos comunes menores de edad, este criterio no debería ser automático y solo debería entrar en juego en la medida que los menores tienen cubierta su necesidad de alojamiento. En este caso, el inte-

2016 (RJ 1321), 27 de junio 2016 (RJ 2876), 21 de julio de 2016 (RJ 3445), 23 de enero de 2017 (RJ 363), 17 de febrero de 2017 (RJ 483), 14 de marzo de 2017 (RJ 878), de 12 de mayo de 2017 (RJ 2203), 22 de septiembre de 2017 (RJ 4407 y RJ 4636),10 de enero de 2018 (RJ 74), 20 de febrero de 2018 (RJ 573), 13 de noviembre de 2018 (RJ 4930), 7 de junio de 2018 (RJ 2857) 17 de enero de 2019 (RJ 98), 11 de diciembre de 2019 (RJ 5073), 6 de julio de 2020 (RJ2220) de 4 de octubre de 2021 (RJ 204459), de diciembre de 2021 (RJ 259),24 de mayo de 2021 (RJ 2510), 3 de enero de 2022 (RJ 49), 20 de abril de 2022 (RJ 2272),28 de marzo de 2022 (RJ 2220), 31 de enero de 2023 (RJ 1584), de 14 de octubre de 2024 (RJ 4917), entre otras.

44 Art. 8.5 del Anteproyecto de corresponsabilidad parental, art. 12.9 LVRF, y art. 233-23.1 y 2 CCCat.

45 Esta es la idea defendida de *lege ferenda* por Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 7. En la práctica el TS suele seguir estos criterios que no establece expresamente el CC. La STS de 25 de septiembre de 2014 (RJ 4963) se molesta en aclarar que nada impide a un tribunal de familia acordar que estos gastos sean afrontados que utilice la vivienda ganancial, si bien responderán ambos cónyuges frente a una reclamación de la comunidad de vecinos.

46 STS de 29 de marzo 2011 (RJ 1657).

47 Cabe citar la STS 20 de noviembre de 2018 (RJ 5086) que se pronuncia por primera vez sobre esta cuestión declarando extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar; la siguen las SSTS de 16 de octubre de 2019 (RJ 4180), 23 de septiembre de 2020 (RJ 3531) y de 23 de septiembre de 2024 (RJ 4707).

rés superior del menor implica que esté asegurado que los menores no se van a ver privados de la posibilidad de tener una vivienda digna y adecuada que les permita mantener su entorno familiar y escolar. Es menester tener presente que quizás los menores estén sufriendo moralmente por el hecho de la madre haya introducido a un tercero en el domicilio familiar, quizás sin contar con su anuencia, y además se ven en la tesitura de verse privados de su hogar —aunque el Tribunal Supremo diga que ya no lo es— sin tener un reemplazo adecuado. Por otro lado, podría ocurrir que ese tercero no tenga ninguna vivienda adecuada en la que pueda vivir con la madre custodia y los menores o una situación económica suficientemente holgada para procurársela. Igualmente puede ocurrir que el progenitor no custodio, aunque reclame la recuperación del uso de su vivienda disponga de otras viviendas o no tenga problemas económicos para procurarse una. En esta circunstancia extrema, no parece adecuado la extinción del derecho de uso pues supondría poner por encima el interés —sin duda legítimo— del progenitor no custodio del interés superior del menor, que en su condición legal de «superior», es el que indudablemente ha de prevalecer. Se trata de realizar una ponderación de los intereses en conflicto no solo justa, sino que además respete el mandato del artículo 2 de la LOPJM de 1996 en virtud del cual, el interés de los niños ha de ser el criterio primordial en cualquier conflicto de intereses o derechos —lo que incluye las crisis matrimoniales— y debe ser el faro o luz en cualquier decisión judicial dirigida a interpretar la ley o a colmar sus lagunas[48]. La aplicación rígida y automática de este criterio hace pensar que los Tribunales están pensando más en el daño moral del progenitor no custodio que en la desprotección a la que pueden vere abocados los menores. ¿Qué ha de ser protegido primordialmente?: el daño moral del progenitor no custodio, din duda merecedor de protección, o el derecho de los hijos a una vivienda digna y adecuada. Hijos que, por otro lado, no son los responsables de la decisión de su madre de introducir a un tercero en el domicilio conyugal. Parece que para el Tribunal Supremo la prioridad está en el daño moral del padre si tenemos en cuenta la argumentación dada por este tribunal.

Sin embargo, no está claro que sea éste el mandato legal. Esta situación nos plantea la duda de hasta donde llegan los deberes de los padres en relación de los hijos en las crisis matrimoniales. Según el artículo 92.1 del Código civil estos no pueden verse afectados por la ruptura de sus progenitores. Nadie dudaría que en una situación de normalidad matrimonial los padres deben procurar por encima de todo una vivienda a sus hijos siempre que esto sea posible y no están autorizados a poner por delante otros intereses pro-

48 La redacción del art. 2 LOPJM no pude ser más clara cuando reza que: 1». 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. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

pios por legítimos que sean. La solución no ha de ser diferente cuando se ha roto el matrimonio de los padres. Podríamos preguntarnos si sería admisible, que en un convenio regulador los cónyuges acordasen el uso de la vivienda a favor de la madre custodia condicionado a que no introduzca a un tercero en el domicilio familiar, aunque esto deje a los menores sin vivienda. Que ocurre si el padre no custodio convive *more uxorio* con una tercera persona, debería esto afectar a su derecho de visitas, aunque esta situación no sea del agrado de sus hijos menores. Nadie dudaría que no debe ser así. Sin embargo, hay que privar de la vivienda familiar a los menores cuya madre restablece su vida sentimental, siempre y en todo caso, aun cuando los menores no tengan una vivienda adecuada en perspectiva. Además, podría ocurrir que la custodia monoparental a favor de la madre, que además trabaja y se ocupa a tiempo completo de sus hijos, le impida rehacer su vida sentimental mientras que el padre que no tiene la guarda y custodia goce una libertad mucho mayor. No se olvide que la conducta de la madre no es contraria la ley, ni formalmente, ni sustancialmente. Hay situaciones muy diversas que exigen soluciones diversas, pero siempre con el mismo fundamento: el interés de los hijos menores no debe estar supeditado a los vaivenes de sus progenitores. Volvemos a recordar que el «criterio decisivo» ha de ser el mejor interés de los hijos menores de edad cuyos padres se han separado o divorciado.

Igual que hemos dicho que no parece justo privar al cónyuge custodio de su vivienda, cuando existen otras posibilidades, llevándole sin necesidad a una situación difícil; tampoco parece lógico que se extinga el derecho de uso si los menores no cuentan con otras opciones para procurarse un alojamiento[49/50]. Esta ha de ser la clave para considerar procedente o no la extinción del derecho de uso.

---

49 El artículo 12.11 d) contempla como causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, el matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, pero admite que no sea así si expresamente se hubiera pactado lo contrario. Quien podría dudar de que sería un motivo aún mejor para excepcionar esta norma el hecho de que no exista otra manera de satisfacer la necesidad de alojamiento de los menores, lo que pondría de manifiesto que su interés no es compatible con el de su progenitor y en consecuencia debe prevalecer sobre este.

50 Lo fundamental sería determinar si nos hallamos realmente ante una situación de abuso de derecho Quizá como se ha propuesto por la profesora I Matilde Cuena Casas, ob., cit., pág. 454.la manera de conciliar todos los intereses en conflicto en relación con la vivienda familiar sería establecer una compensación económica a favor del propietario que se privado de una vivienda que es de su propiedad, sea en exclusiva o compartida con el otro cónyuge. Al menos así, recibe una compensación económica por el sacrificio que realiza, significativamente en aquellos casos en que se ha introducido a la pareja de la madre en la vivienda De esta manera, se hace prevalecer el interés más necesitado de protección, pero sin dejar de lado los demás intereses afectados. Solo si son tenidos en cuenta a podrán tener éxito las soluciones adoptadas en materia de vivienda familiar. Si bien esta solución será adecuada, siempre que el pago de la compensación económica sea posible sin llevar a la desprotección de los menores. No hay que olvidar que el número de variantes o circunstancias concurrentes es infinito. Por ello, lo que puede ser pertinente en muchos casos, no lo será en otros.

III. Atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos mayores de edad no independientes económicamente o en situación de discapacidad

¿Qué sucede con el uso de vivienda familiar cuando hay hijos mayores de edad no independientes económicamente? Esta fue una de las cuestiones polémicas en la anterior redacción del artículo 96.1 del Código civil a causa del silencio que guardaba al respecto. El citado precepto concedía sin distinción el uso de la vivienda familiar al cónyuge y a los hijos en cuya compañía queden, sin exigir expresamente que estos fuesen mayores de edad y sin establecer límite temporal alguno. Esto generó diversidad de opiniones tanto entre los tribunales como en la doctrina científica. Una vez más la jurisprudencia menor estaba dividida, consecuencia lógica de la dificultad que planteaba la cuestión a la hora de llegar a una solución justa. Así había algunas Audiencias Provinciales que admitían que el derecho de uso se extendiera hasta que los hijos comunes mayores de edad fueran independientes económicamente; mientras que otras resoluciones dictadas en la segunda instancia negaban esta posibilidad y proclamaban la extinción del derecho de uso una vez que todos los hijos fueran mayores de edad. De nuevo el Tribunal Supremo pone orden y en la STS de 5 de septiembre de 2011 (RJ 5677) proclama que cuando se trata de hijos mayores de edad no independientes económicamente su necesidad de vivienda debe resolverse por la vía del derecho de alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del Código civil no siendo aplicable el artículo 96.1 de dicho cuerpo legal. Lo que ocurre es que en el supuesto de hecho de esta sentencia presenta singularidades: se produce un conflicto de intereses en el cónyuge más necesitado de protección, en una situación realmente vulnerable, la madre que durante el matrimonio estuvo apartada del mercado laboral y tenía escasa preparación profesional y los hijos mayores de edad no independientes económicamente y que habían optado irse a vivir con el padre. La sentencia de segunda instancia había asignado el uso de la vivienda familiar al padre y a los hijos. El Tribunal Supremo revoca esta decisión y concede el uso de la vivienda familiar a la esposa alegando que no cabe vincular el derecho de uso con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código civil, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar. En este caso sí parece lógico proteger al cónyuge que no vive con los hijos dado que este se encuentra en una situación muy vulnerable y el interés de los hijos queda suficientemente salvaguardado. Pero lo cierto es que no todos los casos son así.

Sin embargo, la tesis expuesta se ha consolidó en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[51]. Y finalmente, esta solución jurisprudencial parece haber

51 STS de 30 de mayo de 2012 (RJ 4584), 6 de octubre de 2016 (RJ 4586), 21 de diciembre de 2016 (RJ 6275) y 20 de junio de 2017 (RJ 3060), 23 de enero de 2017 (RJ 629), 9 de mayo de 2018 (RJ 1852), entre otras.

sido la recogida por el legislador en el artículo 96.1 párrafo tercero tras la reforma operada por la Ley 8/21. Así el artículo 96.1 del Código civil español en su párrafo tercero establece que:

> «Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes».

Mientras que este tema se puede considerar zanjado en el Derecho común, el artículo 12.5, párrafo segundo de la Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares admite —igual que lo hacía el artículo 8.3 malogrado Anteproyecto de corresponsabilidad parental— que el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos perviva mientras subsiste la obligación de los progenitores de prestar alimentos. Por tanto, la legislación vasca vincula el derecho de los hijos mayores de edad al uso de la vivienda con su derecho de alimentos. Aunque este vínculo haya sido desterrado del Código civil a impulso de la jurisprudencia, no parece algo disparatado a tenor de la realidad sociológica imperante en España, al igual que en otros países de la órbita mediterránea, donde existe una concepción de la familia muy distinta a la de los países anglosajones. Lo cierto es que muchos jóvenes siguen viviendo en casa de sus padres después de alcanzada la mayoría de edad, no solo porque carezcan de medios económicos para vivir independientemente, lo que en la mayoría de los casos se debe al alargamiento de los estudios hasta los 25 años aproximadamente, lo que hace que lógicamente no puedan valerse por sí mismos; también porque aunque sean mayores de edad, muchos de estos jóvenes no han alcanzado la madurez plena que requiere la vida independiente y siguen bajo la autoridad y guarda de hecho de sus padres unos cuantos años después de haber alcanzado la mayoría de edad[52].

Por tanto, estos hijos no solo suponen una carga económica, también personal para el progenitor que vive con ellos. Por ello, no parece disparatado que en aquellos casos en que el progenitor con quien viven los hijos mayores de edad todavía no independizados en el momento de la crisis matrimonial y que tiene años de estudios por delante, no tenga medios suficientes para procurarles una vivienda, y el otro progenitor cuente con otras opciones, sea porque tiene otras viviendas que puede utilizar o sea porque tiene una mejor economía; en estos casos, pudiera atribuirse el uso de la vivienda familiar al progenitor que va a lidiar día a día con las necesidades y problemas que conlleva ocuparse de estos hijos que aunque mayores de edad no son todavía independientes ni son siempre del todo maduros. Dicho con otras palabras: no sería un incumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución española, si el progenitor con quien viven estos hijos carece de recursos suficientes para resolver su problema de vivienda y la pensión de alimentos que

52 Informe del Eurostat, «Jóvenes que dejan su hogar, 2024» de 23 de septiembre de 2025 en https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/w/ddn-20250923-1.

paga el otro progenitor no es suficiente a tal fin, quedando desprotegidos estos hijos en cuanto a su necesidad de vivienda[53].

Otra cuestión relevante es qué sucede con los hijos discapacitados. Estos han sido el motivo fundamental de la reforma efectuada por la ley 8/21 en el artículo 96.1 del Código civil, que dice así en el segundo inciso del párrafo primero y en los párrafos segundo y tercero.

> «Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.
>
> A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.
>
> Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes».

En consecuencia, a raíz de la citada ley se han introducido dos previsiones en el artículo 96.1 del Código civil:

- En el caso de que haya hijos menores de edad en situación de discapacidad que haga conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, deberá el juez determinar el pazo de duración de ese derecho en función de las circunstancias concurrentes.
- Sí al tiempo de la separación o el divorcio hubiera hijos mayores de edad en situación de discapacidad que hiciera necesario su continuación en la vivienda familiar se equiparan a los hijos menores en dicha situación. Esto es, también en este caso deberá el juez determinar el pazo de duración del derecho de uso que se conceda al hijo mayor de edad discapacitado en función de las circunstancias concurrentes.

En ambos supuestos la premisa legal es que el derecho de uso tendrá un plazo a determinar por el juez, transcurrido el cual la necesidad de vivienda de los hijos discapacitados mayores de edad deberá resolverse a través del derecho de alimentos a favor de ellos hijos mayores de edad no independientes económicamente (arts. 142 y ss. CC). Por ende, se ha consagrado la jurisprudencia de las SSTS de 19 de enero de 2017 (RJA 924) y de 8 de marzo de

53 Como señala la profesora CUENA CASAS, ob. cit. págs. 401 y 405, la mayoría de edad de los hijos no debería suponer necesariamente que su interés deje de ser valorado; lo suyo será realizar un contraste con el resto de los intereses en juego. Como semana esta autora es ridículo considerar que la condición de hijo desaparece cuando «cumplen» los 18 años. En contra Carmen Hernández Ibáñez, ob. cit., págs. 5 y 6.

2017 (RJ 1633) de acuerdo con las cuales también la mayoría de edad supone un límite temporal para el derecho de uso de la vivienda familiar tratándose de hijos discapacitados. Ambas sentencias declaran la equiparación de los hijos discapacitados a los hijos menores a efectos de los alimentos, pero no en relación con el uso de la vivienda familiar. De modo que una vez que el hijo discapacitado alcanza la mayoría de edad, tiene lugar la decadencia definitiva y automática del derecho de uso de la vivienda familiar. El argumento central de ambas sentencias descansa en que en caso contrario se vacía de contenido el derecho de propiedad del progenitor titular de la vivienda familiar. Lo cierto es que en los supuestos enjuiciados en ambas resoluciones los hijos tenían discapacidades graves de carácter permanente y era la madre la que se ocupaba de los mismos. Quizá el error estratégico de la madre demandante en ambos casos fue el pretender la atribución del uso de la vivienda familiar con carácter indefinido, lo que no ayudó en la estimación de esta pretensión por parte del Tribunal Supremo por considerarlo una expropiación forzosa del derecho de propiedad del padre[54].

Sin embargo, merece dar testimonio de la doctrina recogida en la STS de 30 de mayo de 2012 (RJ 6547) cuya tesis, a nuestro juicio desafortunadamente, no ha sido la triunfante legalmente. Esta sentencia, que recoge una doctrina diversa, contempla un caso en el que uno de los hijos del matrimonio sufría una enfermedad mental grave razón por la cual se había rehabilitado la paria potestad a favor de la madre. El exmarido pide la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar cuando el hijo cumple los dieciocho años, pretensión que prospera en la primera y segunda instancia. El Tribunal supremo casa la sentencia de apelación y mantiene el derecho de uso a favor de la madre con la siguiente argumentación: «Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad».

Sin duda también en este caso las tesis del Tribunal Supremo son las causantes de la nueva regulación dada a la adjudicación de la vivienda familiar cuando existen hijos discapacitados en el sentido de que la mayoría de edad es un punto de inflexión por lo que se refiere a duración del uso de la vivienda familiar por los hijos discapacitados. Aunque realmente el legislador se ha

54 Esta doctrina que niega con carácter general la equiparación entre el interés superior del menor y el hijo discapacitado mayor de edad, al margen de su gravedad y reversibilidad es seguida también por la SSTS de 4 de abril de 2018 (RJ1185), caso en que el matrimonio tenía una hija con una minusvalía del 75 %.

acercado las tesis más restrictivas para la protección de los discapacitados. Es cierto que está previsto que el juez pueda prorrogar el derecho de uso de la vivienda familiar por un tiempo después de la mayoría de edad; pero una vez cumplido dicho plazo este derecho se extingue inexorablemente, con independencia de cual sean las circunstancias concurrentes. Por ello, no es cierto que, como dice el artículo 96.1 Código civil, los hijos discapacitados se equiparan a los menores: así mientras el derecho de uso de los menores está garantizado hasta que dejen de serlo; los hijos que tengan una discapacidad grave e irreversible y tengan derecho a percibir alimentos hay un momento en que su situación va a ser la misma que la de los hijos mayores de edad no independientes económicamente. Momento a partir del cual se podrá pedir un incremento de la pensión de alimentos para satisfacer las necesidades del hijo. Así lo declaran las SST de 29 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TS: 2024:3298) y la STS de 12 de diciembre de 2024 (ECLI:ES:TS: 2024:6246) resolución que fija «un uso prudente de la vivienda familiar de tres años adicionales a contar desde la mayoría de edad del hijo de los litigantes»[55].

Lo cierto es que también en estos supuestos cualquier regla general puede conducir a situaciones de desprotección muy injustas. Esto es, si se trata de una discapacidad grave, se pude afirmar sin exagerar, que un hijo discapacitado es para toda la vida y el cumplimiento de los dieciocho años no marca diferencia alguna. La clave debe descansar de nuevo en la ponderación de las circunstancias concurrentes que solo puede hacer el juzgador *in casu.* Un dato fundamental ha de ser si la economía del progenitor que sobrelleva la carga de ocuparse del hijo discapacitado junto con la pensión de alimentos del otro progenitor es suficiente para que el hijo tenga una vivienda digna y adecuada. En otro caso, lo procedente sería sacrificar el derecho de propiedad del progenitor que no lleva sobre sus hombros la carga de asistir en la vida diaria al hijo discapacitado[56]. Esto, claro, solo debe ser así cuando sea preciso y no haya otras alternativas.

Por todo lo expuesto, nos parece más acertada la doctrina recogida en la STS de 30 de mayo de 2012 (RJ 6547) que denota una exquisita sensibilidad a

55 En los supuestos que contemplan ambas resoluciones el hijo adolecía de una discapacidad grave e irreversible. Además, en el caso de la STS de 12 de diciembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:6246) la situación económica de la madre era realmente ajustada pues es titular de una vivienda, pero gravada con una hipoteca, cuyos plazos de amortización difícilmente puede atender, como ella misma manifiesta, con los 934 euros de ingresos que le atribuye la sentencia recurrida. En su caso, su alquiler posiblemente no sea suficiente para amortizar las cuotas del préstamo de144.000 euros. Mientras que el padre cuenta, al menos, con otra vivienda más.

56 Muy agudamente explica Cuena Casas, ob. cit., pág. 409, cuando se refiere a la atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos discapacitados «...solo si el propietario de la vivienda pasa a residir con sus hijos, cabría plantear la extinción del derecho de uso. Recuperar la vivienda y no las cargas que comporta la guarda de los hijos, creo que no viene autorizado por el texto legal».

la hora de ponderar los intereses en conflicto. Quizá lo suyo hubiera sido establecer en estos casos un derecho de uso temporalmente limitado, pero con la posibilidad de realizar revisiones periódicas. Parece razonable que la periodicidad de las revisiones sea establecida en cada caso por el juez al efecto de decidir si lo que procede es la prórroga, modificación o extinción del derecho de uso de la vivienda familiar que corresponde al hijo discapacitado en función de las circunstancias de todo tipo de este hijo y de sus progenitores[57].

IV. Atribución de la vivienda familiar en un matrimonio sin hijos

Dispone el artículo 96.2 que:

> «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Aquí debe entenderse incluido el supuesto de que no haya hijos o sean mayores de edad. De la redacción del precepto se deduce que en este caso la atribución judicial de la vivienda familiar a uno de los cónyuges debe ser algo excepcional, únicamente cuando su interés sea el más necesitado de protección. De nuevo se opta por un criterio abierto, si bien la expresión «por el tiempo que prudencialmente se fije» pone de manifiesto que debe ser una medida temporalmente limitada y que el derecho de uso debe extinguirse tan pronto como desaparezca la causa que lo motivo. Aquí el juzgador se enfrenta a una doble tarea: por un lado, se trata de analizar las circunstancias de toda índole de los cónyuges para determinar si procede o no el derecho de uso, y por otro lado es preciso fijar la duración de este derecho[58]. Es claro

57 Hay autores que discrepan de esta forma de ver las cosas. Así entre otros Carmen Hernández Ibáñez, «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. una propuesta de *lege ferenda*», en LA LEY Derecho de familia, octubre-diciembre 2017, n.º 16, 1 de oct. de 2017, págs. 7 y 8.

58 La STS de 1 de marzo de 2017 (RJ 608) dispone que en ausencia de hijos menores de edad se atribuye la vivienda al esposo por representar el interés más digno de protección, y por ser el titular del alquiler de la vivienda de protección oficial. En la STS de 19 de enero de 2017 (RJ 274) se trata de un matrimonio con hijos mayores de edad en de 35 años de duración en el que la esposa se había dedicado casi en exclusiva al cuidado de la familia y el esposo subsistía con una ayuda social para desempleados, se adjudica la vivienda familiar a la esposa por un período temporal de tres años. Por su parte la STS de 12 de febrero de 2014 (RJ 2090) declara que cuando hay hijos mayores de edad con ingresos propios coloca a los cónyuges en una situación de igualdad y en este caso la vivienda se atribuye a la mujer por representar el interés más digno de protección y posteriormente se suprime la medida al encontrarse la mujer en una situación desahogada que no requiere protección. Otras sentencias que contemplan este supuesto son las SSTS de 19 de enero de 2017 (RJA 274), 27 de septiembre de 2017 (RJ 4639), 10 de junio de 2024 (JUR 178823).

que en la *mens legis* está que el uso de la vivienda conyugal sea concedido por el plazo mínimo imprescindible para ayudar al cónyuge más vulnerable al tránsito a su nueva vida tras la finalización de su matrimonio[59].

Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Manual de Derecho Civil*, Derecho de Familia, 8.ª ed., Bercal, Madrid, 2023.

Cañizares Laso, A. «Autonomía privada, atribución de la vivienda habitual e Interés del menor», en *Persona, familia y género*, en Liber Amicorum a M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera.

Cervilla Garzón, M. D.

— *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

— «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día»., InDret 4/2017, págs. 2-27.

Chaparro Matamoros, P

— *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis matrimoniales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España», en, *La vivienda en las crisis familiares*, director Pedro Chaparro Matamoros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 36-63.

— «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar» en España, en *Las Crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar*, director, José Ramón de Verda y Beamonte, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2022, págs. 259-289.

Cuena Casas, M. «El régimen jurídico de la vivienda familiar», Tratado *de Derecho de la familia*, directores, Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2011, págs. 275-442.

59 La STS de 29 de noviembre de 2015 (RJ 2273) precisa que si no se concreta un plazo para el derecho de uso queda vaciado de contenido el derecho de propiedad del otro cónyuge, lo que supone una auténtica expropiación de la vivienda, abocando a su propietario a una solidaridad conyugal inexistente y al consiguiente sacrificio del interés de este en beneficio de aquella. En la misma línea la STS de 20 de junio de 2017 (RJ 3060) y 27 de septiembre de 2017 (RJ 4639), 10 de junio de 2024 (RJ 3312).

Gallardo Rodríguez, A. *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar,* La Ley, 2020.

— «A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar», en *Diario La Ley*, N.º 9990, Sección Tribuna, 17 de enero de 2022, págs. 1-9.

García Rubio, M.P. ¿Qué es y para qué sirve el interés superior del menor?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, págs. 14-49.

Hernández Ibáñez, C. «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. una propuesta de *lege ferenda*», en *LA LEY Derecho de familia,* octubre-diciembre 2017, n.º 16, 1 de oct. de 2017, págs. 1-23.

Lasarte Álvarez, C. *Principios de Derecho civil, Derecho de Familia,* Vol. VI, Marcial Pons, Madrid, 2025.

Ordás Alonso, M. «La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *La vivienda en las crisis familiares*, director Pedro Chaparro Matamoros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 283-314.

Palacios González, D. «La vivienda familiar en las crisis de pareja» *en Cuestiones jurídicas relevantes sobre la economía conyugal,* coordinador Ramón Durán Rivacoba, Aranzadi, Pamplona (Navara), 2021, págs. 173-196.

Palazón Garrido, M.L. «Atribución y extinción del uso de la vivienda familiar en la crisis matrimonial. Régimen del Código civil español», en *La vivienda familiar,* coordinadoras Judith Solé Resina y María del Carmen Gete-Alonso Calera, Atelier, Barcelona, 2025, págs. 161-190.

Roca Trias, E. «Comentario al artículo 96 CC», en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia. Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

Ureña Carazo, B. «Dossier sobre la medida de la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de separación o divorcio», *Diario La Ley,* N.º 8976, Sección Dossier, 10 de mayo de 2017, págs.1-9.

Ysàs I Solanes, M. «¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja?: (su regulación en el Libro II del CCCAT)», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa,* coordinadores Matilde Cuena Casas Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 1675-1696.

7

VIVIENDA FAMILIAR VERSUS DOMICILIO FAMILIAR, VIVIENDA CONYUGAL, VIVIENDA HABITUAL Y VIVIENDA ADECUADA

Beatriz Verdera Izquierdo
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares
beatriz.verdera@uib.es

Sumario: I. Introducción. II. La vivienda familiar. 2.1. Requisitos. Vivienda: ¿bien inmueble exclusivamente?. 2.2. Conceptuada como familiar. 2.2.1. Breve referencia a la atribución de la vivienda familiar en crisis familiares. 2.2.2. Supuestos particulares. 2.3. Recapitulación. III. El domicilio conyugal/familiar. La residencia habitual. IV. Hogar. V. La vivienda conyugal. VII. La vivienda adecuada. 7.1. Persona con discapacidad. 7.2. Duración. Limitación temporal. VIII. Breve alusión a los derechos forales. IX. Bibliografía.

I. Introducción

En las siguientes líneas se trata de abordar la configuración, concepto y objeto de la vivienda en el seno de la familia desde el Derecho Privado y, particularmente, el Derecho Civil. Se abarcan distintas vertientes como es la vivienda familiar, el domicilio familiar, la residencia habitual, la vivienda conyugal, la vivienda habitual y la vivienda adecuada dejando al margen otros conceptos jurídicos de vivienda como puede ser la vivienda protegida ya sea social o la vivienda de precio limitado.

Como hemos manifestado, en las próximas páginas nos interesa tratar la vivienda familiar a efectos civiles, sin entrar a estudiar conceptuaciones

administrativas, penales[1] o de otro tipo[2]. Sin perjuicio de poner de relieve que es un concepto o un tema que puede ser tratado desde múltiples vertientes.

II. La vivienda familiar

La vivienda familiar, es un bien al servicio de la familia (art. 39 CE) y, como tal, el Ordenamiento Jurídico le otorga un régimen de protección especial, derivado inicialmente del derecho a la propiedad privada (aunque cabe matizar que es indiferente el título jurídico que permita la ocupación de la vivienda calificada como familiar, ya sea, obligacional o real) y de los límites y limitaciones que conlleva (art. 33 CE) que nos sitúa ante la función social y el derecho de vivienda (art. 47 CE). Por tanto, dicha vivienda está protegida con independencia de quien sea el titular, así, por ejemplo: será considerada vivienda familiar la que es propiedad exclusiva de la esposa, pero resida el matrimonio o pareja estable y los hijos. A su vez, no es necesario que expresamente la familia constituya o defina como tal dicha vivienda familiar, sino que tendrá tal carácter la que cuente con las notas que la definen.

---

1 Si acudimos al ámbito penal nos situamos ante otro concepto como es el de «morada» que nos conduce a figuras como el allanamiento de morada o la inviolabilidad del domicilio (art. 202 Código Penal), que tratan de proteger derechos fundamentales de las personas (Art. 18 CE) como es garantizar su ámbito de privacidad, de intimidad, debiendo —dicho espacio— quedar protegido e inmune ante invasiones o agresiones de otras personas o incluso de la autoridad judicial. Por morada se entiende, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el espacio cerrado, separado del mundo exterior, que muestre la voluntad del morador de excluir a terceros. Por ejemplo la STS núm. 587/2020, de 6 de noviembre (RJA 4543, ECLI:ES:TS:2020:3620): «Por lo que se refiere a la cualidad del inmueble como morada, y por más que ciertamente la denunciante, en su declaración testifical contestase, a preguntas de la defensa, que ya no vivía en esa casa, es claro por el resto de datos aportados en su declaración que lo que estaba diciendo es que el inmueble no tenía la condición de residencia habitual por cuanto no tenía las condiciones mínimas de habitabilidad (no tenía suministro eléctrico ni al parecer agua) si bien resulta indiscutible que de dicho inmueble había salido por la mañana y había vuelto por la noche, desarrollándose dentro del mismo su vida privada y doméstica... Tenía las llaves de acceso a la misma, y por tanto la posibilidad de preservar su vida privada de la intromisión de terceros a quienes podía exigir que no entraran o se marchasen. No puede, pues, dudarse de que, aunque no fuera la propietaria, e incluso con independencia de que constituyera o no su «única» residencia o su domicilio en el sentido de «residencia habitual», constituía morada a efectos penales».

2 Caballé Fabra, G. «Objeto. Concepto de vivienda habitual. Delimitación de otras figuras afines», en *Tratado de Derecho de la vivienda*, obra colectiva, directores Matilde Cuena Casas y Julio Tejedor Bielsa, Boletín oficial del Estado, Madrid, 2025, p. 147, cita a Fox, L. *Conceptualising home. Theories, laws and policies*, Hart Publishing, Portland, 2007 y concreta cinco elementos o dimensiones que conforman el concepto de vivienda y nos sitúa ante otras disciplinas (economía, derecho, arquitectura, antropología, psicología) y estos elementos son: la vivienda como activo económico, la vivienda como estructura física, la vivienda como territorio, la vivienda como identidad y la vivienda como unidad social y cultural.

El Código Civil en su articulado no utiliza un término unívoco, sino que se refiere a la vivienda con distintas acepciones: «vivienda», «vivienda familiar» (art. 90 c), 91, 96, 103.2, 1357.2), «vivienda habitual» (art. 1320), «vivienda habitual común» (art. 1321), «vivienda donde tuviese la residencia habitual»[3] (art. 1406.4), «hogar familiar» (art. 1362.1), «domicilio conyugal» (art. 70 y 105), «domicilio familiar» (art. 93.2). Y, la jurisprudencia incluso más ampliamente utiliza los términos: «hogar conyugal», «domicilio conyugal» ... Comprobamos que no existe un concepto de vivienda familiar, *strictu sensu* y los términos antes mencionados son utilizados por el legislador, en ocasiones, como sinónimos y ello dificulta su precisión jurídica terminológica. Se trata de conceptos polisémicos, su sentido y alcance debe identificarse de forma particular, concreta y específica en el conjunto normativo y en el contexto en que son utilizados.

En el seno del matrimonio, la vivienda familiar se protege a los efectos de impedir que uno de los cónyuges realice actos perjudiciales para el bien común, como puede ser la disposición de la misma, sin contar con el asentimiento/consentimiento del otro cónyuge. Por ello, los terceros deben quedar salvaguardados en tanto obren de buena fe, art. 1320 CC el cual se refiere propiamente a «vivienda habitual»: «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». Dicho precepto se introdujo en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo como reflejo de la Resolución del Comité de ministros del Consejo de Europa (78) 37, sobre la igualdad de los cónyuges en el derecho civil, de 27 de septiembre de 1978 y la Recomendación (81) 15, del Comité de ministros del Consejo de Europa de 16 de octubre de 1981. Y hay que tener presente que con anterioridad al año 1981, el Código Civil utilizaba el término «vivienda común».

Al respecto cabe traer a colación el art. 233-25 CCCat. que expresamente determina: «El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso».

3 En Cataluña, hasta la aprobación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo CCCat., relativo a la Persona y la Familia, se recogían los términos «vivienda familiar», a la que hacía referencia el Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio) y «vivienda común», que era el término utilizado en la Ley de parejas estables (LLei 10/1998, de 15 de julio, d'unions estables de parella). En la actualidad, el CCCat. en el art. 231-3.1 define el domicilio familiar: «Los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente».

La vivienda familiar también tiene su reflejo y protección en el art. 91 del Reglamento Hipotecario que contempla la necesidad de constancia registral: «1. Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter». Y, en art. 144.5 RH refuerza la protección de la vivienda familiar: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de la vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

Otra referencia a la vivienda la encontramos en sede de sociedad de gananciales, en particular en los artículos referentes a su disolución. Al respecto, cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber: «en caso de muerte del otro, la vivienda donde tuviese la residencia habitual» (art. 1406.4 CC).

2.1. Requisitos. Vivienda: ¿bien inmueble exclusivamente?

La vivienda familiar tiene un régimen jurídico especial y, como tal, debe ser preservada al contar con las notas de estabilidad, permanencia, habitualidad[4] y, habitabilidad, que hacen que se salvaguarde y proteja el núcleo familiar (progenitores e hijos) al producirse en su seno el libre desarrollo de la personalidad de los menores.

Respecto a la nota de la habitabilidad[5] derivada de la consideración de la vivienda como un bien inmueble, supone que pueda cubrir las necesidades habitacionales de la familia[6]. En los últimos tiempos, debido a la proliferación de vehículos (caravanas, auto caravanas, remolques, viviendas prefabricadas

4 Por ejemplo, la STS núm. 726/2013, de 19 de noviembre (RJA 7447, ECLI:ES:TS:2013:5509) establece: «la familia ha convivido como tal, con una voluntad de permanencia».

5 Gete-Alonso y Calera, M.C. «La vivienda familiar: concepto, datos de identificación», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, dirigido por Judith Solé Resina, Atelier, Barcelona, 2025, p. 32 aglutina en dicho concepto los bienes muebles (vehículos) y manifiesta que «cumpla (que es lo deseable) o no con las condiciones legales de habitabilidad)». Tamayo Cardona, J.A. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 35; Serrano Gómez, E. *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 12.

6 En este sentido se ha manifestado que no se refiere al cumplimiento de la normativa urbanística, Ordás Alonso, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 76.

transportables...) en los cuales tiene lugar la residencia habitual de familias, se ha planteado si los mismos pueden cumplir con las notas y funcionalidad de las viviendas familiares. Como manifiesta Gete-Alonso[7], al no ceñirse a la descripción de vivienda que se identifica con un bien inmueble, no se deberían tener en cuenta, aunque con posterioridad considera que «tampoco deben desecharse aquellos bienes muebles que son aptos para que alberguen y proporcionen los medios y servicios adecuados a las personas para desarrollar su vida. Así, por ejemplo, las caravanas, el vehículo vivienda o los barcos...».

Hasta tiempos recientes se debía interpretar el sentido de la norma descartando dichas viviendas. En la actualidad, debido a la problemática de la vivienda es factible realizar una interpretación extensiva de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada que podría llevar a abarcar los bienes muebles: las caravanas y demás vehículos, por ejemplo: casas-bote, embarcaciones como puede ser los que están por los canales de Ámsterdam que por tradición son viviendas... Aunque, hay quien entiende que: «en los conceptos de vivienda que se prevén en las Leyes autonómicas de vivienda en la LDV y en la LAU, en todos se señala que la vivienda debe ser una edificación o un edificio o parte de un edificio, de modo que podemos afirmar que en el ordenamiento jurídico español la vivienda necesariamente debe ser un bien inmueble»[8].

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante LDV), en el art. 3, define: «vivienda» como «edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial». Si acudimos a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante LOE), el art. 2 concreta que la «edificación» es: «la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado» y por «edificio» se entiende según enunciado de la RAE: «construcción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos» que debe unirse con el art. 334 CC que conceptúa los bienes inmuebles.

Incluso, la LDV define la «Infravivienda» (art. 3.b) como: «la edificación, o parte de ella, destinada a vivienda, que no reúne las condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable. En todo caso, se entenderá

7 Gete-Alonso, *op. cit*., p. 25 y 26, Martínez de Aguirre y Aldaz, C. «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil 4. Derecho de familia*, Edisofer, Madrid, 2016, p. 223; Ortega Doménech, J. «Concepto de vivienda familiar: delimitación en el ámbito jurídico», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 288.

8 Caballé Fabra, *op. cit*., p. 149.

que no reúnen dichas condiciones las viviendas que incumplan los requisitos de superficie, número, dimensión y características de las piezas habitables, las que presenten deficiencias graves en sus dotaciones e instalaciones básicas y las que no cumplan los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación».

Si a pesar de dicha puntualización consideramos que, a día de hoy, pueden tener cabida determinados bienes muebles como vivienda familiar, en tanto puedan cubrir las necesidades de la familia[9]; se debería plantear si entran en el concepto de «Vivienda digna y adecuada» de la LDV: «la vivienda que, por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas». Por tanto, las políticas públicas en relación con la vivienda se deben dirigir a la protección de la vivienda como bien inmueble.

Por mor de la exigencia del requisito de habitabilidad quedarían descartadas: un almacén, un solar, una nave industrial, un local comercial (STS núm. 284/2012, de 9 de mayo, ECLI:ES:TS:2012:3057), construcciones no acabadas, es decir, en construcción[10], chozas, cabañas, tiendas de campaña, cuevas, casas en ruinas, patios, solares, despachos... O, incluso viviendas que estuviera terminada su construcción, pero la familia todavía no la habitase, no se podrían considerar vivienda familiar, sino tan solo la actual o última que ha servido a la familia. En los últimos tiempos, debido a la ya manifestada dificultad de acceso a la vivienda, también se plantea si se debe configurar como vivienda familiar el arrendamiento de una habitación[11]. Aquí, nos volvemos a encontrar con problemas de configuración debido a que el art. 2.1 LAU establece la nota de la «habitabilidad»: «Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario». Puede contar con la nota de habitabilidad y la consideración de vivienda familiar en tanto disponga de la posibilidad de utilizar zonas comunes de la casa.

9 Gete-Alonso, *op. cit.*, p. 27.

10 Como caso excepcional la SAP de Jaén de 28 de abril de 2005 (JUR 148995) calificó como vivienda familiar una vivienda en construcción porque: «dicha vivienda estaba llamada a servir de hogar familiar».

11 Véase: Callejo Rodríguez, C. «Nuevos retos ante las dificultades de acceso al arrendamiento de la vivienda familiar en su concepción tradicional: el alquiler de habitaciones», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 553.

En cualquier caso, debe servir para desarrollar la vida familiar con vocación de permanencia lo que supone descartar: despachos y locales comerciales destinados a otros usos por su misma naturaleza. Cabe puntualizar que si el despacho o lugar donde se desarrolla la profesión es algo complementario a la residencia/vivienda habitual sí tiene tal carácter dicha vivienda. Al respecto, es muy elocuente la definición recogida por la RAE referente al concepto «uso de la vivienda familiar»: «uso del local donde los cónyuges tienen establecido el domicilio con exclusión de los locales que sirvan de residencia no habitual, tales como las segundas residencias y los locales utilizados por un cónyuge para el ejercicio de su profesión».

2.2. Conceptuada como familiar

Tal protección de la vivienda familiar es reflejo y manifestación del principio del interés superior del menor y de la patrimonialidad del contenido del derecho de alimentos, donde ubicamos la habitación (art. 142 CC).

La mayoría de textos legales no contemplan una definición de vivienda familiar. Siendo el presupuesto fundamental el concepto «familiar», que como sabemos es sumamente amplio y abierto, habiendo pasado de la familia nuclear compuesta por el matrimonio con hijos a otras formas familiares que tienen cabida en el concepto, a partir de la configuración constitucional, como pueden ser: las que derivan de un matrimonio, una pareja de hecho o estable ya sea heterosexual u homosexual, las monoparentales, las reconstituidas... Así, se trata del lugar en que se desarrolla la vida familiar y en el que tienen la residencia habitual los miembros de la misma, y debe contar con las notas de habitualidad y permanencia. Es el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar, el espacio reservado a su intimidad, disponiendo de las notas de estabilidad y solidez, residencia de la familia efectiva y permanente, satisfaciendo de esta manera, de forma adecuada y precisa: la «necesidad de vivienda» y todo ello deriva de la voluntad de la pareja que la conforma como tal vivienda familiar. Es la sede o centro principal donde la familia cumple sus funciones en relación con los cónyuges y los hijos (deberes conyugales y parentales) y se realizan y desenvuelven la mayoría de intereses, tradiciones y aspiraciones familiares.

El concepto de vivienda familiar ha sido definido por la jurisprudencia, particularmente, la STS de 16 de diciembre 1996, rec. 2016/1993 (RJA. 9020), la conceptúa como: «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos».

La STS de 31 de diciembre de 1994, rec. 2887/1991 (RJA 10330) establece: «Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situa-

ción normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90 b), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario». De esta última sentencia se debe recalcar la consideración de la vivienda familiar como *bien familiar*, no patrimonial, lo cual lo podemos conjugar con la idea de los intereses familiares. Se trata de un patrimonio al servicio de la familia y todo ello derivado de la protección que a la misma se le debe dispensar.

En este sentido la STS núm. 340/2012, de 31 de mayo (RJA 6550, ECLI:ES:TS:2012:3850) la define como: «la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges». El concepto más amplio de vivienda familiar hace referencia al lugar en el que desarrolla la convivencia el núcleo familiar, es decir, la pareja con los hijos ya sean o no comunes[12].

Y, de acuerdo con la STS núm. 356/2021, de 24 de mayo (RJA 2510, ECLI:ES:TS:2021:2163), tiene dicha condición de vivienda familiar ¿hasta qué momento?: «es un concepto no controvertido en la doctrina jurisprudencial que conforme al art. 96 del C. Civil, vivienda familiar es la habitada por los progenitores e hijo(s), hasta la ruptura del matrimonio», la misma cita la STS núm. 42/2017, de 23 de enero (RJA 363, ECLI:ES:TS:2017:168) y STS núm. 517/2017, 22 de septiembre (RJA 4636, ECLI:ES:TS:2017:3348). Se trataba de una vivienda que habitaba el padre y el hijo, la madre consideraba que no se la podía calificar como familiar porque ella la cedió en precario y el progenitor tiene otra vivienda de su propiedad en la que residir. Por ello, el Tribunal casa la sentencia y deja sin efecto la atribución de la vivienda que no se puede calificar como familiar.

En otro orden de consideraciones, y siguiendo con distinta casuística nos deberíamos plantear si se puede calificar como «vivienda familiar», la vivienda en que sólo vive, por ejemplo, el cónyuge de una edad avanzada de la persona fallecida y no la descendencia proveniente de un matrimonio anterior debido a que son hijos de una determinada edad y, por tanto, independientes. ¿Es una vivienda familiar? No es factible calificarla como tal, sino como vivienda habitual.

12 Sobre la diferencia entre domicilio conyugal, domicilio familiar y vivienda familiar, véase Berrocal Lanzarot, A.I. «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar», en *RCDI*, 2014, n.º 743, p. 1349; Goñi Rodríguez Almeida, M. «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas», en *RCDI*, n.º 736, 2013, p. 1133, la define como: «el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas».

2.2.1. Breve referencia a la atribución de la vivienda familiar en crisis familiares

En casos de crisis familiares nos situamos ante el art. 96 Cc[13] que debe fundamentalmente su redacción a la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, con posterioridad reformado por la Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Por dicha reforma se intentó actualizar el precepto de acuerdo con la situación existente en aquel momento en el cual la mujer se incorporaba paulatinamente al mundo laboral, dejando atrás el modelo familiar en el que el hombre era el que trabajaba fuera del hogar y la mujer se ocupaba de las tareas domésticas.

Con posterioridad, 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 otorga una nueva redacción poniendo el foco en la situación de hijos menores de edad en situación de discapacidad. En este sentido se equipara el hijo mayor de edad discapacitado al menor de edad, por tanto, es factible atribuir la vivienda al progenitor en cuya compañía quede o al tutor, curador o guardador de hecho de dicha persona discapacitada.

El derecho de uso de la vivienda familiar se puede calificar como un derecho de carácter familiar STS núm. 859/2009, de 14 de enero (RJA 1894, ECLI:ES:TS:2010:1894): «De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar». En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la adjudicación de la vivienda familiar es una medida asistencial, es decir, no tiene el carácter indemnizatorio que pueda tener la pensión compensatoria. Ello debido a que no se puede privar de la misma, por ejemplo, a unos hijos extramatrimoniales que derivan de una pareja estable, por el simple hecho de que no hay identidad de razón con el matrimonio, cuestión distinta es que se deba adjudicar al «interés más necesitado de protección» al ser el mismo un miembro de la pareja estable.

Y, respecto al hijo mayor de edad nos remite a la regulación del derecho de alimentos, donde se incluye la necesidad de vivienda, art. 142 ss., en cambio, el menor de edad nos sitúa ante la institución de la patria potestad y, por tanto, el deber de alimentos derivado de la misma. No siendo beneficiario del derecho

13 Véase: Verdera Izquierdo, B. «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar: la necesidad de vivienda», *Indret*, n.º 1, 2016.

de uso del art. 96 Cc. En este sentido ya la STS núm. 624/2011, de 5 de septiembre (RJA 6237, ECLI:ES:TS:2011:6237) de forma paladina determinó:

> «Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el art. 96.1 CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina meno a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el art. 96 CC no depara la misma protección a los mayores.
>
> Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el art. 96.1 Cc más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 Cc, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 ss. Cc que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

2.2.2. Supuestos particulares

A) Supuestos de custodia compartida

El art. 96 Cc está pensado para custodias monoparentales (art. 96: «...hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden...») por tanto, desde el momento en que prima la custodia compartida (art. 92.8 Cc), es difícil de ejecutar en la práctica. Cabe poner de relieve que la protección otorgada por la actual redacción del art. 96 Cc, sólo tiene en cuenta a «los hijos comunes» y debe tratarse de hijos menores de edad porque la protección dispensada a los mayores de edad nos remite a sede de derecho de alimentos. De todo ello se desprende que el legislador en el año 2021 cuando realizó la última reforma del art. 96 Cc desaprovechó la posibilidad de tratar globalmente el supuesto.

En cambio, encontramos tal referencia a la custodia compartida, por ejemplo, en el art. 233-20.2 CCCat., art. 12.4 de la Ley 7/2015, de 3 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores o en la Ley 72.3 del Fuero Nuevo de Navarra.

El precepto no contempla la tan utilizada y conveniente custodia compartida pero sí, un supuesto algo extraño en la práctica judicial que contraviene los principios sobre los que se deben fundamentar los pronunciamientos jurisprudenciales como es el hecho de no separar a los hermanos. Así, el precepto actual establece art. 96.1.4. Cc: «Cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente». Cervilla[14] considera que dicha redacción tiene su origen en el art. 70 Cc, según redacción otorgada en 1981 «que regulaba el reparto de la custodia de los hijos entre el padre y la madre en función de sexo y la edad».

Por parte del Tribunal Supremo se ha puesto de manifiesto la carencia que puede suponer la actual regulación de la atribución de la vivienda familiar que tan solo abarca los casos de crisis que derivan del matrimonio y de «hijos comunes» y no, de familias reconstituidas donde pueden existir hijos que no sean comunes[15]. En este sentido, se ha manifestado el Tribunal Supremo en la STS núm. 563/2017, de 17 de octubre (RJA 4528, ECLI:ES:TS:2017:3732): «El art. 96 CC no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a esta nuevas realidades» y STS núm. 79/2018, de 14 de febrero (RJA 460, ECLI:ES:TS:2018:413), en este supuesto la problemática jurídica derivaba de la convivencia de tres hijos en la vivienda familiar, uno común a la pareja y dos hijas del padre de una relación anterior de las que ostenta la custodia exclusiva. La vivienda se otorgó al padre, propietario de la misma, si bien, la mujer recurrió manifestando que estaba dispuesta a convivir con las hijas con las que no mantenía vínculo alguno a lo que el TS concretó que no cabe la aplicación del art. 96 Cc: «resulta absolutamente inviable, ya que, en primer término, no mantiene ninguna relación de parentesco con estos menores que pueda justificar, por su parte, el ejercicio ordinario de funciones de guarda que le han sido atribuidas judicialmente al padre».

Cuestiones todas ellas a dilucidar de acuerdo con el principio del interés superior del menor, recogido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, por ejemplo, la STS núm. 320/2014, de 16 de junio (RJA 3073, ECLI:ES:TS:2014:2258) establece: «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 Cc». Aunque, otras legislaciones como puede ser la

14 Cervilla Garzón, M.D. «El régimen jurídico de la atribución de la vivienda en las crisis familiares: al artículo 96 Cc», en *El derecho a usar la vivienda familiar en el Derecho español común y foral. Tratamiento jurisprudencial de los conflictos*, obra colectiva, Atelier, Barcelona, 2025, p. 43.

15 Véase: Sánchez Hernández, C. «La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de diferentes relaciones», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8 bis, 2018.

catalana tienen en cuenta otros factores art. 230.20.4 CCCat.: «Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos». O, si acudimos al Código Foral de Aragón introduce otro concepto como es el «mejor interés para las relaciones familiares», art. 81.2: «Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia o convivencia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor». Aunque, el interés del menor siempre se deberá tener en cuenta al tratarse de un concepto el cual impregna todo el Ordenamiento Jurídico.

El art. 96 Cc tiene en cuenta la titularidad de la vivienda. Y cabe siempre puntualizar que se aplica en defecto de acuerdo de los excónyuges el cual necesita el refrendo o la homologación judicial: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial...». Lo que supone que los cónyuges pueden hacer una composición de su situación y adjudicar la vivienda, venderla, arrendarla...o lo que estimen pertinente y la autoridad juridicial debe refrendarlo, pero no es factible de acuerdo con sus competencias alejarse del tenor del art. 96 Cc.

B) Residir en la vivienda con un tercero

El concepto o carácter «familiar» de la vivienda se pierde por residir el adjudicatario con un tercero en dicha vivienda cuando se le había otorgado en un proceso de separación o divorcio, STS núm. 641/2018, de 20 de noviembre (RJA 5086, ECLI:ES:TS:2018:3892): «El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en la que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente». En este sentido también se expresa la STS núm. 568/2019, de 29 de octubre (RJA 4495, ECLI:ES:TS:2019:3489); STS núm. 488/2020, de 23 de septiembre (RJA 3531, ECLI:ES:TS:2020:3033); STS núm. 1166/2024, de septiembre (RJA 4707, ECLI:ES:TS:2024:4707) y STS núm. 757/2024, de 29 de mayo (RJA 178772, ECLI:ES:TS:2024:3298).

Cabe recordar que con anterioridad a dicha doctrina jurisprudencial y al no tener los tribunales una directriz sobre el particular, se basaban en el principio del interés del menor y, en consecuencia, si el bienestar del menor no se veía afectado por dicha convivencia con un tercero en el que había sido hasta ese momento la vivienda familiar, no excluían la atribución realizada.

En cambio, el Código Civil, en el art. 101 Cc referente a la extinción de la pensión compensatoria sí recoge expresamente entre las causas de extinción el hecho de: «vivir maritalmente con otra persona».

C) Segundas residencias u otras propiedades

Otros temas relacionados con la vivienda nos sitúan ante la atribución en una crisis familiar de las segundas residencias u otras residencias distintas a la conceptuada como residencia familiar que a continuación abordaremos someramente[16].

La Ley de derecho a la vivienda, alude a «residencia secundaria» y no propiamente a segunda residencia y la define como: «aquella vivienda que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes, y que no constituye una residencia habitual» (art. 3, j). Por consiguiente, la nota que caracteriza dicha vivienda es la temporalidad, es decir, no hay una vocación de permanencia en la misma por parte del núcleo familiar.

Por regla general, las segundas residencias no tendrán el carácter de permanencia y habitualidad y por ello, quedan al margen de la protección familiar que otorga el Código Civil. Al tener la consideración de vivienda familiar solo una vivienda. Nos estamos refiriendo a residencias de vacaciones tanto estivales como de temporada de invierno que nos sitúan ante lugares más o menos recónditos y más o menos alejados de la ciudad. Siendo lugares de recreo o esparcimiento.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en el sentido de que solo debe tener protección la vivienda considerada como familiar: STS núm. 284/2012, de 9 de mayo (RJA 5137, ECLI:ES:TS:2012:3057); STS núm. 340/2012, de 31 de mayo (RJA 6550, ECLI:ES:TS:2012:3850); STS núm. 129/2016, 3 de marzo (RJA 758, ECLI:ES:TS:2016:800). Cabe también poner de relieve que, en algunas sentencias se permite adjudicar como vivienda familiar, algún bien inmueble propiedad de la familia o de alguno de los miembros de la familia que —propiamente— no era el que habitaba la familia con carácter de permanencia, en este sentido encontramos: STS núm. 726/2013, de 19 de noviembre (RJA 7447, ECLI:ES:TS:2013:5509); STS de 16 de enero de 2015 (RJA 355): «La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 Cc, es la de proteger el interés del menor asegurándole en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda familiar. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor quede igualmente protegido, no pueda atribuirse al dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar»; STS núm. 598/2019, de 7 de noviembre (RJA 4630, ECLI:ES:TS:2019:3615). Y, el carácter «familiar» no desaparecerá

16 Véase: Verdera Izquierdo, B. «La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias», en *Revista Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia legislación,* n.º 74, 2017, p. 61.

en la vivienda que se deja de usar varios periodos vacacionales. Se trata de la posibilidad de adjudicar viviendas alternativas que cumplan las necesidades habitacionales y satisfagan la necesidad de los hijos y del progenitor custodio igual o mejor a la conceptuada como familiar.

Aunque, una familia puede utilizar de forma habitual varios inmuebles en los que pasan los mismos espacios temporales, lo que dificulta calificar a una de ellas como familiar. Todo ello, nos puede llevar a cuestionar la necesidad de denominar a una vivienda como familiar, cuando otra u otras pueden cumplir la misma funcionalidad, lo cual supondría una apertura de posibilidades para la autoridad judicial al adjudicar la vivienda. Dicha facultad la disponen las partes de acuerdo con su autonomía de la voluntad, ya que las medidas del art. 96 Cc se aplican en defecto de acuerdo. Debiendo ser ratificado el acuerdo al que han llegado las partes por la autoridad judicial.

En tanto que dicha vivienda, sea la única que pueda satisfacer los intereses de las personas vulnerables es factible su adjudicación a pesar de no calificarse como familiar, en tanto sea «idónea». Así, lo recoge expresamente —por ejemplo— el CCCat., art. 233-20.6: «La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos»[17]. Tal como establece la STS núm. 284/2012, de 9 de mayo (RJA 5137, ECLI:ES:TS:2012:3057): «Tampoco el art. 233-20-6 del Código Civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio». A su vez, si nos encontramos ante un régimen de separación de bienes como ocurría en la sentencia tratada, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. O, el art. 12.6 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores de País Vasco: «El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado».

2.3. Recapitulación

Gete-Alonso[18], conceptúa la vivienda familiar como: «El espacio, preferentemente un bien inmueble edificado o construido, aunque no se excluyan

17 Moll de Alba, Ch. «La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar», en *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, obra colectiva, Atelier, Barcelona, 2011.

18 Gete-Alonso, *op. cit*., p. 32; Cuena Casas, M. «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de familia*, obra colectiva, vol. III, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 295,

otros espacios cubiertos, ni los bienes muebles (vehículos) dotados de los medios adecuados, en el que las personas que componen el grupo familiar desarrollan efectivamente su vida íntima y conviven habitual y permanentemente, satisfaciendo su necesidad de habitación, cumpla (que es lo deseable) o no con las condiciones legales de habitabilidad, sea cual fuere el título jurídico que legitime su ocupación».

Por tanto, el concepto de vivienda familiar tiene un sentido tuitivo, de protección, en los casos de ruptura familiar y el fundamento y ratio del precepto viene de unos tiempos en que era preciso la protección de la mujer en las rupturas familiares en una sociedad en la que se encontraba en una situación vulnerable. Todo ello con el tiempo hizo que se protegiese «el interés familiar más necesitado en las situaciones de crisis de las parejas»[19].

Y cabe recalcar que dicha protección no sólo tiene lugar constante o tras la ruptura del matrimonio, sino que también con anterioridad al mismo comprobamos que el art. 1357 Cc en sede de sociedad de gananciales establece la regla según la cual: «Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrá siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúan la vivienda y el ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354». Por tanto, se establecerá un *pro indiviso* de la sociedad de gananciales y el cónyuge/es «en proporción al valor de las aportaciones respectivas».

III. El domicilio conyugal/familiar. La residencia habitual

Hay que partir de la base que domicilio y vivienda a los efectos civiles son conceptos diversos. El art. 40 CC recoge una definición de domicilio: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». Por tanto, el domicilio es el lugar en el que se fija la residencia habitual.

apela a la necesidad de «fijar un concepto de vivienda familiar unívoco y determinado de forma positiva por el legislador, de forma que pueda garantizarse su publicidad registral y que la protección que la regulación pretende otorgar sea realmente efectiva. Idénticas razones que han justificado la intervención del legislador en el diseño de un concepto de vivienda habitual a efectos fiscales, aconsejan hacer lo propio a los efectos puramente civiles». Si acudimos a Caballé Fabra, G. *La intermediación inmobiliaria ante los nuevos retos de la vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, la define como: «es vivienda aquella edificación fija o inmueble que cumple los requisitos de habitabilidad y adecuación, donde los seres humanos puedan vivir de forma habitual, desarrollarse plenamente en libertad e intimidad, formar una familia y, en definitiva, puedan crear un hogar».

19 Gete-Alonso, *op. cit.*, p. 20.

La LDV determina el concepto «habitual» el cual propiamente se refiere a la «residencia habitual» (art. 3.i): «la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho». Y, en su caso, habrá que acudir al art. 50 ss. de la LEC.

El art. 70 CC se refiere al concepto domicilio conyugal: «los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia», derivando dicha norma del principio de igualdad entre cónyuges, introducido por la reforma del CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. A dicho término también alude el art. 769 LEC. Tales referencias se deben unir con el término «interés de la familia» el cual se trata de un concepto jurídico indeterminado que encontramos en diferentes preceptos del Código Civil, que encuentra su fundamento en la igualdad de los cónyuges y fue incorporado al Código Civil por la Ley 14/1975, de 22 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, inicialmente en el art. 57 Cc y con la reforma operada por la Ley 30/1981, en el art. 67 CC. Así, debido al imperante individualismo de la sociedad actual conceptos como el referido se van diluyendo a favor de derechos subjetivos de cada uno de los miembros que la componen. Comprobamos que el concepto de interés familiar tanto aparece en el art. 70 Cc como en el art. 103.2 CC. Siendo dicho interés familiar la suma de una serie de intereses particulares o individuales que nos sitúan ante un interés común. Como manifesté en otra publicación[20], se protege la familia por la labor y finalidad social que cumple, pero no se pretende proteger al grupo familiar *per se* sino a los miembros que componen el núcleo familiar. El Código Civil, no recoge un Título, Capítulo o Sección sobre la protección de la familia, sino que, por el contrario, aborda distintas instituciones sin hacer referencia a la familia como puede ser: el matrimonio, la patria potestad, la filiación... Los miembros de la familia ejercitan sus derechos subjetivos, a su vez, los derechos inherentes a cada uno de los miembros deben ser ejecutados conforme al interés familiar que funciona a modo de límite y fin con el objetivo de alcanzar las metas propuestas como colectividad o grupo.

Una vez fijado el lugar de residencia, se fijará el domicilio conyugal y, se concretará la vivienda familiar en tanto tenga las notas de habitualidad y permanencia derivadas de su carácter familiar.

El concepto de domicilio conyugal tiene relación con el concepto: residencia habitual[21]. Estando el concepto de domicilio y residencia interrelacionados. Si

20 Verdera Izquierdo, B. *La actual configuración jurídica del interés del menor,* Aranzadi, Navarra, 2019, p. 259.

21 En tal sentido, Ortega Doménech, *op. cit.*, p. 282.

bien cabe citar a Caballé Fabra[22]: «el domicilio es una situación de derecho, la residencia lo es de hecho, ya que la residencia se puede cambiar libremente por la voluntad del interesado, pero el domicilio no puede variar por esta voluntad ya que está ligado al cambio de residencia habitual». Y, como podemos comprobar la residencia es volátil no tiene por qué tratarse de la residencia habitual que nos lleva al concepto de domicilio, sino que se puede referir al lugar de residencia de una persona de forma totalmente transitoria.

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 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 (conocido como el Reglamento Europeo de Sucesiones) en el Considerando 23 y 24 aluden al término residencia habitual:

> 23. «...el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento».
>
> 24. «En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un periodo prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajando de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas».

A su vez, el Código Civil recoge el término «domicilio familiar» en el art. 93.2 CC: «Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos...». Concepto que abarca o se equipara con

22 Caballé Fabra, *op. cit*., p. 149.

el de vivienda familiar. Como manifiesta Gete-Alonso[23] cuando trata dicho domicilio respecto de la relación matrimonial entre cónyuges: «el domicilio es el lugar del cumplimiento del deber de convivencia y del resto de derechos-deberes personales que integran la relación conyugal, y el de las hijas e hijos comunes, mientras permanecen bajo la potestad parental en el domicilio».

Siguiendo a Mingorance[24], se puede afirmar que: «la solución más conveniente sería considerar como vivienda familiar el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay».

Al respecto, cabe acudir al art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local que hace referencia al lugar de empadronamiento que nos determina la vecindad a efectos administrativos. Así, podemos tener una dimensión privada o pública del concepto domicilio, que en el primer caso nos sitúa ante el art. 40 CC y, en el ámbito público, ante el art. 18 CE es decir, los derechos de la personalidad y, particularmente, ante la intimidad que supone otorgar al domicilio la connotación de lugar donde se desarrolla la misma en un preciso momento a efectos de protección. Y, el amparo que se otorga al domicilio desde el punto de vista jurídico público, art. 18 CE, nos lleva a salvaguardar la intimidad de las personas, siendo necesario amparar dicha intimidad también en una simple habitación de hotel, en un alquiler turístico o en un alquiler de habitación.

IV. Hogar

El concepto «hogar» no es utilizado en el Código Civil en sentido técnico jurídico, tan solo el art. 1362.1 Cc se refiere al hogar familiar: «Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.ª La alimentación y educción de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar».

Ahora bien, la LDV utiliza el término «Sinhogarismo»: «circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o resi-

23 Gete-Alonso, *op. cit*., p. 19.

24 Mingorance Gosálvez, C. «La sucesión mortis causa de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 19, agosto 2023, p. 604.

dir en una vivienda adecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia».

A su vez, si acudimos al Preámbulo de dicha LDV el legislador hace alusión a tal concepto, punto III «Dentro de este marco, los objetivos perseguidos por la ley son los siguientes: ... Favorecer el desarrollo de tipologías de vivienda adecuadas a las diferentes formas de convivencia y de habitación, favoreciendo la adaptación a las dinámicas y actuales exigencias de los hogares». También abarca el concepto el CCCat., en el art. 233-12.1 referente a las relaciones personales con los abuelos y los hermanos: «Si los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlo, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento».

Se ha manifestado que el hogar implica «un arraigo más simbólico en un lugar que el domicilio». Por tanto, podemos manifestar que el hogar tiene unas connotaciones más formales y no pasajeras y nos sitúan ante la: habitualidad y permanencia que hace que en el mismo se desarrolle la familia de forma continuada, en la intimidad. Lo que lleva a descartar viviendas destinadas a uso turístico. Por tanto, en el mismo tendrán su residencia habitual y, por ende, constituirá la vivienda habitual y, en su caso, familiar. Cierto sector doctrinal le otorga una dimensión «moral» a la vivienda familiar[25] que nos conduce al término hogar.

V. La vivienda conyugal

Una parte de la doctrina ha considerado que se podría hablar de vivienda conyugal, si bien, parece que esta hace referencia a la vivienda en la que reside el matrimonio, sin hijos. No pudiéndose entender términos equivalentes «vivienda conyugal» y «vivienda familiar» porque como manifiesta García Presas[26]: «hay familias en las que los progenitores no contraen matrimonio;

25 En este sentido Ureña Carazo, B. «Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)», en *La Ley Derecho de familia*, n.º 6, segundo trimestre 2015, p. 3 y 11, quien manifiesta que lo importante es que se trate de: «un marco de convivencia, un punto de encuentro de los integrantes de una familia —padres, hijos, abuelos...—, donde cada uno de ellos pueda desarrollar libremente su personalidad y sentirse atendido, tanto material como moralmente. Y eso es lo que configura un «hogar» con independencia del espacio físico».

26 García Presas, I. *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Reus, Madrid, 2019, p. 20 al igual que Elorriaga de Bonis, F. *Régimen jurídico de la vivienda familiar,* Aranzadi, Navarra, 1995; en cambio; Espiau Espiau, S. *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, PPU, Barcelona, 1992, considera que son términos sinónimos.

además si existen hijos éstos también forman parte de la familia siendo más amplia que cuando solo hay cónyuges, asimismo la compuesta por familias monoparentales es igualmente vivienda familiar». Se debe tener en cuenta que tras la ruptura del matrimonio se adjudicará la vivienda familiar que sigue conservando tal carácter, por el contrario, dejará de ser vivienda o domicilio conyugal.

El CC de Cataluña hace referencia al concepto vivienda conyugal al igual que en el País Vasco, es decir, la protección de la vivienda surgida del matrimonio y de hijos comunes. En Cataluña disponen del «any de plor», el derecho a usar la vivienda conyugal y el derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del cónyuge fallecido. Lo encontramos regulado en el art. 231-31 CCCat.[27], Any de viduïtat, en el Titulo III referido a: La familia, Capítulo I. Alcance de la institución familiar, Sección quinta. Los derechos viduales familiares: «Durante el año siguiente a la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente no separado legalmente o de hecho que no sea usufructuario universal del patrimonio del premuerto tiene derecho a continuar usando la *vivienda conyugal* y a ser alimentado a cargo de este patrimonio, de acuerdo con el nivel de vida que habían mantenido los cónyuges y con la importancia del patrimonio. Este derecho es independiente de los demás que le correspondan en virtud de la defunción del premuerto».

A través de dicho derecho de carácter familiar[28], no estrictamente sucesorio, se permite al viudo continuar (derecho legal de ocupación de la vivienda) en la vivienda familiar (en la que tenía lugar la convivencia) durante un año a los efectos de que pueda organizar su subsistencia y se reorganice con posterioridad a dicho fallecimiento[29]. Y, dispone de la posibilidad de tomar posesión de la vivienda sin proceder a realizar algún trámite especialmente gravoso. Por ello se le otorga un plazo prudencial. Configurándose el derecho legal de habitación como una carga para los herederos.

27 En caso de que el viudo sea el usufructuario universal acudimos al art. 442-5.3 CCCat, en el Título IV. Sucesión intestada. Capítulo II. El orden de suceder. Sección segunda. La sucesión del cónyuge viudo y del conviviente de pareja estable superviviente.

28 Véase que el CCCat diferencia entre los derechos viduales de carácter familiar, recogido en el Libro II referido a la Persona y a la Familia donde se encuentra el derecho al ajuar familiar y el año de luto o año de viudedad y, los derechos viduales de carácter sucesorio que recoge el derecho a la cuarta marital y el derecho de usufructo vidual universal, en el Libro IV relativo a sucesiones. Por tanto, dichos derechos disponen de una diferente configuración jurídica.

29 En este sentido la STSJ de Cataluña núm. 11/1993, de 8 de junio (RJA 6325) define el año de viudedad como: «un beneficio vidual de urgencia y de una duración limitada, para que durante el primer año de viudedad el cónyuge sobreviviente pueda vivir en consonancia con su posición social y la cuantía del patrimonio del cónyuge premuerto»; STSJ Cataluña núm. 66/2018, 26 de julio (RJA 5129, ECLI:ES:TSJCAT:2018:7231) y STSJ Cataluña 16 de julio de 2024 (RJA 428053).

Se pueden considerar como dos derechos independientes o, como un solo derecho de alimentos que abarca el derecho a ocupar la vivienda durante dicho plazo[30]. Aunque, el derecho a ser alimentado no puede configurarse propiamente como un derecho de alimentos pues no tiene en cuenta la situación económica del que sería beneficiario o alimentista y tienen un carácter temporal[31]. Dicho derecho existe y como tal se debe conceder al cónyuge viudo con independencia del estado de necesidad o ingresos que tenga dicha persona. Teniendo el fundamento en la comunidad de vida que se ha creado a lo largo de los años[32], STSJ Cataluña núm. 66/2018, de 26 de julio (RJA 5129, ECLI:ES:TSJCAT:2018:7231).

Cabe recalcar que los derechos a favor del cónyuge viudo que le permiten mantenerse en la vivienda, por ejemplo, a lo largo de un año, se trata de derechos que surgen a consecuencia o por mor a la muerte, pero, que no se pueden considerar sucesorios. Son derechos del ámbito familiar, que protegen a la familia, por tanto, nos situamos en sede de Derecho de familia y no en sede de Derecho de sucesiones, aunque el Derecho de sucesiones es un derecho básicamente familiar[33]. Se debe evitar la posible colisión de derechos (familiares y sucesorios) limitando a un año el plazo en el cual se puede mantener al conviviente del fallecido.

En el País Vasco encontramos el art. 54 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco que también se refiere a la denominada «vivienda conyugal»: «El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una pareja de hecho».

Siendo el tema de la vivienda muy recurrente al ser el principal activo en todas (o la mayoría) de las familias. Si nos situamos en el tema sucesorio, en caso de que la familia, o propiamente el causante, disponga de un gran patrimonio no se plantearía problema al adjudicarse como mejor se considerase de acuerdo con la voluntad expresada por el *de cuius*, no encontrándose limitado su uso o adjudicación por el derecho sucesorio.

---

30 Espiau Espiau, S. «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña», *Tratado de derecho de sucesiones, Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, obra colectiva, T. II, M.C. Gete-Alonso, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 2309.

31 Gete-Alonso y Calera y otras, *op. cit*., p. 323.

32 En este sentido, Gete-Alonso y Calera, M.C. «Del año de luto al año de viudedad: una obligación hereditaria», en *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, obra colectiva, La Ley, Madrid, 2014, p. 513.

33 En este sentido Espejo Lerdo de Tejada, M. «La libertad de testar y la función de las legítimas», *Autonomía privada, familiar y herencia*, obra colectiva, coord. María Ángeles Egusquiza Balmaseda, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, 2024, p. 188.

VI. La vivienda habitual

En materia fiscal nos situamos ante el Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio de 2004; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo y otras normas tributarias[34]. Como manifiesta el legislador en la EM III: «al desaparecer la regulación de la deducción por inversión en vivienda habitual y con ella el concepto de vivienda habitual, se define este concepto a efectos de la aplicación de determinadas exenciones...».

El mismo concreta en el art. 41 bis el concepto de vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones y determina:

> «1...se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.
>
> No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas.
>
> 2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.
>
> No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias:
>
> Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previsto en el apartado 1 de este artículo.
>
> Cuando éste disfrute la vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese.
>
> Cuando la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y permanente por el contribuyente en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras, el plazo de tres años previsto en el apartado anterior se computará desde esta última fecha».

Comprobamos que a efectos fiscales tiene mucha importancia el lapso temporal en el cual se reside en un inmueble.

34 Véase: López-Rendo Rodríguez, C. «Aspectos fiscales de la vivienda habitual/familiar en la liquidación del régimen económico matrimonial», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 569.

Es factible diferenciar entre vivienda habitual y vivienda familiar, teniendo la primera un sentido individualista y la segunda un sentido civil de protección tuitiva al núcleo familiar y, con ello, a los miembros débiles, vulnerables o más necesitados de protección de la relación que nos sitúan —fundamentalmente— ante los menores de edad y discapacitados. Así, la vivienda habitual contará con la nota de permanencia que derivará, en tanto tenga lugar en la misma la vida familiar, en la vivienda familiar, en el sentido de intimidad y desarrollo de la personalidad de sus miembros. A su vez, podemos interpretar el concepto en un sentido restrictivo (sólo la vivienda en cuanto tal) o extensivo (la vivienda, junto con el trastero, plaza de garaje...). Por ejemplo, los garajes o trasteros por regla general no se incluyen en el concepto de vivienda familiar siendo factible excluirlos de la atribución siempre y cuando constituyan una unidad independiente tanto física como legalmente hablando. Además, para calificar una vivienda como familiar debe contar con la nota de habitualidad.

En términos generales la vivienda habitual, es el paso previo de la vivienda que pueda llegar a considerarse familiar, al margen de la vivienda conyugal. Ahora bien, también habrá que hacer referencia a la vivienda habitual que puede o no coincidir con la familiar. Ello debido a que determinados artículos del CC se refieren a dicha vivienda habitual para otorgar algún tipo de protección a determinados colectivos, tal es el caso del art. 822 CC, sobre la cual se podrá constituir un derecho de habitación. A los efectos del art. 822 CC podemos hablar de «vivienda adecuada»[35], término analizado en el siguiente apartado.

VII. La vivienda adecuada

Cabe tener en cuenta el sentido de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica la cual tiende a un sistema muy férreo de protección de la persona, poniendo en el centro del sistema «el valor del cuidado», relegando el espíritu anterior del Código Civil que atendía exclusivamente al contenido patrimonial de las normas. Tal como establece el Preámbulo de dicha ley: «...a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —domicilio, salud, comunicaciones, etc.—»

35 García Herrera, V. *El legado de habitación a favor del legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 76.

El art. 822 Cc alude a la «vivienda habitual», de acuerdo con la *ratio* se debe incluir en tal concepto la vivienda que estuviese habitando el propietario o titular del derecho y el legitimario en situación de discapacidad para facilitar el mantenimiento y, con ello, una «vivienda adecuada» a tal persona con discapacidad[36], siendo dicho concepto un *prius* al concepto de vivienda familiar. Por consiguiente, son conceptos diversos, aunque, complementarios debido a que la «vivienda familiar»[37], debe ser por imperativo legal «una vivienda digna y adecuada» (art. 47 CE) y con ello se pretende garantizar el uso vitalicio de la misma.

El concepto «vivienda adecuada» es tratado por García Herrera[38] quien parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 25.1) y del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (art. 11) que hacen referencia al derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia. Siendo, dicha legislación «el instrumento central para la protección de este derecho a una vivienda adecuada. Los Gobiernos signatarios del Pacto deben desarrollar políticas que garanticen este derecho prestando especial atención a los grupos más vulnerables».

Tal concepto lo encontramos en la Observación n.º 4 el Derecho a una vivienda adecuada del Comité de las Naciones Unidas de Derechos económicos, sociales y culturales del año 1991, que respecto al mencionado art. 11.1, establece en el Considerando 8: «Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado».

Entre esos aspectos para considerar adecuada una vivienda figuran los siguientes: a) Seguridad jurídica de la tenencia; b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. c) Gastos soportables. d) Habitabilidad. e) Asequibilidad/accesibilidad; f) Lugar/ubicación; g) Adecuación cultural.

Dicho término se utiliza para hacer referencia a la vivienda que cumple con los estándares o requisitos para ser habitada por una persona con cierta discapacidad, ya sea física, psíquica, sensorial, de movilidad..., es decir, que se han aplicado una serie de ajustes razonables. Por ello, puede requerir unos cuida-

---

36 En tal sentido se pronuncia Mingorance Gosálvez, C. «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», en *RCDI*, n.º 722, nov-dic. 2010, p. 2547.

37 Flores Rodríguez, J. «El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 54, 2005, p. 78.

38 García Herrera, *op. cit.*, p. 27 ss, quien manifiesta que «el derecho a la vivienda es un derecho instrumental, de su reconocimiento y cumplimiento depende la eficacia de otros derechos, tales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, el medio ambiente, el derecho al trabajo, a la educación e incluso a la participación».

dos específicos que sean necesarios para el desarrollo de su cotidianidad que hará se pueda calificar una determinada vivienda como «adecuada» para una concreta persona, en particular, adecuación a su estado de necesidad.

7.1. Persona con discapacidad

Al respecto, puede surgir la duda de si es preciso que dicha persona en situación de discapacidad deba tener reconocida la misma formalmente, lo que nos sitúa ante el concreto grado de discapacidad. Debemos acudir a la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que modifica la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad establece, art. 4.1. «Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás», califica como persona con discapacidad, ya sea física, psíquica, mental, intelectual o sensorial en tanto sea igual o superior al 33 %.

Cabe puntualizar que el art. 822 Cc en su redacción primigenia no requería una incapacitación declarada judicialmente, sino que se refería a «legitimario discapacitado».

Si nos situamos ante una persona discapacitada que se le ha establecido un sistema de apoyos, habría que determinar si tiene cabida en el concepto[39]. A los efectos de mantener el espíritu del articulado se debería realizar una interpretación extensiva del precepto y aplicarlo tanto a situaciones de discapacidad reconocida con un grado igual o superior al 33 % como, a los casos de personas discapacitadas las cuales se les ha reconocido un concreto sistema de apoyos (curatela asistencial o representativa).

La Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre las rentas de las personas físicas, comprobamos que en otro ámbito como es el fiscal están equiparadas, art. 53: «se consideran discapacitados a aquellas personas que padezcan de un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento y psíquica igual o superior al 33 por ciento, así como personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado» y el art. 60.3: «A los efectos de este Impuesto, tendrán la considera-

39 Mingorance Gosálvez, «Derecho de habitación...cit., p. 2547, manifiestan que literalmente no se establece dicha protección a favor de la persona sobre la cual ha recaído una sentencia de sistema de apoyos, en tanto no concurra también reconocida la situación de discapacidad.

ción de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de discapacidad igual o superior al 33... Igualmente, se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado».

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[40] (LPPD), por la que se reforma el art. 822, incorporó una Disposición Adicional Cuarta al Código Civil: «La referencia que a las personas con discapacidad se realiza en los arts. 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad». Habiendo sido reformada por la Ley 8/2021, debiendo también tener en cuenta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia[41]. En la actualidad la Disposición Adicional Cuarta tiene la siguiente redacción: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 numero 7, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia».

Art. 2.2 de la LPPD: «A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento». Para ello, la persona con discapacidad debe tener reconocida la misma ya sea: una discapacidad psíquica del 33 % o, una discapacidad física o sensorial del 65 %.

Y, de acuerdo con la remisión que realiza la Disposición Adicional cuarta del Código Civil, habría que incluir en el tenor: las personas que presenten una «dependencia severa» (dependencia de grado II), art. 26.1 b) y personas que presenten una «gran dependencia» (dependencia de grado III), art. 26.1 c) de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre.

40 BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, p. 40852 a 40863.

41 BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, p. 44142 a 44156.

7.2. Duración. Limitación temporal

Todo el sistema nos puede llevar a problemáticas derivadas de la conveniencia de atribución del derecho de uso de dicha vivienda adecuada al situarnos ante supuestos de personas discapacitadas, por ejemplo, en los casos de atribución de la vivienda familiar/adecuada recogidos en el art. 96 Cc en sede de crisis familiares[42]. En un primer momento, se faculta a otorgar la vivienda al tutor, curador o guardador de hecho del hijo común mayor de edad discapacitado. En la redacción anterior del precepto, que simplemente hacía referencia al interés más necesitado de protección, se podía entender que tenía cabida la persona que está conviviendo y procede a realizar la labor de cuidado del hijo discapacitado[43].

En tales casos, es doctrina ya superada el no conceder el uso de la vivienda por tiempo indefinido por tratarse de un hijo discapacitado porque ello iría en contra del derecho de propiedad del titular de la vivienda y del espíritu de la Ley 8/2021. Así, en todo momento se puede producir una modificación sustancial de las circunstancias que conlleve un cambio de atribución.

Debiendo tener siempre muy presente el concepto de «necesidad» (art. 96 Cc) que recoge tal precepto a los efectos de su duración. Ello, debido a que las necesidades de vivienda de los mayores de edad, de acuerdo con la actual redacción, se incluyen y por ello remite la redacción actual del precepto a sede de alimentos. Es decir, al finalizar el derecho de uso de la vivienda al llegar a la mayoría de edad y aplicar las normas del derecho de alimentos. Por consiguiente, el concepto «habitación» que encontramos en sede de alimentos se ve satisfecho a través de la adjudicación de la vivienda o, de acuerdo con el *ius eligendi* recogido en el art. 149 Cc, con el hecho de que el hijo conviva con él en dicha vivienda.

Por ejemplo, antes de la reforma realizada por la Ley 8/2021, encontramos la STS núm. 325/2012, de 30 de mayo (RJA 6547, ECLI:ES:TS:2012:3791) en la que el Tribunal establece: «los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 Cc, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad».

---

42 Véase: Chaparro Matamoros, P. «El derecho a permanecer en la vivienda familiar tras la ruptura de la familia: una nueva lectura del art. 96 Cc» en *Vivienda y Derecho civil. Perspectivas actuales del derecho a la vivienda*, obra colectiva, APPDC 2025, Atelier, Barcelona, p. 419.

43 En este sentido se pronuncia Cervilla Garzón, *op. cit.*, p. 41.

Si bien, con posterioridad el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 31/2017, de 19 de enero (RJA 924: ECLI:ES:TS:2017:113) adopta una solución contraria entendiendo que debe existir un plazo, en este sentido: «el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad». En consecuencia manifiesta que: «sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad». En el mismo sentido se expresa la STS núm. 197/2017, de 8 de marzo (RJA 1633, ECLI:ES:TS:2017:856) que determina que dicha situación de vulnerabilidad no debe conllevar la atribución de la vivienda *sine die* sino que debe llevar a la fijación de una pensión alimenticia.

Con la reforma operada por la Ley 8/2021, encontramos el inciso del art. 96.1 *in fine* que soluciona la controversia: «Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera *conveniente* la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes». Siendo el adjetivo «conveniente» el centro del sistema de atribución en el caso de hijos discapacitados.

Más recientemente la STS núm. 757/2024, de 29 de mayo (JUR 178772, ECLI:ES:TS:2024:3298) determina los factores a tener en cuenta al establecer la limitación temporal de uso de la persona discapacitada: «el grado de discapacidad, las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral, las posibilidades económicas de los progenitores, entre otras, en función de las cuales deberá motivarse la decisión que se adopte».

Y, la STS núm. 1669/2024, 12 de diciembre (JUR 486027, ECLI:ES:TS:2024:6246), de acuerdo con los hechos el hijo contaba en ese momento con 15 años y padece déficits cognitivos, psicomotores y del lenguaje y tiene reconocida la dependencia en grado III: «es de gran importancia, para el hijo de los litigantes, la observancia y respeto de sus pautas y rutinas, que le aportan estabilidad, toda vez que su alteración le produce un grave desconcierto y una fuerte inseguridad. Entre ellas, se encuentra, sin duda, las provenientes de disfrutar del uso en la vivienda familiar». El Tribunal pone de manifiesto que no se puede privar al padre del aprovechamiento de dicha vivienda de forma indefinida, por lo que tras analizar la situación concreta y las propiedades de que disponen ambos progenitores la sentencia declara:

«fijamos un uso prudente de la vivienda familiar de tres años adicionales a contar desde la mayoría de edad del hijo de los litigantes, sin perjuicio de que, antes de vencer el mismo, se pueda interesar la fijación, en su caso, de un incremento de la pensión alimentos en función de dicha extinción de uso temporal para cubrir las necesidades de habitación del hijo».

VIII. Breve alusión a los derechos forales

En Cataluña, el Código Civil de Catalunya a diferencia del Cc establece en el art. 231-3.1 el concepto de domicilio familiar:

> «1. Los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia **conviven** habitualmente.
>
> 2. En caso de desacuerdo respecto al domicilio, cualquiera de los cónyuges puede acudir a la autoridad judicial, que debe determinarlo en interés de la familia a los efectos legales».

Por tanto, en Cataluña se identifica la vivienda familiar con la vivienda conyugal, es decir, la surgida del matrimonio (donde conviven) y ubica tal precepto, propiamente, en la Sección 1.ª El matrimonio: Disposiciones generales y efectos. Capítulo I. Alcance de la institución familiar, en dicho Capítulo ubica el art. 231-1 referido a «La heterogeneidad del hecho familiar»: «1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes», aunque la protección de la vivienda familiar la sitúa en los preceptos referidos al matrimonio.

Así, se ha propuesto que, para abarcar todo el ámbito de la atribución de la vivienda familiar, se debería tratar la vivienda familiar al margen del concepto «conyugal» y, por tanto, del matrimonio a los efectos de aglutinar muchos más supuestos que acontecen en la realidad social actual como son las familias reconstituidas o recompuestas.

Se debe tener en cuenta que, en Cataluña, desde la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua se regula y otorga el concepto de «relación convivencial de ayuda mutua» que propiamente no es una familia. En la actualidad el art. 240-1 CCCat.: «Dos o más personas que conviven en una misma vivienda habitual y que comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, constituyen una relación de convivencia de ayuda mutua, que se rige por los acuerdos que hayan estipulado o, en su defecto, por lo establecido por el presente título». Si acudimos al Preámbulo de la Ley 19/1998, comprobamos que el legislador está

pensando en una vía para las personas de avanzada edad: «En la situación actual de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista que estructure este tipo de convivencia puede solucionar el bienestar de las personas mayores que se acojan, resolver las dificultades económicas y sociales y ser una opción más al ingreso de estas en instituciones geriátricas». Si bien, como manifiesta Solé Resina[44], «la dimensión de esta ayuda es temporalmente muy reducida y, desde luego, no permite presumir que vaya a resultar suficiente para resolver sus dificultades económicas y sociales y proporcionar una opción al ingreso en instituciones geriátricas».

El Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), art. 184.2, define el «domicilio familiar» y se refiere al lugar que conviven: «Se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia».

En las Islas Baleares se debe acudir al Anteproyecto de Ley sobre régimen patrimonial del matrimonio (abril 2025), que, entre los derechos viudales de origen familiar, junto con el derecho de predetracción del cónyuge viudo establece en el art. 18 (Mallorca y Menorca) y art. 54 (Ibiza y Formentera) el Derecho del cónyuge superviviente al mantenimiento en la posesión de la vivienda familiar.

Cabe poner de relieve la valentía del legislador balear que define en el art. 14 el concepto vivienda familiar: «Se entiende por vivienda familiar aquella donde residen habitualmente los cónyuges o uno de ellos con la mayor parte de los hijos comunes». Realizando una interpretación extensiva también incluimos en dicho concepto a los hijos de uno de ellos o comunes dependientes, ya sea por la menor edad o por ser discapacitados.

Cuando el precepto aborda el derecho de posesión durante un año posterior al fallecimiento se refiere a la vivienda familiar cuando quizá se debería referir a la vivienda conyugal. A su vez, lo califica como: «derecho de posesión» y no propiamente como derecho de uso, usufructo o habitación.

El art. 54 de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil del País Vasco, también alude al concepto «vivienda conyugal» siendo una norma de carácter imperativo, otorga al viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho: «además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho», es decir, cabe recalcar que se otorga junto con la legítima. Por tanto, se le concede un derecho de habitación *mortis causa* y tiene un carácter vitalicio a no ser que el viudo se encuentre en uno de los supuestos que contempla el precepto (contraiga nuevo matrimonio, haga vida marital, tenga un hijo con un tercero o constituya una pareja de

44 Solé Resina, J. «El régimen de la vivienda familiar en las relaciones conyugales y de pareja en Cataluña», en *La vivienda familiar*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 220.

hecho); supeditado a su estado de viudedad. En consecuencia, dispone de una configuración o naturaleza como derecho familiar. Y, se puede calificar como derecho real y, por tanto, oponible *erga omnes*.

IX. Bibliografía

Berrocal Lanzarot, A.I. «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar», en *RCDI*, n.º 743, 2014, p. 1349.

Caballé Fabra, G. «Objeto. Concepto de vivienda habitual. Delimitación de otras figuras afines», en *Tratado de Derecho de la vivienda*, obra colectiva, directores Matilde Cuena Casas y Julio Tejedor Bielsa, Boletín oficial del Estado, Madrid, 2025, p. 145.

Callejo Rodríguez, C. «Nuevos retos ante las dificultades de acceso al arrendamiento de la vivienda familiar en su concepción tradicional: el alquiler de habitaciones», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 553.

Cervilla Garzón, M.D. «El régimen jurídico de la atribución de la vivienda en las crisis familiares: al artículo 96 Cc», en *El derecho a usar la vivienda familiar en el Derecho español común y foral. Tratamiento jurisprudencial de los conflictos*, obra colectiva, Atelier, Barcelona, 2025, p. 43.

Chaparro Matamoros, P. «El derecho a permanecer en la vivienda familiar tras la ruptura de la familia: una nueva lectura del art. 96 Cc», en *Vivienda y Derecho Civil. Perspectivas actuales del derecho a la vivienda*, obra colectiva, *APPDC*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 419.

Elorriaga de Bonis, F. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Navarra, 1995.

Espejo Lerdo de Tejada, M. «La libertad de testar y la función de las legítimas», en *Autonomía privada, familiar y herencia*, obra colectiva, coord. María Ángeles Egusquiza Balmaseda, Guillermo Cerderira Bravo de Mansilla, 2024, p. 179.

Espiau Espiau, S. *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, PPU, Barcelona, 1992.

Espiau Espiau, S. «Derechos del cónyuge viudo y del conviviente superviviente en Cataluña», en *Tratado de derecho de sucesiones, Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, T, II, obra colectiva, dirigida por María del Carmen Gete-Alonso, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 2309.

Flores Rodríguez, J. «El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 54, 2005, p. 78.

García Herrera, V. *El legado de habitación a favor del legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 76.

García Presas, I. *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Reus, Madrid, 2019.

Gete-Alonso y Calera, M.C. «La vivienda familiar: concepto, datos de identificación», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, dirigida por Judith Solé Resina, Atelier, Barcelona, 2025.

Gete-Alonso y Calera, M.C. «Del año de luto al año de viudedad: una obligación hereditaria», en *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, obra colectiva, La Ley, Madrid, 2014, p. 513.

Goñi Rodríguez Almeida, M. «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas», en *RCDI*, n.º 736, 2013, p. 1133.

López-Rendo Rodríguez, C. «Aspectos fiscales de la vivienda habitual/familiar en la liquidación del régimen económico matrimonial», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 569.

Martínez de Aguirre y Aldaz, C. «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil 4. Derecho de familia*, Edisofer, Madrid, 2016.

Mingorance Gosálvez, C. «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», en *RCDI*, n.º 722, nov-dic. 2010, p. 2547.

Mingorance Gosálvez, C. «La sucesión mortis causa de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 19, agosto 2023, p. 604.

Ordás Alonso, M. *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Ortega Doménech, J. «Concepto de vivienda familiar: delimitación en el ámbito jurídico», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 288.

Sánchez Hernández, C. «La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de diferentes relaciones», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8 bis, 2018.

Serrano Gómez, E. *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999.

Solé Resina, J., «El régimen de la vivienda familiar en las relaciones conyugales y de pareja en Cataluña», en *La vivienda familiar*, obra colectiva, dirigida por Judith Solé Resina, Atelier, Barcelona, 2025, p. 191.

Ureña Carazo, B. «Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)», en *La Ley Derecho de familia*, n.º 6, segundo trimestre 2015, p. 3 y 11.

Tamayo Cardona, J.A. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 35.

Verdera Izquierdo, B. «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar: la necesidad de vivienda», en *Indret,* n.º 1, 2016.

Verdera Izquierdo, B. «La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias», en *Revista Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia legislación,* n.º 74, 2017, p. 61.

Verdera Izquierdo, B. *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Aranzadi, Navarra, 2019.

PARTE 2

Crisis matrimoniales: efectos personales

8

LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: SU CONSTRUCCIÓN COMO RAMA ESPECIALIZADA DEL DERECHO DE FAMILIAS EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA-MEXICANA

Eduardo Oliva Gómez[1]

Sumario: I. Introducción II. Los derechos de niñas, niños y adolescentes: su reconocimiento en la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos y en leyes de observancia general en el territorio nacional. III. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares: bases normativas en la construcción de una nueva rama especializada del Derecho de familias. IV. Reflexiones y consideraciones finales. V. Fuentes de investigación.

Resumen: Los derechos de niñas, niños y adolescentes en la legislación mexicana, visibles a partir de la vinculación de México con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, han venido tomando de manera gradual, una importante trascendencia en la normativa jurídica, lo que ha sucedido ante los efectos que la Convención que han propiciado adecuaciones, reformas y adiciones en el texto constitucional, dando lugar a la creación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del año 2014 y recientemente, en las disposiciones contempladas en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que será aplicable en todo el territorio nacional a más tardar el día primero de abril del 2027. En las disposiciones jurídicas descritas, se puede observar una normativa muy propia, específica y profunda en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, que se va direccionando hacia la construcción de una rama especializada del Derecho de Familias, con sus propias reglas y especificidades que resultan necesarias en la justicia para las familias. El presente trabajo tiene como fin principal exponer y reflexionar sobre estas propuestas legislativas que constituyen nuevos paradigmas en el derecho en México.

1 Doctor en Derecho. Profesor Investigador de Tiempo Completo titular, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.
Correo electrónico personal: macalae2000@yahoo.com.mx
Correo electrónico institucional: eduardo.oliva@uaem.mx

I. Introducción

Los derechos de niñas, niños y adolescentes en el sistema jurídico mexicano, como seguramente en muchos otros sistemas de los estados integrantes de la comunidad mundial, resultan de reciente creación, su visibilidad e implementación se remonta por lo general, a la década de los ochenta del siglo pasado, antes de tal temporalidad, las miradas jurídicas poco ponían su atención en ello y el trabajo legislativo era escaso.

Comentan al respecto Fuentes Alcalá, González Contró, Padrón Innamorato y Tapia Nava que:

> «Los avances realmente importantes, el gran salto cualitativo en relación con la forma de entender, analizar y ubicar en el contexto social más general a la población infantil, se empieza a producir muy recientemente (a partir del siglo XX), con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de manera extensiva, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, y de manera más concreta con la Convención sobre los Derechos del Niño»[2].

Evidencia cierta de la postura descrita se hace visible en el ámbito de la normativa jurídica internacional, en la que, si bien antes de los ochenta del siglo pasado existían trabajos legislativos en la materia, como es el caso de la Declaración de los derechos del niño de 1959 pronunciada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959, sin embargo es hasta la adopción de la Convención de los derechos del niño de 1989[3], en que de manera contundente se establece una postura determinante y se genera un paso evolutivo de gran magnitud al reconocer en niñas, niños y adolescentes su calidad de sujetos titulares de derecho.

Sobre el reconocimiento de la titularidad de niñas, niños y adolescentes con relación a sus derechos, refieren González Contró, Padrón Innamorato, Márquez Gómez, Arroyo Casanova y Melgar Manzanilla precisamente que:

> «Una normativa adecuada a la Convención y los tratados internacionales debe reconocer a niñas y niños como titulares de derechos, es decir, plantear las instituciones a partir de un enfoque de derechos en el que figure como centro de intereses. Esto transformará el tratamiento jurídico hacia la infancia, centrando la

2 Mario Luis Fuentes Alcalá, «y otros», *Conocimientos, ideas y representaciones acerca de niños, adolescentes y jóvenes. ¿Cambio o continuidad?, Encuesta Nacional de Niños, Adolescentes y Jóvenes,* Colección: Los mexicanos vistos por sí mismos, los grandes temas nacionales, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pág. 29.

3 La Convención de los derechos del niño de 1989 fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25 de fecha 20-noviembre-1989, véase www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

atención en el titular y, por tanto, eliminando la arbitrariedad en la toma de decisiones, pese a la falta de autonomía que se atribuye a las personas menores de edad»[4].

Por su parte, Cardona Llorens dice sobre el tema que:

«La Convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos»[5].

El mismo Cardona Llorens agrega en una precisión normativa consagrada en la Convención de 1989, que en su contenido:

«no proclama derechos nuevos para los niños. Los niños tienen los mismos que las demás personas. La perspectiva de la Convención está enfocada hacia las obligaciones del Estado para garantizar que dichos derechos pueden ser ejercidos por los niños y sean respetados tanto por el Estado como por las demás personas»[6].

Bajo las consideraciones y reflexiones, lo cierto es que, al estudiarse los derechos de niñas, niños y adolescentes aplicables en el sistema jurídico mexicano, encontramos una notable diferenciación entre lo que se regulaba en la legislación antes de la suscripción del estado mexicano a la Convención de los derechos del niño de 1989, con las nuevas construcciones en la materia que se han venido dando producto de su vinculación con la normativa internacional de referencia.

En el presente trabajo, teniendo como propósito central de estudio, como lo he anunciado desde su título, el llevar a cabo el análisis y reflexión sobre la construcción del derecho de niñas, niños y adolescentes como una rama especializada del derecho de familias en el sistema jurídico mexicano, en un orden metodológico procederé a revisar en un primer momento, los avances jurídicos que en la materia se han dado de manera gradual en el contenido de la norma constitucional mexicana, precisamente a partir del momento de su vinculación con la normativa de la Convención.

Una vez revisada la norma constitucional, en un segundo momento llevaré a cabo el estudio de la legislación reglamentaria que se ha venido elaborado a partir de lo prescrito en las reformas respectiva a la Constitución Política,

---

4 Mónica González Contró, «y otros», *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, 1.ª edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia-DIF, México, 2012, pág. 218.

5 Jorge Cardona Llorens, «La Convención de los Derechos del Niño: Significado alcance y nuevos retos», en *Temas de Actualidad jurídica sobre la niñez,* obra colectiva, coordinadora Nuria González Martín, Editorial Porrúa, México, 2012, pág. 2.

6 *Idem*., pág. 4.

en lo específico, será motivo de revisión la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes vigente.

Satisfecha la metodología de investigación descrita, procederé a la revisión central del trabajo, para lo cual será necesario el consultar y analizar lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, instrumento jurídico del que se puede desprender precisamente, las nuevas rutas del pensamiento jurídico y con ello, posturas legales que invitan a reflexionar sobre la creación de una nueva rama del Derecho de Familias, esta es, el Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes.

II. Los derechos de niñas, niños y adolescentes: su reconocimiento en la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos y en leyes de observancia general en el territorio nacional

La regulación contenida en la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, como he referido en párrafos anteriores, ha tenido una notable transformación a partir del momento de la vinculación jurídica de nuestro derecho a la Convención de los derechos del niño de 1989, esto así lo consideramos dada la magnitud de la Convención y así se resalta en la literatura jurídica en la materia, en la que se confirma de manera contundente esta circunstancia, válgase citar al respecto la postura de González Contró al señalar que «el tratado fundamental en materia de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, como se ha mencionado ya, es la Convención sobre los Derechos del Niño»[7].

La Convención sobre los derechos del niño fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, quedando abierto para firma el 26 de enero de 1990. El Estado mexicano firmó el instrumento el mismo día en que se abrió para firma, esto es, el 26 de enero de 1990, quedando vinculado jurídicamente el 21 de septiembre de 1990.

Ante dicha vinculación, los efectos normativos de la Convención han provocado diversas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el fin de armonizarse y desde luego observar los principios normativos del instrumento internacional, reformas que a continuación se revisan:

a) Reforma constitucional al contenido del artículo 4.º, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de abril del año 2000 y mediante la cual, se eleva a rango constitucional, el derecho de niños y niñas a la satisfacción

7 Mónica González Contró, «La reforma constitucional en materia de derechos humanos ¿una revolución de los derechos de niñas y niños en México?», en *Temas de Actualidad jurídica sobre la niñez,* obra colectiva, coordinadora Nuria González Martín, Editorial Porrúa, México, 2012, pág. 44.

de sus necesidades de alimentación, de salud, de educación y de sano esparcimiento para su desarrollo integral. Se hace la precisión en la reforma, del deber que tienen los padres de preservar tales derechos, deber que se hace extensivo a sus ascendientes, tutores y custodios. Se especifica además que será el Estado el encargado de proveer lo que resulte necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, quien asimismo otorgará facilidades a los particulares para el cumplimiento en la satisfacción de tales derechos.

La citada reforma constitucional fue de gran impacto puesto que motivó en su observancia, la creación en el mes de mayo del año 2000 de la denominada «Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes», la cual constituye la primera ley en el sistema jurídico mexicano, protectora de forma integral de sus derechos.

b) Posteriormente, con fecha 12 de octubre de 2011, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación 2 reformas a la norma constitucional de medular importancia en materia de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; la primera de ellas se hizo nuevamente a su artículo 4.º, mediante la cual se incorporó en el texto, el interés superior del niño como un principio rector en todo asunto relacionado con sus derechos, al efecto se dispone lo siguiente: «En todas las decisiones y actuaciones del Estado, se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos», se dispone además que «Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez».

La segunda de las reformas se hizo al artículo 73 de la norma constitucional, adicionando la fracción XXIX-P, por efecto de la cual se faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, quedando redactada de la siguiente forma: «Artículo 73. El congreso tiene facultad: XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte».

c) La citada reforma constitucional dispuesta en el artículo 73, dio pauta en su observancia y en su cumplimiento, a la creación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre del año 2014, así como a Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil (publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de octubre de 2011).

La vigente Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes constituye un paso evolutivo de suma importancia y gran relevancia en la materia puesto que, se trata de una ley que, como se dispone en su artículo primero, es de orden público, de interés social y de observancia general en el

territorio nacional, siendo su objeto fundamental, el reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, los cuales se encuentran sustentados con base a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Su importancia es fundamental puesto que en ella se establecen en su artículo 6.º como sus principios rectores, entre otros, los siguientes: a) el interés superior de la niñez; b) la universalidad; c) la interdependencia; d) la indivisibilidad; e) la progresividad; f) la integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes; g) la igualdad sustantiva; h) la no discriminación; i) la inclusión; j) la corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades; k) la transversalidad en la legislación y políticas públicas; l) la autonomía progresiva y; m) el principio pro-persona.

Se reconocen además en su artículo 13, los derechos de niñas, niños y adolescentes, los que se disponen de manera enunciativa y no limitativa y que son: I) el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; II) el derecho de prioridad; III) el derecho a la identidad; IV) el derecho a vivir en familia; V) el derecho a la igualdad sustantiva; VI) el derecho a no ser discriminado; VII) el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; VIII) el derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; IX) el derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; X) el derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; XI) el derecho a la educación; XII) el derecho al descanso y al esparcimiento; XIII) el derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura; XIV) el derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información; XV) el derecho de participación; XVI) el derecho de asociación y reunión; XVII) el derecho a la intimidad; XVIII) el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; XIX) los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y; XX) el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet.

Se agrega en el descrito artículo 13 que las autoridades federales, estatales, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán adoptar las medidas que resulten necesarias para garantizar los citados derechos a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación de ningún tipo o condición.

El marco jurídico descrito regulado en la Constitución Política y en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes nos permite afirmar, como lo he hecho en diverso espacio de la difusión de la investigación, que:

> «Sin lugar a dudas el sistema jurídico mexicano con todo este concierto legislativo se ha visto fortalecido, posicionado y revitalizado en términos de una protección integral de los derechos humanos en favor de niñas, niños y adolescentes, constituye un cuerpo normativo integral que mira la protección de

> los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes desde las diversas ópticas en que deben ser atendidos y que por tanto impone retos de gran alcance para el mismo sistema jurídico legal»[8].

d) Revisadas que han sido las reformas constitucionales que he comentado, es necesario centrar la atención ahora en la reforma que fue publicada con fecha 15 de septiembre del año 2017, mediante la cual considero, se marca el inicio de un nuevo camino con respecto al ejercicio y cumplimiento del reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La reforma constitucional a la que me refiero para los fines del presente trabajo es la que se hizo a la fracción XXX del artículo 73[9] cuyo texto reformado establece lo siguiente: «Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXX. Para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar».

La legislación única en materia procesal civil y familiar ordenada en la reforma constitucional, debió expedirse a más tardar, en un plazo que no excediera de 180 días, tal como se contempla en el artículo cuarto transitorio del decreto de reforma, esto es, el 16 de marzo de 2018 como plazo máximo, sin embargo, el mandato constitucional no fue cumplido por los legisladores en el tiempo dispuesto.

> «Al no cumplirse, generó la interposición de diversos medios de impugnación ante la omisión legislativa en la que incurrió el Congreso, —acciones de inconstitucionalidad y amparos— que concluyeron en una resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ordenó a los Congresistas legislar en la forma indicada por la Constitución y armonizar las leyes generales y federales que se requiriera»[10].

e) Así entonces, en un cumplimiento más que tardío al mandato constitucional, con fecha 7 de junio del 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Fede-

---

8 Eduardo Oliva Gómez y Erika Nayeli Hernández Castelo, «Impactos de la Globalización en el Reconocimiento de los Derechos Humanos del Niño en México», en *Los Derechos Humanos en la Globalización. Parámetros mínimos para algunos derechos*, obra colectiva, coordinadores Ortega Maldonado, Juan Manuel «y otros», Editorial Porrúa y Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2018, págs. 87-88.

9 El decreto de reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de septiembre de 2017, llevó a cabo la reforma y adición de los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia cotidiana (solución de fondo del conflicto y competencia legislativa sobre procedimientos civiles y familiares), procediendo para ello a reformarse el primer párrafo del artículo 16; adicionándose un párrafo tercero, recorriéndose en su orden los actuales (en aquel momento) párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo al artículo 17; y la fracción XXX (del artículo 73), recorriéndose en su orden la actual XXX para quedar como XXXI al artículo 73. Véase: dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017

10 Nuria González Martín y Jorge Alberto Silva, *Comentarios a la Normatividad Procesal en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares,* Editorial Tirant lo Blanch, México, 2024, pág. 14.

ración el Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, estableciéndose en su artículo primero que, las disposiciones contenidas en el Código Nacional, son de orden público, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional; se dispone además que el objeto del Código Nacional es el establecer la regulación en materia de derecho procesal civil y derecho procesal familiar (derecho procesal de familias desde mi postura personal), misma que tiene como base los derechos humanos previstos en la norma constitucional, así como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares entró en vigor al día siguiente de su publicación, es decir, el día 8 de junio del 2023, sin embargo, su aplicación deberá darse, tal como lo dispone su artículo segundo transitorio, de manera gradual, a más tardar el día primero de abril del 2027, plazo que se establece de tal forma, a efecto de que los Poderes Judiciales de cada una de las entidades federativas, hagan los ajustes y adecuaciones necesarias a fin de estar en condiciones de cumplimentar todos los requerimientos que el Código Nacional dispone.

Con relación a la creación, propuestas procedimentales y su aplicación que de manera material deberá darse a más tardar el primero de abril del 2027 del Código Nacional, he referido que su normativa «constituye en sí mismo, un nuevo paradigma de tipo integral en el proceso civil y familiar en México»[11], esto es así puesto que, «la transformación del proceso civil y familiar es totalmente distinto al que en la actualidad se regula, con el código nacional se implementan formas procesales que hasta hoy no se tenían, o por lo menos, no se tenían de manera uniforme en todo el país»[12].

En efecto, el Código Nacional plantea una serie de nuevas reglas para aplicarse en los procedimientos, ya en materia civil o en materia de familias, entre ellas, la oralidad civil y familiar en todas las controversias, con las excepciones que el propio código establece; se incorpora también la justicia el línea en la que podrán tramitarse todo tipo de procedimiento; se contempla también el uso de herramientas y recursos propios de las tecnologías de la información y la comunicación, desde la diligencia virtual, área de trasmisión y notificación electrónica, hasta la concepción del metaverso con las implicaciones que ello lleve consigo; se implementan los ajustes razonables ante la existencia de condiciones de vulnerabilidad; se contempla además el ponderar en todo tiempo la solución de las controversias sobre los formalismos procesales.

En materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, el Código Nacional confirma el reconocimiento de disposiciones que ya se encontraban contempladas en el sistema jurídico mexicano desde el mandato constitucional,

11 Eduardo Oliva Gómez, «El nuevo derecho procesal de familias en México: desafíos y nuevos paradigmas», en *Entre persona y familia*, obra colectiva, coordinadores Muñoz Rodrigo, Gonzalo y Bueno Biot, Álvaro, Editorial Reus, Madrid, España, 2023, pág. 576.

12 *Ibidem*.

como puede ser el caso del principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, respecto del cual en el artículo 5.º del Código Nacional se dispone en los siguientes términos:

> «Artículo 5. En los asuntos de orden familiar y civil, y sin alterar el principio de igualdad procesal, las partes podrán revelar su condición de vulnerabilidad, a fin de que la autoridad jurisdiccional provea ajustes de procedimiento en su caso y supla oportunamente de oficio, las deficiencias de sus planteamientos sobre la base de proteger los intereses de la familia, personas mayores, niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad o cualquier otra persona que se encuentre en alguna condición de vulnerabilidad.
>
> En los casos que se involucren derechos de niñas, niños y adolescentes, así como los derechos de las mujeres, la autoridad jurisdiccional deberá actuar y resolver con base en el interés superior de las niñas, niños, o adolescentes, con perspectiva de género de conformidad con las leyes aplicables y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. En todo momento, la autoridad jurisdiccional estará obligada a garantizar la implementación de deberes reforzados de protección con las mujeres, adolescentes, niñas y niños, en los términos de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencias.
>
> Asimismo, deberán adecuar sus actuaciones a las circunstancias de los grupos sociales en situación de vulnerabilidad mediante formatos alternativos, a fin de garantizar la igualdad sustantiva, la equidad y accesibilidad estructural y de comunicación, durante el procedimiento, en estricto apego al ejercicio de los derechos humanos».

Lo dispuesto en el artículo 5.º resulta contundente al valor que se impone y reconoce en el Código Nacional con relación a los derechos de niñas, niños y adolescentes, estableciéndose el deber de la persona juzgadora de actuar y resolver en todo momento en el caso materia de estudio, sobre la base del interés superior, agregándose además la necesaria observancia en protección del referido grupo etario en los casos en que se presente algún tipo de violencia.

En cuanto a lo reglamentado y reafirmando el reconocimiento del principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, en el artículo 7.º, se hace la mención de manera puntual sobre cuáles son los principios rectores en el sistema de impartición de justicia en materia civil y familiar, en la fracción novena se dispone lo siguiente:

> «IX. Interés superior de la niñez. Observancia que debe darse para hacer prevalecer los derechos de las niñas, niños o adolescentes, por sobre los otros derechos que pudieran estar en pugna en el litigio».

Cabe también destacar que en el mismo artículo 7.º, en su fracción séptima se reconoce como principio rector el de la igualdad procesal, al respecto se dice:

> «VII. Igualdad Procesal. Desde el escrito inicial de demanda y hasta la ejecución de la sentencia, las personas recibirán el mismo trato, oportunidades,

> derechos y cargas procesales sin discriminación alguna. Con las excepciones que se establezcan expresamente en este Código Nacional, cuando en la controversia se involucren derechos de niñas, niños, adolescentes y personas en grupos sociales en situación de vulnerabilidad».

Es de resaltar que, al distinguirse el principio de igualdad procesal entre las partes intervinientes en el procedimiento judicial, se marca la clara excepción al principio, al involucrarse los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes, procediendo entonces, considero, a la inaplicabilidad del citado principio en razón de priorizarse el interés superior.

Por otra parte, en el artículo 89 del Código Nacional, al regularse sobre las reglas procedimentales para la fijación de la competencia, destaca que, priorizando el interés superior de niñas, niños y adolescentes, se establece que en aquellos juicios de la materia familiar donde se involucren sus derechos e intereses, será la autoridad jurisdiccional competente, la del lugar donde tengan ellas o ellos su domicilio. Esto así se regula textualmente de la siguiente forma:

> «Artículo 89. Es autoridad jurisdiccional competente: IX. La del domicilio de las niñas, niños y adolescentes, tratándose de asuntos en materia familiar».

La revisión expuesta permite aseverar, como lo he referido, que el Código Nacional, además de confirmar reglas procesales que de alguna forma se contenían, lo cierto es que implementa una serie de nuevas propuestas procedimentales que antes no se contemplaban en el sistema jurídico mexicano, todas ellas de gran relevancia que considero, constituyen en la forma en que se encuentran reguladas, elementos contundentes para la construcción de una nueva rama especializada en el derecho de familias, esta es, el derecho de niñas, niños y adolescentes.

III. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares: bases normativas en la construcción de una nueva rama especializada del Derecho de familias

Como he referido, el Código Nacional implementa una serie importante de disposiciones en materia de los derechos de niñas, niños y adolescentes que deberán observarse en todo procedimiento judicial del orden de las controversias en materia de familias, respecto de las cuales, es de relevancia su estudio, análisis y reflexión puesto que, además de innovadoras y garantes del respeto a sus derechos, resultan evidentemente específicas y marcan una notable diferenciación con las demás reglas procesales en controversias en las que no se involucran sus derechos e intereses, en dichas circunstancias, al conformar una normativa específica y propia, va dando pauta a la cons-

trucción de esta nueva rama de derecho de familias a la que hago alusión y en la que se deberán observar de manera forzosa sus principios normativos.

En las siguientes líneas pretendo destacar la reglamentación y relevancia de algunas de estas disposiciones que considero son de especial importancia en la materia y hacer notar que, por sus características, especificidades y manera en que se encuentran reguladas, existe una clara diferenciación con las demás reglas procesales contempladas en el Código Nacional para aquellas controversias en que, reitero, no se involucren sus intereses y derechos.

a) Defensa especializada en las controversias de índole familiar en las que se involucren derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes

De inicio es de medular importancia señalar que, en el Código Nacional se impone una regla totalmente innovadora en la materia y propia de manera exclusiva a las controversias donde se involucren los derechos de niñas, niños y adolescentes, al establecerse la necesidad obligatoria de que, la persona profesional del Derecho, esto es, la abogada o el abogado que pretenda intervenir con su patrocinio en una controversia judicial del orden familiar con tal caracterización, deberá contar con conocimientos especializados en la materia.

Esto así se dispone de manera expresa en el Libro Cuarto «De la Justicia Familiar», Título Tercero «Del Juicio Oral Familiar», Capítulo I, «Disposiciones Generales», Sección Primera «De la Procedencia del Juicio Oral Familiar», en que su artículo 666 literalmente dispone lo siguiente:

> «Artículo 666. En todo momento las partes deberán contar con una defensa técnica, efectiva y tratándose de asuntos que afecten derechos de la infancia además la defensa será especializada. Para el caso de que alguna o ambas partes acudan sin ella, la autoridad jurisdiccional solicitará de inmediato la intervención de la Defensoría Pública, quien de manera gratuita asistirá a quien lo requiera y para el caso de que la designación se realice en el momento del desahogo de alguna audiencia, la autoridad jurisdiccional podrá diferirla, por una única ocasión, fijándose nuevo día y hora dentro de los siguientes diez días hábiles».

De acuerdo al contenido de la primera parte del artículo 666, tenemos dos reglas procesales fundamentales, que válgase destacar, el no cumplir con ellas provocaría un estado de indefensión ante la falta de la debida asesoría jurídica, así en lo dispuesto se impone de inicio que las partes en el juicio oral familiar deberán contar con una defensa técnica, lo que implica que para el seguimiento y tramitación del procedimiento respectivo, deberá contar con la asesoría, asistencia y participación de un profesional del derecho, esto es, deberá contar con una abogada o abogado que lleve el patrocinio del asunto respectivo.

La segunda de ellas resalta de manera específica y propia al establecer que si en la controversia jurisdiccional, se involucran intereses y derechos de niñas, niños y adolescentes, la exigida asesoría jurídica en la defensa profesional en el juicio deberá ser a cargo del profesionista, esto es, abogada o abogado, pero en tal caso quien pretenda dar dicha asistencia profesional,

deberá contar con conocimientos especializados, o como se dice textualmente, la defensa será especializada.

Al establecerse en el artículo 666 que la defensa será especializada en el juicio oral familiar donde se puedan ver afectados los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes, lo que se exige es que la participación no se limite en quien tenga la patente legal para ejercer profesionalmente como licenciada o licenciado en derecho, aunado a ello, se está solicitando que se cuente con una especialidad en la materia, es decir, la licenciada o licenciado en derecho deberá contar con estudios de posgrado de especialidad en la materia.

Cabe la pena para el análisis que se presenta, el revisar lo que se dispone en la legislación mexicana, en específico en la Ley General de Educación Superior[13], en ella se establece en su Título Segundo «Del tipo de educación superior», Capítulo Único «De los niveles, modalidades y opciones» en su artículo 11, los niveles del tipo de educación superior, distinguiendo entre ellos, en su segunda fracción, los estudios de licenciatura, que se cursa después del tipo medio superior y se orienta a la formación integral de la profesión, para la incorporación en su ejercicio al sector social, productivo y laboral, obteniendo a su conclusión y cumplimiento de requisitos, el título profesional correspondiente.

Se distingue además en la fracción tercera el nivel de estudios de «especialidad», que «se cursan después de la licenciatura y tienen como objetivo profundizar en el estudio y tratamiento de problemas o actividades específicas de un área particular de una profesión. El documento que se expide a la conclusión de dichos estudios es un diploma de especialidad y, en los casos respectivos, se otorga el grado correspondiente».

En dichas condiciones y al tenor de tal reglamentación, resulta claro que, cuando en el artículo 666 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares se exige que la defensa sea especializada en los casos en que se involucren intereses y derechos de niñas, niños y adolescentes que se puedan ver afectados en el procedimiento respectivo, lo que se está exigiendo es precisamente que, la defensa técnica a cargo de quien ejerce la profesión como licenciada o licenciado en derecho, debe contar además con estudios especializados en la materia, esto es, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes.

13 La Ley General de Educación Superior fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de abril del año 2021, es una ley reglamentaria del artículo 3.º de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto, entre otros, el «establecer las bases para dar cumplimiento a la obligación del Estado de garantizar el ejercicio del derecho a la educación superior» así como el «contribuir al desarrollo social, cultural, científico, tecnológico, humanístico, productivo y económico del país, a través de la formación de personas con capacidad creativa, innovadora y emprendedora con un alto compromiso social que pongan al servicio de la Nación y de la sociedad sus conocimientos». Véase: diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lges.htm

Esta postura normativa se confirma en lo dispuesto en el Libro Quinto: «De los Juicios Universales», Título Primero: «Juicios Sucesorios», Capítulo III: «Procedimiento Sucesorio No Controvertido Vía Judicial» artículo 800 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares materia de estudio, en el que se exige, como se ha dispuesto en el artículo 666, la defensa técnica y especializada al involucrarse los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes; al efecto se dispone textualmente lo siguiente:

> «Artículo 800. Para el caso de que entre las personas interesadas existan niñas, niños o adolescentes, conjuntamente a su comparecencia mediante sus legítimos representantes, deberá verificarse por la autoridad jurisdiccional que se cuente con una defensa técnica y especializada durante el trámite del procedimiento».

Así entonces, de acuerdo a lo regulado en los artículos 666 y 800, se impone la necesidad al profesionista en derecho, de cursar estudios de especialidad que le dan las competencias, herramientas, habilidades y desde luego conocimientos que le permitan profundizar en la materia, para así poder participar en el patrocinio del área específica, esto es, reitero, debe contar con estudios especializados en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, de no ser así, la abogada o abogado no podrá llevar a cabo el ejercicio libre de la profesión en este tipo de controversias.

Sobre la especialización del profesionista en Derecho en materia de niñas, niños y adolescentes que impone en el Código Nacional, es importante señalar que en el sistema jurídico mexicano ya existían antecedentes legislativos que presentan cierta cercanía a lo ahora regulado y exigido, esto así lo vemos, por una parte, en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (que ha sido revisada en párrafos anteriores) en términos de lo prescrito en su artículo 83:

> «Artículo 83. Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, que sustancien procedimientos de carácter jurisdiccional o administrativo o que realicen cualquier acto de autoridad en los que estén relacionados niñas, niños o adolescentes, de conformidad con su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez estarán obligados a observar, cuando menos a... VI. Proporcionar asistencia de profesionales especializados cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera».

Lo dispuesto en el artículo 83 constituye desde luego, un antecedente importante en el tema de la especialidad, no obstante ello, la reglamentación al ser genérica, no muestra precisión alguna del tipo de profesionista al que se refiere, esto es, la asistencia del profesional especializado se refiere a quien se desempeña en el ejercicio de la abogacía? o bien, ¿lo establecido es para la intervención multidisciplinaria de otro tipo de profesionistas como pueden ser entre otros, especialistas en psicología?, inclusive, en atención a la literalidad de lo dispuesto, no queda claro si la asistencia profesional espe-

cializada se logra con los estudios de un posgrado de especialidad o los que se obtienen con los del nivel de licenciatura.

Un segundo antecedente importante a la exigencia de contar con los conocimientos especializados en la materia que se impone en el Código Nacional se puede encontrar en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016, en la que en su artículo 41 se dispone que, en la materia de justicia penal para adolescentes, la defensa técnica sea especializada, esto así se regula en los siguientes términos:

> «Artículo 41. Defensa técnica especializada. Todo adolescente tiene derecho a ser asistido por un licenciado en derecho, con cédula profesional y especializado en el Sistema, en todas las etapas del procedimiento, desde su detención hasta el fin de la ejecución de la medida impuesta».

Aunado a dicha postura, en el artículo 3.º se establece un glosario para los efectos de dicha ley, señalándose en su fracción VII lo siguiente: «Defensa: La o el defensor público o la o el defensor particular especializado[14] en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes en los términos de esta Ley».

Lo dispuesto en la citada Ley de Justicia Penal constituye un antecedente importante, sin embargo es necesario aclarar que, en dicho ordenamiento legal no se habla de la especialización en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, la especialización de la que se hace alusión, se refiere, como de manera expresa se dispone, al conocimiento especializado en el sistema integral de justicia penal para adolescentes, en dichas condiciones, lo que se requiere es contar con una certificación que habilita para participar en este tipo de procedimientos con el patrocinio por tener el conocimiento especializado en el referido sistema de justicia penal, no siendo necesaria la especialización en la materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, inclusive cabe destacar que este sistema penal no comprende todo el universo

14 Con relación a la especialización del sistema que se dispone en el artículo 41 y del que se precisa su concepto en la fracción VII del artículo 3.º, es importante comentar que en el artículo séptimo transitorio se establece lo siguiente: «Certificación de facilitadores. Para la certificación de los facilitadores que se señala en el artículo 3, fracción VII de esta Ley, se estará a lo que establece la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, Capítulo I, artículo 47, criterios mínimos de certificación. Dicha especialización, para los actuales operadores deberá concluirse en un plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley», por su parte con relación a ello, en el artículo 47 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal se dispone: «Criterios mínimos de certificación. La Conferencia y el Consejo serán las Instancias responsables de emitir los criterios mínimos para la certificación de Facilitadores de los Órganos de la Federación y de las entidades federativas de conformidad con lo dispuesto en esta Ley. El Órgano contará con Facilitadores certificados de conformidad con los estándares mínimos en materia de capacitación, evaluación y certificación que emitan la Conferencia o el Consejo...». Para mayor información véase: www.diputados.gob.mx>LeyesBiblio>pdf>LNMASCMP

del grupo etario de referencia, su normativa solamente va dirigida a las y los adolescentes, que de acuerdo a su artículo primero son quienes tienen una edad entre los 12 años cumplidos y menos de 18 años.

b) Implementación de la Defensoría Pública preferentemente especializada en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes

En un segundo momento y en concordancia con la postura expuesta en el artículo 666, en el artículo 138 del Código Nacional se establece para los supuestos en los que se requiera la participación y asistencia jurídica de la defensoría pública[15] en favor y beneficio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que deberá ser preferentemente especializada.

Dice al respecto de manera precisa el artículo 138 lo siguiente:

> «Artículo 138. Es deber de las partes asistir a las audiencias del procedimiento, por sí o a través de sus personas representantes autorizadas, con facultades necesarias para celebrar el convenio correspondiente.
>
> La persona representante autorizada que deje de asistir a las audiencias sin justa causa calificada, se le impondrá una multa a favor del Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia del Tribunal o Poder Judicial de cada Entidad Federativa o la Federación, hasta el equivalente a cien veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización vigente al momento de su aplicación. Contra dicha resolución procede el recurso de apelación.
>
> Cuando las actuaciones involucren derechos de niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad o personas de los pueblos y comunidades indígenas o afromexicanas, la defensa pública en su caso deberá ser preferentemente especializada».

15 La Defensoría Pública se puede entender como la participación que se brinda en la administración de justicia que tiene como fin proporcionar el servicio gratuito, a cargo del Estado y por medio de una abogada o abogado, para prestar la orientación, la asistencia, la participación y el patrocinio jurídico en favor de quien lo requiera en un procedimiento judicial, por carecer de defensor legal privado. El servicio y participación del defensor público constituye parte fundamental de todo sistema de justicia, con el fin de otorgar la defensa técnica en el procedimiento judicial a quien lo requiere para hacer valer los derechos y con ello lograr el principio de un juicio justo. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se hace referencia en el artículo 20, de la participación de la defensoría pública, cuando se carece de la defensa por medio de una abogada o abogado, estableciéndose la obligación del juzgador de designar una persona defensora pública en dicho supuesto. A partir de la disposición constitucional, la Ley Federal de la Defensoría Pública, disponible en: www.diputados.gob.mx>Ley_Federal_de_Defensoría_Pública, dispone que el servicio de defensoría pública será gratuito y se prestará bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo; es necesario destacar que en cada una de las entidades federativas se cuenta con una ley respectiva aplicable en su ámbito territorial, en la que se dispone la participación del servicio de defensoría pública en los asuntos del orden familiar entre otros, válgase citar a manera de ejemplo, la Ley de la Defensoría Pública del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en la que, en su artículo 21 se detalla las materias en las que se dará el servicio de orientación, asesoría y patrocinio, entre ellas precisamente, la materia familiar. véase: www.congresocdmx.gob.mx>media>documentos

De acuerdo a lo dispuesto en el último de los párrafos, se establece la participación del defensor público en toda aquella actuación en la que se involucren los intereses y derechos de niñas, niños y adolescentes, sin embargo la defensoría pública en este supuesto, solo se contempla que sea preferentemente especializada, no obligatoria, con ello se tiene una grave inconsistencia en la regulación que resulta inclusive contradicción a lo que se dispone en el artículo 666 que he analizado en párrafos anteriores, puesto que, en dicha disposición, la participación del profesionista en derecho, abogada o abogado que intervenga con su patrocinio, deberá contar con conocimientos especializados, pero ahora, en el caso de la defensoría pública inexplicablemente la especialización solo se contempla de manera preferente, pero no se exige como una condición forzosa.

Resulta incomprensible y sin lógica alguna la diferenciación que se comete en la normativa jurídica motivo de análisis. Lo reglamentado de tal forma lleva a una reflexión y enérgica crítica: ¿cómo justificar tal diferenciación? ¿cómo entender que al profesionista que se desempeña en el ejercicio libre de la profesión se le exija contar con una especialización en la materia, mientras que a la defensoría pública no se le impone tal deber? ¿el Estado no debe verse obligado en los mismos términos que se obliga al profesionista particular?

No hay justificación alguna en la lamentable diferenciación que se hace en la ley. Si a la abogada o abogado que de manera particular presta su asesoría jurídica para el patrocinio en un juicio familiar donde se involucran los intereses y derechos de niñas, niños y adolescentes, debe contar con una especialización en la materia, a las abogadas y abogados que se desempeñan en la defensoría pública proporcionada por el Estado, también deben cumplir con tal requerimiento. Se trata de la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes que debe darse en el procedimiento judicial y, por tanto, si la misma es proporcionada por el profesionista particular o por la defensoría pública, los intereses que se protegen son los mismos y en dichas condiciones, el conocimiento especializado debe exigirse en ambos casos.

c) Implementación de la abogada o el abogado de niñas, niños y adolescentes

Por otra parte, cabe analizar lo dispuesto en el artículo 130 del Código Nacional que de manera innovadora y con una visión amplia de reconocimiento en la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes, implementa la aparición de la figura que podemos denominar: «la abogada o el abogado de niñas, niños y adolescentes» y que se trata, del profesionista en derecho que asistirá, representará y procurará el respeto y cumplimiento de los derechos e intereses de ellas o ellos, de manera independiente a las posturas que en el proceso judicial puedan asumir la madre, el padre o cualquiera otra de las personas a las que la ley les faculta para dichos fines.

Se regula al respecto de manera precisa en el artículo 130 lo siguiente:

> «Artículo 130. Las niñas, niños y adolescentes, comparecerán por conducto de las siguientes personas:
>
> I. Quienes ejerzan la patria potestad;
>
> II. Quien ejerza la tutela;
>
> III. Las personas designadas legalmente por quien ejerza la patria potestad o la tutela, y
>
> IV. La Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o institución con facultades de representación coadyuvante o en suplencia, de conformidad con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
>
> Sin embargo, las niñas, niños y adolescentes, podrán comparecer a juicio por sí o por cualquier persona en su nombre, sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente o desaparecido, se ignore quién sea, esté impedido, se negare a promover la acción o hubiese un conflicto de interés con su representado.
>
> La autoridad jurisdiccional, nombrará un representante independiente para que intervenga en el juicio, debiendo preferir a un familiar cercano, salvo cuando haya conflicto de intereses o motivo que justifique la designación de persona diversa, sin perjuicio de dictar las providencias y medidas de protección especiales o urgentes, conforme a la Ley de la materia y, los tratados internacionales que resulten aplicables».

De acuerdo a lo reglamentado, el artículo 130 de inicio establece de manera precisa, quienes son las personas que se encuentran reconocidas con facultades legales para representar los derechos de niñas, niños y adolescentes en un procedimiento jurisdiccional y por lo tanto, comparecer a la referida controversia judicial en su nombre y representación, estos son: la persona o personas que ejerce la patria potestad, así entonces podrán ser la madre y/o el padre o en caso de imposibilidad por la razón que sea, los ascendientes consanguíneos en 2.º grado en línea directa; en un segundo supuesto, la ejerce quien se desempeñe en el cargo de tutora o tutor; será también ejercida por la persona a quien se le haya conferido tal representación por quienes ejercen la patria potestad o la tutela y por último, será ejercida por la institución del Estado que por disposición legal cuente con tales facultades expresas para dichos fines, esto es, por la Procuraduría de Protección de niñas, niños y adolescentes.

Ahora bien, no obstante que en el artículo 130 del Código Nacional se dispone de manera puntual las personas que tienen la facultad de llevar a cabo la representación legal de niñas, niños y adolescentes, en su segundo párrafo se hace la mención de manera precisa que niñas, niños y adolescentes podrán comparecer en juicio por conducto de persona distinta a las que se encuentran descritas y esto así sucederá, cuando se presente alguno de los supuestos descritos, siendo necesario destacar entre ellos, para los efectos del presente trabajo, el último de los dispuestos, estos es, cuando

existiere un conflicto de intereses de la niña, el niño o el adolescente, con los intereses de la persona que debiera ejercer su representación legal por así estar facultado, es decir, cuando los intereses de ellas o ellos (como representados) sean distintos en el procedimiento judicial, a los intereses de quien se encuentre facultado para representarlos por ejercer la patria potestad, la tutela, el representante designado por alguno de ellos o, la institución del Estado facultada para dichos fines, entonces procederá que quien los represente sea persona distinta a todos los facultados.

La implementación de esta regulación tiene una lógica clara, si los intereses de niñas, niños y adolescentes en la controversia judicial son distintos a los que pueda tener la persona que le corresponda representarlos, existirá un conflicto de intereses y si quien los representa no concuerda con los intereses de ellas o ellos, se pone en riesgo el cumplimiento y atención de sus intereses y quedan en un estado de indefensión, así entonces, en el Código Nacional se ha elaborado una normativa bajo una visión de respeto y cumplimiento al principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, priorizando precisamente sus intereses y para ello, lo que se pretende es que sean representados y asistidos por la persona que no represente o defienda otro tipo de intereses opuestos.

Así entonces, al presentarse el supuesto señalado, se agrega en el párrafo tercero que, la jueza o el juez deberá nombrarles un representante, que será, como se ha explicado, una persona distinta e independiente de quienes gozan por derecho con tal facultad, para lo cual será preferible designar a una persona miembro de su familia, siempre y cuando no exista conflicto de intereses entre ésta última y ellas o ellos.

Considero que la implementación de la representación legal a favor de niñas, niños y adolescentes en la forma que se dispone en el artículo 130 del Código Nacional, se asemeja a la figura del abogado del niño que se contempla en la reglamentación de la Provincia de Buenos Aíres, Argentina, en la Ley 14568[16], publicada en su Boletín Oficial con fecha 6 de febrero del año 2014, en la que precisamente fue creada la figura del abogado del Niño, sustentándola en lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Al efecto se dispone en el artículo 1.º de la referida ley, que el Abogado del Niño, es «quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces».

Es cierto que el artículo 130 del Código Nacional no hace mención de manera literal a la implementación de la figura del abogado del niño, sin

16 www.scba.gov.ar>servicios>violenciafamiliar>Ley14568-Aboga

embargo en una interpretación armónica sustentada en el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, bien puede observarse como una figura similar al tratamiento jurídico que se hace en la Ley de la Provincia de Buenos Aíres, puesto que al disponerse que podrán comparecer a juicio por conducto de persona distinta a quienes por principio deberían representarlos en juicio y que, tal posibilidad se presenta ante la existencia de intereses opuestos entre ambos (representante y representado), ello implica la participación de un tercero distinto con la finalidad de representar los intereses personales e individuales de niñas, niños y adolescentes, así entonces la representación legal tendrá que ser ejercida por persona distinta, esta es, el abogado del niño.

Es importante destacar que al establecerse en el artículo 130 la comparecencia de niñas, niños y adolescentes por medio de persona representante legal distinta a las que por disposición se encuentran contempladas para ello, esto no implica que dicha persona sea profesional de derecho, pues inclusive como se dispone en el párrafo tercero, será preferible designar un familiar cercano a la niña, niño o adolescente, sin embargo, si tal persona carece de tal formación profesional, no existirá indefensión alguna puesto que, recordando lo dispuesto en el artículo 666, al tratase de una controversia judicial del orden familiar, las partes deberán contar con la defensa técnica, efectiva y, al involucrarse los derechos de la referida población etaria, tal defensa deberá ser especializada, así entonces, quien comparezca en su representación, para el caso de no contar con el conocimiento jurídico, deberá buscar el patrocinio legal de la abogado o abogado especializado para hacer valer sus derechos e intereses.

Sin duda alguna, la implementación del abogado del niño, resulta innovadora y sobre todo de manera cierta, prioriza el interés superior de niñas, niños y adolescentes, sin embargo, sobre su operatividad, eficiencia y eficacia, aún no se cuenta con elementos para estar en condiciones de evaluarla, su análisis y el juicio crítico-reflexivo podrá pronunciarse en el momento en que, el Código Nacional tenga aplicación y se vea su real desenvolvimiento y sobre todo, su desempeño en la práctica forense.

Para concluir el presente inciso es necesario agregar que, la comparecencia ante la autoridad jurisdiccional de niñas, niños y adolescentes por medio de persona distinta a quienes cuentan con el reconocimiento legal para representarlos ante la presencia de conflicto de intereses, se confirma en las disposiciones generales de los juicios sucesorios, al establecerse textualmente en el artículo 695 lo siguiente:

> «Artículo 695. La madre o el padre en ejercicio de la patria potestad serán los representantes de sus hijas o hijos que sean niñas, niños o adolescentes en los procedimientos siempre que, a juicio de la persona juzgadora, no haya conflicto de intereses. En caso de haberlo, o a falta de quien ejerza la patria potestad, habiendo adolescentes, si han cumplido dieciséis años, podrán designar una

persona tutora dativo que los represente en juicio. Se las niñas o niños no han cumplido dieciséis años, se deberá designar a quien los represente a propuesta de quien ejerza la patria potestad o a través de su persona tutora o persona tutora ya sea especial, interino o definitivo.

Cuando la autoridad jurisdiccional considere que las niñas, niños y adolescentes tienen la capacidad suficiente para proponer a la persona tutora que haya de representarlos en el juicio, debe concederles derecho a proponerlo».

Así entonces, es cierto que en el artículo 695 se confirma que, ante la existencia del conflicto de intereses, quien comparecerá a juicio en representación de niñas, niños y adolescentes, deberá ser persona distinta a quienes de inicio se encontraban facultados para ello, debiendo inclusive destacarse el reconocimiento de capacidad jurídica a favor de ellas y ellos que se hace en la última parte del artículo, al concederles el derecho para proponer quien será la persona que deba representarlos.

d) Implementación de reglas precisas en todo procedimiento judicial en que se involucren derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes

De gran importancia resulta la implementación en el Código Nacional, de los principios y reglas de actuación que deberán observarse por parte de las autoridades jurisdiccionales, en todo procedimiento judicial en el que se involucren los intereses y derechos de niñas, niños y adolescentes, esto ha quedado regulado de manera puntual en los artículos 557 y 558 que a continuación se revisan:

«Artículo 557. Tratándose de trámites en los que se encuentren involucrados los derechos de niñas, niños y adolescentes, la autoridad jurisdiccional, proveerá al efecto y de manera inmediata los ajustes razonables que se requiera en debida observancia del principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, de conformidad con lo siguiente:

I. Actuar más allá de la demanda puntual que se le presenta cuando esto sea en aras del interés superior de la infancia;

II. Priorizar el derecho a la protección especial, contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el físico, psicológico, mental y emocional; así como priorizar el desarrollo integral en un ambiente sano y libre de violencia;

III. Atender las características, condiciones específicas y necesidades de cada niña, niño y adolescente, con base en el principio de no discriminación;

IV. Deberá cerciorarse de la necesidad de la admisión de la declaración testimonial de niñas, niños o adolescentes, con base en el principio de mínima intervención, a fin de evitar prácticas o procedimientos que causen estrés psicológico;

V. Evitar de manera acuciosa las demoras prolongadas o innecesarias en las diligencias en las que intervengan, así como la formulación de requerimientos legales que pueden resultar intimidantes;

VI. En ningún caso se hará pública la información sobre niñas, niños o adolescentes involucrados en los trámites judiciales previstos en este Código Nacional, y

VII. Toda niña, niño y adolescente, tiene derecho a expresar sus opiniones libremente sobre las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el curso de cualquier proceso, y que esos puntos de vista serán tomados en consideración por la autoridad jurisdiccional atendiendo a su edad, madurez y evolución de su capacidad; el acto procesal mediante el que sea escuchado su parecer no estará sujeto a contradicción».

Cabe destacar del artículo 557, una regulación sensible, acorde a la población etaria y en la que desde luego se prioriza su interés superior, entre dichas acciones es de resaltar los ajustes razonables al procedimiento que debe hacer de inmediato la autoridad jurisdiccional en beneficio y respeto a sus derechos.

También debe reconocerse lo importante que resulta lo reglamentado con el afán de evitarles cualquier tipo de exposición, daño, riesgo o afectación que se les pueda ocasionar en la práctica de las diligencias judiciales.

Es de gran relevancia destacar, el reconocimiento que se hace de manera expresa en la fracción séptima del artículo en revisión, del derecho de niñas, niños y adolescentes de expresar sus opiniones de manera libre sobre todo tipo de decisión que pueda afectar sus intereses y derechos, así como la consideración que la persona juzgadora deberá hacer con relación a la exposición de dichas opiniones.

Sin lugar a dudas lo reglamentado en el artículo 557 es de medular importancia en el camino al reconocimiento y respeto integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes y, el Código Nacional al implementar esta serie de deberes, obligaciones, cuidados y atenciones que deben darse en el procedimiento judicial al involucrarse sus derechos, se ajusta a la obligación que tiene el Estado Mexicano en la observancia de los mandamientos prescritos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo específico, en el artículo 12 que dispone lo siguiente:

«Artículo 12.

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».

Por otra parte, en el artículo 558 se establecen reglas precisas que deberán atenderse al momento de llevar la diligencia judicial destinada para la escucha de niñas, niños y adolescentes, lo que se regula expresamente de la siguiente forma:

«Artículo 558. En todos los asuntos que estén involucrados derechos de niñas, niños y adolescentes, éstos podrán ser escuchados por la autoridad jurisdiccional, en audiencia videograbada.

La autoridad jurisdiccional señalará fecha y hora para la celebración de la comparecencia, y requerirá a quien ejerza la guarda y custodia o cuidado de la niña, niño o adolescentes para que lo presenten al desahogo de la comparecencia, con el apercibimiento de que en caso de incumplimiento se les impondrá la medida de apremio que la autoridad jurisdiccional estime conducente.

En el desahogo de la comparecencia la autoridad jurisdiccional deberá observar lo siguiente:

I. Que la comparecencia no se lleve a cabo en un ambiente hostil;

II. Asegurar que esté presente un equipo interdisciplinario, formado por: una persona profesional en psicología, preferentemente con especialidad en desarrollo infantil, una persona Agente del Ministerio Público y una persona tutora especial que se designe para el desahogo de la actuación, persona que deberá de pertenecer al Sistema al Desarrollo Integral de la Familia o a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes;

III. La entrevista con las niñas, niños y adolescentes, está exceptuada de contradicción y debe ser resguardada en absoluta discrecionalidad, atendiendo a los principios de confidencialidad y privacidad que les asisten a las niñas, niños y adolescentes; se llevará a cabo sin la presencia de sus progenitores o tutores;

IV. En los casos en los que la niña, niño o adolescente requiera el apoyo de una persona familiar o profesional de su confianza podrá acompañarle, particularmente cuando se trate de violencia sexual infantil, ya que sólo con auxilio de sus progenitores o terapeutas suelen revelar la violencia, y

V. Dichas diligencias serán videograbadas para evitar la repetición y revictimización en el proceso de niñas, niños y adolescentes.

Los datos proporcionados en la comparecencia serán tomados en consideración por la autoridad jurisdiccional atendiendo a la edad, madurez y contexto social y familiar de la niña, niño o adolescente, así como las pruebas periciales en materia de psicología que para tal efecto se recaben. La admisión de estos medios de prueba podrá decretarse de manera anticipada».

Como se desprende de la reglamentación del artículo 558, se han establecido una serie de lineamientos precisos que se deberán observar, para llevar a cabo la diligencia en que se escuche en el procedimiento judicial a niñas, niños y adolescentes, en todos ellos se pone de relieve condiciones de respeto y protección en su beneficio, entre tales directrices considero relevante destacar, en razón de los fines del presente trabajo, el aseguramiento a cargo de la persona juzgadora, de contar en la referida diligencia con la participación de un equipo multidisciplinario, en el que debe colaborar un profesionista en psicología, que cuente preferentemente con especialidad en desarrollo infantil, se incluye además en tal equipo, la presencia del Agente del Ministerio Público y de una persona tutora especial para el desahogo de la respectiva diligencia.

Cabe hacer notar al respecto que, como lo he reflexionado en las presentes líneas, el Código Nacional se ha elaborado bajo el principio del reconocimiento de que, en los casos en los que se involucren los intereses y derechos de niñas, niños y adolescentes, los profesionistas que intervengan deberán contar con conocimientos especializados, así entonces, al integrar la participación de la persona profesional en psicología con conocimientos preferentemente especializados en desarrollo infantil, de nueva cuenta se pone de manifiesta la postura descrita y con ello, una acción más tendiente a una justicia de calidad a favor de ellas y ellos.

IV. Reflexiones y consideraciones finales

He planteado desde el inicio del presente trabajo que, en el sistema jurídico mexicano se han venido dando pasos importantes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, por efecto de los cuales, desde mi perspectiva, pareciera pueden constituir un referente importante y un sólido sustento para la construcción de esta materia, como una nueva rama especializada del Derecho de Familias.

El marco jurídico regulatorio contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, son muestra evidente de la importante presencia que ha venido tomando la materia, con disposiciones expresas, propias, bien definidas y construidas en un entorno de derechos humanos.

Aunado a esto, debido recientemente a la adopción del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, se marcan nuevos paradigmas ante las innovadoras propuestas que se contienen en su reglamentación, que establecen disposiciones específicas y exclusivas para la atención de sus derechos e intereses, con una caracterización y diferenciación clara con relación a otras ramas del derecho, que si bien llaman la atención por su relevancia, también constituyen desafíos y retos que se vislumbran complicados en su observancia.

Sin duda alguna, la implementación de la defensa técnica especializada en la materia, como exigencia obligatoria para poder participar en el ejercicio de la abogacía en todo procedimiento jurisdiccional del orden del derecho de familias que involucre intereses y derechos de niñas, niños y adolescentes, se convierte en una estrategia que seguramente provocará una mejor calidad en la defensa de sus derechos, considero sin embargo, como lo he expuesto en otros espacios de la investigación al analizar las nuevas propuestas del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que:

> «Los retos y desafíos son grandes, la escuela jurídica mexicana deberá enfrentar con decisión y determinación las nuevas propuestas procedimentales y en dicha labor, se requiere una participación colaborativa y de corresponsabilidad

entre todos los sectores tanto públicos como privados relacionados con la materia del derecho procesal civil y de familias»[17].

Todas la normativa dispuesta en el Código Nacional tratándose de los derechos de niñas, niños y adolescentes son un avance de gran relevancia en la materia y una cuenta pendiente por saldar en el sistema jurídico mexicano, pero como reflexiona González Contró «nos enfrentamos, sin duda, a un fenómeno, cuyas dimensiones, me atrevo a decir, aún no han sido suficientemente sopesadas ¿Constituye ésta, o por lo menos puede significar el comienzo de, una verdadera revolución —muy necesaria— de los derechos de niñas y niños en México?[18].

Los avances legislativos son ciertos y de gran impacto en la construcción de un sistema integral de reconocimiento a los derechos de niñas, niños y adolescentes y constituyen un enorme referente normativo en la posible construcción como rama especializada, no obstante, como advierte Ferrajoli «el problema más serio que se presenta hoy en materia de derecho de la infancia es el de la efectividad de las leyes aprobadas»[19], sin lugar a dudas, el tiempo será el mejor juzgador.

V. Fuentes de investigación

Cardona Llorens, **Jorge**, «La Convención de los Derechos del Niño: Significado alcance y nuevos retos», en *Temas de Actualidad jurídica sobre la niñez,* obra colectiva, coordinadora Nuria González Martín, Editorial Porrúa, México, 2012.

Fuentes Alcalá, **Mario Luis**, «y otros», *Conocimientos, ideas y representaciones acerca de niños, adolescentes y jóvenes. ¿Cambio o continuidad?, Encuesta Nacional de Niños, Adolescentes y Jóvenes,* Colección: Los mexicanos vistos por sí mismos, los grandes temas nacionales, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.

García Ramírez, **Sergio**, *Derechos Humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción Interamericana*, 1.ª edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2010.

17 Eduardo Oliva Gómez, «El nuevo derecho procesal de familias en México: desafíos y nuevos paradigmas», *op. cit*., pág. 583.

18 Mónica González Contró, «La reforma constitucional en materia de derechos humanos ¿una revolución de los derechos de niñas y niños en México?», *op. cit*., pág. 42.

19 Sergio García Ramírez, *Derechos Humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción Interamericana*, 1.ª edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2010, pág. 10.

González Contró, **Mónica**, «La reforma constitucional en materia de derechos humanos ¿una revolución de los derechos de niñas y niños en México?», en *Temas de Actualidad jurídica sobre la niñez,* obra colectiva, coordinadora Nuria González Martín, Editorial Porrúa, México, 2012.

González Contró, **Mónica**, «y otros», Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes, 1.ª edición, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia-DIF, México, 2012.

González Martín, **Nuria** y **Silva**, **Jorge Alberto**, *Comentarios a la Normatividad Procesal en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares,* Editorial Tirant lo blanch, México, 2024.

Oliva Gómez, **Eduardo**, «El nuevo derecho procesal de familias en México: desafíos y nuevos paradigmas», en *Entre persona y familia*, obra colectiva, coordinadores Muñoz Rodrigo, Gonzalo y Bueno Biot, Álvaro, Editorial Reus, Madrid, España, 2023.

Oliva Gómez, **Eduardo** y **Hernández Castelo**, **Erika Nayeli**, «Impactos de la Globalización en el Reconocimiento de los Derechos Humanos del Niño en México», en *Los Derechos Humanos en la Globalización. Parámetros mínimos para algunos derechos*, obra colectiva, coordinadores Ortega Maldonado, Juan Manuel «y otros», Editorial Porrúa y Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2018. dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017

Ley General de Educación Superior en: diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lges.htm

Ley Federal de la Defensoría Pública, disponible en: www.diputados.gob.mx>Ley_Federal_de_Defensoría_Pública

Ley de la Defensoría Pública del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en www.congresocdmx.gob.mx>media>documentos

Convención de los derechos del niño de 1989, www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

9

LA CONVIVENCIA FAMILIAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA INFANCIA: LÍMITES, INSTRUMENTALIZACIONES Y CRÍTICA DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

Patrícia Cardoso Dias

Profesora Auxiliar da Universidade Autónoma de Lisboa «Luís de Camões»
Universidade Autónoma de Lisboa «Luís de Camões»
pmcdmaat@gmail.com
padias@autonoma.pt

Sumario: Introducción. I. Alienación parental: de la conducta alienante al derecho a la vida familiar. 1.1. Características y comportamientos típicos del síndrome de alienación parental. 1.2. Críticas al encuadre del síndrome de alienación parental II. El ejercicio de la responsabilidad parental y las relaciones jurídico-familiares de convivencia. 2.1. Principio del interés superior del niño. 2.2. El derecho del niño a la vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués. III. Violencia de género en las relaciones familiares y alienación parental en los sistemas jurídicos portugués y español. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El texto analiza la denominada «alienación parental» como un constructo sociológico sin validez científica, rechazando su caracterización como síndrome y reconduciéndola a conductas parentales observables en contextos de alta conflictividad familiar. A partir del marco jurídico internacional y europeo (artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículos 7 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) se afirma el carácter fundamental y recíproco del derecho a la vida familiar, subrayando, no obstante, que no se trata de un derecho absoluto.

Se sostiene que la alegación de alienación parental es utilizada con frecuencia por agresores para desacreditar denuncias de violencia doméstica o abuso sexual, constituyendo así una forma de violencia psicológica contra mujeres y menores. En estos supuestos, dicho argumento debe quedar jurídicamente excluido y aplicarse el Convenio de Estambul. Finalmente, se formula una crítica a la incriminación del incumplimiento del régimen de visitas prevista en el artículo 249, n.º 1, línea c) del Código Penal portugués, por considerarla una intervención penal desproporcionada en el ámbito familiar.

Palabras clave: Alienación parental; violencia de género; interés superior del menor; derecho al cuidado.

Introducción

La alienación parental, a pesar de ser una cuestión controvertida e indiscutible, ha venido adquiriendo especial protagonismo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de los tribunales de los sistemas jurídicos español y portugués, especialmente en contextos de importante conflictividad familiar, en los que se producen privaciones injustificadas del contacto del menor con uno de los progenitores, muchas veces a través de su instrumentalización en el conflicto entre adultos[1].

La creciente centralidad del tema acompaña la transformación en la concepción del ejercicio de las responsabilidades parentales y la práctica de la parentalidad[2] [3] [4]. Y, sobre todo, el reconocimiento del niño como sujeto de derechos. La vida familiar ha pasado a considerarse un derecho fundamental de carácter recíproco[5], intrínsecamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad, a la realización personal en el seno familiar[6] y al principio estructurante de la dignidad de la persona humana, encontrando protección tanto a nivel constitucional como en el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional.

Si bien no se trata de un derecho absoluto (y puede, en situaciones específicas y estrictamente en los términos de la ley, ser objeto de restricciones

1 Sandra Inés Feitor. «Alienación parental a la luz de la jurisprudencia del TEDH». *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 2022, págs.770.

2 La práctica de la crianza respeta la asociación entre las prácticas parentales positivas y los indicadores de desarrollo socioemocional en niños en edad escolar, basándose en una concepción de la crianza como factor estructurante del ajuste psicológico infantil. Destaca que la crianza positiva expresa un modelo basado en prácticas de afecto, comunicación constante, establecimiento de límites claros y refuerzo positivo, en contraste con los estilos autoritarios o permisivos. Se considera que la crianza positiva promueve la autorregulación emocional, las habilidades sociales y la adaptación conductual; es decir, actúa como un factor protector, mitigando el impacto de las variables de riesgo y promoviendo el ajuste adaptativo.

3 Madalena Alarcão, «La importancia de las relaciones afectivas en el desarrollo infantil», en *Protección Civil del Interés Superior del Niño*, Volumen III, Centro de Estudios Judiciales, Lisboa, noviembre de 2014, pp. 71-82.

4 Silvana Martín; Claudia Augusto; Maia José Silva; Ana Duarte; Fátima Martín; Rafaela Rosario. Crianza positiva y su relación con el desarrollo socioemocional en los niños. Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación, vol. 9, núm. 0 (Artículos seleccionados del XVI Congreso Internacional Gallego-Portugués de Psicopedagogía), 2022, págs.

5 TEDH, *Maumousseau y Washington c. Francia*, denuncia n.º 39388/05, 06.12.2007 (ECLI:CE:ECHR:2007:1206JUD003938805).

6 JJ Gomes Canotilho; Vital Moreira, «Anotación al artículo 67». *Constitución comentada de la República Portuguesa*, vol. I, 4.ª ed. revisada, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 854-861.

o limitaciones), la vida familiar constituye un verdadero derecho de la personalidad del niño, configurándose como un derecho subjetivo jurídicamente protegido[7].

Como reflejo de la evolución del estatus jurídico de los niños hacia su plena subjetividad como titulares de derechos fundamentales[8], se supera la concepción tradicional del niño como mero objeto de protección o receptor pasivo de los derechos ajenos, afirmando su condición de sujeto de derecho, incluso si legalmente no puede ejercerlos[9]. La incapacidad civil no afecta la titularidad de los derechos, sino que limita su ejercicio, el cual está garantizado por sus representantes legales.

El principio de la dignidad de la persona humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendiendo al niño como una persona en formación, dotada de progresiva autonomía, entendida en términos dinámicos, es decir, construida a través de la acción y la interacción social (siendo el desarrollo un proceso gradual y continuo), encuentran fundamento normativo en la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y, sobre todo, en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), instrumento vinculante que refuerza el reconocimiento del niño como sujeto de derechos civiles, sociales, económicos y culturales.

En el contexto jurídico-familiar, se hace especial hincapié en el contexto relacional, en particular el entorno familiar, como espacio estructurante para la identidad y el desarrollo personal del niño. El afecto se califica como un principio jurídico implícito, funcionalizado para promover la dignidad humana y la realización personal de los miembros de la familia, sirviendo como soporte normativo para la protección del desarrollo integral del niño. La familia es una comunidad de amor y afecto donde se reconoce al niño los derechos inalienables de un ser humano, o derechos de la persona en el sentido tradicional, según la expresión acuñada por Diogo Leite de Campos[10].

Aquí establecemos los presupuestos de los que partimos, a saber, la centralidad de la dignidad y la autonomía progresiva como fundamentos axio-

---

7 Sandra Inês Feitor. «Alienación parental a la luz de la jurisprudencia del TEDH». *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 2022, págs.770.

8 Sara C. Araújo; Natália Fernandes, «El niño como sujeto de derechos en el contexto de la Unión Europea: matices y diálogos necesarios entre derechos de participación y derechos de protección», en Amélia Bastos; Fátima Veiga (eds.), *El análisis del bienestar de los niños y jóvenes y los derechos del niño* , 2016, pp.

9 «La persona —y el niño es persona— se construye a través de sus acciones, se convierte en persona y constituye su personalidad, se construye en relación con los demás, siendo un valor incondicional el respeto a su autonomía, la capacidad de autodeterminarse, de racionalizar y, por tanto, dotada de dignidad en permanente desarrollo, inacabado y en construcción», *véase* Sandra Inês Feitor, «La alienación parental a la luz de la jurisprudencia del CEDH», *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 2022, págs. 771.

10 Diego Leite de Campos; Mônica Martínez de Campos, *Lecciones de Derecho de Familia*, págs. 9-17; 397-400.

lógicos, y la relevancia jurídica de las relaciones familiares y del principio del afecto como instrumentos para realizar el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación personal del niño.

La vida familiar es parte integral de la dimensión más personal y esencial del Derecho de Familia, arraigada en la íntima esfera de las relaciones familiares. Esta vida adquiere relevancia jurídica y constitucional al estar directamente relacionada con la protección de los derechos de los niños y el desarrollo de su personalidad. La protección de la vida familiar legitima la intervención del Estado en la regulación de las relaciones familiares personales, no como una injerencia arbitraria, sino como un mecanismo para garantizar los derechos fundamentales de los niños. Esto significa que cualquier exclusión unilateral o arbitraria de esta vida carece de fundamento jurídico y es, en principio, ilegítima[11].

La formación de vínculos afectivos estructurantes se concibe, por tanto, como un elemento esencial en la constitución de la identidad y la personalidad del individuo. En consecuencia, la privación de la vida familiar solo puede ocurrir en situaciones excepcionales, sujeta a reserva legal, teniendo en cuenta la necesidad de preservar la unidad familiar y la relación entre padres e hijos, ya que constituye un derecho subjetivo a la vida familiar[12].

La conducta alienante se caracteriza por el intento de establecer una relación exclusiva con el niño, excluyendo al otro progenitor. Esta conducta se traduce en una privación injustificada de la vida familiar, afectando el interés superior del niño y comprometiendo el pleno ejercicio de sus derechos[13] [14].

I. Alienación parental: de la conducta alienante al derecho a la vida familiar

El concepto de alienación parental fue introducido por Richard Gardner en 1985 y actualmente se entiende como un proceso en el que uno de los progenitores utiliza estrategias manipuladoras para distanciar al otro de la vida

11 Sandra Inés Feitor. «Alienación parental a la luz de la jurisprudencia del TEDH». *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 2022, págs. 771-772.

12 Tribunal Constitucional, *Sentencia N° 416/2011*, Caso N° 753/2010, Sala 3.ª, Relatora: Magistrada Maria Lúcia Amaral, Lisboa, 28 de septiembre de 2011.

13 Marsha Kline Pruett; Janet R. Johnston; Michael Saini; Matt Sullivan; Peter Salem, «El uso de constructos de alienación parental por parte de profesionales de la justicia familiar: una encuesta de sistemas de creencias e implicaciones prácticas», *Family Court Review,* vol. 61, no. 2, 2023, págs. 372–394.

14 Itai Aharon; Yifat Wilchek-Aviad, «La alienación parental en la infancia y su impacto en la satisfacción con la vida adulta: el papel mediador de la sensibilidad al rechazo y la transgresión social», *Psicología actual: una revista para diversas perspectivas sobre diversos problemas psicológicos,* 2025.

del hijo, induciendo un rechazo injustificado de dicha relación[15]. Este fenómeno se produce predominantemente en contextos de alto conflicto marital o divorcio, donde el hijo es instrumentalizado para devaluar o excluir al progenitor afectado. Un elemento esencial del concepto es la falta de motivos legítimos para el rechazo: no se trata de situaciones en las que el hijo manifiesta miedo o retraimiento debido al abuso real, sino de un rechazo inducido por el progenitor alienante[16] [17].

La alienación parental, en estos términos, se caracteriza por conductas que buscan la exclusividad de la relación afectiva con el niño, mediante la interferencia en su desarrollo psicológico y en la percepción que construyen del otro progenitor. Esta conducta compromete el mantenimiento de vínculos seguros y puede resultar en una situación en la que el niño se identifica con el progenitor alienante y lo rechaza sin fundamento legítimo[18]. Es importante enfatizar la necesidad de integrar la seguridad del niño, el bienestar familiar y una comprensión contextualizada de las conductas, evitando simplificaciones reductivas o la aplicación acrítica de conceptualizaciones teóricas científicamente insuficientes[19].

El Síndrome de Alienación Parental (SAP), según la formulación de Richard Gardner, es un trastorno que surge en el contexto de divorcios y disputas por la custodia, y se manifiesta en la negativa del niño a relacionarse con el progenitor que no la tiene. Richard Gardner argumentó inicialmente que el SAP estaba presente en aproximadamente el 90 % de los casos litigiosos de custodia y visitas, pero no presentó datos que respaldaran este porcentaje. Posteriormente, las cifras se revisaron a la baja, estableciéndose en alrededor del 40 % de los casos de alto conflicto parental, y también se criticó la afirmación de falsas acusaciones de abuso sexual[20]. El SAP se conceptualiza

15 Richard A. Gardner, «Recomendaciones para tratar con padres que inducen un síndrome de alienación parental en sus hijos», *Journal of Divorce & Remarriage,* vol. 28, n.º 3-4, 1998, págs. 1-23.

16 William Bernet, «El modelo de cinco factores para el diagnóstico de la alienación parental», *Feedback – The Journal of the Family Therapy Association of Ireland*, n.º 6 (verano 2020), págs. 3-15.

17 Un informe de las Naciones Unidas ha descrito la alienación parental como un «pseudoconcepto», supuestamente carente de validez empírica y potencialmente peligroso para las mujeres y los niños en riesgo de violencia doméstica. *Véase,* Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer y el niño. «Custodia, violencia contra la mujer y violencia contra los niños (A/HRC/53/36)». Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 13 de abril de 2023. https://docs.un.org/es/A/HRC/53/36

18 Sandra Inés Feitor. «Alienación parental a la luz de la jurisprudencia del TEDH». *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 2022, págs.773.

19 Elżbieta Kruk; JJ Harman, «Contraargumentos contra la alienación parental como una forma de violencia familiar y abuso infantil», *American Journal of Family Therapy,* vol. 53, no. 2, 2025, páginas. 117–146.

20 Richard A. Gardner, «Síndrome de Alienación Parental vs. Síndrome de Alienación Paren-

como una campaña intencionada y sistemática para devaluar al otro progenitor, promovida por uno de los progenitores, que implica procesos de manipulación psicológica del niño con vistas a romper el vínculo afectivo con el progenitor afectado[21].

1.1. Características y comportamientos típicos del síndrome de alienación parental

Según Richard Gardner, el comportamiento de los niños identificados con el Síndrome de Alienación Parental (SAP) no es meramente pasivo, sujeto a la influencia del progenitor alienante, sino que implica la participación activa en una campaña de devaluación dirigida contra el otro progenitor. En estos términos, el SAP requiere la presencia de un sistema móvil compuesto por ocho indicadores característicos, tales como: la campaña sistemática para denigrar al progenitor afectado a los ojos del niño; la presentación de razones débiles, absurdas o desproporcionadas para justificar el rechazo; la ausencia de ambivalencia afectiva hacia el progenitor rechazado; la afirmación de que la decisión de distanciarse resulta de un pensamiento voluntario del niño («fenómeno del pensador independiente»); el apoyo automático e incondicional al progenitor alienante; la ausencia de culpa ante las actitudes hostiles o explotadoras del progenitor alienado; la repetición de narrativas o representaciones sugeridas por el progenitor alienante; y la extensión de la animosidad a la familia extendida o amigos del progenitor alienado[22].

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) se manifiesta mediante un conjunto de síntomas cuya intensidad varía según la gravedad de la afección, distinguiendo entre formas leves, moderadas y graves. En los casos más graves, la mayoría o la totalidad de los signos identificados por el autor tenderían a verificarse, y en contextos de alta conflictividad, podrían surgir falsas acusaciones de abuso sexual[23]. Posteriormente, Richard Gardner admitió que el concepto no sería aplicable cuando se probara la existencia de abuso sexual, físico o emocional, negligencia o abandono por parte del progenitor rechazado.

tal: ¿Qué diagnóstico deberían utilizar los evaluadores en disputas por la custodia de menores?» *The American Journal of Family Therapy,* vol. 30, no. 2, 2002, páginas. 93-115.

21 María Clara Sottomayor, «Un análisis crítico del síndrome de alienación parental y los riesgos de su utilización en los tribunales de familia», *Julgar,* núm. 13, 2011, pp. 76-77.

22 Richard A. Gardner, «Síndrome de Alienación Parental vs. Alienación Parental: ¿Qué diagnóstico deberían utilizar los evaluadores en disputas por la custodia de menores?» *The American Journal of Family Therapy,* vol. 30, n.º 2, 2002, págs. 97-98.

23 Richard A. Gardner, «Recomendaciones para tratar con padres que inducen un síndrome de alienación parental en sus hijos», *Journal of Divorce & Remarriage,* vol. 28, n.º 3-4, 1998, págs. 1.

Esto significa que los criterios diagnósticos propuestos no distinguen claramente entre alienación justificada e injustificada, ni entre reacciones adaptativas y fenómenos patológicos, ya que ignoran el análisis de las causas subyacentes del alejamiento del niño. La investigación previa de estas causas no forma parte de los factores diagnósticos del Síndrome de Alienación Parental (SAP), ni presupone una evaluación del comportamiento del progenitor afectado, incluso en presencia de pruebas documentadas de violencia o abuso doméstico[24]. Además, la inclusión de denuncias falsas de abuso sexual entre los criterios diagnósticos tiene el potencial de desacreditar automáticamente las denuncias de violencia realizadas por mujeres o niños en el contexto de procedimientos de divorcio o responsabilidad parental, con un impacto significativo en la tutela judicial efectiva de sus derechos[25].

Un niño que participa en la devaluación del progenitor rechazado puede ser clasificado como portador del Síndrome de Alienación Parental (SAP), y el progenitor alienante puede ser diagnosticado con «histeria», entendida como una percepción de peligro inexistente. Cabe destacar que la contribución del niño es el elemento diferenciador, pues ya se trata de un trastorno diagnosticado en él, mientras que la conducta del progenitor alienante, configurada como un proceso de manipulación dirigido a desmoralizar al progenitor alienado (alienación parental), ya permite la intervención legal para salvaguardar el interés superior del niño, pudiendo constituir la conducta típica prevista en el artículo 249, apartado 1, letra c) del Código Penal portugués.

1.2. Críticas al encuadre del síndrome de alienación parental

El derecho, como ciencia social que se nutre de otras disciplinas científicas, no puede ignorar la psicología ni la psiquiatría cuando las premisas que las sustentan se sustentan en supuestos científicamente comprobados[26]. Esto significa que las teorías provenientes de ámbitos ajenos al derecho,

24 Elżbieta Kruk; JJ Harman, «Contraargumentos contra la alienación parental como forma de violencia familiar y abuso infantil», *American Journal of Family Therapy,* vol. 53, n.º 2, 2025, págs. 117–146.

25 María Clara Sottomayor, «Un análisis crítico del síndrome de alienación parental y los riesgos de su utilización en los tribunales de familia», *Julgar,* núm. 13, 2011, pp. 77.

26 Cabe destacar que la PAS es una teoría rechazada por la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Este rechazo se sustenta en su ausencia en los sistemas oficiales de clasificación diagnóstica (DSM y CIE), la falta de validación científica, metodología rigurosa y aceptación por parte de la comunidad académica, así como en declaraciones formales de rechazo por parte de entidades psiquiátricas, médicas y forenses. En consecuencia, se trata de un constructo no científico sin estatus diagnóstico, y su uso en contextos legales o clínicos se considera inapropiado, inseguro y metodológicamente inválido.

especialmente en lo que respecta al ejercicio de la función de administrar justicia y proteger los derechos de las personas más vulnerables, no pueden aplicar acríticamente teorías basadas en la psicología[27] [28].

A nivel internacional, la Organización Mundial de la Salud (OMS) no reconoce el Síndrome de Alienación Parental (SAP), aunque no identifica problemas de relación cuidador-niño que, en determinadas circunstancias, pueden influir en la salud tanto del cuidador como del niño[29].

En cuanto a la naturaleza indeterminada y circular de los criterios diagnósticos, coincidimos estrechamente con María Clara Sottomayor[30]. En sentido estricto, el Síndrome de Alienación Parental (SAP) revela debilidades científicas en su construcción conceptual y científica. Cabe destacar que los criterios diagnósticos propuestos no son resultado de investigación científica ni se basan en protocolos clínicos que permitan evaluar su fiabilidad o validez predictiva. No se han establecido criterios de exclusión rigurosos ni se ha definido con precisión la etiología del fenómeno. La ausencia de reconocimiento en los sistemas de clasificación internacionales (DSM y CIE) refuerza la conclusión de que no se trata de un síndrome según los estándares contemporáneos de validación científica, y la mera descripción de conductas, como el rechazo por parte de un progenitor, no es suficiente para sustentar la existencia de una conducta tendente a la manipulación por parte de uno de los progenitores. El rechazo del niño se toma como evidencia de manipulación, pero no se demuestra de forma consistente el nexo causal entre una supuesta campaña de desmoralización y la conducta del niño. Según la teoría de Richard Gardner, el Síndrome de Alienación Parental (SAP) asume la manipulación como causa necesaria de rechazo, descartando otras hipótesis como experiencias negativas o conflictos familiares. Además, los argumentos son circulares: la acusación de abuso se utiliza como prueba de alienación, pero simultáneamente, la verificación de la conducta alienante es el criterio determinante para considerar la acusación falsa, socavando así la racionalidad lógica del criterio.

De igual manera, la debilidad de las justificaciones presentadas por el niño se basa en categorías indeterminadas que dependen de los juicios subjeti-

27 María Clara Sottomayor, «Un análisis crítico del síndrome de alienación parental y los riesgos de su utilización en los tribunales de familia», *Julgar,* núm. 13, 2011, pp. 78.

28 Organización Mundial de la Salud, «CIE-11: Clasificación Internacional de Enfermedades (11.ª Revisión)», *Organización Mundial de la Salud*, Ginebra, 2023.

29 Débora Ávila; Adela Franzé; María Carmen Peñaranda; Marta Pérez; Tania Sordo Ruz, *Violencia institucional contra madres e hijos: Aplicación del síndrome de falsa alienación parental en España*, Informe sombra presentado al Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia hacia las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO), Consejo de Europa, Estrasburgo, 2024.

30 Maria Clara Sottomayor, «Un análisis crítico del síndrome de alienación parental y los riesgos de su utilización en los tribunales de familia», *Julgar,* no. 13, 2011, pp. 81-83.

vos del evaluador, lo que compromete la objetividad. Además, los criterios relativos a la falta de ambivalencia, el llamado «pensador independiente», el apoyo automático al progenitor alienante y la ausencia de culpabilidad por la conducta dirigida al progenitor alienado, su familia y sus amigos, ignoran el contexto relacional en el que el niño se encontraba y continúa encontrándose. Dicha conducta puede corresponder a una reacción de autoprotección ante situaciones de maltrato, abuso o exposición a la violencia doméstica.

II. El ejercicio de la responsabilidad parental y las relaciones jurídico-familiares de convivencia

A nivel internacional, la protección de la vida familiar se fundamenta, ante todo, en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar, admitiendo únicamente restricciones previstas por la ley y por razones de necesidad democrática o social o para la protección de los derechos y libertades de terceros. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) consagra, en su artículo 9, el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra su voluntad, salvo cuando sea necesario para salvaguardar su interés superior. En la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CFR) reafirma esta protección en los artículos 7 y 24, asegurando, respectivamente, el respeto de la vida familiar y la consideración primordial del interés superior del niño, así como su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores.

En el orden constitucional portugués, el derecho a la vida familiar es fundamental. El artículo 36, apartados 5 y 6, de la Constitución de la República Portuguesa (CRP) reconoce el derecho de padres e hijos a mantener relaciones personales recíprocas, enmarcándolo en el ámbito de la protección familiar. Este derecho se interpreta de acuerdo con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 26 de la CRP) y a la realización personal en el seno familiar (artículo 67, § 1, de la CRP), todo ello basado en el principio rector de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la CRP.

La responsabilidad parental, que se estructura como un poder-deber, de acuerdo con el artículo 36, n.º 56 de la Constitución portuguesa, se encuentra en el nivel infraconstitucional, concretamente en el Código Civil, que concreta esta protección a través del artículo 1887-A, imponiendo la promoción y el mantenimiento de las relaciones personales del hijo con los parientes. Siguiendo a Estrela Chaby, «El objetivo de la ley es reconocer el derecho de los hijos a establecer su propia relación con los miembros de la familia extensa, que no sea obstruida, sin justificación, por los padres. Se trata, por tanto, también aquí, de otra proyección del deber de respeto de los padres hacia sus hijos menores, concretado en el reconocimiento del niño como ser autónomo, con derecho a establecer sus propias relaciones significativas, cuyos presupuestos y forma

de desarrollo son diferentes a los de sus padres»[31]. El ordenamiento jurídico permite, en circunstancias excepcionales, que privar a un niño del contacto con sus hermanos o ascendientes pueda considerarse legítimo, siempre que dicha restricción solo se justifique cuando se base en el interés superior del niño, mediante una demostración de que dicho contacto le es perjudicial.

Sin embargo, cualquier daño no necesariamente se deriva de comportamientos intrínsecos de los familiares en cuestión, sino que puede resultar de conflictos existentes entre ellos y los padres. Cuando dichos conflictos afecten negativamente al niño, comprometiendo notablemente su estabilidad emocional, dando lugar a conflictos de lealtad o afectando significativamente su bienestar general, pueden existir motivos para limitar el contacto. Por lo tanto, la decisión debe basarse en una evaluación concreta de los impactos producidos en la esfera psicológica y relacional del niño.

De igual manera, los artículos 1906 y 1906-A, que regulan el ejercicio de la responsabilidad parental en situaciones de ruptura matrimonial, exigiendo decisiones guiadas por el interés superior del niño, establecen como regla el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental en relación con asuntos de particular importancia para la vida del niño, reafirmando la centralidad de este concepto jurídico indeterminado. La desviación del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental solo es admisible en circunstancias excepcionales, mediante una decisión judicial debidamente motivada, y no basada en la mera insuficiencia del acuerdo conjunto, sino cuando se concluye que es contrario al interés superior del niño. Tal juicio puede resultar de factores de diversa naturaleza, cuya consideración requiere un análisis caso por caso y una justificación concreta. La ley también especifica las situaciones que pueden llevar a esta conclusión, en particular cuando, en los términos del artículo 40, § 9, del Régimen General del Proceso de Tutela Civil, se decreta una medida coercitiva o se aplica una pena accesoria de prohibición de contacto entre los padres, en cuyo caso se presume que el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales es contrario al interés superior del hijo[32].

En combinación con el inciso a) del artículo 1906-A y la disposición del apartado 9 del artículo 40 del Régimen General de los Procedimientos de Tutela Civil, en el contexto de una sentencia dictada en un procedimiento que regula el ejercicio de la responsabilidad parental, el legislador optó por el establecimiento de una presunción. Sin embargo, la mera verificación de las circunstancias previstas en los distintos incisos no determina automáticamente la exclusión del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental en asuntos de especial importancia. En cualquier caso, se mantiene el requisito de una decisión judicial motivada, y la gravedad de las situaciones allí previs-

31 Estrella Chaby. Anotación al artículo 1.887 - A. Ana Prata (coord.), *Código Civil Anotado*, 2.ª edición revisada y actualizada, vol. II (artículos 1.251 a 2.334), 2019, págs. 805-806.

32 Estrella Chaby. Anotación al artículo 1.906. Ana Prata (coord.), *Código Civil Anotado*, 2.ª ed. revisada y actualizada, vol. II (artículos 1.251 a 2.334), 2019, pp. 805-806.

tas refuerza el carácter excepcional del régimen establecido en el apartado 2 del artículo 1906, que requiere una evaluación rigurosa y caso por caso, guiada por el interés superior del menor.

Además, el artículo 70, § 1, del Código Civil protege los derechos de la personalidad, incluido el derecho a la vida familiar como dimensión subjetiva de la identidad y el desarrollo del niño. Se trata de un derecho recíproco fundamental que, si bien no es absoluto y permite su restricción o supresión, constituye un derecho subjetivo de la personalidad del niño[33] [34].

Este marco regulatorio multinivel permite a los tribunales verificar privaciones injustificadas de la vida familiar y la instrumentalización de los niños en conflictos parentales, sin introducir en la ecuación el Síndrome de Alienación Parental (SAP) o la alienación parental.

El derecho a la vida familiar, como derecho fundamental de la personalidad del niño, requiere un riguroso equilibrio entre protección, autonomía y garantía de la dignidad humana.

2.1. Principio del interés superior del niño

La consolidación paradigmática del niño como sujeto de derechos ha superado definitivamente la concepción tradicional que lo consideraba un mero objeto de tutela. El niño tiene todos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, estatus que encuentra su fundamento en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y, de forma más sustancial y vinculante, en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la ONU en 1989 y ratificada por Portugal el 12 de septiembre de 1990[35].

Este reconocimiento se basa en la concepción del niño como persona dotada de dignidad inherente y autonomía en desarrollo. La personalidad no se entiende como una realidad estática, sino como un proceso dinámico de personalización que se desarrolla a través de la acción y las relaciones con los demás. El respeto a la autonomía asume, por tanto, una naturaleza axiológica incondicional, siendo la autodeterminación y la racionalidad manifestaciones progresivas de una dignidad en constante desarrollo, inacabada y en construcción[36].

---

33 Sandra Inés Feitor. «La alienación parental a la luz de la jurisprudencia del TEDH». *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 2022, págs.771.

34 Luísa Neto. «Anotación al artículo 70» - A. Ana Prata (coord.), *Código Civil Anotado,* 2.ª edición revisada y actualizada, vol. I (artículos 1 a 7.254), 2019, pp. 111-113.

35 Dirk Reynaert; Marian Bouverne-de-Bie; Sofie Vandevelde, «Una revisión de la literatura sobre los derechos del niño desde la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño», *Infancia,* vol. 16, n.4, 2009, págs. 518-534.

36 Roberta Bosisio; Paola Ronfani, «Los niños como titulares de derechos», *Revue des sciences sociales,* vol. 63, 2020, páginas. 28-35.

El desarrollo se traduce en un proceso gradual y continuo a lo largo de la vida, marcado por la asimilación e interpretación de los estímulos del entorno. Las interacciones, en particular en el ámbito familiar, desempeñan un papel estructurante en la formación de la identidad y en la afirmación del niño como sujeto de derechos y ser relacional. La centralidad del contexto familiar lleva a la elevación del afecto a la categoría de principio jurídico, anclado en la dignidad de la persona humana, que actúa como promotor de la realización personal de los miembros de la familia y de la realización del libre desarrollo de la personalidad en todas sus potencialidades.

La protección jurídica de la continuidad de las relaciones parentales está consagrada en múltiples instrumentos, que deben interpretarse de forma sistemática y teleológica, guiados por el principio del interés superior del niño[37]. La CDN establece, en su artículo 9, que los Estados partes deben respetar el derecho del niño separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales regulares y contacto directo con ambos, excepto cuando esto sea contrario al interés superior del niño[38]. La misma disposición estipula que un niño no puede ser separado de sus padres contra su voluntad, excepto cuando las autoridades competentes, mediante una decisión sujeta a revisión judicial y de conformidad con la ley aplicable, concluyan que la separación es necesaria para salvaguardar el interés superior del niño, en particular en situaciones de abuso o negligencia.

En el ordenamiento jurídico portugués, este principio encuentra un paralelo en el artículo 36, § 6, de la Constitución portuguesa, que establece que los hijos no pueden ser separados de sus padres, salvo cuando estos incumplan sus deberes fundamentales hacia ellos y siempre por decisión judicial. Esta disposición constitucional no establece un derecho absoluto al contacto parental, sino que establece una norma de protección condicionada al cumplimiento de las responsabilidades parentales y a la valoración judicial del caso concreto[39].

De igual manera, la Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en Riesgo, en su artículo 4, inciso a), determina que la intervención debe priorizar los intereses y derechos del niño, a saber, la continuidad de relaciones afectivas de calidad y significativas. El inciso e) de la misma disposición refuerza la primacía de la continuidad de las relaciones psicológicas profundas, exigiendo que se prioricen medidas que garanticen la preservación de los víncu-

37 Sarah Te One, «Definiendo los derechos: los derechos de los niños en la teoría y la práctica», *He Kupu: The Word,* vol. 2, No. 4, 2011.

38 Anna Quennerstedt; Christina Robinson; John I'Anson, «La Convención sobre los Derechos del Niño: ¿La voz del consenso mundial sobre los derechos del niño?», *Nordic Journal of Human Rights,* vol. 36, núm. 1, 2018, págs. 38-54.

39 Cristina Dias, *El poder de corrección: de la autoridad parental al poder disciplinario de los padres.* Julgar, 2016, pp. 92-95.

los afectivos estructurantes y un apego seguro y armonioso, esenciales para el desarrollo armonioso del niño.

De ello se desprende que la preservación de los vínculos parentales constituye un valor jurídico fundamental, pero no incondicional. La continuidad de la convivencia y el contacto parental depende siempre de una evaluación concreta del interés superior del niño, que puede justificar, en circunstancias específicas, la limitación o incluso la suspensión de estas relaciones cuando resulten perjudiciales para su desarrollo físico, psicológico o emocional.

2.2. El derecho del niño a la vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués

La jurisprudencia constitucional portuguesa ha afirmado sistemáticamente la centralidad de la familia como institución jurídicamente protegida, no solo en su dimensión institucional, sino también como espacio relacional indispensable para el desarrollo de la personalidad de sus miembros. En efecto, la alienación parental, al revelar una conducta caracterizada por el intento de monopolizar la relación afectiva con el hijo mediante la exclusión del otro progenitor, lo que produce privaciones injustificadas de la vida familiar y afecta al interés superior del hijo, refleja un patrón relacional asimétrico que rompe con el modelo de coparentalidad cooperativa que subyace al régimen de ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales.

La restricción del derecho de visita es admisible cuando sea necesaria para proteger el bienestar físico o psicológico del niño, especialmente en situaciones de abuso, negligencia o violencia doméstica. Por lo tanto, clasificar dichas restricciones como «injustificadas» requiere una evaluación concreta y probatoria, evitando presunciones automáticas.

El principio del interés superior del niño actúa así como un principio jurídico indeterminado de carácter rector, aplicable caso por caso. La exclusión relacional puede comprometer la estabilidad emocional, la formación de la identidad y el apego seguro, pero esta conclusión no puede extraerse de forma abstracta. El interés superior del niño no se identifica mecánicamente con el mantenimiento formal del contacto, sino con la promoción efectiva de su desarrollo armonioso. La vida familiar no solo beneficia a los padres, sino que también expresa el derecho del niño a la identidad, la filiación y el desarrollo de su personalidad. Sin embargo, la protección de estos derechos requiere un equilibrio entre la continuidad y la seguridad relacional, evitando tanto la instrumentalización del discurso de la exclusividad como su aplicación acrítica en contextos de conflicto parental complejo[40].

40 Sandra Inés Feitor. «Alienación parental a la luz de la jurisprudencia del TEDH». *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 2022, págs. 771-773.

Sentencia No. Este reconocimiento tiene como consecuencia la protección jurídica de los miembros de la familia, tanto en el momento de su formación como en el de su conservación[41].

Así, la Sentencia n.º 416/2011 destaca que, si bien los artículos 36, §§ 5 y 6, de la Constitución portuguesa consagran posiciones jurídicas subjetivas directamente atribuidas a los progenitores, la protección constitucional de la familia y la filiación asume predominantemente una dimensión objetiva: la preservación de la unidad familiar y la relación parental. El derecho a la vida familiar surge así como una proyección subjetiva de esta protección estructural, traduciéndose en una garantía relacional que asegura la realización personal de los progenitores como tales y de los hijos en su identidad parental y fraternal biológica y afectiva[42].

La Sentencia n.º 62/2017 también aclara que la combinación de los artículos 67, n.º 1, 36, n.º 5 y 6, y 69 de la Constitución establece una garantía constitucional reforzada contra la separación arbitraria de padres e hijos. La privación de la vida familiar constituye una restricción no solo de un derecho de los padres, sino también de un derecho subjetivo de los propios hijos. Cualquier limitación a este derecho requiere una decisión judicial, una base jurídica expresa y la verificación de los requisitos constitucionales[43].

El derecho a la vida familiar es un derecho relacional fundamental, y su restricción sólo es admisible mediante un control judicial riguroso y fundado, en estricta observancia del principio de legalidad y de la protección constitucional de la familia y de la infancia.

III. Violencia de género en las relaciones familiares y alienación parental en los sistemas jurídicos portugués y español

El CEDH ha reconocido que la violencia doméstica constituye una violación de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y 14 (prohibición de discriminación), en conjunción con el artículo 8 del CEDH. La jurisprudencia relativa a las decisiones sobre custodia y régimen de visitas debe incorporar una evaluación concreta del riesgo de violencia, ya que el mantenimiento automático del contacto puede violar el artículo 8 si expone al niño o al progenitor víctima a un peligro. El Conve-

41 Corte Constitucional, *Sentencia No. 193/2016,* Expediente No. 919/15, Sala 2, Ponente: Juez Pedro Machete, 13 de abril de 2016.

42 Tribunal Constitucional, *Sentencia N° 416/2011,* Caso N° 753/2010, Sala 3.ª, Relatora: Magistrada Maria Lúcia Amaral, Lisboa, 28 de septiembre de 2011.

43 Corte Constitucional, *Sentencia N° 62/2017,* Caso N° 605/2016, Sala 1.ª, Relator: Magistrado José António Teles Pereira, 10 de abril de 2017.

nio del Consejo de Europa para la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra la Mujer también refuerza la obligación de considerar los episodios de violencia al determinar el régimen de ejercicio de la paternidad (artículo 31).

En el marco de la consolidación de la violencia doméstica como una cuestión de derechos humanos bajo el CEDH, el TEDH ha estado fortaleciendo las obligaciones positivas de los Estados al integrar la dimensión de la discriminación de género en el análisis del artículo 8.

En Opuz c. Turquía (2009), el Tribunal declaró, por primera vez explícitamente, que la violencia doméstica puede constituir discriminación por razón de género, violando el artículo 14 del Convenio, en conjunción con los artículos 2 y 3. El Tribunal entendió que la reiterada pasividad de las autoridades turcas ante un prolongado historial de violencia representaba no solo una falta de protección, sino una manifestación de tolerancia institucional hacia la violencia contra las mujeres. La decisión marcó la transición de la consideración de la violencia doméstica como un problema privado a su calificación como un fenómeno estructural con relevancia constitucional europea[44].

En el caso Talpis c. Italia (2017), la Corte profundizó en la responsabilidad estatal por omisión, declarando una violación de los artículos 2 y 3 debido a la inacción de las autoridades ante las reiteradas denuncias de la víctima, que culminó en el asesinato del hijo y el intento de asesinato del demandante. La Corte enfatizó que, una vez informadas del riesgo real e inmediato, las autoridades deben actuar con la máxima diligencia. La obligación positiva no es meramente formal; exige medidas concretas, proporcionadas y efectivas para prevenir el daño previsible[45].

El TEDH consolidó la jurisprudencia previa en el caso Volodina c. Rusia (2019), afirmando que la ausencia de un marco legislativo adecuado para abordar la violencia doméstica puede, en sí misma, violar el Convenio. La sentencia reforzó la obligación positiva de los Estados de establecer un sistema jurídico eficaz para la prevención, protección y represión de la violencia de género, incluyendo mecanismos para una investigación diligente, protección inmediata y sanciones adecuadas. El Tribunal también reafirmó la dimensión estructural de la discriminación, reconociendo que la falta sistemática de protección a las mujeres puede constituir una violación del artículo 14[46].

La triangulación entre violencia de género, relaciones familiares y denuncias de alienación parental pone en perspectiva dos valores estructurantes: la continuidad de las relaciones parentales y la protección de la integridad

44 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Opuz c. Turquía*, Appl. No. 33401/02, 9 de junio de 2009.

45 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Talpis c. Italia,* Appl. No. 41261/17, 24 de abril de 2017.

46 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Volodina c. Rusia*, Appl. No. 41261/17, 9 de julio de 2019.

física, psicológica y moral del niño y del padre victimizado, que debe guiarse por el principio de su interés superior.

De hecho, la violencia doméstica no es suficiente para abarcar la especificidad estructural de la violencia perpetrada contra las mujeres por motivos de género. El Convenio de Estambul introduce un cambio paradigmático al distinguir la violencia doméstica de la violencia de género, clasificando esta última como una forma de discriminación y una manifestación de las relaciones históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Esta conceptualización desplaza el enfoque de la violencia desde la esfera privada a una dimensión estructural y sistémica[47].

Las mujeres, como grupo vulnerable y especialmente protegido por la Convención, reclaman una delimitación subjetiva (centrada en la mujer como víctima en el contexto de una relación afectiva o exafectiva) que exige acciones positivas constitucionalmente, aun cuando puedan surgir dudas sobre su conformidad con el principio de igualdad formal[48].

Ahora bien, debido a que existen desigualdades de facto (*p. ej.,* físicas), el legislador está obligado a crear o recrear oportunidades y condiciones para que todos puedan gozar de los mismos derechos y cumplir los mismos deberes. Así, la igualdad jurídica sustantiva complementa la igualdad jurídica formal, pues se dirige hacia la igualdad jurídica real o basada en resultados. En estos términos, es la dimensión social del principio la que exige la eliminación de las desigualdades de facto, imponiendo al legislador la creación de una verdadera igualdad a través de la ley, dándole al principio un significado positivo. Por lo tanto, la igualdad, como concepto y principio jurídico, no opera diacrónicamente solo para prohibir la discriminación. También es operativa para proteger a las personas contra la discriminación resultante de desigualdades de ley debido a desigualdades de facto, otorgando libertad constitutiva al legislador para corregir situaciones que se consideren concretamente iguales[49].

Cabe señalar que la tendencia a equiparar o agrupar la violencia de género con la violencia doméstica oscurece su contenido normativo y debilita su

47 Asunción Ventura Franch, «La Convención de Estambul y los sujetos de la violencia de género: la cuestión de la violencia doméstica como categoría jurídica», *Revista de Derecho Político,* núm. 97, 2016, páginas. 184-185.

48 A este respecto, considérese la delimitación subjetiva de los sujetos protegidos y la articulación entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico español, especialmente a raíz de la Ley Orgánica 1/2004. La elección legislativa de un régimen de protección diferenciado no constituye una vulneración del principio de igualdad formal, sino más bien una concretización de la igualdad material, destinada a neutralizar las asimetrías estructurales. El tratamiento jurídico específico se justifica, por tanto, por la dimensión sistémica del fenómeno y la necesidad de una respuesta reforzada por parte del Estado.

49 Patrícia Cardoso Dias, «Paridad y género: una nueva igualdad en el deport», *Galileu – Revista de Derecho y Economía*, vol. XXI, julio-diciembre 2020, págs. 95-143.

dimensión política y constitucional. El Convenio de Estambul impone deberes positivos a los Estados en materia de prevención, protección, investigación y represión efectiva, lo que implica una revisión de los paradigmas tradicionales de neutralidad y la incorporación de una perspectiva de género en las decisiones judiciales y las políticas públicas.

Por tanto, la violencia de género debe ser reconocida como una categoría autónoma, fundada en la intersección entre la discriminación estructural y la vulneración de derechos fundamentales, y su adecuada integración en el derecho interno requiere una lectura sistemática entre las fuentes internacionales, constitucionales, civiles y penales, así como el rechazo de construcciones conceptuales que oscurezcan el carácter desigual del fenómeno[50].

El artículo 26 de la Ley Orgánica 8/2021 se enmarca en un modelo integral de protección de la infancia basado en la prevención, la detección precoz y la intervención coordinada ante cualquier forma de violencia contra menores. Desde un punto de vista constitucional, la norma desarrolla el artículo 39 de la Constitución Española, que consagra la protección integral de la infancia, así como los compromisos internacionales derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, la centralidad del interés superior del niño se traduce en una obligación positiva del Estado de crear estructuras eficaces de prevención y respuesta, no solo protegiendo al niño tras la ocurrencia de hechos lesivos, sino también previniendo que la violencia se perpetúe o se agrave por omisión institucional. Cabe destacar el rechazo al uso de la Parentalidad Positiva en el punto a), apartado 3 del artículo en cuestión, que proporciona una orientación normativa y política que debe entenderse en tres niveles distintos: la finalidad de la parentalidad positiva, los límites de su uso en un contexto litigioso y el rechazo de categorías sin reconocimiento científico.

La crianza positiva es un modelo de intervención que busca promover las habilidades parentales, brindar apoyo educativo y prevenir conflictos, centrándose en el interés superior del niño. Es una herramienta de apoyo y empoderamiento, no un mecanismo sancionador ni un criterio automático de toma de decisiones en los procesos de regulación de la responsabilidad parental. La ley busca evitar que los programas diseñados para fortalecer los vínculos y mejorar las prácticas educativas se utilicen como estrategia procesal en una disputa entre padres. Esto implica la prohibición expresa de relacionar estas acciones con «situaciones sin fundamento científico, como el síndrome de alienación parental», lo que demuestra una preocupación epistemológica y jurídica. El legislador rechaza expresamente el uso de categorías o diagnósticos no reconocidos por la comunidad científica como base para decisiones que afecten los derechos fundamentales del niño y de los padres. La inten-

50 Asunción Ventura Franch, «La Convención de Estambul y los sujetos de la violencia de género: la cuestión de la violencia doméstica como categoría jurídica», *Revista de Derecho Político,* núm. 97, 2016, páginas. 184-192.

ción es evitar que se utilicen conceptos controvertidos para devaluar las acusaciones de violencia, justificar cambios en la custodia o calificar conductas parentales sin fundamento probatorio[51].

En el ordenamiento jurídico portugués, la Constitución de la República Portuguesa consagra la protección de la familia, la filiación y la infancia (artículos 36, 67 y 69), estipulando que los hijos no pueden ser separados de sus padres, salvo por decisión judicial y cuando estos incumplan sus deberes fundamentales. El régimen civil de responsabilidades parentales se basa en la regla del ejercicio conjunto en asuntos de especial importancia, desviándose únicamente en casos excepcionales y con justificación específica. La continuidad de la convivencia parental surge así como expresión de un derecho relacional del hijo, pero no como una prerrogativa absoluta de los padres.

Sin embargo, la presencia de violencia doméstica (definida penalmente y reconocida como un fenómeno estructural) altera el marco de toma de decisiones. La jurisprudencia ha afirmado que el derecho de visita no puede prevalecer sobre la seguridad del menor y del progenitor víctima. El Régimen General de los Procedimientos de Tutela Civil y la Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en Riesgo refuerzan que cualquier limitación o mantenimiento del contacto debe ir precedida de una evaluación concreta del riesgo. La alegación de alienación parental no exime de la investigación de los hechos ni puede servir para neutralizar las pruebas de violencia. El análisis debe distinguir entre el rechazo injustificado y la reacción protectora del menor ante un contexto abusivo.

En el ordenamiento jurídico español, la Constitución consagra en su artículo 39 la protección integral de la infancia y la salvaguardia de la familia, desarrollada en el Código Civil y, de forma especialmente importante, en la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La reforma legislativa enfatizó la incompatibilidad entre la violencia de género y ciertas modalidades de custodia compartida, estableciendo restricciones explícitas a la concesión de la custodia compartida. Este desarrollo normativo refleja una clara decisión política: la seguridad de la víctima y del menor constituye un límite estructural al principio de coparentalidad.

En comparación, se observa que Portugal opera predominantemente mediante cláusulas generales y una evaluación judicial caso por caso, mientras que España ha introducido restricciones legislativas más explícitas en materia de violencia de género y el ejercicio de las responsabilidades parentales, las cuales, una vez limitadas o inhibidas, afectan directamente el derecho a la vida familiar. Sin embargo, en ambos sistemas surge un núcleo común: la vida familiar es un valor jurídico fundamental, pero está condicionada a la salvaguardia de la integridad y el desarrollo armonioso del niño.

51 A. Seay; W.M. Freysteinson; J. McFarlane, «Paternidad positiva», *Nursing Forum*, vol. 49, no. 3, 2014, págs. 200-208.

En el ordenamiento jurídico portugués, el derecho del menor a mantener contacto con ambos progenitores está expresamente protegido por la legislación penal en virtud del artículo 249, § 1, apartado c) del Código Penal. Esta ley tipifica como delito el incumplimiento reiterado e injustificado del régimen de visitas establecido para el menor en el marco de los acuerdos de responsabilidad parental, especialmente cuando uno de los progenitores se niega, retrasa o dificulta significativamente la entrega o la recepción del niño. Por lo tanto, la tipificación presupone la existencia previa de un régimen legalmente establecido, la reiteración de la conducta y la ausencia de una base legítima que la justifique, excluyendo situaciones específicas o aquellas motivadas por razones objetivas de protección del menor, así como los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Se trata de una intervención penal destinada a salvaguardar la eficacia de las resoluciones judiciales y, sobre todo, el derecho del menor a mantener relaciones personales regulares con ambos progenitores. La ley también permite que, cuando el menor tenga más de 12 años, se consideren sus deseos para mitigar la pena, lo que refleja el reconocimiento progresivo de su autonomía y la importancia de escucharlo en los procedimientos que le conciernen. El derecho penal adquiere así un carácter subsidiario, funcionando como la garantía máxima del respeto del derecho a la convivencia, siempre sujeto a la consideración del interés superior del menor[52].

Creemos que la criminalización de esta conducta no está justificada. En rigor, siguiendo de cerca a María Clara Sottomayor[53], la criminalización del incumplimiento del horario de visitas, según lo previsto en el artículo 249, § 1, inciso c), del Código Penal, representa una intervención excesiva del Estado en la esfera familiar, al elevar a delito penal una conducta o comportamiento que puede no presentar trascendencia penal y, en consecuencia, no puede justificar la aplicación de una sanción penal. Sin embargo, la norma incriminatoria transforma los conflictos parentales en conductas estigmatizantes y contribuye al agravamiento del conflicto entre padres, en la medida en que introduce la amenaza de una denuncia penal como un instrumento adicional de presión en el contexto de las disputas familiares, aumentando potencialmente la judicialización punitiva de los desacuerdos que deberían resolverse por medios menos intrusivos.

Conclusiones

La vida familiar constituye un derecho relacional fundamental del niño, arraigado en la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la per-

52 André Lamas Leite, «El delito de sustracción de menores: una lectura del artículo 249 reformado del Código Penal», en Maria Teresa Féria Almeida; Maria Clara Sottomayor (coords.), *¿Y vivieron felices para siempre...? Un análisis crítico del nuevo régimen legal del divorcio,* pp. 263, 292-293.

53 María Clara Sottomayor, *Regulación del ejercicio de las responsabilidades parentales en casos de divorcio,* 2011, pp. 134-135.

sonalidad y el principio rector del interés superior del niño. El niño es sujeto de derechos, titular de su propia posición jurídica, que no se confunde con la de sus padres. El mantenimiento de relaciones personales regulares y significativas con ambos padres es, por regla general, una condición esencial para su desarrollo, pero no es absoluta, y siempre está subordinada a la salvaguardia de su integridad física, psicológica y emocional.

El marco multinivel —constitucional, internacional y europeo— destaca la existencia de garantías reforzadas contra la separación arbitraria de padres e hijos. La Constitución de la República Portuguesa, la Constitución Española, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio Europeo de Derechos Humanos coinciden en la exigencia de una decisión judicial motivada y en la centralidad del interés superior del niño como criterio para ponderar sus intereses. La jurisprudencia constitucional portuguesa y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirman que la vida familiar forma parte del ámbito de los derechos fundamentales, pero no puede prevalecer sobre situaciones de riesgo o violencia.

En términos comparativos, el ordenamiento jurídico español ha experimentado una densificación normativa especialmente significativa a través de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral de la infancia y la adolescencia contra la violencia, desarrollando un modelo estructural de prevención y protección, reconociendo la violencia en el ámbito familiar como un fenómeno que requiere una respuesta institucional articulada e incorporando la perspectiva de género en las decisiones que afectan a menores. La exclusión expresa del uso de categorías sin fundamento científico revela una decisión legislativa guiada por el rigor epistemológico y la protección efectiva de las víctimas.

El derecho portugués no prevé una norma equivalente que excluya expresamente el uso de referencias al Sistema de Alienación Parental (SAP), sino que opera mediante la aplicación de principios generales y la evaluación caso por caso. Sin embargo, los instrumentos existentes, como el Código Civil, el Régimen General de los Procedimientos de Tutela Civil, la Ley de Protección de la Infancia y la Adolescencia en Riesgo o el Código Penal, son suficientes para garantizar la protección de los menores en materia de violencia doméstica, siempre que se apliquen con la debida justificación y sensibilidad a las dinámicas de poder y la violencia intrafamiliar.

En cuanto a la penalización del incumplimiento del régimen de visitas, la tipificación prevista en el artículo 249, § 1, apartado c), del Código Penal portugués plantea serias dudas sobre su proporcionalidad. La tipificación del incumplimiento reiterado del régimen de visitas como delito refleja una expansión del Derecho Penal hacia el ámbito de los conflictos familiares, un ámbito que, por su naturaleza relacional y dinámica, exige principalmente soluciones de carácter civil y protector. Las sanciones penales deberían

reservarse para conductas que demuestren claramente su trascendencia delictiva y no puedan utilizarse como instrumento para gestionar las disputas parentales.

La experiencia española demuestra que la protección infantil y la prevención de la violencia en el ámbito familiar pueden fortalecerse mediante mecanismos preventivos, protocolos institucionales y obligaciones estatales positivas, sin recurrir a la penalización generalizada del incumplimiento de los regímenes de visitas. El enfoque se desplaza del castigo a la protección y la intervención temprana, manteniendo la coherencia con los principios de mínima intervención penal y subsidiariedad.

Además, la penalización del incumplimiento del régimen de visitas puede exacerbar el conflicto parental al introducir la amenaza de cargos penales como herramienta estratégica en los litigios, lo que podría agravar el conflicto y obstaculizar las soluciones cooperativas centradas en el interés superior del menor. La protección adecuada de la vida familiar debe priorizar mecanismos como la mediación familiar, la intervención psicosocial y, cuando sea necesario, la revisión del horario establecido, reservando el derecho penal para las situaciones que amenacen la libertad o la seguridad del menor.

En estos términos, se entiende que una posible solución sería la derogación del inciso c) del apartado 1 del artículo 249 del Código Penal, reduciendo así el incumplimiento del régimen de visitas al ámbito civil y tutelar, de conformidad con los principios de proporcionalidad, mínima intervención y protección efectiva del menor. Dicha derogación no implicaría una falta de protección del derecho a la vida familiar, sino su protección por medios más adecuados a la naturaleza del conflicto familiar y más acordes con el paradigma contemporáneo de la protección integral de la infancia.

Reconocer al niño como sujeto de derechos requiere rigor conceptual, razonamiento sólido y coherencia sistemática entre la protección de la vida familiar y el combate a la violencia, priorizando modelos preventivos y protectores que coloquen de manera efectiva, y no meramente retórica, el interés superior del niño en el centro de la toma de decisiones.

Bibliografía54

Ana Prata (coord.), *Código Civil Anotado*, 2.ª ed. revista e atualizada, vol. I (artigos 1.º a 1250.º), Coimbra, Almedina, 2019.

Ana Prata (coord.), *Código Civil Anotado*, 2.ª ed. revista e atualizada, vol. II (artigos 1251.º a 2334.º), Coimbra, Almedina, 2019.

54 Las referencias se enumeran según el idioma en que están publicadas, una opción que no se elige para las notas a pie de página para comodidad del lector, lo que permite una lectura más uniforme y secuencial del texto.

André Lamas Leite, «O crime de subtração de menor: uma leitura do reformado artigo 249.º do Código Penal», in Maria Teresa Féria Almeida; Maria Clara Sottomayor (coords.), *E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, págs. 261-308.

Anna Quennerstedt; **Christina Robinson**; **John I'Anson**, «*The UNCRC: The voice of global consensus on children's rights?*», *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 36, n.º 1, 2018, págs. 38-54. https://doi.org/10.1080/18918131.2018.1453589

Assembleia Geral das Nações Unidas, «Convenção sobre os Direitos da Criança», adotada em 20 de novembro de 1989, entrada em vigor em 2 de setembro de 1990.

Assembleia Geral das Nações Unidas, «Declaração dos Direitos da Criança», Resolução 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959.

Asunción Ventura Franch, «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género: el cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica», *Revista de Derecho Político*, n.º 97, 2016, págs. 179-208. Vista de El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica

Cristina Dias, *O poder de correção: da autoridade parental ao poder disciplinar dos pais*. Julgar, 2016, págs. 87-101. (Julgar 004 - P\341gs. 001 a 247.pdf)

Débora Ávila; **Adela Franzé**; **María Carmen Peñaranda**; **Marta Pérez**; **Tania Sordo Ruz**, *Institutional violence against mothers and children: Application of false parental alienation syndrome in Spain*, Relatório de sombra apresentado ao Grupo de Especialistas sobre Ação contra a Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (GREVIO), Conselho da Europa, Estrasburgo, 2024. 1680ae4214

Diogo Leite de Campos; **Mónica Martinez de Campos**, *Lições de Direito da Família*, 6.ª edição revista e atualizada, Edições Almedina, Coimbra, setembro de 2023.

Dirk Reynaert; **Marian Bouverne-de-Bie**; **Sofie Vandevelde**, «A review of children's rights literature since the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child», *Childhood*, vol. 16, n.º 4, 2009, págs. 518-534. https://doi.org/10.1177/0907568209344270

Elżbieta Kruk; **J. J. Harman**, «Countering arguments against parental alienation as a form of family violence and child abuse», *American Journal of Family Therapy*, vol. 53, n.º 2, 2025, págs. 117–146. https://doi.org/10.1080/01926187.2024.2396279

European Court of Human Rights, *Opuz v. Turkey*, Appl. n.º 33401/02, 9 de junho de 2009. OPUZ v. TURKEY

European Court of Human Rights, *Talpis v. Italy*, Appl. n.º 41261/17, 24 de abril de 2017. Talpis v. Italy

European Court of Human Rights, *Volodina v. Russia*, Appl. n.º 41261/17, 9 de julho de 2019. VOLODINA v. RUSSIA

Itai Aharon; **Yifat Wilchek-Aviad**, «Parental alienation in childhood and its impact on adult life satisfaction: The mediating role of rejection sensitivity and social transgression», *Current Psychology: A Journal for Diverse Perspectives on Diverse Psychological Issues*, 2025, págs. 12542-12551. https://doi.org/10.1007/s12144-025-08011-7

J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, Anotação ao artigo 67.º *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 854-861.

Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 313, de 29 de diciembre de 2004. BOE-A-2004-21760 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 133, de 5 de junio de 2021, pp. 61852-61885. BOE-A-2021-9347 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Madalena Alarcão, «A importância das relações afetivas no desenvolvimento da criança», in *A tutela cível do superior interesse da criança*, tomo III, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, novembro de 2014, págs. 71-82. A tutela cível do superior interesse da crianaça - Tomo III

Maria Clara Sottomayor, «Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família», *Julgar*, n.º 13, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 73-107.

Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

Marsha Kline Pruett; **Janet R. Johnston**; **Michael Saini**; **Matt Sullivan**; **Peter Salem**, «The use of parental alienation constructs by family justice system professionals: A survey of belief systems and practice implications», *Family Court Review*, vol. 61, n.º 2, 2023, pp. 372–394. https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/fcre.12716

Martins, Silvana; **Augusto**, Cláudia; **Silva**, Maria José; **Duarte**, Ana; **Martins**, Fátima; **Rosário**, Rafaela. «Parentalidade positiva e a sua relação com o desenvolvimento socioemocional em crianças = Positive parenting and its relation to socioemotional development in children». *Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación*, vol. 9, n.º 0 (Selected Papers do XVI Congresso Internacional Galego-Portugués de Psicopedagogía), 2022, pp. 118–131.

Organização Mundial da Saúde, «ICD-11: International Classification of Diseases (11th Revision)», *Fact Sheets*, World Health Organization, Genebra, 2023. ICD-11

Patrícia **Cardoso Dias**, «Paridade e género: uma nova igualdade no desporto», *Galileu – Revista de Direito e Economia*, vol. XXI, julho-dezembro 2020, págs. 95-143. https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.6

Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas. «*Custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra los niños* (A/HRC/53/36)». Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 13 de abril de 2023. https://docs.un.org/es/A/HRC/53/36

Richard A. **Gardner**, «Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: which diagnosis should evaluators use in child-custody disputes?», *The American Journal of Family Therapy*, vol. 30, n.º 2, 2002, págs. 93-115. https://doi.org/10.1080/01926180275357382 1

Richard A. **Gardner**, «Recommendations for Dealing with Parents who Induce a Parental Alienation Syndrome in their Children», *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 28, n.º 3-4, 1998, págs. 1-23. https://doi.org/10.1300/J087v28n03_01

Roberta **Bosisio**; Paola **Ronfani**, «Children as rights holders», *Revue des sciences sociales*, vol. 63, 2020, págs. 28-35. https://doi.org/10.4000/revss.4767

Sandra Inês **Feitor**. «*Alienação parental à luz da jurisprudência do TEDH».* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 82, julho-dezembro 2022, págs. 769-795. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2022

Sara C. **Araújo**; **Natália Fernandes**, «A criança como sujeito de direitos no contexto da União Europeia: nuances e diálogos necessários entre os direitos de participação e os direitos de proteção», in Amélia Bastos; Fátima Veiga (orgs.), *A análise do bem-estar das crianças e jovens e os direitos da criança*, Edições Húmus, Vila Nova de Famalicão, 2016, pp. 109-130. A criança como sujeito de direitos no contexto da União Europeia: nuances e diálogos necessários entre os direitos de participação e os direitos de proteção

Sarah Te **One**, «Defining rights: Children's rights in theory and in practice», *He Kupu: The Word*, vol. 2, n.º 4, 2011. Defining rights: Children's rights in theory and in practice | He kupu

Seay; W. M. **Freysteinson**; **J. McFarlane**, «Positive parenting», *Nursing Forum*, vol. 49, n.º 3, 2014, págs. 200-208. https://doi.org/10.1111/nuf.12093

TEDH, *Maumousseau e Washington c. França*, queixa n.º 39388/05, 06.12.2007 (ECLI:CE:ECHR:2007:1206JUD003938805). MAUMOUSSEAU AND WASHINGTON v. FRANCE

Tribunal Constitucional, *Acórdão n.º 193/2016*, Proc. n.º 919/15, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Pedro Machete, 13 de abril de 2016. TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 193/2016.

Tribunal Constitucional, *Acórdão n.º 416/2011*, Processo n.º 753/2010, 3.ª Secção, Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral, Lisboa, 28 de setembro de 2011. TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 416/2011

Tribunal Constitucional, *Acórdão n.º 62/2017*, Proc. n.º 605/2016, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro José António Teles Pereira, 10 de abril de 2017. TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 62/2017.

UNICEF, *Convenção sobre os Direitos da Criança*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, ratificada por Portugal em 12 de setembro de 1990.

William **Bernet**, «*The Five-Factor Model for the Diagnosis of Parental Alienation*», *Feedback – The Journal of the Family Therapy Association of Ireland*, n.º 6 (Summer 2020), págs. 3-15.

10

LOS SISTEMAS DE TUTELA DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿AVANCE CON EL REGLAMENTO UE 2024/1348? UN RETO PARA EL DERECHO DE FAMILIA ESPAÑOL

María Dolores Casas

Universidad de Jaén
mdcasas@ujaen.es

Sinopsis: I. A modo de introducción. Planteamiento del tema. II. Cuestiones previas: acerca de su definición y la problemática de la determinación de la edad. 2.1. En torno a una definición. La vulnerabilidad del menor migrante no acompañado, en especial, el que no se encuentra en el sistema de asilo. 2.2. Visión panorámica de la normativa internacional, regional y de la Unión Europea. Referencia al sistema de tutela: ¿avances con la reforma del Reglamento UE 2024?. 2.2.1. La normativa internacional y regional: falta de previsión normativa de la consideración del menor no acompañado. 2.2.2. A nivel europeo: el Sistema Europeo Común de Asilo. ¿Avances con Reglamento (UE) 2024/1348 para el sistema de tutela del menor migrante no acompañado?. III. Visión panorámica de la implementación de los sistemas de protección de menores no acompañados en estados miembros de la UE: la tutela. 3.1. Características comunes y diferencias en los países miembros UE: sujetos, exigencias de formación, procedimientos de selección y funciones del tutor. 3.2 Referencia a la regulación de la tutela del menor no acompañado en España. IV. Algunas buenas prácticas. recomendaciones por European Guardianship Network y Europrom. 4.1. Un sistema en la línea del Reglamento UE de 2024: el modelo italiano de un tutor persona física y figura proactiva: ¿un logro relativo?. 4.2. Recomendaciones desde el *European Guardianship Network.* V. Unificación del sistema de tutela de menor no acompañado como prevención a la trata del menor de edad no acompañado. VI. A modo de epílogo.

Resumen: El trabajo aborda la apremiante necesidad de armonizar la institución jurídica de la tutela de los menores no acompañados en la Unión Europea, en un contexto de creciente desafío migratorio, siendo la designación temprana de un tutor *independiente* y *especializado* un instrumento esencial para salvaguardar su interés superior**,** tal y como lo refrenda el Reglamento de la UE de 2024/1348, pero limitado solamente al menor migrante no acompañado solicitante de protección internacional. Esta exigencia conlleva, a su vez, un reto para el Derecho de familia español dado que, ante la ausencia de un instrumento normativo armonizador, la regulación recae en el derecho interno de cada Estado miembro, en particular, en el Derecho de familia, que se ha limitado a transferir sus antiguas instituciones jurídicas de tutela a las personas designadas como tutores, tal y como acontece en nuestro Derecho.

Más allá, se adolece de la falta de consenso sobre los criterios para determinar la edad y sobre el procedimiento de designación, funciones y supervisión del tutor; disparidad que incrementa la vulnerabilidad de estos menores, siendo más propensas, entre otras consecuencias, a ser víctimas de trata de seres humanos.

De tal modo que este trabajo, adoleciendo de la falta de literatura científica, es un intento de aportar un análisis jurídico-comparativo con ciertas propuestas de reforma, sugiriendo para ello algunos modelos innovadores y haciendo un llamamiento a todos los operadores jurídicos para responder a este reto con solidaridad y basándose en los compromisos internacionales de derechos humanos, tal y como reflejan iniciativas como el *Proyecto Europrom* y la *Red Europea de Tutela*, quedando aún mucho camino para transitar.

I. A modo de introducción. Planteamiento del tema

El aumento de la realidad migratoria de los menores no acompañados (MENAs)[1], como grupo de personas especialmente vulnerables, es indiscutible en los últimos años; debiendo reconocer la complejidad, la polémica sociocultural y las implicaciones éticas que envuelven a esta realidad, de la que se hacen eco hoy en día los medios de comunicación, con especial vehemencia, por los actos delictivos cometidos por estos menores[2] [3]. No obstante, la dificul-

1 Defensor del Pueblo, *Niños y niñas extranjeros en España, solos o acompañados*, Madrid, mayo 2025, págs.6-7, quien nos advierte que, a pesar de que el acrónimo MENA (menor extranjero no acompañado) se incorporó en el lenguaje común con un carácter meramente descriptivo, al venir expresado concretamente así en el Reglamento de Extranjería de 2011, con el transcurso del tiempo el término fue adoptando una connotación distinta, incluso despectiva, hacia dicho colectivo. Recientemente, la misma Real Academia, acogiendo la valoración expresada desde distintas instancias ha añadido como cuarta acepción a esa voz de su diccionario la indicación de «usado a veces como despectivo». No obstante, hoy en día persiste inevitablemente como nombre, por ejemplo, del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, que ha supuesto la creación, a su vez, de otro acrónimo con vida propia, el RMENA.

2 https://www.abc.es/noticias/menas/?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fnoticias%-2Fmenas%2F y https://gaceta.es/espana/el-negocio-de-los-falsos-menas-ong-y-mafias-se-lucran-con-la-colaboracion-del-gobierno-de-sanchez-20251002-0931/ En Canarias se repite un ***fraude*** que ya es conocido: ***adultos que se hacen pasar por menores ilegales*** para acceder a un sistema de protección saturado y costoso. Lo nuevo no es el engaño, sino la magnitud del problema y el papel del Estado, cuya ***falta de control*** inicial permite que se consolide un negocio en el que ganan las ***mafias*** que instruyen a los ilegales y las ***ONG*** que cobran por cada plaza ocupada. Y «El Juez Emilio Calatayud pide expulsar a los MENAS magrebíes que delincan: "El que la hace la paga"», Caso Aislado, 5 febrero 2019, en https://casoaislado.com/el-juez-emilio-calatayud-pide-expulsar-a-los-menasmagrebies-que-delincan-el-que-la-hace-la-paga, «*Lo más sangrante es que los menores extranjeros que delinquen, y de los que se tiene localizados a sus padres, no se les retorna a sus países de origen, por ejemplo, a Marruecos, de donde son la mayoría; porque los tratados internacionales entienden que están mejor en un centro de acogida que con sus padres*».

3 Respecto a la problemática de la delincuencia en Francia y sus propuestas de solución. *Vid.* Frenchon, I./Marquet, L, «Unaccompanied minors in France and inequalies in care provision under the child protection system», en *Social Work and Society.Interational on*

tad del tema nos obliga a examinarlo en su conjunto, y tener en cuenta, en palabras muy acertadas de Ospina en un estudio en profundidad y de todo punto de interés, que si se fiscalizara la atención que se les está dispensado a estos jóvenes no se producirían tantos casos de delincuencia ni de desapariciones, de todo punto escandalosos, reportados en todos los países de la UE, incluida España, tanto por Unicef como por otras ONGs[4]. Al margen de que me alineo con quienes afirman que se debe actuar en los países de origen para garantizar la permanencia de estos menores dentro de sus respectivos países de procedencia y asegurar el desarrollo de su proyecto de vida dentro de los mismos en lugar de invertir esfuerzos, por ejemplo y en lo que atañe a España, en suscribir más acuerdos bilaterales de repatriación, tales como los de Senegal o Marruecos. Así como reforzar las fronteras exteriores, y que los países de tránsito de la inmigración también se impliquen en controlar los flujos migratorios conducidos por mafias y se inspeccione la utilización de los fondos[5]. Dejo planteada

line Jourrnal, vol. 15, issue2, 2017, pág.1. Disponible en: https://d-nb.info/1193475937/34, que nos explica que los menores en conflicto con la ley en Francia siguen siendo un tema central de la acción y la opinión pública, como lo corrobora el que la circular conjunta emitida por el Departamento de Asuntos Penales e Indultos y el Departamento de Protección Judicial para los Jóvenes el 12 de julio de 2022 tenga por objeto mejorar la eficacia de la respuesta de la justicia penal a los actos delictivos cometidos por personas que se presentan como menores no acompañados, garantizando al mismo tiempo que se tengan en cuenta sus necesidades específicas. Los profesionales de la DPJJ y de determinadas asociaciones también están desarrollando herramientas y mecanismos innovadores e inspiradores para llegar a este grupo de personas, que a menudo se muestran reacias a recibir apoyo educativo, y para ayudarlas alejarse de una vida de vagabundeo y delincuencia.

4 Amnistía Internacional denunció la falta de protección adecuada a la que se enfrentan los menores migrantes no acompañados, incluidos los retrasos en el procedimiento de evaluación de la edad y el riesgo de quedarse sin hogar (vid. Amnistía Internacional, «Canarias; un año de análisis, décadas de fracaso de políticas migratorias», diciembre 2021, disponible en https://bit.ly/35TiyOk). UNICEF llama a la acción ante el drama de los menores migrantes: «No se puede culpar a un niño de vivir en la calle», 16 noviembre 2020, disponible en https://bit.ly/2LNg49N; Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía – APDHA *denuncia que la Junta dejará en la calle sin alternativa a 150 jóvenes ex tutelados durante el estado de alarma,* 22 mayo 2020, disponible en https://bit.ly/3sd2UUx; Servicio Jesuita a Migrantes, Buscar salida. Informe Frontera Sur 2020, 18 diciembre 2020, disponible en https://bit.ly/3bF2PD9. Y Radio Televisión Española, «Jóvenes ex tutelados extranjeros: en un callejón sin salida sin recursos económicos ni papeles» 19 noviembre 2020, disponible en: https://bit.ly/3qiKIqN).

5 *Vid*. Ospina, G.I, «Los menores no acompañados en la Unión Europea. La UE necesita expertos realmente competentes y con un mandato adecuado que resuelvan los problemas. Bruselas es claramente incapaz», *Unidad de Investigación de Seguridad y Cooperación (UNISCI),* 2022, págs. 19 y 32. Disponible en: https://www.unisci.es/gloria-ines-ospina-los-menores-no-acompanados-en-la-union-europea-agosto-de-2022/. que recoge, entre otros, el escándalo de abusos sexuales a 175 menores tutelados en Valencia investigados en solo un año y denunciados por el Defensor del Pueblo de la Comunidad Valenciana y la no asunción de responsabilidades por la Consejería de Igualdad, o el caso de Joana Molinas, quien ha denunciado que a los menores no se les cuida y que los educadores sociales, en muchos casos, se convierten en abusadores de los menores (Brunat, D.:

esta problemática, no pudiendo profundizar en las causas del mismo ya que desbordaría el objeto del presente estudio.

A nivel de la Unión Europea, aunque hace casi una década Italia fue el país de primera acogida y tránsito para la mayoría de los menores no acompañados que llegaron a la UE (registrándose su mayor número de solicitudes de protección internacional en 2017), en 2025 fueron los Países Bajos los que recibieron el mayor número de solicitudes de dichos menores (440 solicitudes, 24,8 % del total), seguido de Alemania (265 solicitudes) y de España (235 solicitudes)[6]. Al respecto, hay que resaltar el cambio en las características de estos menores en los últimos años, observándose desde 2022 un aumento en la proporción de niñas en Suecia, España y Francia, donde representan el 38 %, el 16,7 % y el 22 % de los menores no acompañados, respectivamente[7]. Y a esto se une los nuevos patrones de los menores como el deterioro de su estado de salud, el sufrimiento de múltiples traumas, el enfrentamiento a problemas de adicción a drogas (narcóticos, medicamentos) o a casos sospechosos de trata, lo que conlleva dificultades para algunos sistemas de protección, en especial, con el alojamiento o las instalaciones de acogida[8]. En consecuencia, los datos sobre menores no acompañados que no solicitan asilo y no son objeto de una decisión de retorno pueden estar disponibles a nivel nacional o regional, pero no son exhaustivos ni comparables y, a

«El Horror que el gobierno de Baleares quiere tapar: "Se prostituyen por unos zapatos"», *El Confidencial*, 17 diciembre 2021, en https://www.elconfidencial.com/espana/2020-02-15/mallorca-menores-tuteladas-imasprostitucion_2456071) La autor se pregunta si no será más conveniente actuar en origen y evitar por todos los medios que los refugiados lleguen a suelo europeo. Las embajadas y consulados europeos deben estar abiertos para recibir las solicitudes de asilo o refugio, evitando la crueldad de unos viajes inhumanos a suelo europeo, en donde la mayor parte de estas personas, no van a tener aprobado su asilo.
Y, Guzmán Benito, I. «Infancia y adolescencia migrante no acompañada en el estado español», *Encuentros multidisciplinares,* n.º 81, 2025, pág. 20

6 Las cifras más elevadas procedían de Eritrea (295 personas, es decir, el 16,6 % del total), seguida de Afganistán (230, es decir, el 13,0 %) y Somalia (225, es decir, el 12,7 %) *Vid.* https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_applications_-_monthly_statistics En septiembre de 2025, las tasas más altas de solicitantes por primera vez por cada 100 000 habitantes siguieron registrándose en Grecia (51,9), por delante de Chipre (26,8) e Irlanda (24,1).

7 https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/ddn-20231025-1 Desde 2006, algunas investigaciones han puesto de relieve la necesidad de visibilizar la migración de las niñas de Europa del Este de origen rumano, marroquí y subsahariano. Estas niñas aparecían, en circuitos ocultos y en situaciones de extrema vulnerabilidad: en las calles para escapar de conflictos familiares o matrimonios forzados (marroquíes), en situaciones de mendicidad (niñas romaníes rumanas casadas a una edad temprana); víctimas de explotación sexual y laboral (marroquíes traídas a España para trabajar en hogares —el fenómeno de las *petites bonees*—.

8 *Vid*. Mission Nationale Mineurs non Accompagnés. Rapport Annelle d'Activité, Ministère de la Justice, 2022, págs. 31-32.

menudo, no están a disposición del público[9]. En palabras de Molina Martínez, «el fenómeno de la inmigración ha adquirido un enorme protagonismo normativo impulsado por la necesidad de regular una realidad social que se iba visibilizando de forma inexorable. A dicha evolución legislativa han contribuido las directrices y declaraciones en la materia de organismos internacionales, así como la obligación de transponer a nuestro ordenamiento jurídico nacional las normas que la UE ha venido adoptando en virtud de su competencia para desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores (competencia que ostenta en virtud del art. 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE)»[10].

En lo que respecta a nuestro país, España ha pasado, como es sabido, por un largo proceso histórico en el que en unas pocas décadas se ha convertido en un país de inmigración, lo que en distintos tiempos y proporciones ha pasado en gran parte de Europa, enfrentándonos a un fenómeno migratorio que plantea un difícil reto para las administraciones de cualquier Estado europeo, pero especialmente para los Estados miembros de la Unión Europea al ser uno de sus principales destinos. En palabras de Vicente Lorca, este fenómeno migratorio se ve agravado en determinados casos por la distancia entre los países receptores y los países de origen de los menores extranjeros no acompañados, tal y como refleja el caso de España que comparte frontera con Marruecos, y que además se encuentra a escasos kilómetros atravesando el estrecho de Gibraltar, a lo que debemos añadir la cercanía del archipiélago canario con las costas del Sahara o Senegal[11]. Más en concreto, durante el año 2024 se ha vivido una llegada masiva de menores extranjeros con entrada mayoritaria por las Islas Canarias, Ceuta y Melilla, si bien, su

9 Children in migration: Report on the state of implementation in 2019 of the 2017 Communication on the protection children in migration, Brussels, European Migration Network, section 8.1.(https://emn.ie/publications/children-in-migration-report-on-the-state-of-implementation-in-2019-of-the-2017-communication-on-the-protection-of-children-in-migration/

10 Molina Martínez, L. «La determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados: marco normativo actual, doctrina jurisprudencial y la reforma para la judicialización del procedimiento y la efectiva preservación de la identidad personal», *Derecho Privado y Constitución. Estudios*, núm. 44, 2024, págs. 175-214, en especial, pág.177. De este modo, en un escaso período de tiempo, España ha pasado de carecer de regulación en materia de extranjería a una profusión normativa compleja en permanente actualización, que configura el estatuto jurídico de protección del extranjero mediante la regulación de las diferentes situaciones administrativas en las que puede permanecer en nuestro país y la atribución a este de un conjunto de derechos y obligaciones.

11 Vicente Lorca, A, «Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España», en *Economía. Revista de cultura de la legalidad,* núm. 22, abril 2022, pág. 102. y Milano, V. (2025). *Los derechos de los menores extranjeros no acompañados en la frontera. Normativa internacional y práctica española a la luz de la jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño y de los tribunales europeos.* Dykinson, Madrid, 2025.

movilidad ha tenido reflejo en otras Comunidades como Cataluña, Andalucía y Madrid. Esta situación ha supuesto una sobreocupación en la red de protección y especialmente en los centros de recepción, pese a la creación de plazas de urgencia y ampliación de los recursos de acogida, dificultando el trabajo individualizado con las personas menores de edad y la integración de los menores y su desarrollo educativo en España como país de acogida[12].

A mayor abundamiento, y en lo que respecta a las cifras, según Registro del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación a los menores no acompañados, España tiene inscritos hasta agosto de 2025 a 15.399 menores migrantes no acompañados, un 12 % más desde 2018[13]; incremento que está en el origen de la reforma del art. 35.bis de la Ley de orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* por el reciente Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, *por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias*, a las que se hará referencia a lo largo del trabajo. Datos, estos últimos, en definitiva, que reflejan la pertinencia de este estudio y su relevancia jurídico-social[14]. En el mismo sentido, en Francia desde la entrada en vigor de la Circulaire du 31 mai 2013 *relative aux modalités de prise en charge des mineurs isolés étrangers: dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation* se pasó del sistema de **«**el primero que llega se queda**»** a un sistema nacional de coordinación para la acogida

12 Memoria de la *Fiscalía General del Estado*, Madrid, 2025, págs.837-838. Canarias muestra preocupación por el incremento de llegada de mujeres inmigrantes con menores con quienes no tienen ningún vínculo de filiación, pero que por su condición de apego no es conveniente su separación, situación en la que operan con arreglo a los criterios establecidos en el Dictamen 5/2014 y Conclusiones de las Jornadas de Especialistas de Menores de 2023

13 https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-espana-tiene-registrados-agosto-2025-15399-menores-migrantes-no-acompanados-12-mas-2018-20251027144753.html.

14 Permite la declaración de situaciones de contingencia migratoria extraordinaria cuando una comunidad o ciudad autónoma supere tres veces su capacidad ordinaria de acogida y establece dos vías: la primera, que la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia adopte mediante acuerdo por unanimidad tanto los requisitos para esa declaración, como el plan de respuesta a dicha situación y los criterios para su aplicación, que incluirán, en todo caso, los necesarios para determinar en qué casos procede que se ordene el traslado de menas de una comunidad o ciudad autónoma a otra por resolución de la persona que presida la Conferencia Sectorial, previa comunicación y acreditación de dicha contingencia por parte de la comunidad o ciudad autónoma afectada. La segunda, en defecto de acuerdo unánime, que se aplique lo establecido al efecto por la LOEx (arts. 35 ter y 35 quáter), esto es, imponer la derivación.
En aplicación del RDL 2/2025, en septiembre de 2025 el Gobierno culmina el proceso administrativo para la reubicación de los primeros menores migrantes no acompañados llegados tras la declaración de contingencia migratoria en Ceuta, Melilla y Canarias: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/politica-territorial-memoria-democratica/paginas/2025/170925-reubicacion-menores-migrantes.aspx.

inicial, la evaluación y la derivación de los menores extranjeros no acompañados para una armonización del sistema.

Tras todo lo expuesto, el *objeto principal* de este estudio es comprender mejor y analizar esta problemática, circunscribiendo su análisis desde la perspectiva del Derecho de familia, en concreto, de la institución jurídica de la tutela del menor de edad (no acompañado) en el ámbito de la Unión europea y, en concreto, en el sistema jurídico de protección de menores en España. Dado que, en ausencia de un instrumento normativo armonizador a nivel internacional y/o europeo en la materia (debido, en gran medida, a que la UE no tiene competencia en materia de protección de menores, siendo el *Sistema Europeo Común de Asilo* la única fuente de Derecho europeo que, hasta la fecha, regula este fenómeno), los propios legisladores nacionales son los que están llamados a regular estas cuestiones, cada uno en su respectivo ordenamiento jurídico interno y, normalmente, mediante el Derecho civil, concretamente, el Derecho de familia. En todo caso, se puede afirmar desde el inicio de este trabajo y como hipótesis de partida que *la designación de un tutor especializado e independiente y lo antes posible, junto a su derivación para solicitar protección internacional, es uno de los principales instrumentos para proteger su interés superior*[15]. Y en apoyo de esta tesis se afirma por doctrina especializada, entre ellas, Flores Rodríquez y Ruíz Sutil que «la complejidad de enlazar las respuestas de unas legislaciones restrictivas de derechos con otra normativa promotora de los mismos genera una práctica compleja en el trato a los menores extranjeros (...). En concreto, estos puntos de fricción están, por ejemplo, (...) *en los retrasos o ausencias a la hora de nombrar el representante legal (...)*»[16].

---

15 Este principio se define desde una dimensión triple: es un derecho sustantivo, un principio general de carácter interpretativo y una norma de procedimiento; y en la medida en que se trata de un concepto flexible y adaptable, habrá de ajustarse y definirse de manera individual, atendiendo al contexto, la situación y las necesidades personales del menor afectado (ex art. 3 Convención de los derechos del Niño de 1989; art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y art. 39. 4 de la Constitución española) Así lo recogió expresamente el Comité de los Derechos del Niño en su Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013; La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, y, posteriormente, la Ley Orgánica de Protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia de 2021, junto con la interpretación que de este principio venía haciendo el Tribunal Supremo para modificar el art. 2 LOPJM y dotar de contenido a este concepto jurídico indeterminado, reforzando el derecho del menor a que su interés sea prioritario.

16 En España, esta tesis la ha defendido, sobre todo, en un estudio de interés, Flores Rodríquez, B. «La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España», en *Revista de Derecho civil,* vol. V, núm.2*,* 2018, págs..321-362, en especial, págs.358, Disponible en: https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/281/272, quien sostiene: «el hecho de que los menores no acompañados con frecuencia suelen tener intereses contrapuestos con la Administración que ha de asumir su tutela en nuestro país, se hace necesario que tengan un representante legal externo que proteja y haga valer sus derechos frente a la administración con cuyos intereses puede colisionar (...) la clave

Y para constatar dicho objetivo, tras una breve introducción, se abordará en una primera parte algunas premisas necesarias para su estudio, como la falta de consenso a nivel de la Unión Europea en torno a la definición de menor extranjero abandonado y a los criterios para la determinación de la edad, problemática que abordaré solo de modo sucinto sin poder profundizar en ella; junto a un recorrido por la regulación internacional, regional y de la Unión europea sobre la protección jurídica del menor no acompañado a través de la institución de la tutela, destacando el avance que ha supuesto Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024 que entrará en vigor en el 2026, para la definición y determinación de las funciones del tutor, con los límites, no obstante, que se explicarán a lo largo del trabajo. Para dar paso a analizar cómo se están implementando en los países miembros de la UE la figura del tutor del menor no acompañado en aspectos tales como quiénes son; las exigencias sobre su formación; las garantías de supervisión y la regulación de sus funciones, planteándonos en qué lugar nos encontramos respecto al reto que supone para el derecho de familia de cada Estado miembro de la Unión europea regular la tutela de estos menores de modo justo y coherente con los compromisos internacionales de derechos humanos. Más allá, partiendo de la falta de diálogo entre las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros y la mencionada ausencia de un texto vinculante en la Unión Europea para todo menor migrante no acompañado con independencia de su estatus de solicitante de protección internacional o no, en esta segunda parte se examinarán algunos referentes como la ley italiana de 2017 que regula el tutor voluntario, o la innovadora ley francesa de 7 de febrero de 2022 *relativa a la protección de los niños,* que modifica el Código de Acción Social y Familiar. Para, por último, abordar la realidad trágica e invisible que conecta con la necesaria atención que estos menores precisan en orden a su protección como víctimas de trata humana, pues en muchas ocasiones existen fuertes indicios de que dicho menor ha sido y es víctima de trata de seres humanos con el agravante de no existir recursos específicos para afrontar esta lacra de la sociedad europea.

Finalmente, es dable mencionar la influencia que ha tenido en este trabajo la lectura y análisis de las recomendaciones y prácticas inspiradoras que surgen del fruto del trabajo realizado por expertos franceses, españoles, italianos y suecos en el marco del Proyecto Europrom, y de la Red Europea de Tutela. Estas iniciativas, a pesar de no ser vinculantes, son relevantes en orden a que los poderes y operadores jurídicos se conciencien del fracaso del

podría estar en suprimir la tutela administrativa de la administración pública para estos menores y que se les dote de un tutor individualizado, externo e independiente de la entidad pública que ejerce la tutela ex lege. Ruíz Sutíl, C, «Las vulnerabilidades de la infancia extranjera sin familia en las legislaciones de extranjería y de asilo el caso de la frontera sur europea en África**»,** en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja,* núm. 32, 2024, págs. 61-100, en especial, pág. 95. Disponible en https://produccioncientifica.ugr.es/documentos/66b26626ed856b32ad20258b.

futuro real y efectivo de una sociedad que no protege y cuida a sus menores. En palabras del defensor del Pueblo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que tuvo lugar hace más de setenta y cinco años, ha de vincularse, y muy explícitamente, con el Principio 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 que al referirse a niños y niñas dice, con un tono poco burocrático, que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad lo que necesitan es amor y comprensión. Querer no es entonces solo la acción afectiva presupuesta, querer es esperar de ellos, creer en ellos, sacar lo mejor de ello y proteger a quiénes son más susceptibles de sufrir la violación de sus derechos inalienables. Por ello, el interés superior del niño es el principio rector que debe guiar a los tutores quienes, ante la falta de sus padres, tienen la responsabilidad de su educación, orientación y protección jurídica; concerniendo, dicho principio rector, a su vez, *a toda la sociedad, alcanzando a todos*[17].

II. Cuestiones previas: acerca de su definición y la problemática de la determinación de la edad

2.1. En torno a una definición. La vulnerabilidad del menor migrante no acompañado, en especial, el que no se encuentra en el sistema de asilo

En primer lugar, se ha de precisar que los Estados miembros de la UE se refieren de diferente modo al *menor no acompañado*, variando desde la utilización de dicho término por España e Italia, al de *menores no acompañados solicitantes de asilo o refugiados (unaccompanied asylum-seeking, or refugee minors)* por Alemania, Austria y Portugal o el de menor extranjero sin acompañante *(mineur isolé étranger)* en Francia. En cualquier caso, a nivel comunitario dicha realidad se define la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *sobre el derecho a la reagrupación familiar,* en términos muy parecidos al art. 2.L de la Directiva 2011/95/UE, *sobre normas para la concesión de protección internacional a nacionales de terceros países o apátridas*, al precisar que es: «un menor de dieciocho años que llega al territorio de los Estados miembros sin estar acompañado por un adulto responsable de él, ya sea por ley o por la práctica del Estado miembro en cuestión, y mientras no sea acogido efectivamente por dicha persona, incluido un menor que se queda sin acompañante después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros». Y como trasunto de dicha definición, a nivel nacional, el nuevo artículo 189 del Reglamento de extranjería lo define como:

17 *Defensor del Pueblo*, «Niños y niñas extranjeros en España, solos o acompañados, *ob. cit,* pág.5.

«*el extranjero menor de dieciocho años que llegue al territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación*»[18].

En palabras de Uría Pelayo, aunque la confluencia de las condiciones de migrante irregular y menor lo sitúan en una zona de intersección legal entre la legislación de extranjería y la de protección jurídica del menor, esta última es la que prima formalmente en la articulación de su estatuto jurídico de protección[19].

Tras acotar su definición, es preciso matizar que cuando hablamos de menores extranjeros ya estamos haciendo referencia a un colectivo especialmente vulnerable, pero la inseguridad se acrecienta si además esos menores no están acompañados. Y es que los menores de edad se están convirtiendo, si no lo son ya, tal y como se ha puesto de manifiesto desde el inicio de este trabajo, en los nuevos protagonistas de los procesos migratorios.

En línea con lo expuesto, hay otros dos factores que ilustran la gravedad de los riesgos a los que se enfrentan estos menores. El primero, cuando el menor migrante no acompañado no se encuentra en el sistema de asilo pues, mientras los sistemas nacionales prevén la designación de un tutor o representante legal en los casos en que el menor solicita asilo, sin embargo, esto no siempre es así en el caso de los menores no acompañados que no lo instan. Al respecto, es cierto que se ha llegado a afirmar que un elemento importante que puede impedir dicho riesgo es tener en cuenta la capacidad jurídica del menor según la legislación nacional pues, por ejemplo, en Alemania los menores de dieciséis años se consideran capaces de presentar una solicitud de asilo sin un representante legal y en Austria, de modo parecido, dicha edad conlleva que los menores se consideran legalmente capaces para determinados procedimientos, incluidos los previstos en la ley de migración y

18 Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*

19 Uría Pelayo, A.M. «Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores», *Educación Social,* núm. 45, 2010, pág. 13. Y, ref. Sánchez González, M. P. «Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España» en *Actualidad Civil*, 18, págs. 2181-2201; de Bartolomé Cenzano, J.C, «Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados un estudio a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos fundamentales» en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 26, pág. 81, en Molina Martínez, L., ob, cit, np. 7, pág. 179. Sin embargo, como pone de manifiesto De Palma del Teso, y ha denunciado públicamente Save The Children, en la realidad los términos se invierten en muchas ocasiones, prevaleciendo la condición de inmigrante sobre la de menor.

asilo sobre el retorno y la detención. Por otra parte, en Grecia son los menores de más de catorce años los que pueden presentar una solicitud de asilo sin representante legal, si se les considera capaces en función de su madurez y sus capacidades en evolución. No obstante, entiendo que es criticable el que nos conformemos con dicha respuesta, pues a pesar de la capacidad jurídica del menor para actuar en determinados procedimientos, estimo que los Estados miembros deben nombrar un tutor, independientemente de la presentación de la solicitud de asilo.

Y el segundo factor reside en la falta de colaboración entre las autoridades competentes que operan en los distintos Estados miembros, incluidos los representantes de estos menores dado que, en la actualidad, no existe ningún mecanismo para el intercambio de información entre ellos ni, desde luego, una base de datos común sobre los menores que han entrado en el territorio de la UE, a excepción de la aplicación de la Minilla[20] que permite a los menores no acompañados ponerse en contacto con las autoridades de protección competentes de cada Estado miembro; funcionando el sistema, de este modo, de manera inversa y conservadora, ya que dejamos que sean los propios menores los que busquen algún tipo de protección, mientras que el Estado no se la ofrece. En definitiva, quizás, la solución venga a través de la adopción de una base de datos europea centralizada, capaz de agilizar la comunicación y la cooperación entre las instituciones internas de los Estados miembros[21].

2.2. Visión panorámica de la normativa internacional, regional y de la Unión Europea. Referencia al sistema de tutela: ¿avances con la reforma del Reglamento UE 2024?

2.2.1. La normativa internacional y regional: falta de previsión normativa de la consideración del menor no acompañado

El marco jurídico existente que afecta al colectivo del menor de edad no acompañado, tanto a nivel internacional como comunitario, es disperso,

20 *Vid*. https://www.miniila.com/

21 *Vid*. «Feasibility Study for a child guarantee. Target group discussion Paper on Children living in precarious family situations», European Commission, November, 2019. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/339644974_Feasibility_study_for_a_Child_Guarantee_-_Target_Group_Discussion_Paper_on_Children_living_in_Precarious_Family_Situations. Moourao Sacur, B./ Diogo, E, «The EU Strategy on the Rights of the Child and the European Child Guarantee—Evidence-Based Recommendations for Alternative Care», en *Children*, 2021. Disponible en: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34943376/.

demasiado genérico y, como afirma la doctrina especializada, desactualizado, lo que podría conducir a que pueda existir indefensión. Y a pesar de que parece que hay un aumento de conciencia del legislador internacional sobre la necesidad y relevancia de protección de estos menores cuando se afirma que garantizar los derechos de los grupos de niños más vulnerables es una tarea prioritaria para asegurar que se cumplan los objetivos y metas de la Agenda 2030 (ACNUDH, 2020)[22], las dificultades siguen presentándose en la práctica.

En concreto, la *legislación internacional* tiene como piedra angular, además del Derecho internacional de los derechos humanos que no menciona al menor extranjero no acompañado de forma específica[23], la *Convención sobre los derechos del niño* adoptada por las Naciones Unidades en noviembre de 1989, cuyo carácter general conlleva que dicho menor también sea titular de los derechos y deberes que consagra, teniendo sus normas (entre otras, el principio de no discriminación ex art. 2) primacía sobre cualquier otro aspecto o política implicada[24]. Más específicamente, los documentos derivados de la CDN son los que realizan cierta previsión a la problemática particular: por un lado, la Observación general n.º 14 (2013) al concretar los elementos que deben tenerse en cuenta para evaluar el interés superior del niño como son sus opiniones e identidad y el bienestar del niño en sentido amplio, y *su situación de vulnerabilidad (ser refugiado, solicitante de asilo o*

22 *Vid.* Trinidad Nuñez, P, «Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los menores extranjeros separados o no acompañados» en Forner I Delaygua, J (ed.) *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas de conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 239-274. Y Francia, G y otros, «Unaccompanied migrant children's rights: A prerequisite for the 2030 agenda's sustainable development goals in Spain and Sweden» en *Social Sciences,* 10(6), pág. 185. Disponible en https://www.mdpi.com/2076-0760/10/6/185.

23 Aparte de la necesaria referencia a todas las normas que el Estado reconoce como protectoras de los derechos fundamentales básicos del ser humano, solo el art. 24 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966 afirma, de modo más específico, que los Estados se comprometen a garantizar el principio de no-discriminación entre los menores, y el derecho del menor *a medidas de protección específicas.*

24 Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Por otra parte, el primer convenio multilateral sobre la protección de los niños pertenece al ámbito jurídico del derecho internacional privado. Se trata del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, de 25 de octubre de 1980 que consagró el principio del interés superior del niño, que posteriormente se plasmó en otro tratado internacional de mayor importancia, la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

víctima de abusos). Y, por otro lado, la Observación general n.º 6 (2005) *sobre el trato de los niños no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* que, de modo muy acertado, recoge por primera vez la necesidad de especialización de un tutor de estos menores al afirmar que estos deben poseer «*las competencias necesarias respecto del cuidado del niño, ello para garantizar que se salvaguarde su interés superior* y que se satisfagan adecuadamente sus necesidades jurídicas, sociales, sanitarias, psicológicas, materiales y educativas a través de, entre otras instituciones, el propio tutor, que actuaría como vínculo entre el niño y los organismos o personas especializadas que velan constantemente por que el niño reciba los cuidados necesarios»[25].

Como apunte crítico, es necesario recordar que en relación con los denominados derechos humanos de segunda generación previstos en la CDN (derechos sociales, económicos y culturales, como la educación, la asistencia y la salud, de vital importancia para todo menor) se requiere una acción activa por parte del Estado para garantizar su aplicación, esto es, que el Estado asigne recursos públicos que no siempre es posible ofrecer. De este modo se puede concluir que la normativa expuesta no siempre puede aplicarse de manera estricta en todos los contextos nacionales, a diferencia de los derechos de primera generación que tienen por objeto proteger a las personas de la injerencia del Estado[26].

Junto a la CDN, considerando la posibilidad de que el niño pueda beneficiarse del estatuto de refugiado, forma parte del marco jurídico la *Convención relativa al Estatuto de los Refugiados*, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951. Ahora bien, esta Convención no incluía ninguna norma destinada a la protección de los menores que solicitan y se benefician de la protección internacional, a pesar de ser una de las convenciones internacionales de carácter específico más vinculantes, ya que establece, artículo por artículo, los derechos que se conceden a las personas que gozan del estatuto de refugiado. Asimismo, junto a la dificultad de evaluar el «temor fundado derivado de la persecución sufrida en el país de origen» como uno de los requisitos del art. 1A, co. 2, el hecho de que el menor ni siquiera pueda solicitar dicha protección al no reconocérsele capacidad de obrar; con independencia de que, tal y como se ha apuntado en líneas precedentes, en algunos Estados miembros recurran a una *fictio iuris* al permitir que los menores mayores de

25 Comité de los Derechos del Niños: Observación General núm.6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), p. 5, párrafo 1. Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf
Vid. Guía acerca de las condiciones jurídicas de acogida para menores no acompañados: estándares operativos e indicadores. Serie de guías prácticas de la EASO, *European Asylum Support Office*, diciembre, 2018, págs.7-14

26 Willems, K./ Vernimmen, J, «The fundamental human rights to education for refugees: Some legal remarks. *European Educational Research Journal* 17, 2017, págs. 219–232.

dieciséis accedan al procedimiento de solicitud de protección internacional, respetando las autoridades encargadas de evaluar la solicitud los principios de madurez y de audiencia del menor.

Por otra parte, y a *nivel regional*, es destacable el Plan de acción para la protección de los niños refugiados y migrantes en Europa, con especial atención a los menores no acompañados del Consejo de Europa (2017-2019)[27], cuyo plan de acción trienal es ayudar a los Estados miembros de la organización a i) garantizar el acceso a los derechos y a procedimientos adaptados a los niños; ii) proporcionar una protección eficaz; y iii) mejorar la integración de los niños que permanecerían en Europa. Como el Informe de aplicación del Consejo de Europa de 2021 sobre proyectos de vida para niños migrantes no acompañados.

2.2.2. A nivel europeo: el Sistema Europeo Común de Asilo. ¿Avances con Reglamento (UE) 2024/1348 para el sistema de tutela del menor migrante no acompañado?

En la *Unión Europea,* cabe señalar, no existe aún ningún texto normativo vinculante destinado exclusivamente a la protección de los menores no acompañados, al margen de la aplicación de normas generales para la protección de las personas como seres humanos, así como el establecimiento de normas específicas destinadas a garantizar las condiciones de las personas que son tanto menores de edad como inmigrantes. En concreto, las normas que han dado lugar al denominado *Sistema Europeo Común de Asilo* es la única fuente del Derecho europeo que, hasta la fecha, regula el fenómeno de los menores extranjeros no acompañados[28]. No obstante, de modo más global, el Tratado de Lisboa de 2017 en sus arts. 3.3 y 3.5 y 79.2 y 83.1 regulan, respectivamente, la protección de los derechos del niño y la lucha contra la trata e, incluso, del tenor literal del art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000 (en el mismo sentido que el art. 3 de la CDN), que tiene un posible efecto directo de aplicación, se desprende que el interés superior del niño debe ser «una» consideración primordial; aunque se critica que al no utilizar el término «la» el texto siga estando abierto a interpretacio-

27 *Vid*. https://www.coe.int/en/web/migration-and-refugees/action-plan-on-protecting-refugee-and-migrant-children-in-europe-2017-2019

28 Se trata de un conjunto de legislación secundaria basada en el artículo 78 del TFUE, cuyo primer párrafo establece el desarrollo de una «política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal» que respete el principio de no devolución. A partir de ahí, la UE ha desarrollado un conjunto de instrumentos normativos destinados a regularizar el sistema de protección internacional en sus territorios. Dentro de los reglamentos y directivas que se han desarrollado, el legislador de la UE ha insertado de forma tangencial normas específicas para los MENA que solicitan protección internacional.

nes divergentes[29]. Dejando al margen la normativa vinculante, y meramente como *soft law,* pero tratando al menor no acompañado, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *sobre protección de los menores migrantes de* 12 de abril de 2017 trata de modo específico a este colectivo que caracteriza por su situación de especial vulnerabilidad debido a su edad, su lejanía del hogar y, a menudo, su separación de los padres o cuidadores y *por necesitar una protección específica y adecuada*. Y, alineándose con los valores europeos de respeto de los derechos humanos, la dignidad y la solidaridad, el texto continúa afirmando que se ha de proteger, de modo prioritario, a todos los niños migrantes, independientemente de su situación y en todas las etapas de la migración, y además, recalca la urgencia de integrar la protección de la infancia en los puntos críticos mediante el nombramiento en cada uno de ellos de un responsable de la protección de la infancia, es decir, una persona encargada que actúe como punto de contacto para todas las cuestiones relacionadas con los niños, *independientemente de que estos sean solicitantes de protección internacional o no*.

Por otro lado, y respecto al sistema europeo común de asilo al que se ha hecho referencia, se desprende que los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el principio del interés superior del menor: por una parte, el Reglamento de Dublín (Dublín III, UE n.º 604/2013) acomete una referencia específica al papel del representante (con garantías más sólidas en comparación con el anterior Reglamento de Dublín 2003). Y a pesar de que la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (mayo de 2016, COM (2016) 270 final da una nueva redacción al art. 10 del Reglamento de Dublín IV (el Estado en el que se encuentra el menor no acompañado es competente para determinar el Estado miembro responsable de examinar su solicitud de protección internacional) el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados critica dicha norma[30]. Y, por otro lado, y de modo muy relevante a mi parecer, la Directiva sobre los requisitos, en su art. art. 20 exige a los Estados miembros que adopten medidas adecuadas a la especial vulnerabilidad de los niños y adolescentes con vista a concederles el estatuto de protección internacional (así lo establece la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14

29 Como consecuencia, el principio del interés superior del menor sigue estando abierto a interpretaciones divergentes y el hecho de que se mencione en todos los instrumentos jurídicos no conduce necesariamente a una aplicación coherente: o bien los responsables de la toma de decisiones deciden que el interés superior de los menores no acompañados debe ser «la» consideración primordial, y por lo tanto deben redactar políticas y legislación en las que dicho interés prevalezca sobre cualquier otra consideración; o, por el contrario, las preocupaciones migratorias son más importantes y las políticas relacionadas se redactarán teniendo en cuenta otros intereses y presiones, con los principios de la CDN esparcidos aquí y allá, y los Estados miembros garantizando así que respetan (al menos sobre el papel) las obligaciones que han asumido en los instrumentos de derechos humanos que han firmado.

30 Observaciones de la Ecre, Nota de política, 33, 2021. Disponible en: https://ecre.org/wp-content/uploads/2021/02/Policy-Note-33-Ramm-February-2021.pdf.

de junio de 2011), previendo, de igual modo, que los niños y adolescentes sean acogidos en centros especializados *y que la persona responsable de ellos haya recibido formación previa*[31]. En la misma línea, el art. 5 de la Directiva sobre el retorno (2008/115/CE) establece como criterios para la no devolución, el interés superior del niño, la vida familiar y su estado de salud.

En lo que concierne, más específicamente, *al sistema de tutela y sus funciones como objeto de nuestro estudio*, a pesar de que la UE es consciente de la importancia del nombramiento de un tutor/guardador al menor migrante no acompañado, sin embargo, no define su concepto ni sus funciones. Como un avance, en cierto sentido loable, el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, *por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional* (que será aplicable a partir del 12 de junio de 2026 ex art. 79.2), y en la misma línea que las Directivas 2013/33/UE y 2013/32, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 ya derogadas, distingue el tutor *(guardian)* de otras figuras afines (arts. 15 al 23):

i) *una autoridad tutelar (guardianship Authority)*: la legislación nacional debe designar una autoridad independiente responsable de la tutela. Dicha autoridad debe formar parte integrante del sistema nacional/regional de protección de la infancia. El mandato y las funciones de la autoridad tutelar deben estar claramente definidos. ii) *un representante legal (legal representative)* que es una persona u organización designada por los organismos competentes para asistir y representar a un menor no acompañado en los procedimientos previstos en la norma (sistema de asilo), con el fin de garantizar el interés superior del niño y ejercer la capacidad de obrar del menor cuando sea necesario; iii) *un asesor o asistente legal (legal assistant or councelor)* como son los abogados o profesionales del derecho cualificados que prestan asistencia jurídica, hablan en nombre del menor y lo representan legalmente en declaraciones escritas y en persona ante las autoridades administrativas y judiciales en procedimientos penales u otros procedimientos legales, según lo dispuesto en la legislación nacional y iv*) el tutor (guardian)* que es el enlace entre los diferentes actores, colabora con el representante y el asistente legal para garantizar la protección del interés superior del niño en caso de que se adopten medidas en favor del menor, consagrando sus funciones a todo lo que envuelve el proceso de protección internacional[32].

31 Y, por último, la Directiva 013/33/UE (Directiva de acogida) prohíbe expresamente la detención de menores en prisiones y prevé su alojamiento con personal que tenga en cuenta las necesidades de las personas de su edad, y en instalaciones separadas de las de los adultos hasta los 16 años (arts. 16 y 21), y la Directiva sobre el reagrupamiento familiar (2003/86/CE) en su art. 5 impone a los Estados miembros la obligación de autorizar la entrada y la residencia de menores no acompañados con fines de reagrupamiento familiar (art. 10.3 a).

32 Art. 23. pf. 6. La persona a la que se refiere el apartado 2, párrafo primero, letra a), se reunirá con el menor no acompañado y llevará a cabo, entre otras, las siguientes tareas,

Más allá, y en lo que respecto al tutor *(guardian)* el Reglamento del 2024 tal y como se ha apuntado anteriormente, de modo novedoso exige en su art. 23, de modo explícito, que se nombre un tutor provisional al menor migrante *(a person suitable to provisionally act as a representative)*, lo que ya venían realizando algunos Estados al mencionar la derogada Directiva de 2013 que el representante debía asignarse lo antes posible. Esta se define *como una persona con la experiencia y las capacidades necesarias* para asistir provisionalmente al menor a fin de salvaguardar su interés superior y su bienestar general de manera que pueda disfrutar de los derechos contemplados en el presente Reglamento y, en su caso, para actuar como representante hasta que se le nombre. Al respecto, estimo de todo punto acertado y de justicia el que, tal y como vienen exigiendo desde el *European Guardianship Network,* el art. 23 incida en la especialización del tutor cuando exige en su párrafo 9 que el representante *deberá poseer las cualificaciones, la formación y los conocimientos especializados necesario*s. Y que se deberá recibir formación periódica para el desempeño de sus funciones y no deberán tener antecedentes penales, en particular por delitos relacionados con menores; y, además, explicite que «*cuando una organización sea designada con arreglo al apartado 2, nombrará a una persona física para que lleve a cabo las tareas a que se refiere el presente artículo en relación con el menor no acompañado*». En consecuencia, tal y como veremos, en España y en otros países al designar como tutor no especializado a la entidad de protección de menores (recayendo en el director del área de menores la tutela legal de oficio desde el momento en que se declara la situación de desamparo del menor) no estaríamos cumpliendo con la normativa que entrará en vigor en 2026. Y, al igual que su predecesora, se exige que se nombre *un representante* que habrá de nombrarse lo antes posible y, a más tardar, quince días hábiles a partir de la fecha en la que se presente la solicitud (para la interposición de la solicitud de la protección internacional).

Tras lo expuesto hasta ahora, se puede concluir que con el nuevo Reglamento europeo se ha avanzado en garantías en lo que respecta a la tutela del menor no acompañado, entre otras razones, porque la anterior Directiva sobre procedimientos (2013/32/UE) no señalaba plazo para que se nombrara al representante y, además, añadía un criterio restrictivo para el migrante que fuera a cumplir dieciocho años antes de que se adoptara una decisión

cuando proceda junto con el asesor jurídico: a) proporcionar al menor no acompañado la información pertinente en relación con los procedimientos previstos en el presente Reglamento ;b) cuando proceda, ayudar al menor no acompañado en relación con el procedimiento de determinación de la edad a que se refiere el artículo 25; c) cuando proceda, facilitar al menor no acompañado la información pertinente y ayudarle en relación con los procedimientos previstos en los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1358.
Vid. *Uninettuno, The protection of unaccompanied foreings minors and the guardinship system,* Project, n.2016, 1 – IT01 – KA202 – 005561 págs. 11-14.

en primera instancia, lo que no se contempla en el actual Reglamento[33]. E, incluso, es muy acertado y pertinente que el art. 23 del Reglamento 2024, con la finalidad de prestar un apoyo eficaz a los menores no acompañados, exige, por un lado, que los representantes o las personas idóneas para actuar provisionalmente como representantes deben encargarse de un número proporcionado y limitado de menores no acompañados, que en circunstancias normales no debe ser superior a treinta al mismo tiempo, o excepcionalmente hasta cincuenta (lo que, podría ser de muy difícil cumplimiento para las entidades de protección de menores con entidad de frontera[34]), debiéndose reunir con el menor no acompañado y tener en cuenta las opiniones del menor sobre sus necesidades, de acuerdo con su edad y madurez. Y, por otro lado, el precepto requiere que los Estados miembros deben designar a las autoridades administrativas o judiciales u otras entidades responsables de supervisar periódicamente a dichos representantes en el desempeño de sus funciones[35]. Por último, y en línea de continuidad con la normativa derogada, el art. 23.1 precisa que los menores no acompañados tendrán derecho a presentar una solicitud en su propio nombre si tienen capacidad jurídica de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro de que se trate. Por consiguiente, considero que cada Estado miembro evaluará la edad y la madurez de los menores que lleguen a su territorio, ya sea de forma estándar (es decir, mediante principios o normas de aplicación general) o caso por caso pues, de hecho, la capacidad procesal de los menores no acompañados puede evaluarse de forma muy diferente de un país a otro.

En contraste con la teoría, la realidad cotidiana hasta ahora muestra que muchos menores extranjeros no acompañados carecen de un tutor legal, sobre todo en razón de que los procedimientos de toma de decisiones en materia de protección internacional suelen ser muy dilatados en el tiempo. Incluso porque, como la mayoría de los menores que llegan al territorio de la UE están cerca de la mayoría de edad, es muy probable que dejen de ser

33 La nueva normativa de 2024 indica que tanto el tutor provisional o persona especializada como el representante podrán ser los mismos que se le han nombrado al menor en el momento de la acogida de los solicitantes de protección internacional, según el artículo 27 de la Directiva (UE) 2024/1346, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, y que se reunirá con el menor no acompañado y tendrá en cuenta la opinión de este sobre sus necesidades, en función de la edad y el grado de madurez del menor.

34 Como Ceuta que cierre de 2025 tenía 402 menores migrantes, aunque esperemos mejore con la puesta en vigor de la nueva normativa de contingencia migratoria https://www.epdata.es/datos/menores-extranjeros-no-acompanados-espana-datos-estadisticas/621.

35 A tal efecto, se informará al menor no acompañado de la edad de capacidad jurídica en el Estado miembro responsable del examen de su solicitud de protección internacional. Cuando el menor no acompañado no tenga capacidad jurídica de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro de que se trate, un representante o una persona contemplada en el artículo 23, apartado 2, letra a), presentará la solicitud en su nombre.

menores de edad antes de que se resuelva su solicitud de asilo[36]. Esperemos, sin embargo, que con el nuevo Reglamento la situación cambie pues, aunque el ámbito de aplicación del mismo se limita únicamente al menor no acompañado solicitante de protección internacional, a día de hoy, los Estados miembros (al igual que con las directivas precedentes) aplican los principios generales que contienen, a la espera de una normativa más específica.

Por último, es necesario hacer una breve referencia a la mejora que ha supuesto, la redacción del art. 25 sobre determinación de la edad del nuevo Reglamento (UE) 2024/1348 como fruto del nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo que ha conllevado la aprobación por el Consejo de Europa el 14 de mayo de 2024 de nueve reglamentos y una directiva (como paquete de reformas impulsada por la Comisión Europea). Este precepto, y es lo más relevante, contribuye a la regulación, de modo vinculante, del método holístico para la determinación de la edad[37], el cual solo tenía carácter admonitivo según la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 14 de diciembre de 2022. De modo más preciso y contundente, el párrafo primero del novedoso art. 24 del Reglamento citado recoge un proceso que sea lo menos invasivo posible y respete plenamente la dignidad de la persona. En concreto reza que: «En los casos en que, como consecuencia de las declaraciones del solicitante, las pruebas documentales disponibles u otras indicaciones pertinentes, haya dudas de que un solicitante sea menor, *la autoridad decisoria podrá encargar un examen multidisciplinar, incluida una evaluación psicosocial*, que realizarán profesionales cualificados para determinar la edad del solicitante en el marco del examen de una solicitud. La determinación de la edad no debe basarse exclusivamente en la apariencia física ni en el comportamiento del solicitante. *A efectos de la determinación de la edad, los documentos disponibles se considerarán auténticos, salvo prueba en contrario, y se tendrán en cuenta las declaraciones de los menores*». Y solo en *los casos en los que persistan las dudas sobre la edad de un solicitante después del examen multidisciplinar, pueden emplearse reconocimientos*

36 https://www.euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-06/2022_Asylum_Report_EN.pdf.

37 Es cierto que anteriormente, la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre procedimientos comunes para conceder y retirar la protección internacional* aplica el principio general del derecho «*In dubio pro minori*», tal y como se desprende del tenor de su artículo 25.5 que reza: «Los Estados miembros podrán recurrir a exámenes médicos para determinar la edad de los menores no acompañados en el marco del examen de una solicitud de protección internacional cuando, a raíz de declaraciones generales u otras indicaciones pertinentes, tengan dudas sobre la edad del solicitante. Si persisten las dudas, los Estados miembros considerarán que el solicitante es menor de edad. El examen médico se realizará respetando plenamente la dignidad de la persona, será lo menos invasivo posible y lo llevarán a cabo profesionales médicos cualificados».

médicos como medida de último recurso para determinar la edad del solicitante en el marco del examen de una solicitud[38].

A pesar de las bondades expuestas, se han de poner de manifiesto dos críticas de peso, una de ellas que el nuevo Reglamento sigue limitando la protección jurídica a los menores que soliciten la medida de protección internacional y, por otra parte, y sobre todo, porque deja como potestativo el que un Estado miembro reconozca las decisiones de determinación de la edad tomadas por otros Estados miembros cuando la determinación de la edad se haya llevado a cabo a cabo de conformidad con el Derecho de la Unión (art. 25.7).

Finalmente, y al hilo de lo expuesto, en lo que respecta a España se puede aventurar el logro que ha supuesto, a mi parecer, que dicho sistema y sus principios se consagren en el Proyecto de Ley 121/000040 Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad,* aprobado por el Congreso en noviembre de 2024 (y estando aún en proceso de trámite parlamentario)[39] que judicializa el procedimiento de determinación de la edad, otorgando a los órganos jurisdiccionales civiles la competencia para conocer de éste. En concreto, el art. 781 octies garantiza que durante todo el proceso el menor, además de estar acompañado de asistencia letrada (normalmente del turno de oficio especializado) de un intérprete y del Ministerio Fiscal, en caso de conflicto de intereses, se nombre un defensor judicial, *precisando que también estará presente la Entidad Pública de Protección de menores del lugar donde se encuentre la persona cuya edad es objeto de determinación* y en su caso, un miembro del equipo psicosocial adscrito al juzgado. Pero como se viene precisando a lo largo del trabajo, las mejoras se quedan a medio camino pues no deja de ser censurable tanto la falta de previsión de

38 Y en el supuesto de estar ante un menor no acompañado, la autoridad competente garantizará que su representante sea informado de dicha posibilidad y solo se llevará a cabo si se ha realizado tal información (art. 23.b). De tal modo que en este punto se ha producido, de igual modo, un avance valioso al dotar de más consistencia y exigir la especialidad tanto a la figuras del tutor provisional como la del representante de dicho menor, pues dicho precepto obliga a que cuando la solicitud la formule una persona que alegue ser menor, o respecto de la cual existan motivos objetivos para creer que es menor, y que no esté acompañada, *las autoridades competentes designarán lo antes posible*, y en todo caso, a su debido tiempo, *una persona con experiencia y las capacidades necesarias para asistir provisionalmente al menor a fin de salvaguardar su interés superior* y su bienestar general de manera que pueda disfrutar de los derechos contemplados en el presente Reglamento y, en su caso, *para actuar como representante hasta que se nombre a un representante*. Y nombrarán a un representante lo antes posible y, a más tardar, quince días hábiles a partir de la fecha en la que se presente la solicitud. Por último, finaliza el precepto, cuando el resultado del proceso de determinación de la edad a que se refiere el presente apartado no sea concluyente, los Estados miembros deberán presumir que el solicitante es un menor».

39 https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-40-1.PDF

las consecuencias jurídicas de la negativa del presunto menor a someterse a tales pruebas como que se adolezca de la falta de regulación de la figura de un tutor especializado para el menor desde el inicio del proceso, y sólo se refiera de modo general a la Entidad pública de protección, a diferencia de lo que exige el Reglamento europeo que alude de modo específico a que el tutor provisional tenga experiencia y capacidades especiales.

III. Visión panorámica de la implementación de los sistemas de protección de menores no acompañados en estados miembros de la UE: la tutela

Ante la falta de una regulación uniforme y las dificultades expuestas, cada Estado miembro de la UE protege a los menores extranjeros no acompañados privados del cuidado parental mediante la adopción de un sistema de tutela regulado por la ley. A título indicativo, cabe señalar que, a falta de protección asignada a una persona física, las instituciones nacionales a las que la ley atribuye la protección varían de un Estado a otro, por ejemplo, en Italia la protección se asigna a los servicios sociales locales a través del alcalde (y del centro de acogida residencial en caso de emergencia); en España el Ente público de protección o Servicio de protección de menores de la respectiva Comunidad Autónoma; en Francia al Servicio de Protección de la Infancia *(Aide sociale à l'enfance, Conseil Général)* de la autoridad local *(Département)*, no existiendo un sistema de tutela en Inglaterra, Gales ni Irlanda del Norte[40].

Por tanto, el objetivo es acometer una revisión general, a nivel de los Estados miembros de la Unión Europea sobre i) quiénes son dichos tutores/guardadores; ii) las exigencias sobre una adecuada formación; iii) garantías de supervisión, y iv) regulación de sus funciones[41]. En términos generales, se ha de precisar que la mayoría de los estados comparten, como deficiencias, que se han limitado a transferir sus antiguas instituciones jurídicas de tutela y representación civil de modo que las personas designadas como tutores a

40 Loira, S./Durán Ruiz, F.J. «El tutor voluntario del menor extranjero no acompañado. Un modelo a seguir para los estados miembros», en *Revista Internacional Consinter de Direito,* vol.10, núm.19, 2024, págs.327-347, en especial, np. 36, p. 342.

41 En este epígrafe se sigue la información contenida en: VV.AA. *Guardianship systems for children deprive of parental care in the European Union (with a particular focus on their role in responding to child trafficking),* European Union Agency for fundamental rights, Austria, 2015; and, VV. AA, *The reception and care of unaccompanied minors in eight countries of the European Union (comparative study and perspectives of harmonisation,* Project co-funded by the European Union's Fundamental Rights and Citizenship programme, final Report, 2010.Disponible en: https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/6641.pdf.

menudo se muestran incapaces de abordar las cuestiones específicas que plantea el menor no acompañado (como es el caso de España) junto a la lentitud en asignar un tutor y la falta de relación de confianza entre el tutor y el menor.

3.1. Características comunes y diferencias en los países miembros UE: sujetos, exigencias de formación, procedimientos de selección y funciones del tutor

i) En relación a *quiénes* se nombran como tutores, en la mayoría de los Estados miembros la tutela se asigna bien a una institución o entidad designada por la ley, o a una persona privada sin relación con el menor que haya sido sometida a un procedimiento de selección, debiendo dar su consentimiento antes de que les asigne la tutela del menor en concreto; con la excepción de Polonia en que la tutela solo puede ser ejercida por una persona física. Así mismo, en casi un tercio de los Estados miembros de la UE (Bulgaria, Chipre, Hungría, Letonia, Lituania, Portugal, Rumanía, España, etc.), cuando se designa a una institución como tutora, esta se asigna específicamente al director o representante legal de dicha institución (equipo técnico asignado al seguimiento del menor no acompañado: trabajador social, psicólogo, jurista); si bien, en la práctica, las tareas relacionadas con esta función son realizadas a diario por sus empleados, siguiendo las instrucciones del director. Más en concreto, es posible encontrar en los Estados miembros alguna de estas tres categorías de personas físicas que ejercen responsabilidades de tutela: a) familiares y/u otras personas vinculadas al menor; b) profesionales empleados por instituciones tutelares u otra autoridad responsable; y c) *tutores voluntarios* que no tienen parentesco con el menor y son reclutados por la autoridad tutelar u otra autoridad competente como tutores; y se han ofrecido como voluntarias para ejercer funciones de tutela, teniendo derecho, en ocasiones, a que se les reembolsen sus gastos además de recibir normalmente una remuneración (una medida innovadora en Italia, Dinamarca y Suecia); tal y como se profundizará más adelante.

Y en lo que atañe a la *independencia,* hay que destacar la oposición entre dos modelos existentes: aquél en que la tutela no es independiente de las autoridades de migración y asilo, como el de Bélgica y Finlandia en los que el Servicio de Tutela dependiente del Ministerio de Justicia es la autoridad tutelar responsable de los menores extranjeros no acompañados, regulándose a nivel local la tutela de los menores nacionales privados del cuidado parental. Frente al modelo en el que la ley exige que la tutela sea independiente de dichas autoridades como en Dinamarca, los Países Bajos y en España[42].

42 VV. AA. *Guardianship systems for children deprive of parental care in the European Union,* ob, cit, págs. 18-36.

ii) Respecto a las *exigencias de formación*, los requisitos educativos y profesionales se muestran diferencias entre los Estados miembros y dentro de ellos. Aunque la mayoría de las legislaciones nacionales prevén el nombramiento de tutores competentes y cualificados, los requisitos relativos a su formación profesional o académica suelen ser muy generales (requisitos de calidad moral y personalidad); definiéndose las cualificaciones de modo negativo al indicar la solamente quién no puede serlo, sin existir requisitos de formación o capacitación. En definitiva, en todos los Estados miembros existen procedimientos de selección para garantizar que el posible tutor cumple todos los criterios exigidos por la ley y, en particular, que no existe ningún conflicto de intereses. Los procedimientos de selección suelen incluir la comprobación de los antecedentes penales, aunque en algunos Estados miembros también se incluyen informes sobre la salud física y psicológica.

Y en lo que respecta a los *procedimientos de selección* y *garantías de supervisión*, se carece, a menudo, de requisitos de formación y capacitación, o estos no se aplican de manera sistemática. Como lacra, tampoco se regula en la generalidad de los Estados miembros la frecuencia de las revisiones de todos los criterios exigidos ni si se cumplen o no[43]. Incluso, la formación de iniciación o de actualización no es obligatoria, a excepción de Bélgica, Dinamarca, Letonia y Países Bajos en los que, modo positivo, es imperativa. Ahora bien, la legislación solo regula de manera excepcional la duración y el contenido de los cursos de formación para tutores, variando considerablemente los proveedores de formación y el contenido de los cursos de formación, no recibiendo, por lo general, los tutores ninguna formación especializada sistemática sobre la identificación, la protección y la asistencia a los menores migrantes no acompañados y víctimas de la trata. De igual modo, en términos generales, no se proporciona supervisión y profesional a los tutores pues, aunque, en principio, estos tienen derecho a recibir apoyo de la autoridad tutelar, no han desarrollado ningún servicio específico dentro de la autoridad correspondiente con el fin de proporcionar apoyo sistemático a los tutores[44].

iv) Y, por último, respecto a las *funciones* del tutor, la legislación de la mayoría de los Estados miembros suele definir las funciones y tareas de los tutores de manera general, a excepción de algunos Estados en los que su legislación nacional proporciona una lista de tareas concretas. Las competencias más comunes que los Estados miembros asignan a los tutores van desde garantizar que el menor reciba cuidados, alojamiento, educación y atención sanitaria, así como gestionar las finanzas del niño y, sobre todo, su representación legal en todos los procedimientos civiles, administrativos o judiciales, dando cumplimiento a las exigencias consagradas en el art. 31.1 de la Directiva de la UE (2011/95/UE). Ya que esta contiene una disposición específica relativa a la adopción por parte de los Estados miembros de la UE

43 *Ibidem*, págs. 39-46

44 *Ibidem*, págs. 46-53.

de las medidas necesarias para garantizar la representación de los menores no acompañados por un tutor legal o, cuando sea necesario, por una organización responsable del cuidado y el bienestar de los menores, o por cualquier otra representación adecuada, incluida la basada en la legislación o en una orden judicial (art. 31.1). Y, aunque en determinados procedimientos judiciales es necesario que un abogado profesional represente al menor, la legislación nacional no siempre establece normas claras sobre la interacción entre ambos, incluso el nombramiento de un abogado para un menor, víctima de la trata de seres humanos no siempre es obligatorio para el procedimiento y, en algunos casos, la asistencia jurídica gratuita solo se proporciona previa comprobación de los recursos económicos. En la mayoría de los Estados miembros, hay un número limitado de abogados con conocimientos especializados sobre los niños víctimas y, en particular, sobre las víctimas de la trata de seres humanos, y es posible que no siempre estén disponibles para ocuparse de casos concretos.

Asimismo, hay legislaciones que de modo encomiable, por un lado, en relación con el deber del tutor de salvaguardar el interés superior del menor, consagra los criterios concretos que son relevantes para su evaluación, como el art. 138 del ABGB en Austria: necesidades inmateriales como promover los talentos, habilidades, inclinaciones y potencial de desarrollo del niño; salvaguardar los derechos, reclamaciones e intereses del niño; tener en cuenta la opinión del niño; y necesidades materiales, especialmente, alimentación, atención sanitaria y vivienda, así como una educación diligente del niño; y prevención de peligros; protección contra agresiones o violencia; protección de la integridad física y mental; y la prevención de conflictos de lealtades[45]. Y, por otro lado, hay legislaciones como la de Bélgica que reglamentan de modo específico el deber de los tutores a desempeñar en los programas de localización de familias y retorno voluntario cuando son implementados o apoyados por organizaciones internacionales con experiencia en este ámbito, como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) o la Cruz Roja.

En definitiva, tras lo expuesto se puede colegir, en primer lugar, que se carece de mecanismo común que garantice a cada niño o adolescente migrante la asignación de un tutor independiente y especializado, capaz de representarlos, apoyarlos y defenderlos en todos los actos legales y no legales en los que su intervención no solo sea oportuna, sino necesaria. Solo unos pocos Estados miembros de la UE cuentan con una autoridad tutelar central a nivel nacional, confiando la mayoría de los Estados miembros las funciones tutelares a los servicios sociales municipales y cuando la tutela se

45 *Ibidem,* págs. 53-59. En seis Estados miembros (Croacia, Italia, Polonia, Portugal, Letonia y España), la autoridad del tutor para tomar decisiones en nombre del menor es algo limitada en comparación con la autoridad de los padres. Los tutores deben solicitar y obtener la aprobación del Tribunal u otra autoridad tutelar (en Croacia, el Centro de Bienestar Social) para todas las decisiones importantes que afecten a la vida del menor

ejerce a nivel regional o local, se aplican diferentes enfoques en distintas partes del país. Las disposiciones constitucionales u otras disposiciones legales nacionales de todos los Estados miembros suelen proteger a todos los niños que se encuentran en su territorio, independientemente de su nacionalidad o condición. No obstante, la situación específica de los niños en materia de migración y residencia suele ser fundamental para determinar el nivel y el tipo de protección que se les concede y, más concretamente, las modalidades de tutela y representación. Y, en segundo lugar, que debería exigirse la profesionalización del personal previamente formado y sensible a las vulnerabilidades de este grupo de personas; un proceso urgente y rápido para su elección del tutor, y sobre todo, una relación más cercana entre el tutor y el menor, la cual podría ser útil para un seguimiento eficaz de los menores en toda la UE, para prevenir el impulso del menor de abandonar repentinamente el centro de acogida, y para permitir la obtención de información importante (reclutamiento de menores por parte de las redes de tráfico ilegal de migrantes que operan en la UE).

3.2. Referencia a la regulación de la tutela del menor no acompañado en España

En España, como principio programático, los poderes públicos tienen encomendado brindar asistencia y protección a todos los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de su origen, nacionalidad o cualquier otra circunstancias (art. 2.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989; 9.6 CC, y 3 LOPJ) debiendo, en consecuencia, ser protegidos los menores extranjeros en situación de desamparo o dificultad social y, en su caso, ser tutelados por los Administraciones competentes, con independencia de que tengan o no su residencia legal. De tal modo que, el permiso de residencia se deberá tener en el plazo máximo de tres meses desde que ingresó en el sistema de protección, solicitado de oficio o a instancia de parte, según el nuevo art. 172.2 del nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por RD 1155/2024, reduciendo al menos sobre el papel, el tiempo de limbo jurídico de estos menores[46]. Ello supone, en realidad, un importante incentivo a la entrada masiva de menores extranjeros, pues, si no es posible su repatriación al país de origen, y se asume su tutela administrativa, el menor obtendrá autorización de residencia y podrá adquirir la nacionalidad

46 Art. 172.1 Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre los derechos y libertados de los extranjeros en España y su integración social:* La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor». Si bien, desde la reforma del anterior Reglamento de Extranjería en 2021 se simplifica el procedimiento para obtener un permiso de residencia y un permiso de trabajo (hasta los 16 años). El permiso expedido tiene una validez de dos años, y puede renovarse por un período de tres años durante su minoría de edad.

española tras un año de residencia en España, siempre que haya permanecido dos años consecutivos bajo la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano español o una institución española (art. 22.2.c del Código Civil [CC])[47].

De modo previo al desamparo de menor, y en lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía dado que cada Comunidad Autónoma tiene sus propias particularidades a la hora de proceder en este tema, el Fiscal de menores (previa comunicación por las Fuerzas y cuerpos de Seguridad y como garante de la protección del menor) protege al menor a través del llamado *desamparo de hecho* al estar ante un peligro cierto, real, grave, inmediato y presente (al igual que en otros casos que se caracterizan por dicha premura), emitiendo una orden (no una resolución por escrito dada la urgencia) de ingresarlo en *un Centro de Acogida Inmediata*; orden que no se puede desestimar[48]. De tal modo que el director o responsable del centro de acogida actúa, por delegación de la Entidad Pública, como el representante legal inmediato del menor para las gestiones diarias y urgentes. Posteriormente, y en aras del art. 172.4-5 del Código civil, introducido de modo loable, por la reforma del Código civil por LO 8/2025, y en cumplimento de la obligación de prestar atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la *guarda provisional* de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. En realidad, la regulación de esta modalidad de guarda consigue evitar el rigor derivado de la declaración de desamparo de un menor en aquellos supuestos en los que la entidad pública no posea suficiente información sobre su situación real, como es la del menor migrante no acompañado. No obstante, la dificultad es la que se ha venido exponiendo, la tutela recae en una entidad jurídica y no una persona individualizada que desde el primer momento acompañe y vele por el interés del menor, tal y como exige el Reglamento UE 2024; al igual que comparto la opinión de que durante todo el procedimiento administrativo de desamparo el menor goce de asistencia letrada gratuita a través del turno de oficio del correspondiente Colegio de Abogados[49]; debiendo, a mi parecer el tutor provisional, y desde el primer momento, hacer de enlace con el letrado.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible (siendo criticable la falta de concreción del plazo de dicha guarda que no debería superar los tres meses)[50], durante el cual deberá procederse, en su caso, a la decla-

47 Martínez Molina, L, ob, cit, np. 11, pág.181.

48 *Vid.* García Hernández, G, «El Ministerio Fiscal y la protección de los MENA». *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*, integración (coord. Cabedo Mallol), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 174-179.

49 Flores Rodríguez, B., ob, cit, pág. 355.

50 Noriega Rodríguez, L. «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Anuario de Derecho Civil,* tomo

ración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Es un lugar común en la doctrina española afirmar que, a pesar de que nuestra normativa sobre protección del menor no lo prevé específicamente, el menor migrante no acompañado debería ser declarado en situación de desamparo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 del Código civil y 18 de la LOPJM de conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 del Código civil y 18 de la LOPJM una vez verificado que carece de la asistencia material o moral de un adulto responsable del mismo en territorio español; con la particularidad, ya indicada de la falta de uniformidad respecto a la declaración de desamparo de estos menores dada la diferente regulación de cada Comunidad Autónoma; cuestión en la que no se puede profundizar[51].

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública[52]. Cuando se trata de menores no acompañados, normalmente, la tutela de la entidad pública tiene lugar mediante el acogimiento residencial en los centros de protección, produciéndose en muy pocos casos el acogimiento familiar (art. 172 ter), resultando minoritario o residual, primando el residencial o institucional. De hecho, los acogimientos residenciales supusieron en el año 2023 el 95,55 % del total de medidas de protección adoptadas (cuyo número ascendía a 15399 menores)

LXXI, fasc I, págs.11-152., en especial, págs. 26-27 que considera que se debería haber establecido una duración máxima de esta modalidad de guarda, pues el interés del menor exige la pronta definición de su situación de máxima celeridad en la adopción de las medidas necesarias. En este sentido, es importante señalar que el Anteproyecto, en los citados artículos de la LO y del Código Civil, contemplaba una duración máxima de tres meses, circunstancia que desafortunadamente se excluyó en la redacción de la Ley 26/2015

51 Flores González, B. el estudio de interés de Flores González, B. «La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España» en *Revista de Derecho Civil,* vol.5, núm. 2, 2028, págs.321-362, en especial, pág. 348. Disponible en: https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/281/272

52 Para una referencia del sistema de protección jurídica del menor en desamparo, en generl, en el régimen jurídico español. *vid*. Berrocal Lanzarot, A.I. y Callejo Rodríguez, C. (coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, La Ley, Madrid, 2017; Berrocal Lanzarot, A.I. «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», *La Ley Derecho de Familia*, 60/46, 2015, págs. 12-38.; Noriega Rodríquez, L. ob, cit, págs.11-152. y Moretón Sanz, Fernanda, «Las declaraciones de situación de riesgo y desamparo en la nueva regulación estatal», *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia* (coordinadores Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 249-271.Y en concreto, respecto al desamparo del menor migrante no acompañado, vid por todos, Flores González, B., ob. cit. Fernández González, M.B. *El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

frente al 4 % de acogimientos familiares durante ese mismo año[53]. Ahora bien, el problema de no existir una regulación específica para estos menores es que, de acuerdo con el artículo 172.5 del Código civil se permite expresamente que se declare el cese de la tutela siempre que hayan transcurrido seis meses desde que el menor haya abandonado el centro de protección, si se tiene en cuenta que la desaparición de estos menores de los centros es muy habitual, tal y como lo denuncia *Save the Children* y el informe de 2024 *Missing children in Europe,* y una reciente investigación premiada por el Parlamento de la UE[54]. A mi parecer, dicha pasividad y dejación de responsabilidad por la Administración es, de todo punto, reprochable[55], al igual que acontece en la nueva regulación del tutor voluntario en Italia que, a pesar de sus bondades, adolece al igual que España de la falta de una respuesta jurídica específica y justa ante esta problemática.

Tras la declaración de desamparo, la administración pública debe garantizar el acceso del menor a la educación y a una formación adecuada, asistencia jurídica o servicios de interpretación cuando sea necesario, facilitar la inserción social del niño y proporcionarle los cuidados adecuados. En lo que respecta a las cuestiones específicas de las solicitudes de asilo, el Protocolo establece que los tutores se encargarán de proporcionar al menor toda la información necesaria y de garantizarle el acceso al procedimiento[56]. Pero, dado el creciente número de llegadas a España, las bajas cifras de meno-

53 Observatorio de la Infancia. (2023). Boletín, núm. 25 de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, 2025. Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, pág. 44. Disponible en: https://www.juventudeinfancia.gob.es/sites/default/files/boletines_estadisticos/16122024%20BOLETIN%20PROTECCION%2026%20DATOS%202023.Final.pdf. Por sexos, el 75,83 % de las medidas sobre niñas extranjeras no acompañadas en acogimiento lo fueron en residencial frente al 97,33 % en el caso de los niños. En el año 2022 el porcentaje fue del 79,09 % respecto a las niñas y el 96,76 % en el caso de los niños.

54 AA. VV. *Missing Children in Europe. Annual Review,* 2024, y, sobre todo, la investigación llevada a cabo por medios de comunicación de Alemania, Italia, Grecia, Países Bajos, Bélgica, Irlanda y Reino Unido que reveló que al menos 51 433 menores migrantes no acompañados desaparecieron tras llegar a países europeos entre 2021 y 2023. «Investigation into missing unaccompanied child migrants wins the 2024 Daphe Curuana Galizia prize for journalism», *News Europe Parliament*, 23 de octubre de 2024, Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20241018IPR24759/investigation-into-missing-migrant-children-wins-2024-journalism-prize.

55 Sastre, A (coord.) *Infancias invisible. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados*., Save the Children, España, 2016, pág. 22, afirma que esta medida supone que la comunidad autónoma que debe hacerse cargo y cuidar del niño o niña pueda darle de baja sin exponerse a reclamaciones ni exigencias de responsabilidad, y sin tan siquiera tener que demostrar que ha hecho lo posible por encontrarle». Disponible en: https://www.savethechildren.es/publicaciones/infancias-invisibles. Durán Ruiz, F. J. (2021). Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro. Thomson Reuters Aranzadi. (p. 241).

56 *Vid*. Protocolo de actuación, disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=8745&tipo=documento

res no acompañados que solicitan asilo ponen de manifiesto la existencia de deficiencias en lo que respecta a su acceso a la protección, debiéndose principalmente a la falta de información sobre la protección internacional en los sistemas de protección de menores de las comunidades autónomas[57].

Por último, la reforma del art. 22bis de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica de menor* por ley 26/2015, de 28 de julio incluye la obligación de la Administración de preparar a los jóvenes que anteriormente estaban bajo tutela para la vida independiente (UMA y no UMA), desde dos años antes de que alcancen la mayoría de edad, una vez que la hayan alcanzado, siempre que lo necesiten. No obstante, este marco teórico apuntado contrasta con la práctica, tal y como denuncian instancias como SOS Racismo e Informes del Defensor del Pueblo, en concreto el Informe anual del 2018[58]. Esta medida tiene su equivalente en Francia por medio de la Ley n.º 2022-140 del 7 de febrero, *relative à la protection des enfants* que modifica el art. L112 del Código de Acción social y de familias y marca un punto de inflexión en la acogida y el apoyo a los menores no acompañados, garantizándoles una mejor atención para satisfacer sus necesidades específicas, dado que los menores de entre dieciocho años y veinte años que entraron en el sistema de protección infantil como menores no acompañados pueden seguir estando protegidos en virtud de un contrato para jóvenes adultos, una medida de bienestar social para jóvenes de hasta 25 años, para los más vulnerables y menos autónomos (algunos problemas físicos o psicológicos que requieren continuidad en su acompañamiento)[59].

IV. Algunas buenas prácticas. recomendaciones por European Guardianship Network y Europrom

4.1. Un sistema en la línea del Reglamento UE de 2024: el modelo italiano de un tutor persona física y figura proactiva: ¿un logro relativo?

Se puede afirmar que la Ley n.º 47 de 2017 es la única y la primera norma de un país de la UE que regula la materia concerniente a los menores no acom-

57 https://asylumineurope.org/reports/country/spain/asylum-procedure/guarantees-vulnerable-groups/legal-representation-unaccompanied-children/

58 *Vid*. Defensor del Pueblo, *Los niños y adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2017,* Defensor del Pueblo, 2018, pp. 38-56. Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/09/Separata_Menores_informe_anual_2017.pdf (consulta realizada: 16 de enero de 2020), en especial en la pág. 45.

59 https://www.cepc.gob.es/biblioteca-y-documentacion/documentacion/base-de-datos-docex/disposiciones/loi-ndeg-2022-140-du-7-fevrier-2022-relative-la-protection-des-enfants-1.

pañados de modo único, y con la sugestiva novedad de consagrar la figura del tutor voluntario (art. 11 «lista de tutores voluntarios»). En realidad, esta innovación ha tenido en la práctica una respuesta muy positiva, hablándose de «un modelo italiano», tal y como lo corroboran los testimonios de tutores voluntarios y de menores no acompañados acerca de la creación de relaciones personales entre ambos, siendo en su mayoría mujeres de entre cuarenta y cincuenta años y con formación universitaria[60].

Haciendo un poco de retrospectiva, antes de su entrada en vigor esta tarea, de hecho, solía atribuirse a un tutor institucional (el alcalde del municipio donde se alojaba el menor, el comisario u otros) que, ante el elevado número de menores asignados, no podía desempeñar sus funciones de tutela de manera adecuada a las necesidades de los menores migrantes. Por estas razones, el legislador italiano decidió institucionalizar esta figura, recogiendo en el texto legal lo que algunas regiones ya estaban desarrollando en la práctica. En abril de 2018, tres mil ciudadanos italianos ya habían manifestado su disposición a asumir este tipo de responsabilidad; aunque dado el aumento de los menores no acompañados en Italia, las tutelas voluntarias activas equivalen al 23 % de las necesidades, lo que significa que solo la mitad de los tutores voluntarios inscritos en los registros habían recibido una asignación de tutela[61].

Respecto a los aspectos más relevantes de su regulación, pasamos a destacar los positivos, sobre todo, sus funciones(i) y los que pueden hacer que la figura no desarrolle el potencial que pudiera, entre ellos el carácter más discutido de la gratuidad (ii).

i) En relación al *momento y requisitos de nombramiento,* es acertado que la asignación del tutor tenga lugar durante la fase de acogida y, mientras tanto, el artículo 6.3 prevé que la solicitud de permiso de residencia o de protección internacional pueda ser presentada por la estructura de acogida. Y respecto a sus requisitos, se puede afirmar que el tutor es simplemente un ciudadano particular, persona física, que expresa su deseo de asumir este tipo de responsabilidad, a través de una de las convocatorias públicas ofrecidas por la Autoridad Garante de la Infancia y la Adolescencia (requiriendo ser ciudadano italiano o de la Unión Europea, apátrida o nacional de un tercer país con un buen conocimiento de la lengua italiana; residir legalmente en Italia; ser mayor de veinticinco años; ser titular de derechos civiles y políticos; y no haber sido condenado por delitos penales ni tener procedimientos penales

60 Menor, D. «Soy tutor de un mena», 4 de febrero de 2020 https://www.laverdad.es/sociedad/tutora-mena-20200204121448-nt.html. Y, https://www.infoans.org/es/secciones/noticias/item/3729-italia-tutor-voluntario-para-menores-extranjeros-no-acompanados-publicacion-de-las-orientaciones-salesianas.

61 *Report mensili Minori Stranieri non accompagnati (MSNA),* de Italia, publicados mensualmente por el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, Dirección General de Políticas de Inmigración e Integración, División II.

pendientes en su contra). Y de modo también muy pertinente y, cumpliendo de tal modo con las exigencias de especialización del tutor ex art. 23 Reglamento UE 2024, el candidato, una vez cumplidos los requisitos está obligado a recibir un período de formación especializada que le permite inscribirse en el Registro de Tutores Voluntarios del Tribunal de Menores; a excepción de aquellos que puedan tener un conflicto de interés con los menores. Esta lista agiliza considerablemente el procedimiento de asignación de tutores, pues con solo consultar el registro, se asigna un tutor al menor[62].

En particular, y respecto a sus *funciones*, y como en la mayoría de los Estados miembros, el tutor representa legalmente al menor, ya que, al no haber cumplido los dieciocho años, este último no tiene capacidad para actuar en los procedimientos que le afectan; lo que no impide que el menor tenga derecho a participar activamente y a expresar su voluntad, de acuerdo con el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Además, el tutor vela por el reconocimiento de los derechos del menor, sin discriminación alguna, debiendo solicitar el permiso de residencia y/o la protección internacional si la institución de acogida aún no lo ha hecho. De igual modo, el tutor debe supervisar las condiciones de acogida, seguridad y protección y gestionar los bienes del menor; participando, de hecho, en la fase de identificación del menor y realizando un seguimiento de todas las acciones llevadas a cabo para la determinación de la edad (art. 5.3)[63]. Y, en lo que respecta a los actos patrimoniales, por otra parte, el tutor puede realizar libremente todos los actos de administración ordinaria, debiendo solicitar la autorización del juez en caso de un acto de administración extraordinaria. Y, por último, también supervisa su educación e integración de acuerdo con su capacidad, inclinación y aspiraciones, y promueve el bienestar psicofísico y físico del menor ante las instituciones y sujetos competentes. En particular, el tutor voluntario debe inscribir al menor en el Sistema Nacional de Salud y solicitar la aplicación de un programa específico en el caso de un menor no acompañado víctima de la trata (art. 11)[64]. En definitiva, ante las numerosas tareas que se le asignan, a cada tutor se le puede asignar un máximo de tres menores, con algunas excepciones[65].

---

62 Tassarini, F, ob, cit, pág. 564, y Loira, S./Durán Ruiz, F.J. ob, cit, pág. 332.

63 Cuando un menor no acompañado tiene un familiar en otro Estado miembro de la UE y no ha presentado una solicitud de protección internacional, el tutor solicitará la apertura del procedimiento de reunificación familiar, siempre que ello no suponga un riesgo para el menor. Y Loria, S, «La reciente y renovada normativa sobre Menores Extranjeros No Acompañados en Italia», en Durán Ruiz, F. J (dir.), Cuesta Revilla, J. y Navarro Ortega, A. (coords.), *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la UE y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2021, págs. 469-485.

64 Tassarini, F, ob, cit, pág. 565.

65 El artículo 11 de la Ley n.º 46 de 2017, in fine, remite al Libro I, Título X del Capítulo I del Cc en lo que respecta a los derechos y obligaciones del tutor voluntario.

A la luz de las consideraciones precedentes se puede concluir: por un lado, que la Ley n.º 47 de 2017 establece un sistema muy innovador para el nombramiento de tutores al haberse encomendado a un organismo específico (la Autoridad Garante de la Infancia y la Adolescencia) la tarea de formar y educar a los adultos que desean asumir la tutela de los menores; sin cuya especialización los tutores no pueden inscribirse en el Registro de Tutores Voluntarios. Asimismo, el tutor es considerado por la misma ley, como la persona, más bien amigo, que cuida del menor, con el fin de establecer con el menor una relación de confianza en la que este pueda sentirse amparado y protegido en el ejercicio de sus derechos para una vida digna[66]; aunque sin estar obligado a acoger al menor en su hogar, dado que no se trata de un acogimiento familiar, ni a contribuir a los gastos para la asistencia y educación del menor. Y, por otro lado, no hay que olvidar que el tutor voluntario realiza una tarea benéfica, no recibe ninguna compensación; por lo tanto, se evita cualquier conflicto de intereses entre él y el niño.

ii) Una vez expuestas las bondades cabe señalar algunas *incertidumbres que genera la normativa* y los factores que están limitando la misma. En primer lugar, cabe señalar algunas inseguridades sobre el alcance de la *responsabilidad jurídica* del tutor que le atribuye la Ley porque, a pesar de la referencia explícita que el art. 11 de dicha ley hace al Cc. italiano, la responsabilidad del tutor voluntario es una responsabilidad atípica en la medida en que tiene como objetivo exclusivo la protección de los dichos menores que se encuentran en territorio italiano. De tal modo que, si en 2018, 5828 menores desaparecieron de los centros de rescate y primera acogida italianos (fenómeno bastante frecuente en Italia, atribuible a la complejidad y las lagunas del sistema de acogida de migrantes) surge el interrogante de determinar si se debe calificar de responsable al tutor voluntario ante la desobediencia del menor no acompañado y, en caso afirmativo, cómo hacerlo. A tal efecto, el artículo 358 del Código Civil impone al menor la obligación de respetar y obedecer al tutor, de tal modo que su incumplimiento conlleva que el tutor podría citar al menor bajo tutela, incluso a través del juez tutelar ex art. 358.2 CC, sin poder nunca renunciar unilateralmente a sus funciones, sino que siempre será necesaria una orden de cese dictada por el juez civil[67]. Por el contrario, según Tassarini y las directrices de *Save the Children* dictadas en

66 De hecho, los menores no acompañados desconocen a menudo la figura del tutor voluntario y, sobre todo, las tareas inherentes a la misma; ignoran, porque nadie se lo ha explicado, que el tutor se convierte en el nexo de unión entre las potencialidades de los menores y el acompañamiento a sus itinerarios de inclusión que pasan por actos concretos y prácticos, como ha señalado la Asociación Agevolando, que forma parte de Care Leavers Network Italia (vid. Loira, S./Durán Ruiz, F.J. ob, cit np. 29, pág, 339).

67 Ref. Lessi, Di, «Ragazzi fantasma: 10 mila minori migranti scomparsi in Italia nell'ultimo anno», *La Stampa,* 29.08.2017, disponible en el siguiente enlace: http://www.lastampa.it/2017/08/29/italia/ragazzi-fantasma-mila-minori-migranti-scomparsi-in-italia-nellultimo-anno-a7eqlTIaCPCCe2Uvuv0TQI/pagina.html

2018 a favor de los tutores voluntarios, la obligación de comunicar al Tribunal de menores la eventual desaparición del menor del centro de acogida, constituye uno de los motivos para el cese de las funciones de la tutela voluntaria, junto con la repatriación/reubicación y/o la mayoría de edad. Incluso, si el menor desaparecido es identificado en otra parte del territorio italiano y es acogido en otro centro de otra ciudad italiana, el tutor puede solicitar que se le exima de sus funciones.

En consecuencia, el desapoderamiento del tutor voluntario al no coincidir las facultades de representación del tutor voluntario con las facultades que generalmente se atribuyen a la figura jurídica del tutor en el Cc, podría constituir un obstáculo para el establecimiento de la relación de confianza que ha demostrado ser una herramienta eficaz en la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes. De hecho, los tutores voluntarios, aunque estén bien formados y seleccionados, tienen una responsabilidad muy limitada en el cuidado de estos menores, ya que basta con que el menor abandone su centro de acogida para que pierdan su carga de representación.

En segundo lugar, se pone en evidencia que la trazabilidad de los cursos de formación debería necesariamente pasar por una política de inversiones específicas, pero lamentablemente lo previsto por ley casi siempre tropieza con problemas de presupuesto. La formación recibida, a pesar de ser juzgada casi siempre positivamente por los tutores, muestra sus límites precisamente en la generalidad de la misma, resultando principalmente de orientación cuando debería estar apoyada por una actualización constante y, sobre todo, por un interlocutor, o bien por un punto de asesoramiento, que funcionase las veinticuatro horas del día, para acompañar y ayudar activamente a los tutores voluntarios durante el ejercicio de su función[68]. En ocasiones, incluso, como de hecho ocurrió en Sicilia, el nombramiento por la Autoridad Garante de la infancia se realiza exclusivamente formalmente sin proporcionar al tutor las herramientas y estructuras necesarias para desempeñar sus funciones y faltando, en ocasiones, la intermediación lingüística que es imprescindible para el ejercicio de los derechos de los menores extranjeros no acompañados ya que deberían estar adecuadamente informados sobre sus derechos y la posibilidad de recurrir cuando consideren que el tutor no los está respetando[69]. Finalmente, la gratuidad y voluntariedad deben ser compatibles con la pro-

68 Sperindé, S, Chiurco, L. y Rossi, F, *Una sfida oltre i confini. Esperienze di tutela volontaria di minori migranti,* Roma, Inapp, 2020.

69 Ref. (http://palermo.repubblica.it/cronaca/2018/03/14/news/sicilia_lo_sfogo_del_garante_per_l_associazione_lavoro_senza_sede_ne_fondi_-191282378/?refresh_ce, en Loira, S./Durán Ruiz, F.J. ob, cit np. 31, pág. 341. Luigi Bordonaro fue nombrado Garante per l'infanzia (Defensor del menor) en 2016. Hasta la fecha, como él mismo declaró en una entrevista del 14 de marzo de 2018: «estoy obligado a trabajar en absoluta soledad, sin oficina, sin teléfono, sin colaborador (...). Evidentemente, en estas condiciones resulta extremadamente difícil, si no absolutamente imposible, realizar todos los trámites necesarios para anunciar y organizar los cursos previstos para tutores voluntarios.

fesionalización del cargo, por cuya relevancia se defiende desde la doctrina italiana la regulación de la posibilidad de que el tutor voluntario pueda acogerse a permisos y excedencias laborales, sufragados por las administraciones públicas para garantizar la plena integración del menor[70].

Junto a la nueva figura del tutor voluntario consagrada en Italia, es también dable referenciar la buena práctica consagrada raíz de la mencionada Ley francesa innovadora de 7 de febrero de 2022 relativa a la protección de los niños que, aún sin llegar al modelo de tutor voluntario, regula las llamadas «familias de acogida de apoyo» que implica que una persona, una pareja o una familia acoge a un menor no acompañado de forma ocasional en su propio hogar, de forma voluntaria, durante un periodo de tiempo determinado. Esto les permite integrarse más fácilmente, aprender los códigos sociales y beneficiarse de apoyo educativo. Asimismo, dicha norma garantiza una atención centrada en las vulnerabilidades de estos menores, de tal modo que algunos departamentos han creado instalaciones de alojamiento específicas para niñas menores extranjeras no acompañadas (alojamientos semiautónomos en los que solo se alojan niñas dado el aumento de los casos de presunto tráfico)[71].

4.2. Recomendaciones desde el *European Guardianship Network*[72]

A la luz de todo lo expuesto, culmino con algunas recomendaciones puestas de manifiesto, por un lado, por la red *European Guardianship network* que tiene como objetivo promover la tutela y mejorar los servicios de tutela para los menores no acompañados y separados en los Estados miembros de la UE mediante el intercambio de buenas prácticas, conocimientos especializados y otra información pertinente, así como el intercambio de ideas y la cooperación en retos comunes y transfronterizos. Y, por otro lado, por un trabajo elaborado por el Ministerio de Justifica francés que publica una guía dedicada a la atención y protección de los menores no acompañados en Europa, y fruto del trabajo realizado por expertos franceses, españoles, italianos y suecos en el marco del proyecto EUPROM con prácticas inspiradoras y recomendaciones[73].

---

70 Loira, S./Durán Ruiz, F.J. ob, cit, pág. 333.

71 Mission Nationale Mineurs non Accompagnés. Rapport Annelle d'Activité, Ministère de la Justice, ob, cit, pág.33-35.

72 https://www.egnetwork.eu/La plataforma de aprendizaje paralela basada en la web para los tutores de menores no acompañados, creada en Moodle, complementa el manual, tratándose de un recurso en línea con presentaciones, vídeos y ejercicios que facilita el aprendizaje a distancia y permite a los formadores y participantes acceder a material adicional a través de la plataforma digital.

73 https://www.justice.gouv.fr/actualites/actualite/guide-mieux-prendre-charge-mineurs-non-accompagnes

Desde un plano más general, destaco: i) establecer un marco europeo común para la evaluación de la minoría de edad; ii) garantizar la acogida provisional de emergencia a las personas que afirman ser menores extranjeros no acompañados durante la evaluación de su minoría de edad; iii) salvaguardar el derecho a solicitar asilo y a un proceso de asilo adecuado, así como el derecho a la protección infantil, independientemente de la situación de asilo; iv) asegurar el acceso a servicios de interpretación y desarrollar herramientas educativas adaptadas para la evaluación de las personas que afirman ser menores extranjeros no acompañados, disponibles en varios idiomas v) formar a mediadores culturales para facilitar la comunicación y la integración de los menores extranjeros no acompañados vi) y fomentar el intercambio de datos dentro de la UE sobre su situación. Y, de modo más concreto respecto al tutor, vii) asegurar el nombramiento inmediato de un *representante provisional* para cada persona que afirme ser menor no acompañada en el momento en que se evalúe su minoría de edad, con el fin de acompañarla y asistirla en todos los procedimientos administrativos y judiciales, hasta que se dicte una resolución definitiva; viii) promover *el nombramiento sin demora de un tutor legal para cada menor no acompañado*; ix) Garantizar la transición a la mayoría de edad de los menores no acompañados bajo tutela, promoviendo el acceso a procedimientos simplificados para la concesión de permisos de residencia y x) *Capacitar a los actores judiciales, y sobre todo al tutor,* que participan en la atención de los menores no acompañados para identificar todas las formas de trata de seres humanos[74].

V. Unificación del sistema de tutela de menor no acompañado como prevención a la trata del menor de edad no acompañado

Debido a su vulnerabilidad, los menores no acompañados son más propensos a ser víctimas de una o más formas de trata a lo largo de su viaje migratorio: explotación sexual, servidumbre doméstica, coacción para cometer delitos o mendicidad forzada. Incluso, las asociaciones y ONGs del sector (especialmente, el Grupo de expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa-GRETA) advierten algunas redes los reclutan directamente en las inmediaciones de los hogares de bienestar social para menores[75]. Los datos a nivel de la UE ponen de relieve la dimensión de

74 Council of Europe, «How to convey child-friendly information to children in migration – A handbook for frontline professionals», Strasbourg, 2018.

75 «El aumento de los riesgos de trata de personas exige una acción concertada para reducir la vulnerabilidad de los niños a la trata»., 30 de julio de 2024 https://www.coe.int/es/web/portal/-/increased-risks-of-human-trafficking-require-concerted-action-to-reduce-children-s-vulnerability-to-trafficking: En referencia al «Llamamiento a la acción acelerada para 2025 con el fin de prevenir y poner fin a la trata de niños», la declaración de la ICAT

género de este delito en el que casi tres cuartas partes (72 %) de todas las víctimas en la UE y el 92 % de las víctimas de la trata con fines de explotación sexual son mujeres y niñas y casi una cuarta parte de todas las víctimas de la trata son menores[76].

Realizando un paréntesis conceptual, según el artículo 3 del Protocolo de Palermo de las Naciones Unidas (2000), *que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,* la trata de personas se define como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación (siendo irrelevante el consentimiento de la víctima cuando el autor ha utilizado cualquiera de las modalidades anteriores). Si bien, respecto al menor de edad, aunque no se hayan utilizado medios de coacción, se presume que se ha cometido el delito de trata de seres humanos[77].

En consecuencia, la identificación como víctima de la trata por parte de organismos estatales (formal) y con motivos razonables es esencial para que la víctima pueda ejercer sus derechos. En consecuencia, en algunos países, como España, se ha avanzado en cierto sentido regulando, a mi parecer, de modo muy acertado y pertinente que algunas ONGs lleven a cabo una identificación informal para que las víctimas puedan ejercer algunos derechos socio-sanitarios y legales[78]. El hecho de que solo las víctimas de la trata identificadas formalmente tengan derecho a recibir una atención especial supone una grave limitación para la protección de las víctimas; y el que solo

destaca que, dado que una de cada tres víctimas identificadas de la trata a nivel mundial es un niño, los esfuerzos para prevenir y poner fin a la trata de niños siguen siendo insuficientes para lograr un cambio tangible. Por lo tanto, es fundamental garantizar que la prevención de la trata de niños y la asistencia y protección de los niños víctimas formen parte integrante de los sistemas de protección de la infancia y, en caso de conflictos y situaciones de crisis, se integren en las estructuras y respuestas de coordinación humanitaria, en particular para los niños no acompañados y separados.

76 https://www.lastradainternational.org/directive-onpreventing- and-combating-traf_cking-in-human-beingsand-protecting-its-victims/ y EU Strategy on Combatting Traf{cking in Human Beings 2021- 2025. Disponible en: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/internal-security/organised-crime/together-against-trafficking-human-beings/eu-strategy-combatting-trafficking-human-beings-2021-2025_en

77 STEDH del 25 de junio de 2020 en Gran Sala con ocasión de la resolución del Asunto de S.M. c Croacia y Kanagaratnam y otros c. Bélgica, de 13 de diciembre de 2011

78 Resolución de 7 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad de 27 de mayo de 2022, relativo a la acreditación administrativa de la condición de víctima de trata de seres humanos y/o explotación sexual y sus Anexos I y III. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11630

un número limitado de víctimas (menores) sean detectadas e identificadas como tales por las autoridades competentes socava el papel de los sistemas de tutela en la identificación y en la prevención de la trata de niños. Consciente de esta realidad, el Relator Nacional Finlandés sobre la Trata de Seres Humanos ha ido más allá y ha subrayado la necesidad de un sistema de tutela integrado en la legislación sobre bienestar social para todos los niños, arguyendo que el propio tutor (y no solo la ONG), podría y debería estar legitimado legalmente para ayudar a identificar a los menores no acompañados como víctimas con las consecuencias beneficiosas de todo punto para el menor[79].

En definitiva, ante esta realidad invisible, y sin datos oficiales, la Agenda 2030[80] para el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas prevé un mundo en el que todas las niñas y niños crezcan libres de violencia y explotación y establece como su Objetivo 16.2 el de poner fin al abuso, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura infantil. Y reformando este objetivo, la Directiva UE 2024/1712 del parlamento europeo y del consejo de 13 de junio de 2024 *por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas,* en su artículo 14 regula esta problemática, pero refiriéndose al menor en general al rezar: «Los Estados miembros *designarán un tutor o representante legal del menor víctima de trata de seres humanos a partir del momento en que las autoridades nacionales lo identifiquen como tal*, cuando, en virtud del Derecho nacional, un conflicto de intereses entre el menor y los titulares de la responsabilidad parental les impida defender el interés superior del menor o representarlo. Los Estados miembros garantizarán que, en caso de conflicto de intereses entre el tutor y el menor víctima de trata, se designe a un tutor o representante legal diferente. Ese criterio también se recoge en el art. 50 del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2023 se nombrará un tutor o representante legal para que actúe en su nombre[81].

Asimismo, el art. 16 Directiva UE 2011 *sobre la prevención de la trata de seres humanos*[82]*,* modificada en el 2024, regula la evaluación individual del

79 Para más información, véase también www.gov.uk/government/ uploads/system/ uploads/attachment_data/file/372791/ ChildTraffickingAdvocates.pdf.

80 Naciones Unidas, Asamblea General. «Transformar nuestro mundo: Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)».

81 https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf.Art. 50.3. Cuando la presunta víctima de trata y explotación de seres humanos menor de edad no esté acompañada se adoptarán las siguientes medidas: a) Se designará un tutor o representante legal encargado de actuar en su nombre. b) Se adoptarán las medidas necesarias para establecer su identidad y su nacionalidad. c) Se realizarán todos los esfuerzos necesarios para encontrar a su familia, siempre que responda al interés superior del menor.

82 España no ha traspuesta dicho Directiva y se rige por el, Protocolo marco para la protección de las víctimas de la trata de personas.

interés superior de cada niño víctima de la trata con vistas a encontrar una solución duradera adecuada para él o ella. Siendo el concepto de solución duradera amplio y dinámico (el retorno al país de origen del niño; bien el asentamiento o la integración en el país de acogida; o la reubicación en un tercer país) sin embargo, las autoridades estatales se muestran reacias a establecer un proceso independiente de determinación del interés superior que conduzca a una solución duradera, ya que esto podría poner en peligro la integridad de los sistemas de control de la inmigración. En particular, Bélgica es uno de los pocos países del mundo que desde 2002 menciona el concepto de solución duradera para los menores no acompañados en su legislación, siendo la misión central del tutor, pero, al mismo tiempo, la menos definida.

Desde un plano panorámico, mientras varios Estados miembros de la UE han adoptado disposiciones específicas que exigen el nombramiento de un tutor o representante legal para los menores, víctimas de trata, otros han elaborado textos no vinculantes sobre el nombramiento de un tutor para dichos menores, como los protocolos adoptados en Croacia y España. Además de cualquier disposición o marco específico, su representación legal en los procedimientos penales también debe garantizarse de conformidad con las normas generales aplicables a los derechos de las víctimas, que en Estados miembros como Francia y Suecia mencionan explícitamente a las víctimas de la trata. Por otra parte, muy positivamente, tanto Irlanda como Polonia establecen un mayor nivel de protección para los niños víctimas de la trata: en Polonia, la Fundación La Strada contra la Trata de Seres Humanos y la Esclavitud gestiona el Centro Nacional de Asesoramiento e Intervención para Víctimas Polacas y Extranjeras de la Trata de Seres Humanos; siendo responsable del bienestar del niño y, previa designación individual por un tribunal, sus empleados ejercen su tutela y custodia. En Irlanda se presta apoyo adicional a los niños no acompañados víctimas de la trata, con protocolos específicos entre las autoridades competentes en materia de migración, judiciales y de protección de la infancia, disponiendo de instalaciones de alojamiento especializadas para estos menores. La autoridad nacional de protección de la infancia tiene la responsabilidad clara de adoptar todas las medidas necesarias para los niños no acompañados identificados como víctimas potenciales o presuntas de la trata (debiendo ser remitidos inmediatamente al equipo especializado de trabajo social de Dublín)[83].

83 Para más información, véase también www.gov.uk/government/ uploads/system/uploads/attachment_data/file/372791/ChildTraffickingAdvocates.pdf. Chipre, Ley de lucha contra la trata y la explotación de seres humanos y protección de las víctimas de 2007, artículos 36(3) y 37(3); Dinamarca, Ley de extranjería, artículo 56a (1); Finlandia, Ley de promoción de la integración, artículo 56(1) y Ley de integración de los inmigrantes y acogida de los solicitantes de asilo, artículo 26(1) y Luxemburgo, Ley de 9 de abril de 2014 por la que se refuerzan los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos, artículo 3. Véase, por ejemplo, Bulgaria, Ley de lucha contra la trata de seres humanos, artículo 24; Grecia, Ley 3386/2005, art. 47 (2); y Portugal, Ley n.º 23/2007 (Ley de Extranjería), art. 114 (4). Polonia, sitio web del Centro Nacional de Asesoramiento e Intervención para las Víctimas de la Trata.

En definitiva, el problema principal en torno a esta realidad es que no existe formación para el tutor del menor no acompañado víctima de trata. Por lo general, los tutores no reciben formación especializada sistemática sobre su identificación, protección y asistencia. Cuando se imparten cursos de este tipo, el material de formación y los cursos suelen desarrollarse sobre el tema de la trata en general, sin centrarse específicamente en la función de los tutores. Así lo refleja el que en España el pionero Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Personas 2023, en su artículo 50 establezca que se nombrará un tutor o representante legal para que actúe en su nombre, pero no regula la formación del tutor.

VI. A modo de epílogo

Las grandes disparidades entre los tipos de tutela que se proporcionan a los menores no acompañados en los Estados miembros es más que evidente y, en ocasiones, dentro de los propios Estados miembros, tanto en lo que se refiere a los procedimientos y plazos de nombramiento, así como al perfil, las cualificaciones y las funciones de los tutores designados. El procedimiento lento y engorroso mediante el cual se asigna un tutor responsable al menor no acompañado y la falta de una formación profesional adecuada agrava la situación. A lo dicho hay que añadir que, en muchos Estados miembros, las disposiciones de la legislación en materia de migración y asilo prevalecen sobre la legislación en materia de bienestar y protección de la infancia, y la situación de residencia del niño repercute en la protección que recibe y en las disposiciones relativas a su tutela. Y es un lugar común en la doctrina especializada afirmar que, para atender las necesidades de los grupos de niños más vulnerables, como las víctimas de la trata de seres humanos y para prevenirla es necesario armonizar y reforzar el sistema de tutela en los Estados miembros de la UE.

Es cierto, por otra parte, que el avance que ha supuesto el nuevo Reglamento de la Unión europea de 2024, al regular de modo más preciso y garantista la definición y funciones del tutor del menor no acompañado, es restringido como consecuencia de que su ámbito subjetivo de aplicación se limita a las personas, incluidas los menores migrantes no acompañados, solicitantes de protección internacional. Siendo cierto que, a día de hoy, los Estados miembros de la Unión Europea están aplicando los principios generales contenidos en ellas a la espera de un texto normativo más específico que respondan a las exigencias que platean las propias vulnerabilidades de este colectivo.

Más allá, la falta de colaboración y cooperación entre las autoridades nacionales (incluidos los tutores) impide un seguimiento eficaz y homogéneo de los menores no acompañados en toda la UE con el riesgo de que los Estados sus derechos fundamentales, como la prohibición de devolución, con la peculiaridad que tiene la situación de los menores no acompañados marroquíes en España para los que no considero que el interés superior del menor, convertido

en un mantra por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, impida el retorno con garantías con su familia, que es el grupo mayoritario en España. Al respecto, se podría considerar la creación de una base de datos común en la que convergería la información relevante sobre todos los niños bajo tutela o dispersos por el territorio de la UE, preguntándonos, al mismo tiempo, si esta base de datos pudiera implicar el menoscabo de otros derechos fundamentales consagrados para la protección de todo ser humano, entre los que se encuentra, por ejemplo, el derecho a la vida privada y familiar ex art. 8 del CEDH).

En definitiva, ante la falta de diálogo entre las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros, si hoy en día, corresponde a la UE armonizar los sistemas legislativos internos de cada Estado en materia de migración, de igual modo, solo la UE puede imponer un nivel satisfactorio de comunicación entre los países de la UE y el desarrollo de un texto consolidado sobre los menores no acompañados, pudiendo tomar como referente algunas de las consideraciones que se han expuesto del modelo italiano. Pero, en contraste con este *desiderátum*, son acertadas las palabras de la doctrina cuando con tono crítico alude a que el gobierno de Bruselas refleja la poca autoridad que se tiene al respecto, para que se garanticen los derechos de estos menores y se regule con equidad, pesando más la opinión de lobbies de la inmigración ilegal que las leyes de los Estados miembros[84]; cuando las crisis políticas y los retos climáticos que se avecinan apuntan a un fenómeno duradero al que nuestra sociedad debe responder con solidaridad y basándose, principalmente, en los compromisos internacionales en materia de derechos humanos que todos los Estados miembros de la Unión Europea han suscrito.

Children and adolescent are not only the future but the present of the humanity **(Exhortación Apostólica Christus Vivit, 2019).**
Muchos de los elementos que nosotros necesitamos pueden esperar, el niño no (...) A él no se le puede responder mañana. Él se llama ahora **(Gabriela Mistral, Discurso para el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 1948).**

84 *Ospina,* ob, cit, págs. 31 y 36. Como, por ejemplo, las ONGs partidarias de la llegada de inmigración ilegal, en lugar de ayudar a evitar la salida de inmigración de países de África, quienes critican la labor de FRONTEX, como agencia de la Unión Europea para la vigilancia de las fronteras exteriores de Schengen. El principio del interés superior del menor se puede volver un bumerang contra la Unión Europea, pues este intríngulis de sentencias y dificultades que se están poniendo para la devolución de los menores a sus países de origen, supone en la práctica un secuestro del menor, por parte de las autoridades de los países europeos, que están imposibilitando la repatriación de los menores, por todos los medios posibles. También subrayamos que, este principio del interés superior del menor se convierte en un método infame de desarraigo del menor no acompañado de sus países de origen, que no encuentran arraigo en países que no son de su cultura y en los que se convierten, tarde o temprano en los nuevos esclavos, que promociona la Unión Europea

11

EL DESCONOCIMIENTO ESCOLAR DE LAS MEDIDAS PATERNO-FILIALES: PROBLEMAS Y SOLUCIONES[1]

José Hernández de la Fuente

Investigador en formación en la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED. Programa de Derecho Civil. Profesor-Tutor del Centro Asociado a la UNED en Zamora. Abogado. joshernandez@zamora.uned.es

Sumario: I. Introducción. II. Problemática escolar con familias no convivientes. 2.1. El derecho a la educación. 2.2. Derechos y deberes en el ámbito educativo. III. La investigación realizada. 3.1. Metodología. 3.2. Resultados. 3.2.1. Resultados sociodemográficos. 3.2.2. Problemas de comunicación con familias no convivientes. 3.2.3. Visitas al alumnado y recogidas en el centro escolar. 3.2.4. Supuestos de comunicación por escrito. 3.2.5. Supuestos de comunicación presencial. IV. El convenio regulador, acuerdo homologado y medidas definitivas. 4.1. El convenio regulador. 4.2. El acuerdo homologable. 4.3. Las medidas definitivas. V. Comunicación de las medidas. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen: La familia en crisis o de alta conflictividad acaba por menoscabar el bienestar de los menores. En el ámbito educativo, profesores y maestros son pasivos espectadores de la degeneración de la relación familiar y del perjuicio causado a quienes debieran ser protegidos. El conocimiento tanto del centro educativo como de los profesores y maestros de las medidas paterno-filiales, pactadas o impuestas judicialmente, permite amparar la relación educativa del menor, dar seguridad a los educadores y disminuir la conflictividad en ese ámbito familiar.

I. Introducción

En el ámbito del Derecho de Familia es común en la doctrina la breve consideración de la limitación de la autonomía de la voluntad y el carácter impe-

1 El presente trabajo surge fruto de la colaboración y participación en el Grupo de Innovación Docente UNED Zamora (GID – UNED Zamora).

rativo de las normas reguladoras de la familia en nuestro ordenamiento jurídico[2] así como igualmente común resulta el análisis de las crisis familiares y de los efectos normativamente determinados. Sin embargo, es escasa la reflexión autorizada relativa a la *familia en crisis* y sus múltiples problemas: la convivencia separada, la disonancia entre las medidas adoptadas al inicio de la crisis familiar y las que posteriormente se van implementado, el efecto del incumplimiento de las medidas ya pactadas o ya judicialmente determinadas, y la necesidad de retorno permanente a la jurisdicción para la solución de las controversias que van surgiendo y que confiere un nuevo significado al viejo concepto de la *perpetuatio iurisdictionis* como si el procedimiento no acabase nunca y la vida familiar no fuese más que un proceso por fascículos interrumpido por períodos de inactividad judicial.

La *familia en crisis* —también denominada *familia de alta conflictividad*[3]*, familia multiproblemática, multiasistida, multicrisis o multiestresada*[4]— es uno de los fenómenos sociales más conflictivos y, duda no me cabe, el más atroz: terrible para los hijos, horrible para los progenitores, tremebundo para los familiares y espantoso para los terceros que se ven afectados como espectadores.

La *familia en crisis* es aquella conformada por progenitores no convivientes con descendientes menores comunes caracterizada por la alta conflictividad de sus relaciones; conflictividad que trasciende la mera relación entre los adultos, afectando a los menores comunes en múltiples ámbitos de su desarrollo, y que comporta un deficiente ejercicio de la responsabilidad parental, pues, no empero, se caracteriza por padecer múltiples problemas de gran complejidad, por su desorganización —comunicación disfuncional y estructura caótica—, una parentalidad poco competente que descuida a los menores y su progresivo distanciamiento de la familia extensa y su red de apoyo[5]. Es la falta de competencia familiar en el ámbito educativo la que más afecta al objeto de nuestro estudio.

---

2 *Vid*. Lasarte Álvarez, C., *Compendio de Derecho de Familia,* Dykinson, Madrid, 2021, págs. 7-10; López y López, Á. M., Y Valpuesta Fernández, R., *Derecho de Familia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 14-19; Rodríguez Martín, C., y Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J., *Curso de Derecho Civil I Bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 22-24.

3 Rosales Álamo, M., Fernández Rosales, R*., y* Fariña Rivera, F., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad. I fórum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar*, 1.ª ed., Andavira Editora, SL, Santiago de Compostela (A Coruña), 2019, pág. 11.

4 Jaque Alvear, M. E., Sandoval Domínguez, A. X. y Alarcón Espinoza, M. C. «Familias en situaciones de crisis crónicas: características e intervención» en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 32, número 1, 2018, pág. 166.

5 Gómez, E., Muñoz, M. M. y Haz, A. M., «Familias multiproblemáticas y en riesgo social: características e intervención» en *Psykhe*, núm. 16, 2007, págs. 45-47. DOI: 10.4067/S0718-22282007000200004

El presente trabajo surge del espanto de un tercero afectado: el docente que educa y enseña a los menores de las *familias en crisis*; espanto detectado en las investigaciones del Grupo de Innovación Docente UNED Zamora (GID – UNED Zamora) que al investigar en el ámbito de la educación destapa un problema civil: el desconocimiento por los docentes y centros escolares de las medidas civiles determinadas en los procesos de familia.

II. Problemática escolar con familias no convivientes

2.1. El derecho a la educación

Fue la Constitución de 1812[6] la primera en positivizar un cierto derecho a la educación en nuestro ordenamiento jurídico al establecer en su artículo 366 que «en todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras en las que se enseñará á los niños á leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles», aunque mucho ha evolucionado la conceptualización de la educación desde aquellas primeras instrucción y enseñanza decimonónicas hasta el actual derecho fundamental a la educación contenido en el artículo 27 de nuestra presente carta magna en cuyo punto 2.º le atribuye el que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»; evolución no sólo marcada por las vicisitudes experimentadas en nuestro país a lo largo de dos siglos sino también marcada por distintas influencias internacionales[7] y que nos permite determinar el concreto contenido de ese «pleno desarrollo de la personalidad» en un sentido emancipatorio del alumno, identificándolo con un individuo libre y autónomo, socializado, psicológicamente equilibrado y con conocimientos adquiridos[8], tanto más cuanto el punto 4.º del artículo 27 establece que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita» de forma que la educación y enseñanza va a comenzar en los más tiernos años de la persona con la potencialidad de marcarle de por vida.

El derecho a la educación fue prontamente desarrollado mediante la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros

6 Constitución política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812, conocida como «La Pepa».

7 Jover Olmeda, G. «El derecho a la educación en los textos internacionales de derechos humanos» en *Revista Española de Pedagogía,* núm. 180, mayo-agosto 1988, págs. 281-303.

8 *Cfr.* Ara Pinilla, I., *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 13-84.

Escolares[9], de corta vigencia, al ser derogada por la más amplia Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación[10] (en adelante, LODE), que venía a desarrollar las bases sustantivas del derecho fundamental, mientras que en paralelo se orquestaba la gran transformación del sistema educativo a través de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo[11] (LOGSE) y posteriormente apostillada mediante la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación[12] (en adelante, LOE), modificada en numerosas ocasiones siendo la más famosa —de entre las últimas— la operada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE)[13].

Es, sin duda, el derecho fundamental a la educación uno de los más prolijamente desarrollados en nuestra reciente historia constitucional en sus distintas vertientes y aspectos, siendo buena muestra la mención de las anteriores leyes orgánicas y las otras muchas[14] que se quedan en el tintero por no ser más que tangenciales en esta exposición. Es, igualmente, uno de los más conflictivos en términos políticos y de los que más consenso concitó a lo largo del proceso constituyente español.

El desarrollo orgánico del derecho a la educación concretó el concepto y contenido de la enseñanza obligatoria, integrada por la enseñanza primaria, la educación secundaria obligatoria y los ciclos formativos de grado básico —artículo 3. 3.º LOE—, extendiéndose, por tanto, desde los seis[15] hasta los 16 años[16]; período éste de enseñanza obligatoria que será en el que centremos nuestro análisis.

9 BOE núm. 154, de 27/06/1980.

10 BOE núm. 159, de 04/07/1985.

11 BOE núm. 238, de 4/10/1990.

12 BOE núm. 106, de 04/05/2006.

13 BOE núm. 340, de 30/12/2020.

14 Para muestra un botón: Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes (BOE núm. 278, de 21/11/1995); Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (BOE núm. 307, de 24/12/2002); Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (BOE núm. 295, de 10/12/2013); Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (BOE núm. 78, de 01/04/2022); y las múltiples normas que han ido modificando cada una de las mencionadas en distintos aspectos a lo largo de su distinta vigencia.

15 *Vid*. artículo 16 LOE.

16 *Vid*. artículo 22 en relación con el artículo 41.1.º LOE.

2.2. Derechos y deberes en el ámbito educativo

Nuestra Constitución configura el derecho a la educación garantizando tanto el derecho del administrado a recibir educación, desde un marcado punto de vista prestacional al entender la educación como un servicio público, como el derecho de los administrados a impartir enseñanza[17]. Así, nos vamos a encontrar con que primará la regulación administrativa en todos sus aspectos, debiéndose entender que la libertad de enseñanza constitucionalmente reconocida es lo que permite el ejercicio del derecho a la educación[18].

Sin embargo, no podemos olvidar[19] que es responsabilidad de los progenitores el educar y procurar una formación integral a los descendientes sujetos a la patria potestad conforme establece el artículo 154 CC; formación integral que, entiendo, va más allá del «derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» que garantiza el artículo 27. 3.º CE[20] y cuya articulación práctica siempre ha resultado problemática[21].

El proceso de enseñanza dentro del sistema educativo se caracteriza por la convergencia en torno a una misma actividad de tres actores: los progenitores, los profesores y el alumno. Todos y cada uno tienen su propio interés, derechos y obligaciones en el marco educativo, si bien es cierto que se ha ido profundizando en el reconocimiento de los derechos y la especificación de las obligaciones y, en relación con éstas últimas, desde una original indeterminación hasta la actual configuración.

---

17 Garrido Falla, F. y otros, *Comentarios a la Constitución,* 2.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1985, pág. 545.

18 Gómez Sánchez, Y., *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, 5.ª ed., Editorial Sanz y Torres, Alcorcón (Madrid), 2020, pág. 512-529.

19 Valga recordar que, dentro del apartado de los derechos fundamentales, el artículo 6. 2.º de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949 (Ley de Bonn) establece que: «El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento».

20 La STC 5/1981, de 13 de febrero (ECLI:ES:TC:1981:5), concibe la enseñanza como «una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores» (F. D. 7.º) mientras que en el voto particular suscrito por los Magistrados Tomás y Valiente, Latorre, Díez de Velasco y Fernández Viagas se distingue claramente entre educación y enseñanza en relación con el derecho de los progenitores al sostenerse que «este derecho de los padres se proyecta directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre el de la enseñanza, entendida ésta como la transmisión de conocimientos científicos y aquélla como la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología».

21 Álvarez Conde, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pág. 572.

En el ámbito de los derechos, la redacción original del artículo 4 LODE reconocía a los progenitores y representantes legales el derecho a que sus descendientes o pupilos recibiesen una educación conforme a los fines establecidos en la Constitución y la Ley, a escoger centro docente «distinto de los creados por los poderes públicos» y a que sus descendientes o pupilos recibiesen la formación religiosa o moral que estuviere de acuerdo con sus convicciones.

Sin embargo, la redacción actual del artículo 4. 1.º LODE entra al detalle de la determinación de los derechos, tras un marcado cambio de filosofía educativa, disponiendo que:

> «Los padres, madres o tutores, en relación con la educación de sus hijos e hijas o pupilos y pupilas, tienen los siguientes derechos:
>
> a) A que reciban una educación, con la máxima garantía de calidad, conforme con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las leyes educativas.
>
> b) A escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos.
>
> c) A que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
>
> d) A estar informados sobre el progreso del aprendizaje e integración socioeducativa de sus hijos e hijas.
>
> e) A participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos e hijas.
>
> f) A participar en la organización, funcionamiento, gobierno y evaluación del centro educativo, en los términos establecidos en las leyes.
>
> g) A ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos e hijas».

En relación con el alumnado, la redacción original del artículo 6. 1.º LODE atribuía a los menores: i) el derecho a recibir una formación que asegurase el pleno desarrollo de su personalidad; ii) el derecho a que su rendimiento escolar fuese valorado conforme a criterios de plena objetividad; iii) el derecho a que su libertad de conciencia y sus convicciones religiosas y morales fuesen respetadas «de acuerdo con la Constitución»; iv) el derecho a que se respetase su integridad y dignidad personales; v) el derecho a participar en el funcionamiento y en la vida del centro; el derecho a recibir orientación escolar y profesional; vi) el derecho a recibir las ayudas precisas para compensar posibles carencias familiares, económicas o socioculturales; y vii) el derecho a la protección social en casos de infortunio familiar o accidente.

De aquella primera enunciación, con el devenir de los años y de las modificaciones legales, hemos acabado por declarar la igualdad de los menores sin mencionarla[22] (artículo 6. 1.º LODE), imponer el conocimiento del orde-

22 En un extraño giro dialéctico el artículo 6. 1.º LODE declara que «Todos los alumnos y alum-

namiento jurídico[23] (artículo 6. 2.º LODE) y de extender los derechos básicos enormemente, pues la redacción actual del artículo 6. 3.º LODE dispone que:

> «Se reconocen al alumnado los siguientes derechos básicos:
> a) A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad.
> b) A que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales.
> c) A que su dedicación, esfuerzo y rendimiento sean valorados y reconocidos con objetividad.
> d) A recibir orientación educativa y profesional.
> e) A una educación inclusiva y de calidad.
> f) A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución.
> g) A la protección contra toda intimidación, discriminación y situación de violencia o acoso escolar.
> h) A expresar sus opiniones libremente, respetando los derechos y la reputación de las demás personas, en el marco de las normas de convivencia del centro.
> i) A participar en el funcionamiento y en la vida del centro, de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes.
> j) A recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo.
> k) A la protección social, en el ámbito educativo, en los casos de infortunio familiar o accidente».

De otra parte, en el ámbito de las obligaciones paternas, hemos pasado de la inexistencia, pues ninguna mención efectúa la LODE en su redacción original, a la insinuación de una cierta responsabilidad de los progenitores en el ámbito educativo y en la educación de sus hijos, como si el legislador tuviese algún reparo en imponer obligaciones taxativamente, al sostener el artículo 6. 3.º LODE que:

> «Asimismo, como primeros responsables de la educación de sus hijos e hijas o pupilos y pupilas, les corresponde:
> a) Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos e hijas o pupilos y pupilas cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase.
> b) Proporcionar, en la medida de sus disponibilidades, los recursos y las condiciones necesarias para el progreso escolar. Asimismo, deberán informar

nas tienen los mismos derechos y deberes, sin más distinciones que las derivadas de su edad y del nivel que estén cursando».

23 La norma refiere el derecho-obligación del alumnado de «conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos».

de las dificultades que puedan tener sus hijos o hijas en sus procesos de aprendizaje o socialización.

c) Estimularles para que lleven a cabo las actividades de estudio que se les encomienden.

d) Participar de manera activa en las actividades que se establezcan en virtud de los compromisos educativos que los centros establezcan con las familias, para mejorar el rendimiento de sus hijos e hijas.

e) Conocer, participar y apoyar la evolución de su proceso educativo, en colaboración con el profesorado y los centros.

f) Respetar y hacer respetar las normas establecidas por el centro, la autoridad y las indicaciones u orientaciones educativas del profesorado.

g) Fomentar el respeto por todos los componentes de la comunidad educativa.

h) Participar de forma cooperativa en aquellos proyectos y tareas que se les propongan desde el centro educativo».

Tal reparo parece no existir en relación con los menores a quienes, desde un primer momento, se les reconoció, en la redacción original del artículo 6. 2.º LODE, el deber básico de respetar las normas de convivencia del centro docente «además del estudio»; deber básico que se ha visto multiplicado con el tiempo, pues la redacción actual del artículo 6. 4.º LODE impone al alumnado un amplio conjunto de deberes al establecer que:

«Son deberes básicos de los alumnos y las alumnas:

a) Estudiar y esforzarse para conseguir el máximo desarrollo según sus capacidades.

b) Participar en las actividades formativas y, especialmente, en las escolares y en las complementarias gratuitas.

c) Seguir las directrices del profesorado.

d) Asistir a clase con puntualidad.

e) Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros y compañeras a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado.

f) Respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la diversidad, dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa.

g) Respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo,

h) Conservar y hacer un buen uso de las instalaciones del centro y materiales didácticos».

De este reparto de deberes impuestos, o insinuados, en relación con el sistema educativo y sus integrantes, sorprende la falta de mención a la esencia de la patria potestad[24] en cuanto a su vertiente representativa respecto de

24 Para un análisis de la patria potestad a lo largo de los siglos en nuestro ordenamiento jurí-

los menores: representar a los menores en el cumplimiento de sus obligaciones, o lo que entiendo más educativo[25], asistirlos en su cumplimiento.

¿Podemos plantearnos que un menor con seis años de edad pueda cumplir con su deber de asistencia a clase con puntualidad sin el concurso de sus responsables parentales? ¿Cumplirá su obligación por sí mismo al alcanzar los 15 años si nunca antes lo hizo? O, ¿puede cumplir con su deber de participar en las actividades formativas (*v. gr.*, excursiones) si no tenemos un progenitor que firme la autorización y se encargue de llevarlo a coger el autobús el día marcado por el profesorado?

Todas estas cuestiones, y otras muchas, que parece no trascienden una cuestión logística de la familia, se convierten en auténticos calvarios tanto para los menores como para los profesores cuando nos encontramos con familias no convivientes de alta conflictividad —la *familia en crisis* que mencionábamos en un principio—, la cual va dañando la capacidad de la familia de cuidar a sus miembros, claudica en el ejercicio de sus funciones y termina requiriendo de apoyos en cuanto al desarrollo infantil, al detectarse un bajo grado de coherencia, poca capacidad de respuesta, control del comportamiento y apego y un alto grado de severa disciplina y control psicológico[26].

III. La investigación realizada

3.1. Metodología

La investigación realizada surge al amparo del Grupo de Innovación Docente UNED Zamora (GID – UNED Zamora) y del intercambio de información entre los profesionales de disciplinas alejadas entre sí —profesores y juristas prácticos— que desembocó en la puesta en común de inquietudes y preocupaciones.

En el desarrollo de la investigación partimos de una hipótesis nula clara y tajante: no existe diferencia en la gestión educativa entre familias convivientes y no convivientes. Lógicamente, la determinación de tal hipótesis partía de la apreciación subjetiva de múltiples incidentes en y con familias no convivientes, que resultaban estar en perpetua crisis por unas razones u otras, de los dos grupos profesionales implicados —profesores y juristas prácticos—, sosteniendo

dico, vid., Otero Varela, A., «La patria potestad en el derecho histórico español» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, págs. 209-242.

25 Señalaba Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad» en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 3-20, que «la estrecha relación entre patria potestad y educación ha sido puesta de relieve muchas veces» que entroncaría con el derecho de corrección y del deber de obediencia «cuyos límites no han estado nunca definidos por la doctrina civilista, que apenas se ha ocupado de estos temas».

26 *Cfr., op. cit.*, Jaque Alvear, M. E., Sandoval Domínguez, A. X. y Alarcón Espinoza, M. C. «Familias en situaciones de crisis crónicas (...)», pág. 166.

unos que las familias no convivientes tenían más problemas con los centros educativos y apreciando otros que la gestión educativa de los menores se alzaba en numerosas ocasiones como punto de contienda cuando se disolvía la pareja. Así, la hipótesis alternativa consistía en constatar la diferencia en la gestión educativa de las familias no convivientes respecto de las convivientes mediante la evidencia experimental.

El método experimental elegido fue la encuesta mediante cuestionario, habida cuenta de sus ventajas: facilidad, rapidez, bajo coste, estandarización y anonimato[27].

La población objetiva pretendida se circunscribía a los educadores —profesores y maestros— de la etapa de educación obligatoria (entre los seis y los 16 años).

En este primer experimento se optó por el muestreo no probabilístico mediante el Método Bola de Nieve (Snowball) con dos semillas, realizándose la siembra entre los días 12 y 29 de septiembre de 2025[28] a través de la aplicación de mensajería Whatsapp.

El mensaje remitido por la semilla, idéntico en cada siembra, portaba un enlace a un formulario de Forms en el que se encontraba el cuestionario.

El cuestionario se denominó «Cuestionario sobre la gestión de familias no convivientes en los centros educativos» y contaba con 24 preguntas en total, que fueron resueltas en un tiempo medio de seis minutos y 39 segundos, calculado sobre las 72 respuestas obtenidas.

En la preparación del cuestionario se optó por emplear varios tipos de preguntas en aras de facilitar la obtención de respuestas de los integrantes finales de la muestra que, por causa de la técnica de muestreo, son desconocidos en su mayoría *ab initio* —salvando los primeros receptores de la siembra— y, por causa del anonimato imperante en la encuesta, también se desconocen al final.

En este sentido, finalmente accedieron al cuestionario de las 24 preguntas: tres preguntas abiertas politómicas, nueve preguntas cerradas politómicas, seis preguntas mixtas y seis preguntas de Escala Likert.

Tanto por la versatilidad del formato de Forms como por necesidad de estructuración de las preguntas en el cuestionario, las preguntas se articularon en torno a 11 secciones distintas: i) datos iniciales (preguntas 1 a 7), ii)

27 Para un mayor conocimiento de la técnica, vid., Casas Anguita, J., Repullo Labrador, J. R., Donado Campos, J., «La encuesta como técnica de investigación. Elaboración de cuestionarios y tratamiento estadístico de los datos» en *Atención Primaria,* Vol. 31, núm. 8, mayo de 2003, págs. 527-538.

28 El muestreo permite elegir intencionadamente un grupo de individuos de la población más amplia que se pretende investigar. En el método Bola de Nieve le investigador identifica a los pocos miembros de la población con los que tiene contacto y les pide a éstos que le faciliten la información necesaria para contactar con otros miembros de la población objeto de estudio.

comunicación con familias no convivientes (preguntas 8 y 9), iii) organización del día a día escolar (pregunta 10), iv) supuestos de visitas al alumnado y recogida en el centro (pregunta 11 y 12), v) supuestos de comunicación por escrito (pregunta 13), vi) supuestos de comunicación presencial (preguntas 14 y 15), vii) supuestos en actividades (pregunta 16), viii) supuestos de matriculación (pregunta 17), ix) supuestos de subvenciones (preguntas 18 y 19), x) estrategias y apoyos (preguntas 20 a 22), y xi) valoración global (preguntas 23 y 24).

3.2. Resultados

3.2.1. Resultados sociodemográficos

La primera sección del cuestionario, denominada «datos iniciales», buscaba obtener los datos sociodemográficos básicos de la muestra poblacional a través de siete preguntas.

En primer lugar, se preguntó por el sexo del encuestado, facilitando tres alternativas de respuesta (hombre, mujer, prefiero no contestar) y resultando de las 72 respuestas obtenidas (60 mujeres, 11 hombres, un prefiero no contestar) que un 83,33 % eran mujeres. La mayor presencia de mujeres en el sector educativo consta ampliamente verificado de forma que el resultado obtenido está dentro de lo esperado.

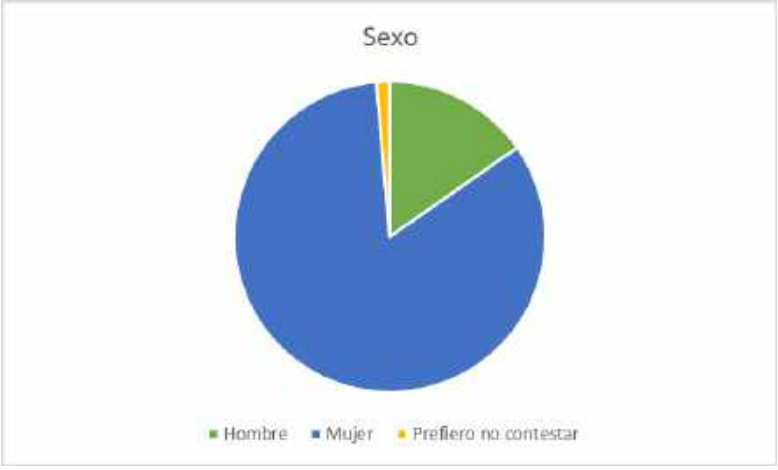

Figura 1. Gráfico circular correspondiente a la pregunta sexo.

En segundo lugar, se buscó obtener la distribución por edades de la muestra poblacional, facilitando cinco alternativas de respuesta (<30 años, 30-39 años, 40-49 años, 50-59 años y >60 años), resultando una participación por edades (8,33 %, 26,39 %, 37,5 %, 19,44 y 8,33 %, respectivamente) representada gráficamente en la Figura 2.

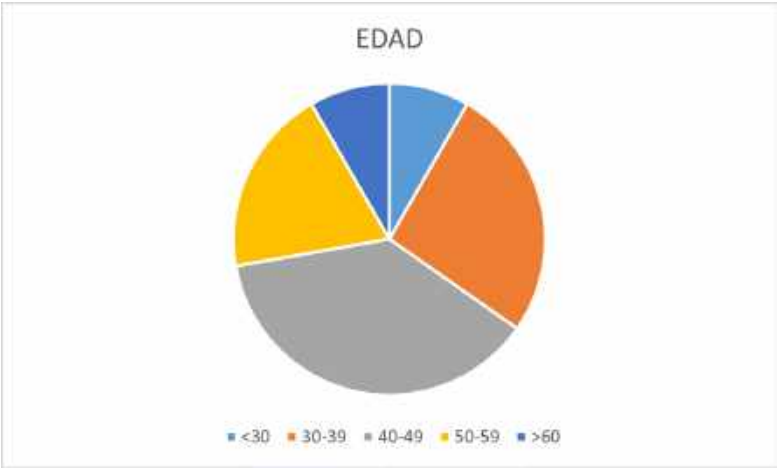

Figura 2. Gráfico circular correspondiente a la pregunta edad.

El sector poblacional más representado se sitúa en la franja de edad de los 40 a 49 años, seguido por la franja de edad de los 30 a 39 años.

En tercer lugar, se preguntó por la etapa educativa en la que trabajaba el encuestado en el momento de responder a la encuesta, planteando como alternativas de respuesta la educación infantil, educación primaria y educación secundaria, resultando una mayor participación en la fase de educación primaria (50 %) antes que en educación infantil (16,5 %) o educación secundaria (33,75 %), y verificándose una cierta movilidad entre tramos educativos al existir encuestados que o bien compaginan la enseñanza en varias fases o bien a lo largo de su vida laboral han impartido enseñanza en varios de los tramos.

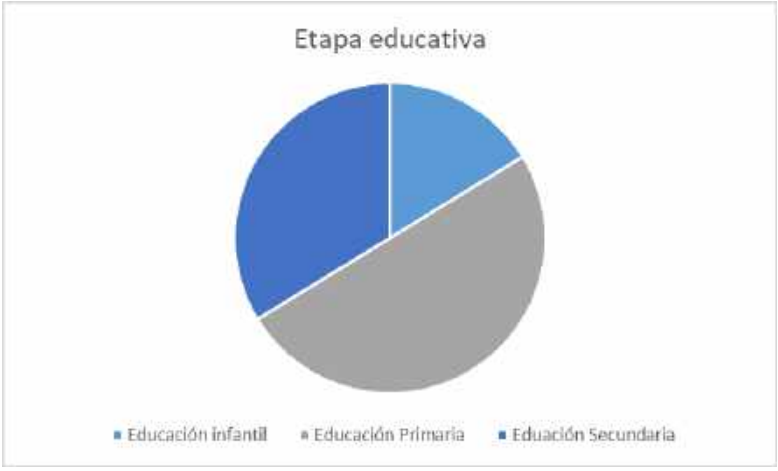

Figura 3. Gráfico circular correspondiente a la cuestión de la etapa educativa.

En cuarto lugar, se inquirió por el puesto docente y educativo («cargo docente») ostentado por el cuestionado, planteándose como alternativas las de: i) docente tutor/a, ii) docente especialista, iii) equipo directivo, iv) orientador/a, v) otro (especificar).

Figura 4. Gráfico circular correspondiente a la cuestión del cargo desempeñado en el centro educativo.

En las respuestas obtenidas se verifica una mayor participación de los docentes tutores (48,61 %) y de los docentes especialistas (30,55 %) en relación con los otros grupos identificables, lo cual se cohonesta bien con la realidad pues es fácilmente comprensible que en un centro escolar existen más profesores, ya tutores ya especialistas, que los miembros del equipo directivo[29], los orientadores o cualesquiera otros puestos desempeñados.

En quinto lugar, se planteó la cuestión relativa a la experiencia docente, distinguiéndose cuatro tramos: i) de cero a seis años, ii) de siete a doce, iii) de 13 a 18 y iv) más de 19 años.

29 Concretamente el art. 131. 2.º LOE dispone que el equipo directivo de los centros escolares «estará integrado por el director o directora, el o la jefe de estudios, el secretario o secretaria y cuantos cargos determinen las Administraciones educativas», es decir, al menos 3 personas.

Figura 5. Gráfico circular correspondiente a los resultados para la cuestión de la experiencia docente.

El tramo con más participación correspondió a los docentes con una mayor antigüedad (34,72 %) frente a los demás (18,05 %, 20,83 % y 26,38 %), verificándose una correlación entre la antigüedad y la mayor participación en el cuestionario.

En sexto lugar, se pretendió identificar a los participantes a través de los distintos tipos de centro escolar existentes y sus ocho categorías, obteniéndose un total de 68 respuestas al permitirse la posibilidad de no responder a la cuestión.

Los centros educativos posibles se enunciaron de la siguiente forma: i) escuela infantil pública, ii) escuela infantil privada, iii) Colegio de Educación Infantil y Primaria (CEIP), iv) Colegio Rural Agrupado (CRA), v) Instituto de Educación Secundaria (IES), vi) Centro de Educación Especial (CEE), vii) Colegio concertado, viii) Colegio privado.

La mayor participación se obtuvo en los Colegios de Educación Infantil y Primaria (33,82 %) seguida por los Colegios Concertados (27,94 %).

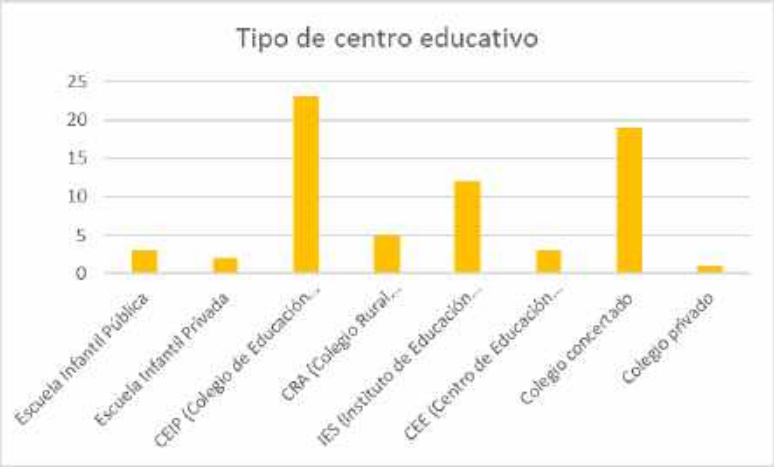

Figura 6. Gráfico de barras correspondiente a las respuestas relativas al centro educativo.

La última cuestión correspondiente al apartado sociodemográfico le correspondió a la identificación del tipo de entorno o ámbito del centro educativo en el que se impartía la enseñanza por parte del docente cuestionado, identificándose como tipologías posibles los ámbitos urbano, semiurbano y rural. La mayor participación se verificó en el entorno urbano (67,60 %) seguido por el rural (21,12 %) y el semiurbano (11,26 %).

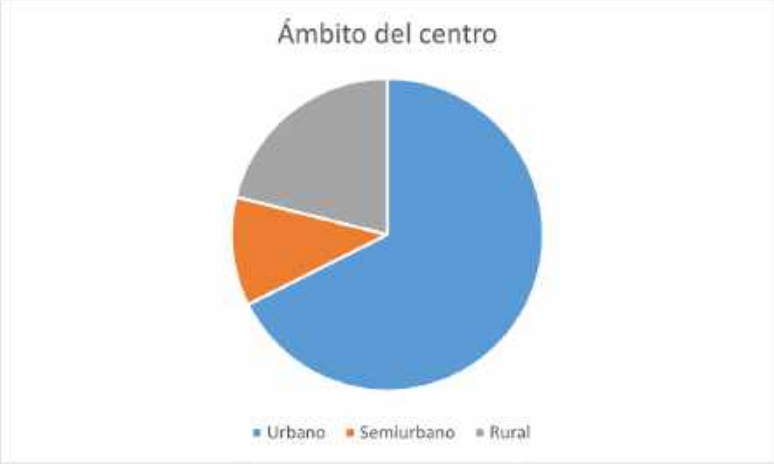

Figura 7. Gráfico circular correspondiente a las respuestas dadas a la cuestión del ámbito del centro educativo.

De las respuestas anteriores obtenemos el perfil del docente participante: una mujer en la treintena, que imparte clase en un entorno urbano como tutora

de un grupo de Educación Primaria en un Centro de Educación Infantil y Primaria o en un colegio concertado y con algo más de una década de experiencia a las espaldas. Descubrimos, pues, a la prototípica maestra de escuela.

3.2.2. Problemas de comunicación con familias no convivientes

En relación con la comunicación entre los docentes y las familias no convivientes, en la encuesta se plantearon dos preguntas distintas (q= 8 y q=9).

En primer lugar, la pregunta ocho se planteó de la siguiente dicción literal: ¿Con qué frecuencia considera que existen dificultades de comunicación cuando los progenitores no conviven?

Las opciones de respuestas facilitadas eran; i) nunca, ii) pocas veces, iii) a veces, iv) frecuentemente, v) siempre.

Puede apreciarse que la cuestión se planteó mediante una escala tipo Likert a fin de obtener una opinión honesta de los encuestados, sin pretender dirigir su opinión en sentido positivo o negativo y dejando la posición central neutra.

Como se puede apreciar en la Figura 8, la alternativa más elegida por los encuestados se correspondió con la opción «frecuentemente» (52,11 %), seguida de la posición neutra «a veces» (36,61 %). Hay que destacar tanto la inexistencia de respuesta alguna en la opción «nunca» como la existencia de respuestas en su extremo opuesto, «siempre», con 4,22 % de incidencia.

Cabe sostener, en consecuencia, que la mayor parte de los docentes han encontrado algún problema de comunicación con los progenitores en caso de falta de convivencia.

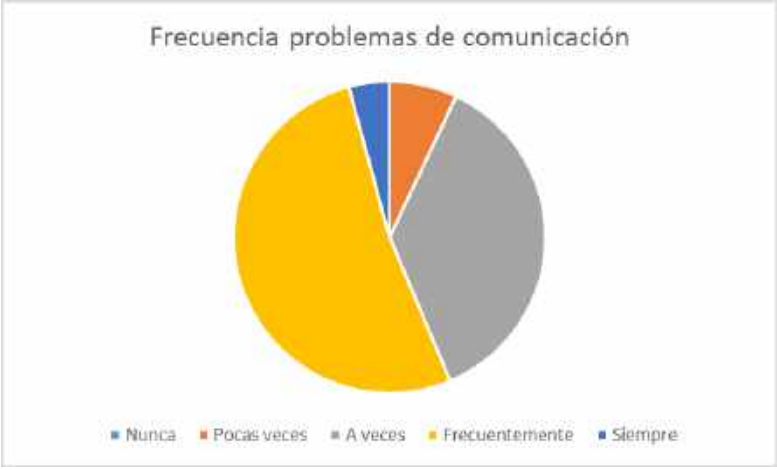

Figura 8. Gráfico circular relativo a la frecuencia de aparición de problemas de comunicación con familias no convivientes.

En segundo lugar, como pregunta nueve, se buscó profundizar en la opinión de los encuestados para identificar preocupaciones y ámbitos de actuación posibles, para lo que la cuestión se planteó como politómica de respuesta múltiple, si bien en la última opción, «otras», se permitió el *feedback* del encuestado, haciéndola abierta.

Concretamente, la dicción de la pregunta era: «¿Qué le preocupa más en la comunicación con familias no convivientes? (puede marcar varias)». Como posibles *topos*, se presentaron las siguientes opciones: i) contradicciones en la información trasmitida al alumno, ii) falta de coordinación entre progenitores, iii) escasa participación de alguno de los tutores legales, iv) peticiones contradictorias hacia el profesorado, v) otras.

Sorprendentemente, aun pudiéndose marcar varias alternativas, se obtuvieron 71 respuestas, cuyos resultados se expresan gráficamente en la Figura 9, descubriéndose que la principal preocupación es la falta de coordinación entre los progenitores (59,15 %) seguida, a mucha distancia, de la escasa participación de los tutores legales (16,90 %).

Figura 9. Gráfico circular correspondiente a las preocupaciones docentes en materia de comunicación con familias no convivientes.

La opción de respuesta abierta también facilita información interesante al haberse comentado cosas tales como: «[t]odas las anteriores. En muchas ocasiones no hay acuerdo en nada con los temas escolares. Son pocas las ocasiones en las que los progenitores, aunque tengan diferencias, las apartan en temas escolares», «[t]odas las anteriores» y «[n]o saber a quién mandar la información desde un punto de vista legal».

En consecuencia, cabe entender que la falta de convivencia es uno de los supuestos en los que más habitualmente se producen problemas de comu-

nicación entre los docentes y los progenitores; problemas de comunicación que redundan en la descoordinación parental en la gestión de los menores y de la relación con el centro escolar.

3.2.3. Visitas al alumnado y recogidas en el centro escolar

La sección cuarta del cuestionario se destinó a inquirir sobre la problemática existente en las visitas, recogidas y entregas del alumnado en el centro escolar para la continuidad de sus estudios.

La pregunta 11 buscaba contrastar la existencia de problemas en las visitas a los menores en el colegio y en su recogida, formulando la siguiente pregunta: «¿Con qué frecuencia se generan conflictos en la recogida o visitas de alumnado con familias no convivientes?».

En esta nueva ocasión se optó por una escala tipo Lickert con cinco alternativas de respuesta (nunca, pocas veces, a veces, frecuentemente y siempre), resultando, tal y como puede apreciarse en la Figura 10, una mayoría de respuestas en torno a la posición central neutra con prevalencia de la alternativa «a veces» con un 40,27 %, seguida de las alternativas «pocas veces» (34,72 %) y «frecuentemente» (15,27 %).

Figura 10. Gráfico circular correspondiente a la frecuencia de conflictos en las visitas al alumnado y recogidas en el centro educativo.

Para profundizar en este tipo de situaciones conflictivas, se continuó en la pregunta 12 con el planteamiento de varias posibilidades conflictuales contrastadas por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica.

La pregunta 12 tenía la siguiente dicción: «Nivel de preocupación en estos aspectos (1 = nada, 5 = mucho)», facilitándose como supuestos de examen:

i) quién puede recoger al alumno/a, ii) entregas en diferentes horarios, y iii) autorizaciones contradictorias.

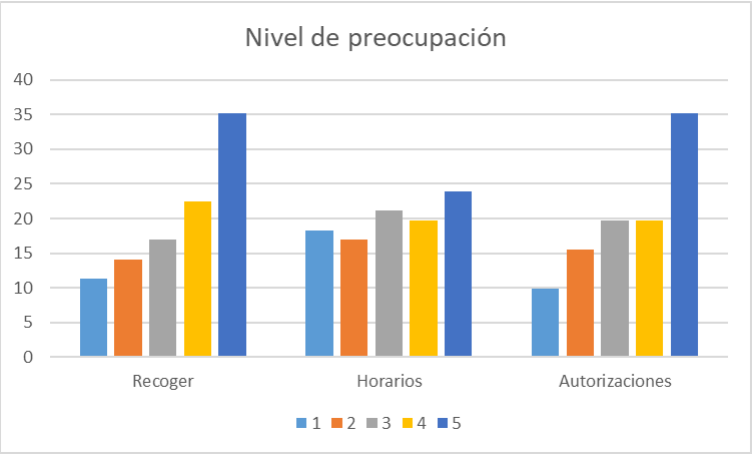

Figura 11. Gráfico de columnas agrupadas por temas

En la Figura 11 se sintetizan los resultados para la pregunta. Todos los escenarios conflictuales planteados tienen una mayor en el máximo nivel de preocupación, si bien en cuanto a las entregas en diferentes horarios existe una menor dispersión, concentrándose las respuestas en torno a la media.

Resulta interesante constatar que la mayor preocupación del profesorado se centra en saber quién puede hacerse cargo de los menores y en la existencia de autorizaciones contradictorias de los progenitores con un 35,2 % de respuestas en cuanto a preocupación máxima.

3.2.4. Supuestos de comunicación por escrito

La sección quinta del cuestionario se destinó con la pregunta 13 a examinar los conflictos en materia de comunicación con los progenitores, planteándose la cuestión con la dicción siguiente: «¿Qué dificultades encuentra más habitualmente?».

La cuestión se planteó como abierta politómica de forma que se facilitaron cuatro alternativas de respuesta y una quinta abierta para obtener *feedback* e identificar nuevas dificultades, además de permitir la respuesta múltiple. Concretamente, las alternativas de respuesta planteadas fueron las siguientes: i) entregar la misma información a ambos progenitores, ii) solicitudes repetidas de certificados/informes, iii) que un progenitor no tenga acceso a la información, iv) otras.

La Figura 12 resume los resultados, pudiéndose encontrar que la dificultad más altamente apreciada por los docentes es la falta de acceso a la información por parte de uno de los progenitores (45,16 %), a la que siguen la entrega de información a ambos progenitores (32,25 %) y la duplicidad de actuaciones (20,43 %).

Figura 12. Gráfico circular correspondiente a las dificultades más habitualmente encontrada por los docentes.

La falta de acceso a la información por parte de uno de los progenitores tendría su razón de ser en las dinámicas detectadas en las familias de alta conflictividad en las que la ocultación de información, e incluso su falseamiento, prevalecen.

3.2.5. Supuestos de comunicación presencial

La sección sexta del cuestionario se dedicó a los supuestos de comunicación presencial entre los progenitores y los docentes, *v. gr.* reuniones y tutorías.

La pregunta 14 se formuló de una forma clara y directa para que no cupiesen interpretaciones divergentes: «¿Se han dado situaciones de conflicto en reuniones presenciales con progenitores no convivientes?», restringiendo las posibles alternativas de respuesta a tres: nuca, alguna vez, con frecuencia.

La figura 13 sintetiza los resultados obtenidos (34,72 %, 59,72 % y 5,56 %, respectivamente).

Figura 13. Gráfico circular correspondiente a los conflictos en reuniones presenciales y tutorías.

No cabe más que concluir que las reuniones y tutorías con familias no convivientes son un foco de problemas para los docentes.

Por su parte, la pregunta 15, como continuación y profundización, se formuló como: «¿Qué le preocupa más?», facilitándose tres tópicos y una alternativa abierta. Los tres tópicos fueron: i) peticiones contradictorias, ii) ausencia de alguno de los progenitores en las reuniones, iii) escaso acuerdo en la toma de decisiones. En esta pregunta, igualmente, se permitió marcar varias respuestas.

La figura 14 muestra gráficamente los resultados obtenidos. La mayor preocupación de los docentes es el escaso acuerdo en la toma de decisiones por parte de los progenitores.

Muy probablemente sea esta la raíz de todos los males, que se aprecia en este ámbito a través de las quejas de los docentes.

Figura 14. Gráfico circular correspondiente a las preocupaciones docentes en la comunicación presencial.

IV. El convenio regulador, acuerdo homologado y medidas definitivas

4.1. El convenio regulador

Con la modificación operada en el Derecho de Familia en 1981, el legislador introdujo, sin definirlo, el convenio regulador en nuestro ordenamiento jurídico determinando al menos su contenido mínimo en el artículo 90 CC y ordenando en el artículo 91 CC la adopción de medidas judiciales definitivas en defecto de acuerdo.

El convenio regulador ha sido calificado en su esencia como un negocio jurídico de familia[30] de base contractual en el que los cónyuges, bien proponen o bien pactan, las medidas que van a regir sus relaciones tanto personales como patrimoniales tras la crisis familiar, actuando la aprobación judicial como *conditio iuris* de eficacia, y pudiendo mantenerse tanto en el estricto ámbito del contenido típico marcado en el artículo 90. 1.º CC como en el más amplio del contenido atípico del artículo 90. 2.º CC o del contenido complementario referido en el art. 90. 4.º CC.

Ahora bien, por disposición legal, el convenio regulador sólo se concibe para las familias en situación de crisis matrimonial, es decir, cuando pretenden regular los efectos de la declaración de nulidad matrimonial, de la separación legal o del divorcio.

4.2. El acuerdo homologable

Si en 1981 el legislador patrio pensaba al legislar en matrimonios en crisis, la realidad del S. XXI demuestra que no sólo los matrimonios sufren crisis cuyos efectos hayan de ser regulados.

Es indudable que la ruptura de la pareja *more uxorio*, registrada o no, no es ninguna sinecura y que los procedimientos judiciales alcanzan niveles de complejidad en el ámbito familiar tan altos como los matrimoniales cuando

30 La STS núm. 325/1997, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:1997:2817), entra de lleno en la determinación de la naturaleza jurídica del convenio regulador señalando en su F. D. Primero que: «En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como conditio iuris, determinante de su eficacia jurídica. Deben, por ello, distinguirse 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».

existen hijos en común. Sin embargo, en pureza, estos procedimientos no pueden solucionarse mediante un convenio regulador pues ninguna crisis matrimonial podemos regular al no existir matrimonio.

En consecuencia, en estos supuestos de parejas con hijos en común se proponen o aportan acuerdos reguladores de contenido prácticamente idéntico al legalmente marcado para el convenio regulador al tener que determinar los progenitores no cónyuges lo relativo a: la patria potestad y su ejercicio; guardia y custodia de los hijos menores; régimen de comunicación, estancia y visitas de los menores con respecto al progenitor no custodio así como respecto de los abuelos, en su caso; atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares; alimentos debidos a los hijos y su actualización; la contribución a las cargas de la familia (*v. gr.,* distribución entre los progenitores no cónyuges del pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y de los préstamos de consumo existentes —habitualmente, la adquisición del vehículo familiar, el fraccionamiento de compras en grandes superficies y supermercados o la financiación de la adquisición de los teléfonos móviles— y de otras deudas contraídas en beneficio de la familia) y lo correspondiente a animales de compañía.

En definitiva, la práctica nos lleva a seguir el modelo de un convenio regulador sin atribuirle el *nomen iuris* y la liquidación del régimen económico matrimonial se sustituye por los más variopintos acuerdos liquidatorios de las cargas familiares de titularidad común; acuerdo que será presentado al órgano judicial para su homologación, al amparo del derecho de disposición de las partes en cuanto al objeto del procedimiento y la posibilidad de transacción reconocidas en el artículo 19 LEC, y que será homologado previo informe favorable del ministerio fiscal en cuanto a las medidas que afecten a los menores o discapaces.

4.3. Las medidas definitivas

A falta de acuerdo entre los progenitores, el juez ha de pronunciarse sobre las medidas que han de regir para regular las relaciones familiares postcrisis matrimonial o ruptura de la convivencia. Los extremos sobre los que ha de pronunciarse aparecen identificados en el artículo 91 CC, desarrollándose los criterios judiciales en las subsiguientes normas.

V. Comunicación de las medidas

Los conflictos detectados en la investigación realizada en unos casos se pueden relacionar con supuestos de ejercicio de la patria potestad y, en otros, con el ejercicio de la guardia y custodia, teniendo por tanto distinta trascendencia a los efectos de la relación entre progenitores y de la capacidad decisoria de unos y otros en uno y otro supuesto.

Sin embargo, para los docentes la catalogación de los conflictos como provenientes de actos ejercitados al amparo de una u otra institución les sirve de poco tanto más cuanto sus pretensiones últimas son tanto la evitación del conflicto con los progenitores —o el verse afectados por los conflictos de los progenitores— como salvar su eventualidad responsabilidad.

Cuestiones tales como quién puede recoger al menor a la salida del centro escolar o quién puede recibir las notificaciones de las evaluaciones, debieran ser, por principio, fácilmente solucionables, más en la práctica encontramos que el gran desconocedor de lo que hay que hacer es quien tiene que hacerlo: el docente.

Las directrices dadas por la Administración educativa sirven de poco. En la comunidad autónoma de Castilla y León podemos valorar dos ejemplos.

De una parte, encontramos la Resolución de 28 de septiembre de 2005, de la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa, por la que se acuerda la publicación del Plan de Prevención y Control del Absentismo Escolar[31] en el que se identifica al alumnado absentista como destinatario del Plan de Prevención y Control pero se destaca la necesidad de actuar sobre la familia al verificarse «una estrecha correspondencia entre determinadas características del entorno sociofamiliar y las conductas desadaptadas de una parte del alumnado». Peca de nuevo la Administración educativa en considerar que los alumnos cumplen sus obligaciones por sus propios medios obviando el derecho-deber de los progenitores respecto de la educación de sus hijos, lo que implica la asistencia a clase, puntual y constante.

De otra, a los pocos años de la entrada en vigor del «Divorcio exprés», se promulgó la Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Dirección General de Planificación, Ordenación e Inspección Educativa por la que se establecen las pautas de actuación de los centros educativos, sostenidos con fondos públicos, en los que se imparten enseñanzas no universitarias en la Comunicad de Castilla y León, en relación con el derecho de las familias a recibir información sobre el proceso de aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos y a la toma de decisiones relativas a sus actividades académicas, en caso de separación o divorcio de los progenitores[32], en la que partiendo de la igualdad de los progenitores en cuanto al acceso a la información relativa a sus hijos, la Administración observa en la práctica «dificultades como consecuencia de que el progenitor que tiene atribuida la guardia y custodia de los hijos es con quien el centro educativo mantiene la relación de comunicación, viéndose, en numerosos casos, excluido de dicha comunicación el otro».

En aras de solucionar estas «dificultades» la Administración articula un sistema por el cual, en caso de separación o divorcio —entiéndase, a día de

31 BOCYL núm. 195, de 7 de octubre de 2005.

32 BOCYL núm. 208, de 29 de octubre de 2009.

hoy, progenitores no convivientes— aquel padre o madre «interesado [en recibir información sobre su hijo] formulará la solicitud, por escrito, al centro, aportando copia fehaciente de la resolución judicial u otro documento público que contenga la situación jurídica en relación con los hijos», sólo admitiéndose resoluciones judiciales o acuerdos entre las partes que consten en documento público, remitiéndose copia de la solicitud y documentación al otro progenitor en el plazo de tres días para que pueda aportar «resolución judicial o documento público posterior» contradictorio. Una vez obtenida la última resolución por parte de la Administración educativa y verificado que «no existe documento que inhabilite a alguno [de los progenitores] para recibir información sobre el proceso de aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos o tomar decisiones relativas a sus actividades académicas», la información se facilita por duplicado, a ambos progenitores.

En los últimos 20 años, por suerte, el proceso se ha ido simplificando gracias a la introducción de la tecnología en los centros educativos, cambiando del acceso en papel a los boletines de notas por el acceso telemático a través de aplicaciones: cambiamos el duplicado ejemplar en papel por las claves de acceso.

En ambos dos ejemplos, el problema reside en el desconocimiento por parte del centro escolar, y de los docentes, de los términos en los que se ejerce la patria potestad y la guarda y custodia, pues, no saben quién es el obligado a la entrega y recogida del menor en el centro escolar —el responsable de que el discente llegue al centro puntual y constantemente— ni quién ha de recibir la información.

Actualmente, una vez que se han implantado los MASC con carácter obligatorio como requisito de procedibilidad, los acuerdos privados de las partes, que es lo que se pretende fomentar, serán rechazados por la administración educativa pues la norma en vigor exige bien una resolución judicial o bien un acuerdo elevado a público.

VI. Conclusiones

La falta de convivencia de los progenitores se muestra como un factor de riesgo para el desarrollo educativo de los menores; riesgo que se incrementa a mayor nivel de conflictividad familiar.

El estudio de campo realizado constata la existencia de conflictos entre los docentes y los progenitores no convivientes, sobre todo, en el ámbito de la comunicación.

De lege ferenda propongo, en primer lugar, la introducción de un párrafo segundo en el punto segundo del artículo 92 CC en el que se explicite que las medidas judiciales adoptadas en relación con la custodia, cuidado y educación de los menores serán notificadas de oficio a los centros escolares o, en su caso, al registro administrativo establecido por la administración educativa autonómica.

En segundo lugar, y en idéntico sentido, propongo la modificación del artículo 755 LEC, por el que se impone la notificación obligatoria de las resoluciones recaídas en los procedimientos de matrimonio y menores —entre otros— al Registro Civil pero facultativa a cualquier otro registro público a petición de las partes, en el sentido de incluir un párrafo tercero en el que se ordene la notificación obligatoria de las sentencias a los centros educativos.

En tercer lugar, para la debida notificación de los acuerdos privados alcanzados por los progenitores no convivientes, si son elevados a público, procede la notificación de la escritura de elevación del acuerdo alcanzado en mediación a los registros administrativos de las consejerías de educación autonómicas al amparo de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 196 del Reglamento Notarial para lo cual procedería la habilitación de la interconexión entre los registros administrativos pertinentes y el Consejo General del Notariado.

Si los acuerdos privados no son elevados a público, son los propios progenitores los que tendrían que notificar los acuerdos al centro escolar conjuntamente pudiéndose incluir una cláusula al efecto.

En último lugar, en aras de facilitar la gestión educativa, entiendo que resulta necesaria la actualización de los procedimientos establecidos por las resoluciones de las direcciones educativas para su adaptación a las nuevas realidades.

Con estas medidas se obtendría una reducción de los comportamientos oportunistas desplegados por los progenitores no convivientes en familias altamente conflictivas al mismo tiempo que se daría seguridad a los profesionales y centros educativos en la gestión de la relación docente así como, en último término, se garantizaría el derecho fundamental a la educación de los menores que es básico en la concepción del interés superior del menor.

VII. Bibliografía

Álvarez Conde, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

Ara Pinilla, I., *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2014.

Casas Anguita, J., Repullo Labrador, J. R., Donado Campos, J., «La encuesta como técnica de investigación. Elaboración de cuestionarios y tratamiento estadístico de los datos» en *Atención Primaria*, Vol. 31, núm. 8, mayo de 2003, págs. 527-538.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad» en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 3-20.

Garrido Falla, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1985.

Gómez, E., Muñoz, M.ª M. y **Haz, A. M.ª,** «Familias multiproblemáticas y en riesgo social: características e intervención» en *Psykhe*, núm. 16, 2007, págs. 43-54. DOI: 10.4067/S0718-22282007000200004

Gómez Sánchez, Y., *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, 5.ª ed., Editorial Sanz y Torres, Alcorcón (Madrid), 2020.

Jaque Alvear, M. E., Sandoval Domínguez, A. X. y **Alarcón Espinoza, M. C**. «Familias en situaciones de crisis crónicas: características e intervención» en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 32, número 1, 2018, págs. 165-176. https://doi.org/10.5209/CUTS.56461

Jover Olmeda, G. «El derecho a la educación en los textos internacionales de derechos humanos» en *Revista Española de Pedagogía*, núm. 180, mayo-agosto 1988, págs. 281-303. https://doi.org/10.22550/2174-0909.1891

Lasarte Álvarez, C., *Compendio de Derecho de Familia,* Dykinson, Madrid, 2021.

López y López, Á. M., y **Valpuesta Fernández, R.,** *Derecho de Familia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Otero Varela, A., «La patria potestad en el derecho histórico español» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, págs. 209-242.

Rodríguez Martín, C., y **Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.**, *Curso de Derecho Civil I Bis,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Rosales Álamo, M., Fernández Rosales, R., y Fariña Rivera, F., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad. I fórum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar*, 1.ª ed., Andavira Editora, SL, Santiago de Compostela (A Coruña), 2019.

12

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD ANTE EL SHARENTING: ¿ES POSIBLE UN EQUILIBRIO ENTRE EL DESEO-LIBERTAD DE COMPARTIR Y LA FUNCIÓN-DEBER DE PROTEGER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR?

Laura Marín Cáceres
Profa. Ayudante-doctor- Derecho Civil
Universidad de Jaén
lmarin@ujaen.es

Sumario: I. Del álbum de fotos familiar a la difusión de imágenes en las plataformas digitales. II. La capacidad progresiva del menor y el consentimiento en materia de imagen y protección de datos. III. El ejercicio de la patria potestad y sus límites en la difusión de imágenes de menores. IV. Balance y perspectivas: ¿más dudas que certezas?. Bibliografía.

Resumen: La práctica por parte de los progenitores de compartir activamente en plataformas digitales información, imágenes y videos de sus hijos menores (fenómeno conocido como *sharenting*), plantea complejos desafíos en el ámbito del Derecho de Familia y la protección de datos.

Por un lado, el deseo de compartir la vida familiar y construir recuerdos puede ser legítimo, pero entraña riesgos significativos para la privacidad, el honor, la propia imagen y la identidad digital futura, especialmente de los menores.

Se propone abordar, desde una perspectiva jurídica, la tensión inherente entre el ejercicio de la patria potestad que «se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad» (art. 154CC) y la urgente necesidad de proteger los derechos fundamentales del menor en el entorno digital.

El interés superior del menor que constituye el criterio fundamental para interpretar y aplicar las normas relativas a los menores implica que las actuaciones de los progenitores en el ejercicio de esta función deben encontrar su justificación primordial en el beneficio que reportan al menor, y no únicamente en el deseo o la libertad de expresión de los padres. Si una práctica como el *sharenting* no aporta un beneficio al menor, por el contrario, conlleva riesgos potenciales, podría entrar en contradicción con la finalidad misma de la patria potestad, independientemente de la intención parental.

Es necesario analizar la conciliación entre facultades parentales y derechos del menor ante el *sharenting* para evaluar la eficacia de la protección legal actual. Se busca ofrecer una visión jurídica de esta práctica y sus límites, reflexionando sobre la adaptación del Derecho para salvaguardar la identidad digital de los menores, construida hoy mayoritariamente por terceros.

I. Del álbum de fotos familiar a la difusión de imágenes en las plataformas digitales

La transición del álbum de fotos familiar a la exposición en plataformas digitales ha redefinido los límites de la privacidad familiar. Queda ya en la memoria la nostalgia del carrete, las fotos movidas e incluso veladas, pero en todo caso, las fotos privadas de y para la familia. Actualmente, las redes sociales invaden los hogares. Se proyecta cada instante de la vida misma o la deseada ante una audiencia que amparada por el anonimato de la red goza de la posibilidad de opinar y juzgar. En este escenario de hiperconectividad, ha emergido el fenómeno del *sharenting*[1], neologismo que combina *share* (compartir) y *parenting* (crianza o, como se denomina recientemente por influencia del término anglosajón, parentalidad[2]) para describir la práctica sistemática de los progenitores de compartir y difundir en plataformas digitales imágenes, videos e información sobre sus hijos menores de edad.

Desde una perspectiva jurídica, el *sharenting* no puede ser reducido a una mera conducta social sin consecuencias o ampararse de forma absoluta en el ejercicio de la libertad de expresión o de información de los padres. Se trata de una práctica que colisiona con los derechos fundamentales del menor, específicamente con los consagrados en el art. 18 CE, el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. El menor es sujeto de derechos, no objeto de los mismos. El hecho de que el menor esté bajo la protección de los que ejercen la patria potestad y, por consiguiente, sean ellos quienes ostentan su representación significa que, a la luz de los arts. 154 y 162. 1 del Código Civil (en adelante, CC) se intensifica el deber de protección y vigilancia activa y que el menor debe, según el criterio de la madurez, ser oído y tenido en cuenta en función de su edad y capacidad natural. Al mismo tiempo, uno de los riesgos más críticos de esta práctica es la generación de una huella digital que el menor no ha consentido. Una biografía virtual elaborada por los progenitores, que acompañará al menor incluso cuando ya no lo

1 La creación del término se atribuye a Blum-Ross & Livingston en 2017, aunque existen referencias de este concepto desde 2016 según Torres Romay, E.; García-Mirón, S., «Sharenting: análisis del uso comercial de la imagen de los menores en Instagram» en *Revista de Marketing Aplicado*, Vol.24, núm. 2, 2020, pág. 163.

2 Ammerman Yebra, J., «El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting» en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 (bis extraordinario), 2018, pág. 254.

sea y cuyas consecuencias pueden ser nefastas para su desarrollo personal y profesional. La gravedad del problema alcanza el punto álgido cuando al deseo de compartir la experiencia de la paternidad/maternidad y al de pertenecer a la comunidad digital se añade lo lucrativo, nos referimos a la explotación comercial de la imagen infantil, a los niños *influencers*[3]. En este caso, el *sharenting* se convierte además en un modelo de negocio donde los menores son utilizados como reclamo publicitario para promocionar productos o servicios percibiendo los padres contraprestaciones económicas por las visitas, seguidores y contratos de patrocinio. Señala Gutiérrez Mayo que:

> «se suele utilizar el término Instamamis e Instapapis, que proviene de la red social Instagram, para hacer referencia a todos aquellos progenitores que, sin ser personajes públicos, tienen cuentas con un perfil público en redes sociales, fundamentalmente en Facebook, Instagram y Youtube, en las que publican diariamente múltiples imágenes y/o vídeos de sus hijos menores de edad. Muchas de estas cuentas con perfil público tienen cientos de miles e incluso millones de seguidores y sus titulares reciben regalos y en muchos casos dinero de las marcas por mostrar en dichas redes sociales esos productos en su vida cotidiana y en la de sus hijos menores llegando a convertirse en la principal fuente de ingresos de sus creadores»[4].

Esta práctica plantea, además, un conflicto con la prohibición del trabajo infantil y la normativa de espectáculos públicos. En este sentido, recordar el art. 32 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa y el art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores que prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años, mejorando la regulación internacional (Convenio de la OIT núm. 138, sobre la edad mínima, del año 1973) y la comunitaria (Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo) que fijan la edad mínima, con carácter general, en los 15 años de edad. Esta prohibición tiene su fundamento en un principio protector relacionado con los años de escolaridad obligatorios[5]. Excepcionalmente, permite la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos[6] cuando se autorice por la autoridad laboral y siempre que

3 Según la FUNDÉU, se utiliza la palabra *influencers* para aludir a aquella persona con capacidad para influir en la opinión o los gustos de otras muchas a través de sus redes sociales por su gran número de seguidores, de acuerdo con la segunda edición del *Diccionario panhispánico de dudas*. Siendo influyente una alternativa preferible al extranjerismo *influencer*.

4 Gutiérrez Mayo, E, «Análisis jurídico del fenómeno de los menores influencers», en *Derecho de Familia*, obra colectiva, Tirant lo Blanch, 2022, págs.273-290.

5 Art. 22 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

6 Su regulación se contempla en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

no suponga peligro para la salud ni para la formación profesional y humana (art. 6.4 ET). La normativa es precisa siempre que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación de la norma, pero ¿es trasladable al ámbito familiar? Cuando la imagen de un menor se convierte en un activo fundamental de la economía de la familia ¿podría considerarse que es un trabajador pese a la inexistencia de un contrato? ¿podría aplicarse la analogía para considerarlo amparado por la normativa de espectáculos públicos?

La protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el art. 39 CE, en los Tratados internacionales, por la UE y por el Consejo de Europa. En este sentido, teniendo en cuenta los beneficios de los procesos de digitalización y de universalización del acceso a los entornos digitales también es preciso señalar los riesgos y perjuicios que se pueden derivar de un uso inadecuado de los mismos y, en consecuencia, la preocupación del legislador por evitarlos. Actualmente, el Proyecto de Ley orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales[7] que incorpora las aportaciones de organismos públicos y privados españoles y de la Comisión europea al Anteproyecto de Ley orgánica para la protección de los menores de edad en los entornos digitales presentado el 11 de junio de 2024 aborda la protección de los menores de edad en el entorno digital, incluyendo aspectos relacionados con su privacidad y seguridad. Se trata de ofrecer entornos digitales seguros para la infancia y la adolescencia, con plena protección de sus derechos y libertades fomentando un uso adecuado de las nuevas tecnologías.

> «El art. 2 reconoce los derechos de las personas menores de edad en este tipo de entornos, entre ellos los derechos a ser protegidas eficazmente ante contenidos digitales que puedan perjudicar su desarrollo, a recibir información suficiente y necesaria en una forma y lenguaje apropiado según la edad y el grado de madurez sobre el uso de las tecnologías y de los riesgos asociados al mismo, así como al acceso equitativo y efectivo a dispositivos, conexión y formación para el uso de herramientas digitales»[8].

Expresamente, el art. 2.5 establece que «los menores tienen derecho a que su seguridad, privacidad, honor, intimidad e imagen sean salvaguardados en el espacio digital». Esto incluye la protección frente a la sobreexposición en internet, que puede ser causada por sus progenitores al compartir información personal o imágenes de los menores sin considerar los riesgos asociados. Esta normativa viene a integrar el sistema de protección de las personas menores de edad en el entorno digital junto con la norma fundamental que redefine el estatus del menor, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Pro-

7 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XV Legislatura, Seria A, Proyectos de Ley, 11 de abril de 2025, núm. 52-1.

8 Apartado II, párrafo tercero, Exposición de Motivos, Proyecto de Ley Orgánica para la Protección de las personas menores de edad en los entornos digitales.

tección Jurídica del Menor (LOPJM), la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que define la violencia de forma amplia, refuerza el principio de interés superior del menor y específicamente dedica el capítulo III, al ámbito familiar, partiendo de la idea de familia en sus múltiples formas, como unidad básica de la sociedad y medio fundamental para el desarrollo de los menores. Considerando a la familia un objetivo prioritario de todas las administraciones públicas al ser el primer lugar de prevención de la violencia sobre la infancia, debiendo favorecer la cultura del buen trato. Asimismo, dedica el capítulo VIII (De las nuevas tecnologías) a regular las actuaciones que deben realizar y promover las administraciones públicas para garantizar el uso seguro y responsable de Internet por parte de los niños, niñas y adolescentes, familias, personal educador y profesionales que trabajen con personas menores de edad. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) consagra en el art. 84.1 el derecho de los menores a desenvolverse en un entorno digital que garantice su dignidad y derechos fundamentales subrayando la responsabilidad de los progenitores, tutores, curadores o representantes legales de garantizar un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y servicios de la sociedad de la información. Complementariamente, el apartado segundo del citado art. prevé la intervención del Ministerio Fiscal cuando la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes puedan implicar una intromisión en sus derechos fundamentales. No obstante, conforme al art. 2.2 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 (en adelante, LO 1/1982) dicha intromisión quedaría excluida si existe autorización legal o consentimiento expreso. En este punto, cabe precisar que la validez del consentimiento en la minoría de edad se articula sobre los criterios de edad y madurez; en su defecto, la facultad de consentir se traslada a sus representantes legales (art. 3 LO 1/1982), cuestiones que requieren un análisis en el apartado siguiente.

II. La capacidad progresiva del menor y el consentimiento en materia de imagen y protección de datos

El art. 18 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, configurándolos como derechos fundamentales estrechamente vinculados a la dignidad de la persona proclamada en el art. 10.1 CE. Estos derechos han sido desarrollados por la LO 1/1982, a la que ya hemos hecho mención, que establece el régimen jurídico de las intromisiones ilegítimas y los mecanismos de tutela frente a las mismas. La finalidad de esta norma es ofrecer una protección eficaz frente a conductas que, tanto desde el ámbito público como privado, puedan lesionar la esfera personal del individuo.

En el caso de los menores de edad, estos derechos[9] gozan de una protección reforzada, derivada tanto del Derecho internacional como del ordenamiento jurídico interno. En particular, el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce expresamente el derecho del menor a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como a la protección de la ley frente a tales injerencias. En el ámbito interno, el art. 4 LOPJM reafirma el derecho de los menores al honor, a la intimidad y a la propia imagen, imponiendo a todos los poderes públicos y a los particulares incluidos padres y tutores el deber de respetarlos y protegerlos de manera prioritaria, en atención al principio del interés superior del menor[10].

No obstante, la existencia de una intromisión ilegítima en estos derechos fundamentales puede quedar excluida cuando concurre el consentimiento válido del titular del derecho. El consentimiento se erige así en una causa de legitimación que excluye la antijuridicidad de la conducta, siempre que haya sido prestado de forma libre, consciente e informada. La LO 1/1982 dedica a esta cuestión un único y conciso precepto, el art. 3, en el que se aborda específicamente el consentimiento de los menores, introduciendo el criterio de la madurez como elemento determinante. Este planteamiento se encuentra en plena sintonía con el art. 162 CC, que reconoce a los menores capacidad para realizar por sí mismos los actos relativos a sus derechos de la personalidad cuando hayan alcanzado suficiente madurez[11]. De este modo, el legislador abandona una concepción rígida basada exclusivamente en la edad, optando por un criterio flexible y casuístico que atiende a la capacidad real del menor para comprender el alcance y las consecuencias del acto que realiza, especialmente cuando se trata de decisiones que afectan de manera directa a su esfera más íntima. El concepto y utilización de una madurez evolutiva que permite una mayor autonomía del menor de edad en el ejercicio de sus derechos sin olvidar las responsabilidades de los padres era un concepto que ya se encontraba en el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, Grimalt Servera destaca que:

> «Fijar las condiciones de madurez como criterio para determinar la validez del consentimiento del menor es lo más respetuoso para él, porque obliga a

9 La titularidad de los derechos de la personalidad por parte del menor ha sido afirmada de forma reiterada por el Tribunal Constitucional sosteniendo que los derechos fundamentales corresponden a todas las personas por el mero hecho de serlo, sin que la edad pueda operar como factor excluyente, aunque sí modulador de su ejercicio. Entre otras; las SSTC 117/1994, de 25 de abril (BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1994), F.J. n.º 3; 154/2002, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 7 de agosto de 2002) sentencia en la que defiende el concepto de madurez evolutiva y 17/2006, de 30 de enero (BOE núm.51, de 1 de marzo) subrayando el interés superior del menor como límite frente a las decisiones de los padres, no pudiendo autorizar el uso de la imagen de su hijo si esto vulnera su dignidad o intereses.

10 SSTS 2177/2022, de 27 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS: 2022:2177), 4225/2024, de 27 de julio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4225). Consultar en ambas sentencias el F.J. núm. 3.

11 Artículo Modificado por ley 26/2015, de 28 de julio.

respetarle, sea cual sea su edad, cuando tenga la madurez suficiente para decidir o participar en las decisiones relativas a su intimidad o imagen, y porque le protege mejor, ya que desplaza la carga de asegurarse de que tiene la madurez suficiente a quien quiere obtener su consentimiento»[12].

Esta afirmación pone de relieve que el criterio de la madurez no solo refuerza la autonomía progresiva del menor, sino que también actúa como un mecanismo de protección frente a posibles abusos por parte de terceros.

En la misma línea, Pérez Giménez añade que la LO 1/1982:

«Intuía la revolución que se gestaba en torno a los menores, que no podían considerarse ya como sujetos plenamente incapaces, permitiendo que puedan llevar a cabo de forma eficaz determinados actos relativos a sus derechos de la personalidad. Entre estos actos se encuentra, precisamente, la prestación del consentimiento a la que se refiere el artículo 3 de la citada ley, siempre que el menor pueda acreditar una suficiente capacidad natural de autogobierno[13]. Esta evolución normativa y doctrinal refleja un cambio de paradigma en la consideración jurídica del menor, que pasa de ser un mero objeto de protección a un verdadero sujeto de derechos, con capacidad para ejercerlos progresivamente en función de su desarrollo personal»[14].

La cuestión principal sigue siendo determinar cuando el menor goza de esa madurez suficiente para poder consentir en los actos relativos a sus derechos de la personalidad. En el CC encontramos el criterio de la persona menor de edad «si tuviere madurez suficiente» seguido de «y en todo caso si fuere mayor de doce años» entre otros, en los arts. 156, 159, 177 y 223, en los arts. 14, 20 y 21 se refiere al menor de catorce años y en los arts. 241 y ss. reguladores de la emancipación se exige que el menor tenga dieciséis años cumplidos.

La fiscalía general del Estado intentó establecer principios generales en relación a la madurez del menor con la finalidad de precisar su concepto. La falta de acuerdo conllevo dos importantes conclusiones. Por un lado, que es necesario valorar todas las circunstancias concurrentes en cada caso, en función de la edad, el desarrollo emocional, volitivo e intelectivo del menor y otros factores exógenos, así como la complejidad del asunto que se deba tratar, sin olvidar que la capacidad del menor es variable y flexible y, por otro, que la inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso

12 Grimalt Servera, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales,* Comares, 2017, pág. 46.

13 Pérez Giménez, M.ª T., *La obligación de velar de los padres. La inescindible armonía entre el deber de proteger y la autonomía del menor maduro,* Aranzadi, 2023, pág. 67.

14 Puede ampliarse la información en relación al alcance del consentimiento que Pérez Giménez, M.ª T. realiza en *La obligación de velar de los padres. La inescindible armonía entre el deber de proteger y la autonomía del menor maduro,* Aranzadi, 2023, pág. 67 a 78, donde desgrana el caótico art. 4 de la LO 1/96, en relación a la LO 1/82 y el art. 162CC.

de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro[15]. A su vez, habría que valorar la formación y conocimiento que el menor tiene sobre el medio en el que va a difundir la imagen e información para poder prestar un consentimiento informado[16] pero posiblemente esto nos llevaría a la pregunta ¿realmente todas las personas mayores de edad que utilizan una red social conocen como funciona la red y valoran que efectos se derivan de su uso antes de prestar el consentimiento? Cada uno que responda según su experiencia, pero podríamos adelantar, sin miedo a equivocarnos, que la mayoría de la población mayor de edad, en la que me incluyo, desconoce el funcionamiento y los efectos que se derivan con un solo golpe de *click*.

No debemos olvidar que, frente al criterio de la madurez suficiente como vía para determinar la capacidad de los menores para determinar la validez del consentimiento del menor, la normativa de protección de datos introduce un criterio objetivo de edad.

El Reglamento General de Protección de Datos[17] (RGPD), establece en su art. 8, relativo a las condiciones aplicables al consentimiento del menor[18] en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información que el tratamiento de los datos personales de un menor se considerará lícito cuando este tenga al menos 16 años. Si fuese menor de 16 años, el tratamiento se considerará lícito si el consentimiento se presta por el titular de la patria potestad o por el tutor pudiendo establecer los Estados miembros por Ley una edad inferior a tales fines, siempre que la edad fijada no sea inferior a 13 años.

> «Por tanto, traslada al legislador nacional el deber de establecer dentro de esa horquilla 13-16 una edad, España la ha fijado en 14 años[19] ¿Es la edad adecuada?

15 Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Referencia: FIS-I-2006-00002.

16 Toral Lara, E., «Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía» en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36, págs. 179-218. Recuperado el 10 de febrero de 2026: https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/39056dpyc3605toral.html#d7e541.

17 REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 119 de 4.5.2016, p. 1).

18 Puede consultarse un riguroso desarrollo sobre el consentimiento de menores de edad en el RGPD en Berrocal Lanzarot, A. I., «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, septiembre 2019, págs. 2548-2586.

19 Art. 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

[¿Podría considerarse un menor maduro?] Sinceramente, no lo sé, pero hay un hecho evidente, no hay una edad uniforme para todos los Estados miembros»[20].

El art. 7 LOPDPGDD dispone que el tratamiento de los datos personales de un menor basado en el consentimiento será lícito cuando este tenga al menos catorce años. Para los menores de dicha edad, será necesario el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela. La trascendencia de este marco normativo se refuerza en el régimen sancionador, donde el tratamiento de datos de menores sin el consentimiento preceptivo, o la falta de diligencia razonable en la verificación de su validez, se tipifican como infracciones graves, subrayando el especial deber de protección que recae sobre los responsables del tratamiento. El Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales introduce una modificación[21] que reforma el citado art. 7 de la LOPDPGDD al elevar de los catorce a los dieciséis años la edad mínima para que un menor pueda prestar válidamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta reforma, se justifica por la evolución exponencial del uso de la tecnología por parte de la infancia y la necesidad de un mayor grado de madurez para gestionar los riesgos asociados a los servicios digitales, buscando además la armonización con la mayoría de los países de la Unión Europea[22]. Complementariamente, se aborda el fenómeno de la sobreexposición infantil *(sharenting)*, estableciendo que la difusión de imágenes o información personal de menores en plataformas y redes sociales, sea por los propios menores o por sus representantes legales (con o sin fines lucrativos), debe garantizar en todo momento la protección de su salud mental, su bienestar emocional y su interés superior, reforzando la intervención del Ministerio Fiscal ante posibles injerencias arbitrarias en su intimidad[23]. Hasta su aprobación, el legislador presume que, a partir de los catorce años, el menor posee, con carácter general, la madurez suficiente para comprender el alcance del tratamiento de sus datos personales y las consecuencias que de ello pueden derivarse, especialmente en el contexto de los servicios de la sociedad de la información y del entorno digital. Sin embargo, dicha presunción no elimina la obligación de los responsables del tratamiento de garantizar que la información

20 Marín Cáceres, L., «Reflexiones e incertidumbres en torno al Capítulo VIII de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia» en *Retos de la Justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, obra colectiva, Aranzadi, 2022, págs. 565-585.

21 Disposición final sexta, Proyecto LO.

22 Exposición de Motivos apartado X, Proyecto LO.

23 Consulta pública previa, Legislación sobre el Derecho a la identidad digital de la infancia y la adolescencia. Ministerio de Juventud e Infancia. Recuperado el 12 de enero de 2026: https://www.juventudeinfancia.gob.es/sites/default/files/consultapub/251029%20consulta%20p%C3%BAblica_Proyecto_Norma_Sharenting%20v2.pdf

facilitada al menor sea clara, comprensible y adaptada a su edad, tal y como exige el principio de transparencia consagrado en el RGPD.

La relevancia de esta regulación adquiere una especial intensidad en el contexto de las redes sociales y de la difusión de imágenes de menores en entornos digitales. Las plataformas digitales y redes sociales constituyen hoy uno de los principales espacios de exposición pública de la imagen y de los datos personales, lo que incrementa de forma notable el riesgo de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores. La publicación, reproducción o difusión de imágenes en redes sociales implica, en la mayoría de los casos, un tratamiento de datos personales en los términos definidos por la normativa de protección de datos, al tratarse de información que permite identificar directa o indirectamente a una persona física.

En este contexto, la fijación de la edad de catorce años como umbral para prestar válidamente el consentimiento en materia de protección de datos resulta especialmente relevante. A partir de dicha edad, el menor puede consentir por sí mismo la creación de perfiles en redes sociales y el tratamiento de sus datos personales, incluida su imagen, sin necesidad de la intervención de sus representantes legales. Esto supone reconocerle capacidad para decidir sobre su presencia digital y sobre la difusión de contenidos que afectan directamente a su esfera personal, siempre que el consentimiento sea informado, libre y específico.

Sin embargo, pese a que exista este consentimiento no es legítima cualquier forma de difusión de su imagen. La publicación de imágenes en redes sociales debe respetar en todo caso los límites derivados del interés superior del menor y del contenido esencial de sus derechos fundamentales. La utilización de la imagen o el nombre del menor que pueda menoscabar su honra o reputación, o que resulte contraria a sus intereses, aun cuando exista consentimiento del propio menor o de sus representantes legales puede ser considerada una intromisión ilegítima.

El debate sobre la capacidad del menor en el entorno digital se articula entre el criterio cronológico de los 14 años exigido por la LOPDGDD para el tratamiento de datos y el criterio subjetivo de la madurez propio del ámbito civil y de la LOPJM[24]. Según Batuecas, aunque la apertura de un perfil en redes sociales constituye un contrato de servicios digitales, la edad de 14 años opera como una condición necesaria pero no suficiente cuando se ven afectados derechos de la personalidad como el honor, la intimidad o la imagen, donde se requiere la aptitud de entender las consecuencias del acto. La doctrina se divide entre quienes defienden la literalidad del límite legal por seguridad jurídica y quienes abogan por una presunción *iuris tantum* que

24 Luquin Bergareche, R. *La protección jurídico-civil del menor usuario de telefonía móvil en la sociedad de la tecnología*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2012, pág. 201.

reconozca la autodeterminación informativa del menor maduro antes de esa edad[25]. En última instancia, será posible invalidar el consentimiento de los representantes del menor cuando resulte lesivo para la dignidad del menor, legitimando la intervención del Ministerio Fiscal ante los riesgos derivados de la exposición masiva en internet vía art. 4.3 de la LOPJM y del principio rector en materia de menores, el interés superior del menor.

En el ámbito digital, además, el carácter masivo, inmediato y potencialmente irreversible de la difusión de imágenes agrava las consecuencias de una intromisión ilegítima. Una vez publicada una imagen en una red social, su control efectivo por el titular del derecho se ve seriamente limitado, lo que incrementa los riesgos de reutilización no autorizada, suplantación de identidad o utilización con fines distintos de aquellos para los que se prestó inicialmente el consentimiento. Por ello, la exigencia de un consentimiento cualificado y la especial diligencia de quienes difunden imágenes de menores son elementos esenciales para la tutela efectiva de sus derechos.

III. El ejercicio de la patria potestad y sus límites en la difusión de imágenes de menores

La respuesta a la pregunta sobre el equilibrio entre la libertad de compartir y el deber de proteger exige, en primer lugar, una redefinición de la patria potestad en la era digital. Resulta necesario abordar el papel que corresponde a los titulares de la patria potestad en la difusión de imágenes de menores, así como los límites que el ordenamiento jurídico impone a su actuación en atención al interés superior del menor.

La patria potestad ha ido experimentando una transformación profunda evolucionando hasta convertirse en una responsabilidad parental que puede definirse siguiendo a Lasarte como:

> «un conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto a sus hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres»[26].

El art. 154 CC establece el hilo conductor que debe estar presente en cualquier análisis, esto es, la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo a su personalidad. Este mandato legal se convierte en un límite a la libertad de expresión e información de los padres con inde-

25 Batuecas Caletrío, A., «El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales» en *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, obra colectiva, Comares, 2015, págs. 137-170.

26 Lasarte Álvarez, C. *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil V,* Marcial Pons, 2022, pág. 316.

pendencia de que su intervención se produzca con respecto a las decisiones adoptadas por el menor maduro en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia (art. 162.1.º párrafo 2.º CC; art. 3.1 LO 1/1982) o cuando los menores no tengan madurez suficiente y deban otorgar el consentimiento en el ejercicio de sus deberes de vela y cuidado (art. 154.1 CC; art. 3.2 LO 1/1982). Además, en esta colisión de derechos fundamentales, el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen frente a la libertad de expresión e información, debemos afirmar que pese a que en las últimas sentencias el TC se inclina por una posición preferente del derecho a la libertad de expresión e información siempre que sea veraz y contribuya a la formación de una opinión pública, lo que en definitiva implica que tal información pueda entrar dentro de la calificación de interés público[27], no ocurre de la misma forma cuando el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen corresponden a un menor y la intromisión ilegítima ha sido provocada por los que deben tener un plus de diligencia debida, sus progenitores.

En el contexto del *sharenting*, la decisión de publicar contenido digital no debe tener origen en la voluntad e interés de los padres sino evaluar realmente si dicha publicación favorece al interés del menor. La idea del beneficio de los hijos preside el conjunto de la regulación actual de la patria potestad que se ejerce generalmente de manera conjunta o por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro. Esta premisa adquiere una relevancia especial en el *sharenting* y más aún cuando los progenitores se encuentran en una situación de crisis matrimonial, siendo uno de los puntos que generan mayor litigiosidad, determinar si la publicación en redes sociales es un acto de la vida cotidiana (uso social) y, por consiguiente, cabe dentro del supuesto del ejercicio coyuntural de la patria potestad por uno de los progenitores o es un acto de especial trascendencia.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha mostrado disparidad de criterios al calificar si la publicación de imágenes es un uso social o un acto de especial trascendencia que requiere el consentimiento de ambos progenitores.

La SAP de Pontevedra (sección 1.ª) núm. 208/2015, de 4 de junio, ECLI:ES:APPO:2015:1123, resuelve un recurso de apelación interpuesto por una madre contra la sentencia de divorcio inicial, centrándose especialmente en el régimen de visitas, la pensión alimenticia y, de forma novedosa, la publicación de imágenes del menor en redes sociales. La Audiencia estima parcialmente el recurso únicamente para modificar el punto relativo a las redes sociales. Revoca la sentencia de instancia en el sentido de obligar al padre a obtener el permiso de la madre antes de publicar imágenes de su hijo en Internet, manteniendo el resto de las medidas establecidas en la sentencia inicial.

27 STC 51/1982, de 2 de febrero, ECLI:ES:TC:1989:51, F.J. núm. 2.

La SAP de Barcelona (sección 12.ª), núm. 539/2018, de 15 de mayo, ES:APB:2018:4328, falla en el mismo sentido, prohibiendo a los progenitores la publicación de fotos de su hijo en las redes sociales salvo conformidad o consentimiento de ambos al respecto.

La SAP de Cantabria (sección 2.ª), núm. 24/2020, de 13 de enero, ECLI:ES:APCA:2020:24 ordena a la madre cesar la publicación de imágenes de su hija en la red social Facebook, estimando la demanda del padre y reiterando la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para publicar fotos de la menor.

Por otro lado, entre otras, la SAP de Barcelona, núm. 4797/2015 ECLI:ES:APB:2015:4797 y la SAP de Madrid, núm. 9477/20217, (ECLI:ES:APM:2017:9477) deniegan las peticiones de uno de los progenitores para prohibir al otro publicar imágenes del menor en redes sociales. En ambos casos, el tribunal consideró que la publicación de las imágenes estaba dentro del uso social sin vulnerar los derechos de los menores.

La heterogeneidad en las resoluciones de las Audiencias Provinciales ha conllevado a que el Tribunal Supremo sea determinante para delimitar el alcance del consentimiento. Entre otras, cabe señalar los siguientes pronunciamientos a modo de ejemplo:

-STS (sala 1.ª), núm. 2856/2015, de 30 de junio de 2015, CLI:ES:TS:2015:2856. En este caso, la imagen fue tomada por el tío del menor con conocimiento de la madre siendo publicada la foto años después por terceros. La madre demandó a la Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid y a una revista por utilizar la imagen del menor para la información sobre exhibiciones de cetrería. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como Audiencia Provincial desestimaron la demanda al considerar que, aunque no había consentimiento formal, la foto no dañaba la reputación del niño ni tenía fines puramente publicitarios. El Supremo anula las sentencias anteriores y declara que existió una intromisión ilegítima pues el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental autónomo. Su vulneración se produce por el simple hecho de publicar la imagen sin consentimiento de sus representantes legales, consentimiento que debe ser expreso y por escrito para la protección del interés superior del menor independientemente que la imagen no afecte a la reputación u honra del menor y de las buenas intenciones del editor y la irrelevancia del origen de la foto.

-STS (sala 1.ª), núm. 249/2023, de 14 de febrero de 2023, ES:TS:2023:467, resuelve un recurso de casación interpuesto por el padre de una menor contra la decisión de la AP de Jaén que había desestimado su demanda por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de su hija. La controversia se inicia por la publicación en dos reportajes donde la imagen de la menor aparecía sin pixelar. Las imágenes habían sido facilitadas por la madre, (ambos progenitores son personas públicas), y algunas ya estaban previamente publicadas en su perfil abierto de Instagram. El Juz-

gado de Primera Instancia n.º 7 de Jaén estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada al pago de 8.000 euros por intromisión ilegítima. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó íntegramente dicha sentencia y absolvió a la entidad demandada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación del padre y confirma la sentencia de apelación, declarando que no existió intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de la menor. Concluye el Supremo que la notoriedad de los padres no convierte automáticamente al menor en un personaje público, por lo que es necesario determinar si se produce una vulneración del derecho a la imagen y a la intimidad del menor. Para este caso, el uso de la imagen no fue contrario a sus intereses y contaba con el consentimiento válido de la madre, tampoco se revelaban aspectos reservados a la vida privada, pues se trataba de escenas cotidianas. No quiere decir con esto el TS que no sea necesario el consentimiento de ambos progenitores cuando la patria potestad se ejerce conjuntamente, pero recuerda que, respecto a 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». En este caso, la madre era cotitular de la patria potestad, el padre no se opuso de manera previa, el medio que publicó recibió directamente las imágenes y el consentimiento de la madre, por tanto, presumió legítimamente que la madre actuaba con el consentimiento del otro progenitor en el ejercicio ordinario de la patria potestad conforme al uso social.

En este caso, la valoración de la actuación como uso social la basa el Alto Tribunal en que el consentimiento de la madre no se proyectaba sobre una explotación comercial autónoma de la imagen de la menor, sino sobre su aparición accesoria en un reportaje centrado en la vida familiar. Sin duda, uno de los aspectos centrales de la resolución es determinar si, tratándose de la difusión de la imagen de una menor de edad, resultaba exigible el consentimiento expreso de ambos progenitores como presupuesto de licitud. La Sala no niega el carácter conjunto del ejercicio de la patria potestad, conforme al art. 156 CC, ni relativiza la exigencia general de consentimiento de los representantes legales prevista en el art. 3 de la LO 1/1982. Sin embargo, introduce una precisión relevante desde la perspectiva de la responsabilidad del tercero que difunde la imagen. 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. Esta previsión opera como mecanismo de seguridad jurídica en las relaciones externas donde la exigencia de verificación adicional habría supuesto imponer al tercero una carga desproporcionada e incompatible con lo normal en el tráfico jurídico.

La sentencia, por tanto, no elimina la regla del ejercicio conjunto, sino que distingue entre el plano interno o lo que es lo mismo, las relaciones entre progenitores y el plano externo referido a las relaciones con terceros de buena fe.

IV. Balance y perspectivas: ¿más dudas que certezas?

La práctica del *sharenting* introduce al menor en un entorno digital cargado de riesgos con consecuencias directas en la seguridad, el bienestar y el futuro de los menores. La información suministrada proporciona herramientas para el acoso y la explotación (redes de pedofilia, *grooming*, geolocalización, robo de identidad para crear perfiles falsos, *ciberbullying*, etc.). El menor crece y es consciente que su infancia y adolescencia han sido un espectáculo para otros provocando un impacto psicológico que puede dañar el vínculo de confianza que debe existir entre progenitores e hijos. No menos importante, durante esta etapa, la minoría de edad, se genera una huella digital que el menor no ha consentido y que le acompañará durante su etapa adulta. Riesgos actuales que sumados a la falta de conocimiento y formación sobre las redes sociales generarán, sin duda, nuevas preguntas al Derecho de Familia.

Ante este escenario, la legislación pivota entre determinar una edad como criterio objetivo o la progresiva madurez del menor para prestar un consentimiento válido que legitime la conducta de los progenitores, sin olvidar que hasta alcanzar dicha capacidad son los progenitores los que pueden consentir bajo el paraguas de la patria potestad, esto es, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor. Por consiguiente, este principio es un límite infranqueable para el derecho a la libre expresión, lo que viene siendo en el ámbito familiar, el deseo de compartir. El equilibrio entre la libertad de compartir y el deber de proteger solo es posible si la patria potestad se ejerce con una diligencia cualificada, donde para la determinación del interés del menor se hayan tenido en cuenta los riesgos y beneficios conocidos y se tome consciencia de lo desconocido. La diligencia cualificada exige evaluar el presente y garantizar el futuro del menor a una identidad digital no condicionada por todo lo que hayan publicado los progenitores.

La jurisprudencia actual ha consolidado un estándar de protección reforzada del derecho a la propia imagen de los menores, configurándolo como un derecho fundamental autónomo que exige una diligencia extrema en el entorno digital. El Tribunal Supremo ha ratificado que la difusión de la imagen de un menor sin el permiso expreso de sus representantes legales constituye una intromisión ilegítima por sí misma, siendo irrelevante que la publicación tenga fines informativos, o que la imagen no dañe la reputación del niño, ya que el interés del menor se encuentra objetivado en la exigencia del consentimiento. No obstante, el Alto Tribunal ha matizado la responsabilidad de terceros de buena fe en supuestos de uso social donde se presume que un progenitor actúa con el consentimiento del otro, siempre que no exista una oposición previa acreditada o una explotación comercial autónoma de la imagen. En este escenario, el Ministerio Fiscal puede intervenir incluso ante el consentimiento de los padres, si se considera que la exposición es contraria al interés superior del menor.

El legislador es consciente que junto con los beneficios de los procesos de digitalización y de universalización del acceso a los entornos digitales con-

viene señalar los riesgos y perjuicios que se pueden derivar de un uso inadecuado de los mismos. Tiene un compromiso con los derechos de la infancia y la adolescencia, preservando el interés superior del menor como principio de orden público y teniendo en cuenta que los entornos digitales son hoy uno más entre los diferentes ámbitos en los que se desarrolla la vida en sociedad[28]. Por y para ello se encuentra en trámite el Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales que tiene entre sus pilares fundamentales destinados a garantizar un desarrollo integral y seguro de la infancia en la red, establecer un nuevo marco de autonomía y privacidad al elevar la edad de consentimiento para el tratamiento de datos personales de los catorce a los dieciséis años, diferenciar entre un uso personal y comercial de la imagen del menor y establecer obligaciones fiscales y laborales para los padres que se lucren con la imagen de sus hijos. Agilizar los procesos de jurisdicción voluntaria para resolver los conflictos entre progenitores de manera rápida para evitar daños irreparables por la permanencia del contenido en la red. Imponer a las redes sociales mecanismos de verificación de edad más sólidos y sistemas de notificación y retirada de contenidos sensibles protagonizados por menores. Una reforma penal y procesal que introduce la pena de alejamiento de entornos virtuales sanciona las *deepfakes* de contenido sexual y agrava los delitos cometidos mediante el uso de identidades falsas. La regulación del uso del móvil en centros educativos, atención sanitaria ante adicciones digitales y la creación de una Estrategia Nacional para fomentar la alfabetización digital.

A modo de declaración de intenciones esperemos que su aprobación y posterior entrada en vigor junto con la garantía del derecho al olvido, la rectificación y la posibilidad de reclamar por daños y perjuicios sea suficiente para proteger la dignidad de los menores ante actuaciones parentales negligentes. Mientras tanto, o para siempre, el equilibrio entre el deseo-libertad de compartir y la función-deber de proteger debe sustentarse en el respeto absoluto al derecho del menor a decidir sobre su propia identidad futura. Proteger al menor hoy donde los recuerdos, en forma de imagen, información o cualquier otra forma, se mantengan en la intimidad más estricta del seno familiar es garantizar que en el futuro sea el único dueño y no en cotitularidad con un algoritmo y en posesión de todos.

Bibliografía

Ammerman Yebra, J., «El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting» en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 (bis extraordinario), 2018.

28 Preámbulo Proyecto de LO.

Batuecas Caletrío, A., «El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales» en *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, obra colectiva, Comares, 2015.

Berrocal Lanzarot, A. I., «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, septiembre 2019.

Grimalt Servera, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales,* Comares, 2017.

Gutiérrez Mayo, E, «Análisis jurídico del fenómeno de los menores influencers», en *Derecho de Familia*, obra colectiva, Tirant lo Blanch, 2022.

Lasarte Álvarez, C. *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil V,* Marcial Pons, 2022.

Luquin Bergareche, R. *La protección jurídico-civil del menor usuario de telefonía móvil en la sociedad de la tecnología*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2012.

Marín Cáceres, L., «Reflexiones e incertidumbres en torno al Capítulo VIII de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia» en Retos de la Justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad, obra colectiva, Aranzadi, 2022.

Pérez Giménez, M.ª T., *La obligación de velar de los padres. La inescindible armonía entre el deber de proteger y la autonomía del menor maduro,* Aranzadi, 2023.

Toral Lara, E., «Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía» en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36, 2020.

Torres Romay, E.; García-Mirón, S., «Sharenting: análisis del uso comercial de la imagen de los menores en Instagram» en *Revista de Marketing Aplicado*, Vol.24, núm. 2, 2020.

13

FAMILIAS RECONFIGURADAS: LA GUARDA Y CUSTODIA A FAVOR DE LOS ABUELOS. MARCO LEGAL Y REALIDAD SOCIAL

Yvette Velarde

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil.
CUNEF Universidad

Sumario: I. Introducción. II. La patria potestad en el Derecho español: fundamento y función protectora del interés del menor. III. Ejercicio, limitaciones y control judicial de la patria potestad. IV. Incumplimiento de los deberes parentales y atribución de la guarda y custodia a terceros: el papel de los abuelos en la protección del menor. V. La guarda y custodia con funciones tutelares atribuida a los abuelos. Sentencia núm. 00146/2023, de 20 de septiembre, JPII de A Estrada (Provincia de Pontevedra). Conclusiones. Bibliografía. I. Manuales y artículos doctrinales. II. Convenios internacionales. III. Legislación. IV. Jurisprudencia.

I. Introducción

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, conforme a su personalidad y con respeto a sus derechos, integridad y desarrollo. De esta forma, la patria potestad no puede entenderse como una potestad absoluta, sino como un poder-deber de naturaleza fiduciaria, y que los padres ostentan en cuanto representantes naturales del menor, pero cuyo ejercicio se halla limitado por el interés y bienestar del hijo *(favor figlii)*.

Excepcionalmente, el Código Civil (CC), reconoce la posibilidad de que la guarda y custodia de los hijos menores de edad no emancipados, como manifestación del ejercicio de la patria potestad, pueda ser encomendada a los abuelos o a otros parientes, que se encuentran material y moralmente más capacitados para ejercerla, otorgándoles funciones tutelares. Ponderando en todo caso, el interés superior del menor, cuando estos terceros, habitualmente los abuelos, desempeñen una guarda de hecho consolidada,

confiriendo a los menores un entorno estable y beneficioso, sin necesidad de la previa privación a los progenitores de la patria potestad.

II. La patria potestad en el Derecho español: fundamento y función protectora del interés del menor

La patria potestad constituye una de las instituciones nucleares del Derecho de familia en el ordenamiento jurídico español, configurándose no como un privilegio de los progenitores, sino como un conjunto de derechos y deberes de contenido personal y patrimonial, esencialmente funcional, orientados a la protección integral de los hijos menores de edad.

Lasarte Álvarez define la patria potestad como el «*conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres*»[1].

En la mayoría de los sistemas jurídicos actuales, como pone de manifiesto Lacruz Berdejo, la patria potestad no se considera un derecho subjetivo, sino una obligación que crea una potestad atribuida por el Derecho positivo de acuerdo con el natural, y que se otorga a los padres con carácter indisponible para desempeñar una función: el cuidado y la capacitación del hijo. No siempre la patria potestad tuvo el enfoque altruista que tiene hoy, ni estuvo centrada en el interés del hijo[2].

Para Calzadilla Medina, *la potestas* como poder conferido desde antiguo al padre, siendo durante mucho tiempo el titular de la patria potestad, el centro de esta figura en cuanto a su planteamiento y definición[3].

De manera tal que, como señala Ureña Carazo, «*el término potestas alude a una situación de poder, que ejercía únicamente el paterfamilias, acentuando un cierto sentido de la propiedad respecto a las personas, respecto de las cuales ostentaba, incluso, un poder de vida o muerte —vitae necisque potestas—*»[4].

---

1 Lasarte Álvarez, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo V, 22.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 326.

2 Lacruz Berdejo, J.L. *Elementos de Derecho Civil. IV Familia*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid, 2010, Dykinson, p. 387.

3 Calzadilla Medina, M.ª A., «Lo que la patria potestad no ampara». *Revista de Derecho de Familia*, N.º 74, Sección Artículos doctrinales, Primer trimestre de 2017. Editorial: Aranzadi. BIB\2017\10738. p. 2

4 Ureña Carazo, B., «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia». *Revista de Derecho de Familia*, N.º 69, Sección Artículos doctrinales, Cuarto trimestre de 2015. Editorial: Aranzadi. p. 14.

La reforma de 1981, como resalta Castán Vázquez, modificó la patria potestad para adecuarla en términos generales a las tendencias en Derecho comparado, orientación hacia la que también se inclinaban en España, la doctrina y la jurisprudencia civil. Configurándola con los siguientes principios esenciales: 1.º - Que la patria potestad es una función que se ejercerá siempre en beneficios de los hijos (art. 154 CC); 2.º - Que el juez podrá intervenir en determinadas circunstancias para salvaguardar el interés superior del menor (art. 158 CC); 3.º - Que se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156 CC)[5].

Para Sánchéz Calero por su parte, la reforma de 1981 sienta sus bases en cuanto al contenido de la patria potestad, en dos grandes principios que tienen gran trascendencia en el ámbito estrictamente personal:

a) Que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y

b) Si los hijos tuvieren suficiente juicio, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten[6].

La Disposición final segunda, de la LO 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia,* modificó algunos artículos del CC, concretamente, el artículo 154, haciendo mención expresa de que la potestad parental se ejercerá en interés de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos. Dispone, igualmente que, dependiendo de su madurez, los hijos tienen derecho a ser oídos siempre antes de adoptar cualquier decisión que les afecte, garantizándose las condiciones idóneas en términos que les sean comprensibles, accesibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando fuera necesario[7].

La patria potestad se erige pues, como un instrumento jurídico de garantía del desarrollo integral del menor, asegurando su educación, formación, seguridad y estabilidad afectiva dentro del ámbito familiar. Los progenitores, en el ejercicio de esta potestad, asumen una responsabilidad jurídica y ética (la responsabilidad parental), que excede del mero cuidado material, abarcando la dirección moral, social y emocional de los hijos, en un marco de respeto a su progresiva autonomía personal.

Su razón de ser se encuentra en la tutela del interés superior del menor, principio rector de todo el sistema jurídico en materia de infancia y adoles-

5 Castán Vázquez, J. M.ª, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», *Monografías*, 2015, Editorial Aranzadi, S.A.U. p. 2

6 Sánchez Calero, F.J., *Curso de Derecho Civil I Bis Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 87

7 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

cencia, que puede considerarse ínsito en la protección integral de los hijos, que garantizan los poderes públicos en el artículo 39 de la Constitución Española (CE) y desarrollado en la legislación civil y en los instrumentos internacionales ratificados por España.

Configurándose el interés superior del menor como un principio fundamental en el Derecho internacional, estatal y autonómico, y reconocido como el criterio esencial a considerar para cualquier decisión o medida que afecte a niños y adolescentes. Este concepto prioriza el bienestar integral del menor por encima de otros intereses. La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, ratificada por España en noviembre de 1990[8], representa el punto de inflexión, ya que el concepto de «interés superior del menor» fue definido formalmente en el ámbito internacional a partir de la misma. Dicho tratado estipula, en su artículo 3.1 que, «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*»[9].

Consolidando dicha Convención, el principio del interés superior del menor en el Derecho Internacional, estableciendo que debe considerarse de manera obligatoria en todas las decisiones que afecten a los niños y adolescentes. No obstante, será por medio de la Observación General N.º 14, del Comité de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 2013, cuando el interés superior del menor adquiera una triple dimensión como: *a) Un derecho sustantivo; b) Un principio jurídico interpretativo fundamental; c) Una norma de procedimiento*[10]. Criterios introducidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de

8 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/(1) (Consultada en julio 2025).

9 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 20 DE NOVIEMBRE DE 1989. https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf (Consultada en julio 2025).

10 ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC /C/GC/14, 29 Mayo 2013, https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780 [Consultada julio 2025] «*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 queese 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. (...) 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. (...) 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 inte-*

15 de enero, *de protección jurídica del menor*, en la redacción dada por la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*[11]. En el mismo sentido[12].

Para Pizarro Moreno, la expresión «principio de interés superior del menor», conduce a un pensamiento erróneo, como si se tratara de un principio universal que se aplicara siempre y en todo caso, de lo que sea el interés superior del menor. Le parece mucho más acertada la expresión anglosajona, «*best interest of child*» que refuerza la idea de que no existe un principio universal, sino más bien, un criterio rector aplicable y ajustable en cada caso[13].

La aprobación de esta Convención implica para Moreno Bobadilla que, por primera vez en la historia de las Ciencias Jurídicas, se adopta un documento que reconoce al conjunto de la infancia como auténtico titular de derechos fundamentales, convirtiéndolos en titulares de derechos por sí mismos, como colectivo debido a su edad, sin necesidad de representación por otra persona[14].

De Bartolomé Cenzano, entiende que, el principio del interés superior del menor o «*favor minoris*», debe interpretarse como un criterio flexible de ponderación y como un principio fundamental que orienta todas las acciones relativas a los menores, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial[15].

En el mismo sentido, Moretón Sanz afirma que los niños tienen derechos y que paulatinamente van adquiriendo la capacidad para ejercerlos, junto con una autonomía propia para satisfacer sus necesidades. De este modo, en un cambio de paradigma social, el menor pasa a ser considerado «sujeto» activo de intereses y titular de derechos, y deja de ser visto como un «objeto» digno de protección, propio de un sistema paternalista[16].

---

resados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. (...)»

11 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE-A-2015-8222

12 ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N.º 20 (2016)* sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-20-2016-implementation-rights (Consultada julio 2025)

13 Pizarro Moreno, E., El interés superior del menor: claves jurisprudenciales. 1.ª ed., Madrid, 2020. Editorial Reus, S.A. p. 23.

14 Moreno Bobadilla, A. *Intimidad y menores*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, ISBN: 978-84-259-1735-6, pp. 114 a 115.

15 Bartolomé Cenzano, J.C. de, «Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 46- 59 - septiembre 2012 ISSN 2174- 7210. http://ojs.cc.upv.es/index.php/reinad/index., pp. 46-60 Consultada en julio 2025.

16 Moretón Sanz, M.F. «La adaptación de nuestro Derecho a la Convención», en *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España* (coords. Villasagra Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I.), Barcelona, Bosch, 2006, p. 80.

En esa misma perspectiva, y en cuanto a la promulgación de la LO 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*, Bercovitz Rodríguez-Cano, ha llegado a afirmar que, «*no se llega a entender la razón por la que el legislador considera necesario recordar que los derechos y libertades constitucionales se extienden también a los menores de edad*». Principalmente, porque desde hace ya mucho tiempo, las instituciones jurídicas tutelares de los menores se han orientado por la primacía del interés superior del menor, también ampliamente aceptado por la doctrina general y que se pone de manifiesto en el artículo 154 CC, en cuanto a que la patria potestad, deberá ejercerse «siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad». Además, la doctrina más autorizada y predominante, ha destacado hace tiempo que la minoría de edad no implica una incapacidad, sino que el menor tiene limitaciones a su capacidad de obrar porque como consecuencia de su inmadurez, requiere protección[17].

La evolución doctrinal y jurisprudencial ha reforzado esta concepción funcional y protectora. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), ha insistido en que el contenido de la patria potestad debe interpretarse siempre a la luz del principio del interés superior del menor, lo que implica que cualquier decisión, actuación o medida que afecte a un hijo debe atender primordialmente a su bienestar físico, emocional y moral. Esta orientación ha supuesto un desplazamiento del antiguo enfoque autoritario de la patria potestad hacia una visión donde el menor se concibe como sujeto de derechos y no sólo como ser necesitado de protección.

Como puntualiza Guilarte Martín-Calero, se observa una evolución positiva en la interpretación clásica del interés superior del menor, que deja de verse como mera estabilidad e integración social, para centrase en la defensa de sus derechos, priorizándolos y buscando conciliarlos con otros. Si esto no fuera posible, tales derechos deben prevalecer frente a otros intereses. De manera que, en cada conflicto, habrá que identificar y defender el derecho que corresponde al menor, adoptando esta protección como punto de partida para la decisión familiar, administrativa o judicial[18].

Por su parte, el Tribunal Constitucional (TC), en «*la sentencia 141/2000 del TC, dota a este estatuto de una naturaleza indisponible y con carácter de orden público, al establecer en su fundamento de derecho quinto que* «*sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respe-*

17 Bercovitz Rodríguez-Cano, R. «Menores». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º I, Sección Tribuna, Editorial: Aranzadi. p. 29

18 Guilarte Martín-Calero, C. (2014). *La Concreción del Interés del Menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tirant lo Blanch. https://biblioteca-tirant-com.cunef.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788490536155 p. 12

tables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; y 134/1999, de 15 de julio y STDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)»[19].

III. Ejercicio, limitaciones y control judicial de la patria potestad

Como regla general, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores conjuntamente, o a uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, conforme dispone el artículo 156 CC, lo que refleja el principio de igualdad jurídica entre el padre y la madre en las responsabilidades parentales.

Señala acertadamente Lacruz Berdejo, «*la actuación unilateral de uno de los padres se justifica por cuanto la aplicación rígida de la regla de actuación conjunta «la haría impracticable en muchos casos» y en la conveniencia «de darle la indispensable flexibilidad»...«La patria potestad dual...puede describirse como titularidad conjunta y ejercicio solidario*»[20].

Para Guilarte Sánchez-Calero, en la regulación que hace el CC de la patria potestad como institución, se engloban cuatro elementos: «*la titularidad que se atribuye ex lege como consecuencia de la filiación, el ejercicio, la guarda y custodia, y el derecho de relación de los padres con sus hijos, que se traduce, en la práctica, en la determinación de un régimen de comunicación y estancia*». En situaciones de convivencia de los padres, todos estos aspectos constituyen la manifestación del deber función en que consiste la patria potestad, pero que, generalmente se articulan por separado, en los supuestos de ruptura convivencial[21].

Este ejercicio compartido exige la cooperación, el diálogo y la búsqueda de acuerdos orientados al interés del hijo, evitando que el ejercicio de la patria potestad se convierta en un instrumento de conflicto entre los progenitores. En caso de desacuerdo en el desempeño conjunto, cualquiera de ellos puede acudir al juez, quien, previa audiencia de ambos progenitores y del menor si tuviera suficiente madurez, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, resolverá siempre atendiendo al interés superior de éste.

Al respecto, señala Lacruz Berdejo que, «*La patria potestad conjunta ha tropezado siempre con el escollo del posible desacuerdo entre los cotitulares; entre ellos no cabe sino unanimidad o empate y si se atribuye a uno de los dos progenitores la facultad de dirimir, la proclamada dualidad del ejercicio*

19 Pizarro Moreno, E., *op. cit.,* pp. 24 y 25.

20 Lacruz Berdejo, J.L. *Op. Cit.* pp. 390 y 391.

21 Guilarte Sánchez-Calero, C., *op cit.,* p. 22.

será más aparente que real...Nótese que la decisión judicial no contiene una resolución sobre el objeto de desacuerdo, sino solamente la atribución de la facultad de decidir a uno de los progenitores»[22].

No obstante, en el supuesto de crisis familiar, cuando los progenitores vivieren separados, la patria potestad será ejercida por el progenitor custodio, salvo que, a solicitud fundada del otro progenitor, y en interés del hijo, el juez podrá atribuir la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el progenitor con quien conviva el hijo, o distribuir entre ambos las funciones inherentes a la misma[23].

Correspondiendo al juez de oficio, o a instancia del propio hijo, o de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictar las medidas y disposiciones necesarias para asegurar las futuras necesidades y el bienestar del menor, en caso de incumplimiento de los deberes por parte de los padres, incluida la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o del ejercicio de la guarda y custodia, entre otras. Lo que se pretende es, apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o en expediente de jurisdicción voluntaria, garantizando la autoridad judicial, la audiencia del menor de edad y que pueda ejercitar ese derecho de audiencia por sí mismo (art. 158 CC)[24].

Considerándose necesaria dicha intervención judicial, cuando los progenitores realicen con respecto a sus hijos menores de edad no emancipados, cualquier conducta que les perjudique, o cuando descuiden reiteradamente las responsabilidades atinentes a la patria potestad.

Para Ruiz-Rico, «*precisamente por ser la patria potestad una responsabilidad de los padres, una función orientada a la protección del hijo, a prestarle asistencia de todo orden y a conseguir el pleno desarrollo de su personalidad, queda sujeta a control judicial, siendo posible, cuando los titulares la ejerzan con desacierto y en perjuicio del menor, que se pueda restringir, suspender, e incluso privar de la misma*[25].

Esta función de control judicial actúa como mecanismo de garantía frente a eventuales abusos o desviaciones en el ejercicio de la patria potestad. El

22 Lacruz Berdejo, J.L. *Op. Cit.* P. 391.

23 Artículo modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.* BOE-A-2021-9233

24 Artículo modificado por 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

25 Ruiz-Rico, J., «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 3, Sección Doctrina, marzo 2016. Editorial: Aranzadi. p. 10

juez, como custodio último del interés del menor, puede limitar, suspender o incluso privar de la patria potestad a uno o ambos progenitores cuando su conducta resulte incompatible con el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

En este sentido, el artículo 170 CC prevé la privación de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento grave de los deberes parentales o dictada en causa criminal o matrimonial. También se contempla la posibilidad de que los padres puedan ser excluidos por el juez de la patria potestad (art. 111 CC). No se trata de una sanción en sentido estricto, sino de una medida de protección del menor, que persigue apartar del ejercicio de la potestad a quienes ponen en riesgo su bienestar.

Asimismo, el ordenamiento español contempla diversas medidas de intervención administrativa y judicial destinadas a salvaguardar al menor en situaciones de riesgo o desamparo. Esto ocurre, cuando el menor se encuentra desprotegidos y no recibe la atención necesaria o está privado material y moralmente de los medios indispensables para una vida digna, esto es, cuando el menor se encuentra en situación de desamparo (art. 172 CC) Esta situación implica un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por la ley.

La LO 1/1996, *de Protección Jurídica del Menor*, y su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,* refuerzan el papel de las entidades públicas de protección y establecen un sistema de actuaciones coordinadas con la autoridad judicial. De este modo, cuando se detecta una situación de vulneración de los derechos del menor, se activa un sistema de protección que puede derivar en la asunción de la tutela por la Administración o en la adopción de medidas cautelares de guarda y custodia.

En cualquiera de estos escenarios, el menor requiere de protección, el interés superior del menor debe ser preservado. Sin embargo, la ley establece medidas distintas para su protección. En el primer supuesto, el juez dependiendo de la gravedad de la situación, nombrará un tutor que represente al menor, o conferirá la guarda y custodia a terceros. En el segundo, por ministerio de la ley, los progenitores serán automáticamente suspendidos de la patria potestad, y en su caso, el tutor removido de la tutela, sin perjuicio de las consecuencias incluso penales en las que puedan incurrir, y la entidad pública asumirá la tutela automática del menor (art. 172 CC), separándolo de su entorno familiar si es necesario, para garantizar su seguridad y bienestar.

La jurisprudencia TS ha sido constante al subrayar que la limitación o privación de la patria potestad debe interpretarse de forma restrictiva y proporcionada, pues afecta a derechos de relevancia constitucional tanto de los progenitores (art. 39 CE) como del propio menor. En consecuencia, toda decisión en esta materia requiere una valoración individualizada del caso concreto, sustentada en informes técnicos y en la exploración directa del

menor, garantizando su derecho a ser oído y escuchado, conforme al artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

De manera que, el control judicial y administrativo del ejercicio de la patria potestad constituye un contrapeso necesario entre la autonomía familiar y la función tuitiva del Estado, asegurando que los poderes parentales se ejerzan siempre conforme a su verdadera naturaleza: un deber jurídico de cuidado, educación y protección del menor, inseparable del principio de su interés superior.

IV. Incumplimiento de los deberes parentales y atribución de la guarda y custodia a terceros: el papel de los abuelos en la protección del menor

Como pone de manifiesto Rubio Torrano, el ejercicio de la patria potestad, aunque pretende ser estable, no es inalterable. Las circunstancias familiares, como la separación de la pareja o la muerte de uno de los progenitores, pueden provocar modificaciones, no sólo en la titularidad, que puede dejar de ser conjunta, sino también en la manera en que se ejerce. En este contexto, el juez tiene la facultad de establecer las medidas oportunas para evitar que los hijos sufran alteraciones perjudiciales ante situaciones de cambio de custodia (art. 158. 2.º CC)[26].

Es de todos conocido que, en el ámbito del Derecho de familia, los conflictos presentan una idiosincrasia muy distinta a la de otros conflictos jurídicos, debido a que el componente emocional es considerablemente alto. Por ello, resulta mucho más complicado alcanzar una solución satisfactoria y duradera para quienes están involucrados. La principal característica de estos conflictos es su naturaleza dinámica, de modo que el nivel de conflicto y sus consecuencias pueden variar a lo largo del tiempo en la vida de los menores dentro de su nuevo entorno familiar.

De ello ha sido consciente el TC, que señala al respecto en sus Sentencias 4/2001, de 15 de enero, 58/2008, de 28 de abril, o 185/2012, de 17 de octubre, entre otras, que «*el objeto de los procesos de familia no es un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del juez*

26 Rubio Torrano, E., «Patria potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor: superior interés del menor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 11, Sección Jurisprudencia. Comentarios, noviembre 2018. Editorial: Aranzadi. p. 4.

en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, el interés superior del menor»[27].

Sobrevenida la ruptura, señala Guilarte Sánchez-Calero, «*no debe confundirse el ejercicio de la patria potestad con la guarda y custodia que puede definirse como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), o bien de forma alterna en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna), y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia...De manera tal, que corresponderán al custodio, las decisiones diarias y ordinarias, requiriendo la intervención del otro progenitor, para adoptar aquellas que excedan de la práctica usual y corriente, como decidir el colegio, la educación religiosa, una intervención quirúrgica, el cambio de domicilio, o de país de residencia, entre otros*»[28].

Cuando los padres incumplen de forma grave o reiterada los deberes inherentes a dicha función —ya sea por negligencia, abandono, violencia familiar, adicciones, privación de libertad o cualquier otra circunstancia que ponga en peligro el bienestar del menor— el ordenamiento jurídico español prevé mecanismos de intervención y sustitución de la función parental en defensa del interés superior del menor.

Asimismo, el incumplimiento doloso, reiterado y grave de los deberes derivados de la patria potestad y demás instituciones tuitivas, puede constituir el delito de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, tipificado en el art. 226 C.P.[29].

El delito de abandono de menores tiene por objeto garantizar la protección integral de los menores y personas vulnerables frente a la inobservancia de los deberes de cuidado. Deberá el juez analizar en cada caso concreto el tipo

---

27 De Lucchi López-Tapia, Y., «Análisis jurídico-procesal de la coordinación parental como coadyuvante en la gestión de la alta conflictividad familiar postruptura». *Revista de Derecho de Familia*, N.º 93, Sección Artículos doctrinales, Cuarto trimestre de 2021. Editorial: Aranzadi. p. 3.

28 Guilarte Sánchez-Calero, C., *op. cit.* pp..23 y 24

29 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*. BOE-A-1995-25444. *Art. 226.1 El que dejare 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, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años*».

de incumplimiento, sus consecuencias y la situación personal del responsable. Este delito, por regla general, exige dolo, entendido como la intención deliberada de incumplir deberes legales. Se requiere una conducta omisiva o de desidia que evidencie el incumplimiento voluntario y consciente de las obligaciones de asistencia. En determinados supuestos, la negligencia grave puede equipararse al dolo, especialmente cuando el abandono compromete la vida o la salud del menor.

Como señalan acertadamente Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto, y Piñol Rodríguez, el abandono de familia, «*protege los derechos dimanantes de las relaciones de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, así como los nacidos del derecho al sustento que pueden surgir por la pertenencia a la familia en ciertos grados. Sujeto activo es el obligado al cumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a las citadas relaciones familiares; sujeto pasivo serán los destinatarios de la asistencia legal. La conducta típica consiste en dejar de cumplir los deberes legales de asistencia o de prestar la asistencia establecida para el sustento de los destinatarios. Es un delito de omisión que se consuma con la insatisfacción de los derechos derivados de las relaciones legalmente establecidas. Al mismo tiempo se trata de una norma penal en blanco que remite a lo dispuesto en el Código Civil. Así, entre los derechos inherentes a la patria potestad se hallan los de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154); entre los inherentes a la tutela, los deberes de alimentar, educar, promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, etc. (art. 269); entre los inherentes al acogimiento familiar (173 CC), velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, etc.*»[30].

Para Castán Vázquez, «*el deber de los padres de alimentar a los hijos, mencionado en el art. 154, incumbe sólo a los padres y existe únicamente mientras ejercen la patria potestad, a diferencia de la obligación de alimentos impuesta en el art. 143, que es recíproca y dura toda la vida... En el orden civil, el incumplimiento producirá acción para exigir los alimentos (v. STS 10-II-1907). En el orden penal, puede integrar delito de abandono de familia (v. art. 487 CP y STS 2.ª 2-III-45)*»[31].

Para de Bartolomé Cenzano, «*bien sea por abuso o por abandono, los niños suelen sufrir situaciones de desamparo que requieren especial protección, lo mismo en el ámbito intrafamiliar que institucional*»[32].

30 Suárez-Mira Rodríguez, C., Judel Prieto, A. y Piñol Rodríguez, J.R., «Delitos contra los derechos y deberes familiares». *Tratados y Manuales* (Civitas). *Manual de Derecho Penal*. Tomo II. Parte Especial. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB\2011\5727. ISBN 978-84-470-3659-2

31 Castán Vázquez, J. M.ª, *Op. cit.,* p. 6

32 Bartolomé Cenzano De, J.C., *Op. cit.,* p. 47

El interés superior del menor, como punto de inflexión, como aspecto fundamental a ponderar en cualquier circunstancia que concierna al menor, es también la justificación prevista por la ley para encomendar su guarda y custodia a personas diferentes a los progenitores, cuando éstos por acción u omisión, incumplen los deberes inherentes a la patria potestad.

Los juzgados y tribunales disponen, «*especialmente el TS: vid.,28 de enero 2016, cit.) que, en situaciones de atribución del régimen de guarda y custodia, hay que atender al modelo de convivencia anterior a la ruptura matrimonial que garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones propios de la potestad parental y de participar en situación de igualdad en el desarrollo de sus hijos, en beneficio de éstos*»[33].

La guarda y custodia consiste en el ejercicio cotidiano de la convivencia y en el cuidado directo de los menores, y forma parte del contenido de la potestad parental. En ciertas circunstancias, es aconsejable que sea ejercida, por terceros que se encuentran material y moralmente más capacitados para desempeñarla, sin que sea indispensable la privación o suspensión previa de la patria potestad a sus titulares.

En este sentido, el artículo 103.1.ª CC, reconoce como medida excepcional y cuando el interés del menor así lo aconseje, en los supuestos de crisis familiar, que la guarda y custodia pueda atribuirse a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, y de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles funciones tutelares que ejercerán, bajo la autoridad del juez.

Es de subrayar, dice Díaz Martínez que, a pesar de que el CC sólo contempla la posibilidad excepcional en situaciones de separación, nulidad o divorcio que los menores puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas cuando ninguno de los progenitores resulte idóneo (art. 103.1.ª CC), en la práctica judicial y en la doctrina se admite no sólo como medida definitiva tras la sentencia o en la modificación de medidas, sino que también puede acordarse, amparándose en el artículo 158 CC, en beneficio del menor, en cualquier otro procedimiento o incluso en uno ya iniciado[34].

Como hemos comentado, el artículo 172 CC faculta a las entidades públicas de protección de menores para asumir la tutela administrativa en los casos de desamparo, declarando suspendida automáticamente la patria potestad y separando al menor de su entorno familiar si es necesario para garantizar su seguridad y bienestar.

No obstante, antes de llegar a dichas medidas extremas, la práctica judicial ha fomentado soluciones familiares alternativas, especialmente la atri-

33 Pizarro Moreno, E., *op. cit.* Pp. 98 y 99.

34 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»., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 10, Sección Jurisprudencia. Comentarios, noviembre 2016. Editorial: Aranzadi. p. 6

bución de la guarda y custodia a otros parientes que ofrezcan un entorno estable y afectivamente idóneo, entre los cuales los abuelos ocupan un lugar de singular relevancia.

El papel de los abuelos en el sistema de protección del menor se sustenta tanto en razones jurídicas como afectivas. Desde el punto de vista jurídico, la Exposición de Motivos 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*, dispone que «*la modificación legislativa que se aborda en esta ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, singularizar desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores. En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad*»[35].

Asimismo, las LO 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, reconocen expresamente la posibilidad de que las entidades públicas deleguen la guarda del menor en parientes que reúnan condiciones adecuadas para su ejercicio (art. 19 bis). Esta figura de reintegración familiar ha sido ampliamente utilizada por los servicios de protección de menores, priorizándose, la posibilidad de retorno del menor a su familia de origen, encontrando en los abuelos un recurso de extraordinaria importancia social[36]. En el mismo sentido, LO 8/2015, lo dispone en relación con el interés superior del menor, en su art. 2.c)[37].

Por su parte, la LO 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, dispone en su art. 26 a), la conveniencia

35 Exposición de Motivos 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*. BOE-A-2003-21338.

36 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*. BOE-A-1996-1069.

37 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.* BOE-A-2015-8222. *Art. 2.c)* «*La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia».*

de promover la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva, en interés de los hijos menores de edad[38].

La jurisprudencia del TS ha reconocido reiteradamente, el valor de la vinculación afectiva y la estabilidad emocional que los abuelos pueden ofrecer a sus nietos en situaciones de crisis familiar. Así, la STS de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014/5761) subrayó que la atribución de la guarda a los abuelos responde a la necesidad de preservar la continuidad del entorno familiar del menor, evitando su ingreso en el sistema de acogimiento residencial. De igual modo, la STS de 29 de abril de 2015 (RJ 2015/1793) insistió en que la intervención de los abuelos debe analizarse a la luz del interés superior del menor, primando siempre la estabilidad, el vínculo emocional y la capacidad de cuidado sobre cualquier otra consideración formal. La STS núm. 1438/2023, de 18 Oct. 2023, Rec. 8409/2022, acogimiento de menores: familia extensa: abuelos: procedencia: interés de la niña: los abuelos son idóneos para el acogimiento; AP de A Coruña, Sección 3.ª, Sentencia 401/2018 de 21 Nov. 2018, Rec. 352/2018, en la que se suspende de la patria potestad a la madre y se constituye tutela en favor de la abuela; AP de Girona, Sección 2.ª, Sentencia 106/2016 de 18 Mar. 2016, Rec. 82/2016, por la cual se impugna la medida de desamparo y se constituye medida de acogimiento simple en familia extensa; STS 492/2018, de 14 de septiembre, se atribuye la guarda y custodia de una menor a su tía que la venía ejerciendo de hecho desde antes del fallecimiento de la madre, sin privación al padre de la patria potestad, entre otras muchas.

En estos supuestos, los abuelos pueden asumir la guarda de hecho, la guarda administrativa delegada o incluso la tutela judicialmente constituida, dependiendo del grado de desprotección y de la existencia o no de una privación de la patria potestad a los progenitores. En todos los casos, la finalidad es garantizar al menor un entorno de protección, afecto y continuidad familiar, evitando la ruptura de sus lazos de pertenencia y su desarraigo emocional.

Díez García destaca que, «*los abuelos son los parientes más próximos en grado del menor en línea recta y por este motivo habrá desarrollado el menor una «corriente de afecto» que sin duda debe mantenerse*»[39].

---

38 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. *Art. 26 a)* «*Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva. A los efectos de esta ley, se entiende por parentalidad positiva el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes*».

39 Roda y Roda, D., «Ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores: derecho de visita», Publicación: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 1.ª ed., agosto 2014, pp. 3 y 4. ISBN 978-84-9059-677-7.

Desde una perspectiva doctrinal, la atribución de la guarda a los abuelos refleja un modelo solidario y subsidiario de protección familiar, en el que la familia extensa actúa como primer círculo de amparo frente a la ineficacia o ausencia de los progenitores. Este modelo, además de responder a la tradición jurídica española, se ajusta al mandato constitucional del artículo 39 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección integral de los hijos, tanto dentro como fuera del ámbito familiar.

Por consiguiente, cuando los progenitores incumplen los deberes inherentes a la patria potestad, el Derecho español articula un sistema flexible que prioriza la protección del menor dentro de su propio entorno familiar, otorgando a los abuelos un papel esencial como custodios naturales y continuadores del vínculo afectivo y educativo. Su intervención no solo salvaguarda los derechos del menor, sino que contribuye a mantener viva la función protectora y social de la familia, entendida como núcleo básico de solidaridad intergeneracional.

V. La guarda y custodia con funciones tutelares atribuida a los abuelos. Sentencia núm. 00146/2023, de 20 de septiembre, JPII de A Estrada (Provincia de Pontevedra)

En una sociedad como la nuestra, en la cual la familia como institución sirve de apoyo, es habitual en la práctica, que en aquellas actividades cotidianas, la familia nuclear (la integrada por ambos progenitores y sus hijos menores de edad, o por un solo progenitor y sus hijos, en situaciones de filiación monoparental), cuente con la colaboración de la familia extensa (abuelos, tíos), para solventar aspectos de la guarda y custodia ordinaria, desempeñando habitualmente esos miembros de la familia extensa, frecuentemente los abuelos, una guarda de hecho, sin que exista dejación de funciones o despreocupación de los padres, quienes adoptan las decisiones importantes y asumen las responsabilidades atenientes a sus hijos menores de edad.

¿Pero qué ocurre si la conducta indebida o el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (desinterés, desatención, etc.) se refiere a ambos progenitores?

En este caso, nos encontraríamos ante una situación de desamparo fáctica y real, que puede ocultarse y pasar desapercibida cuando a pesar del desentendimiento evidente de los hijos menores por parte de sus padres, estos menores viven en el domicilio de los abuelos, quienes no sólo ejercen su guarda y custodia, sino que asumen *de facto*, todos los deberes y responsabilidades de la patria potestad, confiriendo a esos menores, sus nietos, un entorno familiar estable y beneficioso para su desarrollo personal, tanto físico como espiritual.

En este caso, los abuelos se ven compelidos a asumir la guarda de hecho con todas sus consecuencias debido a la despreocupación, desinterés, incluso abandono de uno o de ambos progenitores.

El guardador de hecho es la persona que, *motu proprio* asume el cuidado y protección de un menor ante la dejación de responsabilidades por parte de los progenitores. Habitualmente esta función es asumida por familiares cercanos sin que exista formalización legal, sin designación o nombramiento alguno. Por su propia definición, es temporal y provisional, mientras se establezca por la autoridad, una medida de protección más estable.

La guarda de hecho, tradicionalmente, surge como una medida urgente, que tiene como finalidad procurar la asistencia material y/o afectiva de un menor de edad, que por cualquier circunstancia se encuentra desprotegido. Esa propia urgencia en la intervención exigía su necesaria provisionalidad. Se protegía el interés superior del menor, que era lo relevante, pero debía ponerse en conocimiento de la autoridad (administrativa o judicial) o bien, por parte del propio guardador, o de cualquiera que tuviera conocimiento de la misma, para que pudiera establecerse a la mayor brevedad posible una medida de protección más definitiva, de acuerdo con lo dispuesto por la ley.

No obstante, en el sistema de protección de la infancia en España, la guarda de hecho puede ser considerada una institución jurídica esencial. Prueba de ello, es la modificación del CC por la 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.* La reforma ha introducido un giro significativo en la consideración de la guarda de hecho del menor, que ya no se percibe sólo como una circunstancia fáctica y transitoria, sino como una institución jurídica de apoyo con consecuencias legales específicas. «*Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*». (Art. 237.1 CC)[40]. Si bien, se parte de su provisionalidad, se reconoce que, «cautelarmente» y mientras no se constituya una medida de protección adecuada «*si procediera*», el juez podrá otorgar facultades tutelares a los guardadores o, constituir un acogimiento temporal, siendo los guardadores los acogedores. Igualmente, se reconoce a los guardadores de hecho la posibilidad de promover la privación o suspensión de la patria potestad, la remoción de la tutela, o el nombramiento de tutor (art. 237.2 CC, *in fine).*

La situación planteada, ha dado lugar a una sentencia, en la cual se reconoce, a solicitud de los abuelos, la guarda y custodia con funciones tutelares, de sus nietos menores de edad. Dicha sentencia, atribuye a cada uno de los progenitores un régimen de visitas y la obligatoriedad de una pensión de alimentos, sin privarles de la patria potestad.

40 Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.* BOE-A-2021-9233.

El supuesto que ha dado lugar a la sentencia[41] es el de una pareja *more uxorio* que tuvo dos hijos durante dicha convivencia. Luego de una crisis, decide separarse en 2016. El padre abandonó el domicilio familiar y se desentendió prácticamente de los hijos. Se siguieron los autos de guarda, custodia y alimentos de hijos no matrimoniales (no. 140/2018), procedimiento en el cual se acordó la guarda y custodia de los menores para la madre, y un régimen de visitas y una pensión a cargo del padre. Desde la separación, la madre se trasladó con los menores al domicilio de sus padres, los abuelos maternos. Los menores, que entonces tenían cinco meses y dos años y medio, viven desde entonces en el domicilio de los abuelos. Aproximadamente hace tres años, la madre también abandonó el domicilio de los abuelos que se había convertido en el domicilio familiar, dejando a los menores al cuidado de los abuelos.

Los abuelos han ejercido desde la separación de los padres, la guarda y custodia de hecho de los menores. Reconociendo expresamente esta situación, los padres de los menores otorgaron escritura pública notarial con fecha 25 de noviembre de 2021, donde se recoge una amplísima autorización de los progenitores a los abuelos, que los configura como unos guardadores de hecho, con facultades más amplias que las que tendría un guardador de hecho.

La demanda, interpuesta por los abuelos maternos ha sido estimada íntegramente por el juez, disponiendo que «*...La necesidad de que se le otorgue la guarda y custodia a los abuelos viene dada porque es necesario plasmar de forma legal la situación de hecho que se viene dando desde hace años, evitando así problemas tanto para los menores como para los abuelos. Pues a pesar de la autorización notarial pueden darse situaciones en las que haya que actuar en interés de los menores, pero los abuelos no estén legitimados para hacerlo...* FD 1.º».

Como se pone de manifiesto en el FD 2.º, las funciones tutelares que la autoridad judicial puede otorgar a los abuelos tienen como finalidad que estos velen por los menores, los tengan en su compañía y les procuren una formación integral. De acuerdo con el art. 154 CC, también podrán representarlos y administrar sus bienes. Pero el ejercicio de estas funciones tutelares respecto de sus nietos se llevará a cabo «bajo la autoridad del juez» (art. 103 CC). Igualmente, se hace hincapié en que para que un familiar que no sea progenitor de los menores pueda pedir la guarda y custodia, se exige como requisito indispensable, acreditar siempre que el interés de los menores está mejor protegido otorgándole la custodia a ese familiar y privando de ella a los progenitores (LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*).

41 Sentencia núm. 00146/2023, de 20 de septiembre, JPII de A Estrada (Provincia de Pontevedra), JUR/2023/389480

Queda demostrado que, ... «*No estando privados de la patria potestad, quienes la ostentan, no están en condiciones de hacer efectiva una de las medidas que la integran, como es la guarda y custodia de sus dos hijos. Refuerza lo anterior dos hechos. El primero, su propia actuación, pues conociendo la existencia del proceso, ni se personaron...ni tampoco comparecieron a efectos de ser oídos o manifestar su opinión. El segundo, la autorización notarial efectuada a los abuelos, concediéndoles una amplia autorización en deberes propios e inherentes a la guarda y custodia. Lo expuesto, revela, un efectivo desinterés en el cuidado de sus hijos...FF 3.º 1*».

Esta custodia es excepcional (art. 103 CC), y cabe concederse a quienes proporcionan a los menores un entorno estable y positivo, y, esa situación se ha encontrado en este caso en los abuelos maternos...«*Es la solución más acorde con el superior interés de los menores, pues, es la que mejor permite, la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas, y les permite que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado, manteniendo sus relaciones familiares, e incluso el contacto con sus progenitores...*FD3.º 4».

Para adoptar esta decisión «excepcional», el juez ha debido hacer una interpretación extensiva del art. 103 CC; de la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*; entre otros, y del principio del interés superior del menor, para justificar la atribución judicial de la custodia a los abuelos, sin privar a los progenitores de la patria potestad. Tras constatar el abandono afectivo y material de los menores, por parte de sus progenitores.

Sin embargo, esta práctica orientada a la protección del menor evidencia la carencia de un marco normativo especifico y uniforme, lo que genera inseguridad jurídica. La inexistencia de un criterio legal claro provoca que los resultados dependan, en gran medida, de la interpretación particular de cada órgano judicial. Lo que ha conducido a una jurisprudencia fragmentaria en la que cada tribunal adopta soluciones *ad hoc.*

Una propuesta *de lege ferenda* que regule de forma expresa la custodia ejercida por los abuelos; que establezca los supuestos habilitantes; los efectos jurídicos y la legitimación procesal de los abuelos, armonizando la protección del menor con los derechos parentales y los valores constitucionales de solidaridad familiar, nos parece necesaria en este contexto.

Conclusiones

I.- La patria potestad se erige, como un instrumento jurídico de garantía del desarrollo integral del menor, asegurando su educación, formación, seguridad y estabilidad afectiva, dentro del ámbito familiar.

II.- La evolución doctrinal y jurisprudencial, ha insistido en que el contenido de la patria potestad debe interpretarse siempre a la luz del principio del

interés superior del menor, lo que implica que cualquier decisión, actuación o medida que afecte al menor, debe atender primordialmente a su bienestar físico, emocional y moral.

III.- El incremento de situaciones en las que los abuelos asumen el cuidado efectivo de sus nietos evidencia una insuficiente respuesta estructural del Derecho de familia español, ante realidades familiares consolidadas *de facto.*

III.- La práctica judicial ha debido suplir la falta de regulación específica mediante interpretaciones flexibles de la normativa vigente, apoyándose especialmente en el principio del interés superior del menor.

III.- La atribución judicial de la guarda y custodia a los abuelos, sin privación de la patria potestad a los progenitores, se ha configurado como una solución excepcional orientada prioritariamente a la protección del menor.

IV.- La ausencia de un marco normativo expreso sobre la custodia ejercida por los abuelos genera inseguridad jurídica y respuestas judiciales dispares en supuestos sustancialmente similares.

V.- Esta disparidad decisoria compromete principios constitucionales básicos, como la igualdad en la aplicación del Derecho y la seguridad jurídica.

VI.- Una propuesta *de lege ferenda* que regule de forma expresa la custodia ejercida por los abuelos; que establezca los supuestos habilitantes; los efectos jurídicos y la legitimación procesal de los abuelos, armonizando la protección del menor con los derechos parentales y los valores constitucionales de solidaridad familiar, nos parece necesaria en este contexto.

Bibliografía

I. Manuales y artículos doctrinales

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Menores». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º I, Sección Tribuna, BIB\1996\1034. Editorial: Aranzadi.

Calzadilla Medina, M.ª A. «Lo que la patria potestad no ampara». *Revista de Derecho de Familia, N.º 74, Sección Artículos doctrinales*, Primer trimestre de 2017. Editorial: Aranzadi. BIB\2017\10738.

Castán Vázquez, J.M.ª, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», *Monografías*, 2015, Editorial Aranzadi, S.A.U.

Colás Escandón, A. M., «La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 9, Sección Doctrina, octubre 2017. Editorial: Aranzadi

De Bartolomé Cenzano, J.C., «Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 46- 59 - septiembre 2012 ISSN 2174- 7210. http://ojs.cc.upv.es/index.php/reinad/index.

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»., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 10, Sección Jurisprudencia. Comentarios, noviembre 2016. Editorial: Aranzadi.

Guilarte Martín-Calero, C., *La Concreción del Interés del Menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tirant lo Blanch, 2014. ISBN13 9788490536155

Lacruz Berdejo, J.L. *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Madrid, 2010, 4.ª ed. revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Dykinson.

Lasarte Álvarez, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo V, 22.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024.

Lucchi López-Tapia De, Y., «Análisis jurídico-procesal de la coordinación parental como coadyuvante en la gestión de la alta conflictividad familiar postruptura». *Revista de Derecho de Familia*, N.º 93, Sección Artículos doctrinales, Cuarto trimestre de 2021. Editorial: Aranzadi

Moreno Bobadilla, A. *Intimidad y menores*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, ISBN: 978-84-259-1735-6.

Moretón Sanz, M.ª F. «La adaptación de nuestro Derecho a la Convención», en El *desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España* (coords. Villasagra Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I.), Barcelona, Bosch, 2006.

Pizarro Moreno, E. *El interés superior del menor: claves jurisprudenciale*s. 1.ª ed., Madrid, 2020. Editorial Reus, S.A.

Roda y Roda, D., «Ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores: derecho de visita», Publicación: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 1.ª ed., agosto 2014. ISBN 978-84-9059-677-7

Rubio Torrano, E., «Patria potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor: superior interés del menor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 11, Sección Jurisprudencia. Comentarios, noviembre 2018. Editorial: Aranzadi.

Ruiz-Rico, J., «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 3, Sección Doctrina, marzo 2016. Editorial: Aranzadi.

Sánchez Calero, F.J., «Curso de Derecho Civil» I *Bis* Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Suárez-Mira Rodríguez, C., Judel Prieto, A. y **Piñol Rodríguez, J.R**., «Delitos contra los derechos y deberes familiares». *Tratados y Manuales (Civitas). Manual de Derecho Penal*. Tomo II. Parte Especial. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB\2011\5727. ISBN 978-84-470-3659-2

Ureña Carazo, B., «Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia». *Revista de Derecho de Familia*, N.º 69, Sección Artículos doctrinales, Cuarto trimestre de 2015. Editorial: Aranzadi

II. Convenios internacionales

- Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/(1) (Consultada en julio 2025).
- Observación General N.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, a que su interés superior sea una consideración primordial. https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780
- Observación General N.º 20, de 6 de diciembre de 2016, del Comité de los Derechos del Niño, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-20-2016-implementation-rights

III. Legislación

- 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.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.* BOE-A-2015-8222.

- 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*. BOE-A-1996-1069.
- Ley 8/2021, de 2 de junio*, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. BOE-A-2021-9233.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. BOE-A-2015-8470.
- 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.* BOE-A-2003-21338.

IV. Jurisprudencia

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1438/2023 de 18 oct. 2023, Rec. 8409/2022.
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 281/2023 de 21 feb. 2023, Rec. 316/2022. RJ\2023\1717.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 346/2020 de 25 jun. 2020, Rec. 1859/2019. RJ\2020\2353.
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 565/2009 de 31 jul. 2009, Rec. 247/2007. RJ\2009\4581.
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 308/2001 de 29 mar. 2001, Rec. 972/1996. RJ\2001\9852.
- Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, Sentencia 335/2019 de 27 sep. 2019, Rec. 176/2019. JUR\2019\295100.
- Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, Sentencia 70/2019 de 21 ene. 2019, Rec. 18/2018. JUR\2019\67141.
- Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, Sentencia 401/2018 de 21 nov. 2018, Rec. 352/2018.
- Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Sentencia 84/2018 de 7 mar. 2018, Rec. 433/2017. JUR\2018\131190.
- Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, Sentencia 106/2016 de 18 mar. 2016, Rec. 82/2016.
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, N.1 de A Estrada (Provincia de Pontevedra), Sentencia núm. 00146/2023, de 20 de septiembre, JUR/2023/389480.

14

EFECTOS DE LA RUPTURA MATRIMONIAL CON HIJOS CON DISCAPACIDAD: USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y ALIMENTOS[1]

Aurora López Azcona
Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

Sumario: I. Previo. II. Ámbito de aplicación. III. Efectos derivados de la ruptura. 3.1. En el Código civil. 3.1.1. Atribución del uso de la vivienda familiar. 3.1.2. Alimentos debidos a los hijos. 3.2. En el Código del Derecho Foral de Aragón. 3.2.1. Régimen de convivencia. 3.2.2. Atribución del uso de la vivienda familiar. 3.2.3. Gastos de asistencia de los hijos. IV. Bibliografía. V. Jurisprudencia. Tribunal Constitucional. Tribunal Supremo. Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

I. Previo

El presente capítulo pretende abordar una situación que, pese a no haber ocupado un lugar central en el debate académico, reviste considerable importancia práctica: ¿qué sucede con aquellas rupturas matrimoniales o extramatrimoniales en que se ven implicados hijos adultos con discapacidad? Se trata así de plantearse si, ante las situaciones de crisis entre los progenitores, los hijos mayores de edad deben recibir un tratamiento específico en atención a su discapacidad, de manera análoga a lo que ocurre con los hijos menores, respecto a las medidas que han de adoptarse con motivo de la ruptura o, por el contrario, resulta adecuado aplicarles el régimen jurídico previsto en general para los hijos mayores de edad.

Esta concreta problemática fue abordada por el Derecho civil estatal en la importante revisión del Código civil llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de

1 Trabajo realizado en el marco del Grupo IDDA S.15-R.23 del Gobierno de Aragón.

junio; pero también, entre los diversos Derechos civiles territoriales que rigen en España, por el Derecho aragonés en la más reciente reforma operada en el Código del Derecho Foral de Aragón por la Ley 3/2024, de 13 de junio[2].

Ambos Ordenamientos, estatal y aragonés, coinciden en dispensar a los hijos mayores con discapacidad un tratamiento especial, en el que, a diferencia del régimen anterior, ya no se les equipara sin matices con los hijos menores respecto de las concretas medidas que puedan afectarles[3]. No obstante, más allá de este planteamiento inicialmente convergente y que, por lo demás, trae causa de los principios rectores sobre discapacidad consagrados en la Convención NU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, existen importantes diferencias, tanto lo que hace a su ámbito subjetivo como en orden a su concreto contenido.

II. Ámbito de aplicación

En cuanto a su ámbito de aplicación, ambos cuerpos legales han optado, a mi entender de forma acertada, por no equiparar sin distinción a todos los hijos adultos con discapacidad a efectos de las medidas propias de la ruptura. En su lugar, han puesto el foco de atención exclusivamente en aquellos hijos que carecen de independencia respecto de sus progenitores, en línea con la jurisprudencia inmediatamente anterior a la reforma estatal de 2021.

Debe advertirse, no obstante, que el legislador estatal ha prescindido en aquellos preceptos que dedica a esta materia de adoptar una fórmula uniforme para referirse a los destinatarios de tales medidas.

Así, en el art. 94.2 CC hace depender la decisión judicial sobre el régimen de comunicación y visitas con el progenitor no conviviente a que «el hijo precise apoyo para tomar la decisión», expresión que viene a coincidir con la ambigua noción de discapacidad acuñada en la Disposición Adicional 4.ª del mismo cuerpo legal, que pone el acento exclusivamente en la necesidad de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. De este modo, y por lo que hace concretamente a esta medida judicial, su fijación se conecta con la necesidad de medidas de apoyo, cualquiera que sea la intensidad de las mismas y, lo que resulta más llamativo, prescindiendo de la voluntad, deseos y preferencias de los hijos en una cuestión tal personal como es la relación a mantener con el progenitor con quien no conviven.

2 Ofrezco aquí mi personal lectura de la Ley 3/2024 en mi condición de vocal de la Comisión aragonesa de Derecho civil, autora del Proyecto de Ley de que trae causa.

3 Coincide en esta lectura, por lo que hace al Derecho estatal, Raquel Pérez Díaz, «La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pág. 345.

En cambio, a los efectos del uso de la vivienda familiar regulado en el art. 96.2 CC, la misma Disposición Adicional se remite a la noción de discapacidad que formula la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, así como a la contenida en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción a la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. De esta doble remisión resulta que se consideran hijos con discapacidad cara esta concreta medida judicial «aquellos que presenten bien una discapacidad psíquica igual o superior al 33 % o bien una discapacidad física o se igual o superior al 65 %», pero también «a aquellos en situación de dependencia severa o gran dependencia», tal y como se definen en la Ley 39/2006[4]. Nos encontramos aquí ante uno de los pocos supuestos en los que, al margen de la indefinición en que ha incurrido la reforma de 2021 al delimitar el ámbito subjetivo del nuevo sistema estatal de discapacidad, se ofrece una definición explícita de esta, para lo cual se acude a una noción mixta que combina la concepción de la discapacidad entendida como déficit en el funcionamiento corporal o mental con la idea de falta de autonomía personal.

Por un planteamiento divergente ha optado el legislador aragonés, en cuanto ha incorporado en el Código del Derecho Foral de Aragón (art. 75.4) una noción de «hijos a cargo» a todos los efectos de la ruptura matrimonial o extramatrimonial de sus progenitores, atribuyendo tal calificativo, en lo que aquí nos interesa, a los hijos mayores o menores emancipados que se encuentren en situación de dependencia por razón de discapacidad y/o por encontrarse en formación y sin recursos propios para cubrir sus gastos de crianza y educación. En cualquier caso, importa aclarar que el CDFA emplea la expresión «situación de dependencia» en el sentido amplio de falta de autonomía personal y/o patrimonial y, por ende, ajeno a la noción técnica formulada en el art. 2.1 Ley 39/2006 para regular las ayudas a la dependencia.

Por añadidura, el cuerpo legal aragonés en su art. 34.2 incluye una noción de discapacidad a efectos jurídico-civiles, identificándola exclusivamente con «aquellas situaciones previsiblemente permanentes que impiden o dificultan a la persona tomar decisiones por sí solas». La reforma aragonesa ha acotado así su ámbito de aplicación en torno a aquellas personas cuya discapacidad, ya sea psíquica (las más) o física, les impide o dificulta tomar decisiones por sí solas de modo persistente. Solo a tales personas se le deben garantizar las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su

4 De acuerdo con el art. 26.1 Ley 39/2006, una persona se encuentra en «situación dependencia severa» cuando «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»; y en situación de «gran dependencia» cuando «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».

capacidad jurídica *ex* art. 34.3. Si, por añadidura, se encuentran en situación de dependencia personal y/o económica, en caso de verse involucradas en la ruptura de sus progenitores serán destinatarias de las concretas medidas previstas a tal efecto por el CDFA (arts. 80 a 82), en defecto de acuerdo de los mismos.

III. Efectos derivados de la ruptura

Por lo que hace a las concretas medidas articuladas, el Código civil se ocupa exclusivamente de la incidencia de la ruptura matrimonial en los hijos con discapacidad en dos de sus preceptos: el art. 94.2 y 6 sobre el régimen de visitas y el art. 96.2, sobre atribución del uso de la vivienda familiar. De este modo, el Derecho estatal ofrece a esta cuestión de una regulación más fragmentaria que en Derecho aragonés, donde, con mayor o menor acierto, se ha intentado ofrecer una respuesta integral a la realidad de aquellos hijos con discapacidad que, encontrándose en situación de dependencia respecto de sus progenitores, se ven afectados por su ruptura, ya sea matrimonial o extramatrimonial. El legislador aragonés ha pretendido así garantizarles no sólo su derecho a mantenerse temporalmente en el uso de la vivienda familiar y a relacionarse con el progenitor que no los tenga en su compañía como prevé el Código civil, sino, además, los derechos a seguir conviviendo con sus progenitores (con ambos o con uno de ellos) y a tener cubiertos sus gastos de asistencia.

En cualquier caso, las medidas enunciadas sólo entran en juego en aquellas rupturas a resolver unilateralmente por el juez en defecto de acuerdo de los progenitores. En las rupturas de mutuo acuerdo, ya sean tramitadas judicial o extrajudicialmente, serán éstos los que pacten los efectos de la ruptura y, entre ellos, los que estimen oportunos respecto de sus hijos con discapacidad, sin que el art. 90 CC relativo al convenio regulador ni su concordante en el CDFA (el art. 77, sobre el pacto de relaciones familiares) contengan ninguna previsión referida específicamente a tales hijos, más allá de la relativa a la imposibilidad de aprobar judicialmente aquellos acuerdos que puedan resultar dañosos o gravemente perjudiciales a los hijos mayores o menores emancipados en general.

Además, conviene tener presente que, conforme al art. 81 CC (aplicable a todas las Comunidades Autónomas, con o sin Derecho civil propio), si hay hijos mayores con discapacidad sujetos a medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, la ruptura habrá de solventarse necesariamente por la vía judicial, sea o no de mutuo acuerdo, quedando excluido el recurso al notario y letrado de administración de Justicia en este segundo caso. Con tal previsión se pretende mantener bajo control judicial la resolución de aquellas crisis matrimoniales en las que estén implicados hijos adultos con discapacidad, equiparándolos a tales efectos con los hijos menores no emancipados. Sucede, sin embargo, que se ha adoptado un planteamiento muy restrictivo, toda vez que esta solución se encuentra circunscrita a aquellos casos en que los titulares de la medida de apoyo sean los propios progenitores y, además, siempre que

se trate de una medida judicial, cuando (no se olvide) tras la reforma de 2021 tales medidas devienen excepcionales[5]. De ello resulta, por consiguiente, que, cuando el hijo haya otorgado una medida voluntaria a favor de sus progenitores o se encuentre bajo su guarda de hecho (lo más habitual), los efectos de la ruptura matrimonial (necesariamente de mutuo acuerdo), entre ellos, los que le afecten directamente podrán dilucidarse extrajudicialmente, requiriéndose a tal efecto su consentimiento en su condición de mayor de edad (art. 82 y 87 CC). Ahora bien, tal proceso podrá devenir en judicial si el notario o el letrado de administración de justicia determinan que alguno de los extremos del convenio regulador (o pacto de relaciones familiares) puede ser dañoso o gravemente perjudicial para el hijo (art. 90.2.4 CC).

Aclarado este aspecto, corresponde ahora examinar cómo han abordado ambos cuerpos legales, el Código civil y el Código foral aragonés, la incidencia de la discapacidad de los hijos en los efectos derivados de la ruptura de sus progenitores, no sin antes advertir que, según resulta de la lectura de la jurisprudencia, en la práctica la litigiosidad se focaliza en los efectos de carácter patrimonial como son los alimentos debidos a los hijos y el uso de la vivienda familiar[6]. No suele discutirse, en cambio, con quien va a vivir el hijo tras la ruptura (aquí señalar que es la madre la que se suele hacer cargo de su cuidado en exclusiva) ni tampoco cómo se va a comunicar y relacionar con el progenitor con el que deja de convivir (que no es otro que el padre).

3.1. En el Código civil

El Código civil, como se ha puesto de relieve, proporciona una respuesta parcial y, en mi opinión, insuficiente a la realidad de los hijos con discapacidad dependientes de sus progenitores. Cierto que la Ley 8/2021 revisó el art. 94 a fin de garantizar su relación personal con el progenitor no conviviente

5 Coinciden en esta apreciación Manuel Ángel Gómez Valenzuela, «Reformas en Derecho de familia», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, obra colectiva, dtor. José Ramón De Verda y Beamonte, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 415-416; Rafael Linares Noci, «Separación, derecho de comunicación y visitas, y el uso de la vivienda familiar», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, obra colectiva, dtores. Francisco Lledo Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell, María Ángeles Egusquiza Balmaseda y Francisco López Simó, Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, pág. 757; Pilar Estellés Peralta, «Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de percepción de alimentos por la descendencia mayor de edad. Especial referencia a los hijos e hijas con discapacidad», *RDC*, núm. 4, 2022, pág. 247; y Raquel Pérez Díaz, «La pensión...», cit., págs. 338-339.

6 Coincide en esta apreciación Henar Álvarez Álvarez, «La prestación de alimentos de los hijos con discapacidad», Ponencia presentada al *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, 2018 (cito del original por cortesía de su autora).

e incorporó una nueva previsión al art. 96 para permitirles la continuidad en el uso de la vivienda familiar tras su mayoría de edad. Pero no incluyó ninguna medida para articular su régimen de convivencia con sus progenitores, lo que quizá hubiera sido oportuno para aquellos casos en que tales hijos por razón de su discapacidad no es que tengan dificultades para llevar una vida independiente, sino que no pueden decidir por sí mismos con qué progenitor quieren vivir y éstos no se ponen de acuerdo[7]. Y más cuando el Código civil hace depender de esta convivencia los efectos de índole económica como son los relativos a la pensión de alimentos (art. 93.2) y uso de la vivienda familiar (art. 96.2).

3.1.1. Atribución del uso de la vivienda familiar

De ambos efectos económicos, la reforma de 2021 ha centrado su atención en el relativo al uso de la vivienda familiar, dando una nueva redacción más acotada al art. 96 CC, con el propósito de equilibrar los diversos intereses en juego: de una parte, el interés más necesitado de protección que justifica el derecho a mantenerse en su uso de los hijos y cónyuge en cuya compañía queden; y, de otra, el del cónyuge no usuario a que su derecho de propiedad (o copropiedad) no quede vacío de contenido indefinidamente[8]. De este modo, en las rupturas con hijos comunes, novedosamente se ha configurado su derecho de uso con carácter temporal, restringiéndolo, como regla, hasta su mayoría de edad (art. 96.1.1), en línea, por lo demás, con la posición sustentada por el Tribunal Supremo ya desde hacía unos años[9].

---

7 A este respecto Raquel Pérez Díaz, «La pensión...», cit., pág. 340, identifica la cuestión relativa a «quién es la persona a cuyo cuidado va a quedar el hijo» como uno de los pilares sobre los que debe pivotar la resolución del conflicto en caso de ruptura con hijos mayores con discapacidad.

8 No obstante, comparto la crítica formulada por algunos autores (Marta Ordás Alonso, «Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, págs. 36-37; Manuel Ángel Gómez Valenzuela, «Reformas...», cit., págs. 433-434; y Pilar Estellés Peralta, «La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.1 CC y propuestas *de lege ferenda*», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, 2023, p. 217) en el sentido de que la reforma ha desaprovechado la oportunidad de incorporar un criterio subsidiario que permita la atribución judicial del uso de la vivienda familiar al cónyuge no conviviente, tal y como, por lo demás, admite el art. 81.2 CDFA. Asimismo, sorprende que no haya dado entrada a ningún criterio dirigido a solventar este mismo problema para el caso de que se decrete judicialmente la convivencia compartida, cuestión esta también resuelta en el art. 81.1 CDFA.

9 Sobre este particular hay que remontarse a la STS (Sala de lo Civil) núm. 624/2011, de 5 de septiembre que acuñó la doctrina jurisprudencial, según la cual la subsistencia de la necesidad de habitación de los hijos mayores de edad no constituía un factor determinante para la atribución del uso de la vivienda familiar, debiendo atenderse, en su caso, al interés más necesitado de protección *ex* art. 96.3 CC. Posteriormente, esta jurisprudencia

Pero, junto a ello, el legislador estatal decidió, a mi juicio de modo muy acertado, añadir una disposición específica para los hijos con discapacidad, tratando de solventar una cuestión que había generado gran controversia en la práctica judicial como es la relativa a si el interés de los hijos con discapacidad debía equipararse al de los hijos menores a efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar[10].

De este modo, como excepción a la extinción automática del uso por la mayoría de edad, en el art. 96.1.2 CC se contempla la posible fijación de un uso adicional para los hijos mayores con discapacidad, pero no de modo generalizado, sino sólo cuando la discapacidad que tengan cumpla una doble condición: que comporte una situación de dependencia respecto de sus progenitores, a tenor de lo dispuesto en la DA 4.ª CC ya referida; y haga conveniente su permanencia en el uso de la vivienda familiar[11] (ya sea por razones de estabilidad, adaptación o cercanía con su red social o asistencial)[12]. Además, se atribuye *ex lege* carácter temporal a tal derecho de uso, correspondiendo al juez fijar un plazo de duración en atención a las circunstancias concurrentes[13], al igual que prevé el mismo art. 96 en su aptdo. 1.1 *in fine* respecto de los hijos menores con discapacidad tras alcanzar su mayoría de edad[14]. Se ha pretendido así restringir la prórroga del uso de la vivienda familiar tras la mayoría de edad de los hijos, reservándola a situaciones de discapacidad

se consolidó, entre otras, por las SSTS (Sala de lo Civil) núm. 183/2012 de 30 de marzo, núm. 707/2013 de 11 de noviembre, núm. 315/2015 de 29 de marzo, núm. 604/2016 de 6 de octubre, núm. 390/2017 de 20 de junio y núm. 527/2017 de 27 de septiembre,

10 Como corroboran Cristina Guilarte Martín-Calero, «Comentario al art. 96 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, obra colectiva, dtra. Cristina Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 152-153; Pilar Estellés Peralta, «La atribución...», cit., pág. 244; y Lluis Pérez Losa, «Hijos mayores de edad con discapacidad y atribución del uso de la vivienda familiar tras la Ley 8/2021», *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 7, 2022, págs. 274-275.

11 Coincide en esta interpretación Manuel Ángel Gómez Valenzuela, «Reformas...», cit., pág. 437.

12 Como precisa Cristina Guilarte Martín-Calero, «Comentario al art. 96 CC», cit. pág. 158. *Vid.* en términos similares Pilar Estellés Peralta, «La atribución...», cit., pág. 237.

13 Habida cuenta de la existencia de criterios jurisprudenciales muy divergentes sobre este particular, quizá hubiera sido oportuno que el legislador estatal hubiese fijado un plazo inicial de duración del derecho de uso, sin perjuicio de atribuir a los jueces la facultad de prorrogarlo excepcionalmente de concurrir circunstancias que así lo aconsejasen. Coinciden en esta apreciación Marta Ordás Alonso, «Luces...», cit., pág. 38; y Pilar Estellés Peralta, «La atribución...», cit., pág. 247.

14 Interesa recordar que el vigente art. 96.1.1 CC tras restringir, como regla, el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a los hijos y el cónyuge bajo su custodia hasta la mayoría de edad de aquellos, permite excepcionalmente al juez la fijación de un plazo adicional cuando «entre los hijos menores hubiese alguno en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar» más allá de su mayoría de edad.

muy concretas y por un tiempo limitado a fijar judicialmente[15]. Tal solución legal responde, sin duda, al propósito, ya referido, de equilibrar los diversos intereses en juego, sin que pueda ya equipararse a tales efectos el interés de los hijos menores con el de los hijos adultos con discapacidad, como venía afirmando, no sin razón, el Tribunal Supremo desde años atrás[16].

En particular, la STS (Sala de lo Civil) núm. 31/2017, de 19 de enero, desvinculándose del criterio jurisprudencial sustentado hasta entonces[17], establece, a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar, una nítida distinción entre el interés del menor («que tiende a su protección y asistencia de todo orden») y el de la persona con discapacidad («que se dirige a la integración de su capacidad mediante un sistema de apoyos» y, además, «depende de muchos factores» no sólo de su estado físico, mental, intelectual o sensorial y la correcta evaluación del mismo, sino también el acierto en la adopción de los apoyos y la elección de la persona encargada de prestarlos, que «proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales» y respete «su derecho a formar su voluntad y preferencia, que le dé oportunidad de vivir de forma independiente»). A partir de esta premisa, y una vez descartado que entre los apoyos que han de garantizarse a una persona con discapacidad, con base en el art. 12 Convención NU de 2006, se encuentre el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar tras la ruptura de sus progenitores, por tratarse propiamente de una medida de pro-

15 Coinciden en esta lectura Marta Ordás Alonso, «Luces...», cit., pág. 57; Lluis Pérez Losa, «Hijos mayores...», cit., pág. 280; M. Isabel de la Iglesia Monje, «El uso...», cit., pág. 1075; y Pilar Estellés Peralta, «La atribución...», cit., pág. 237.

16 Me permito aquí discrepar de Lluis Pérez Losa, *Ibidem*, págs. 281-283; y Pilar Estellés Peralta, *Ibidem*, cit., págs. 239 y 247, cuando ponen en duda que dicho precepto ofrezca una cobertura suficiente a las necesidades de vivienda de los hijos con discapacidad. Y es que, a mi entender, tal lectura parte de una visión de la discapacidad no plenamente acorde de los parámetros de la Convención NU de 2006. Ello obviamente sin dejar de reconocer que hay determinadas discapacidades que privan a la persona de la debida aptitud para desarrollar una vida independiente y autosuficiente y que, en tal caso, corresponde a sus progenitores (a ambos dos), en cumplimiento del principio de solidaridad familiar, garantizar debidamente sus necesidades habitacionales en condiciones de estabilidad y accesibilidad, ya sea en su propia vivienda o en otra distinta.

17 A este respecto interesa reproducir la siguiente declaración formulada en la STS (Sala de lo Civil) núm. 325/2012, de 30 de mayo: «Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto [uso de la vivienda familiar], porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006». En aplicación de esta doctrina, por lo que hace al concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo mantiene *sine die* en el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) a la madre y el hijo mayor con discapacidad bajo su patria potestad prorrogada y custodia; ello pese a que el padre también tiene una discapacidad y la madre es titular de otra vivienda fuera de la localidad donde residen, lo que no deja de ser cuestionable.

tección de menores, el Tribunal Supremo considera justificado fijar un límite temporal a dicho uso por parte de los hijos mayores con discapacidad. De no hacerlo, «se impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad o, al menos, lo reduciría considerablemente, en la medida que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad»[18]. Con base en esta doctrina, en lo que hace al concreto caso enjuiciado, la sentencia reseñada confirma el criterio del juzgador de instancia favorable a restringir a un plazo de tres años el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) atribuido a la madre y su hija mayor con una discapacidad que le impedía vivir sola, anticipando así la solución consagrada en el art. 96.1.2 CC en su redacción dada por la Ley 8/2021.

Poco después, la STS (Sala de lo Civil) núm. 167/2017, de 8 de marzo reitera esta doctrina, precisando que «la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia [entiéndase, bajo ciertos presupuestos], pero no la atribución de la vivienda familiar». Por lo que hace al caso planteado, el Tribunal Supremo confirma el fallo de segunda instancia estimatorio de una demanda de modificación de medidas formulada por el padre y, en consecuencia, declara el cese del uso de la vivienda familiar (privativa de aquel) por parte de la madre y del hijo con discapacidad a su cargo. No obstante, dicha decisión no se fundamenta propiamente en la mayoría de edad del hijo, sino en la circunstancia de que el uso de la vivienda no fue atribuido formalmente a la madre en las sentencias de separación y divorcio, sino sólo en el auto de medidas provisionales, que posteriormente no fue ratificado, pese a que en la práctica haya venido disfrutando de la vivienda durante más de quince años.

Reproduce, igualmente, esta doctrina la STS (Sala de lo Civil) núm. 181/2018, de 4 de abril, para decretar la extinción del uso de la vivienda familiar (ganancial) atribuido en su momento a la madre y a una hija mayor con discapacidad que se encuentra bajo su patria potestad rehabilitada tras ver modificada judicialmente su capacidad, al haber adquirido aquella otra vivienda en propiedad exclusiva que satisface plenamente las necesidades de alojamiento de ambas.

Junto a tal límite temporal a fijar necesariamente por el juez, la reforma de 2021 incorporó al art. 96 CC una previsión destinada a garantizar el derecho de habitación de los hijos, una vez extinguido el uso de la vivienda familiar (ya

18 En la doctrina sustentaron esta tesis (que personalmente comparto) Carmen Hernández Ibáñez, «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en Derecho común», en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, obra colectiva, coords. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, Reus, Madrid, 2017, pág. 76; y Chaparro Matamoros, Pedro: «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial,* núm. 45, 2018 (versión electrónica).

sea por alcanzar la mayoría de edad o, en el caso de hijos adultos con discapacidad, por finalizar el plazo adicional concedido con carácter excepcional), cuando carezcan de independencia económica[19]. Dicha garantía, recogida en su aptdo. 1.3, se articula a través de la obligación legal de alimentos a la que están vinculados ambos progenitores, siempre que los hijos mayores, con o sin discapacidad, se encuentren en situación de necesidad que no les sea imputable y aquellos puedan prestarlos sin desatender sus propias necesidades *ex* art. 142 ss. CC. Con este nuevo precepto que desplaza, de modo muy razonable, la cobertura de la necesidad habitacional de los hijos mayores al régimen de los alimentos entre parientes[20], el legislador estatal no hizo sino positivizar, una vez más, la solución que había sido perfilada por la jurisprudencia en los años anteriores a la reforma, al objeto de contrarrestar los posibles efectos perjudiciales para los hijos derivados de la restricción del uso de la vivienda familiar hasta su mayoría de edad.

En concreto, por lo que hace a los hijos mayores con discapacidad, el Tribunal Supremo adoptó tal criterio jurisprudencial en su ya mencionada Sentencia núm. 31/2017, de 19 de enero, en la que, ante situaciones de crisis matrimonial, atribuye a la obligación alimentaria que vincula a ambos progenitores la condición de «forma de protección no discriminatoria al más débil o vulnerable» (como es un hijo adulto con discapacidad grave), con base en la siguiente argumentación: «Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC)»[21]. Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado (descrito anteriormente), el

19 Como señala certeramente Marta Ordás Alonso, «Luces...», cit., pág. 48, la «independencia económica» debe concebirse, a tales efectos, no tanto como la incorporación al mercado laboral, sino como la autocapacidad de sostenerse personalmente.

20 Una cobertura que Lluis Pérez Losa, «Hijos mayores...», cit., pág. 281, califica, no sin cierta razón en atención a los arts. 146, 147 y 152.2.º CC, de «contingente», en contraste con la atribución del uso de la vivienda familiar.

21 A este respecto interesa aclarar, con Marta Ordás Alonso, «Luces...», cit. págs. 45-46, que tal doctrina jurisprudencial favorable a desvincular la prestación alimenticia del derecho a usar la vivienda familiar en relación a hijos mayores se remonta a la ya mencionada STS (Sala de lo Civil) núm. 624/2011, de 5 de septiembre. Dicha sentencia formula así la siguiente declaración: «tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

Tribunal Supremo reconduce, una vez finalizado el plazo de atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la madre e hija con discapacidad, la atención a las necesidades de vivienda y alimentación de esta última, en caso de que no pueda atenderlas por sí misma, a la obligación de alimentos que corresponde a ambos progenitores, la cual deberán cumplir en función de sus recursos y medios, y siempre que puedan prestárselos.

Una vez modificado en 2021 el art. 96 CC en los términos indicados, tal criterio se ha visto avalado por la STC núm. 12/2023, de marzo, que resuelve en sentido desestimatorio un recurso de amparo interpuesto por una madre ante el cese del derecho de uso a la vivienda familiar decretado judicialmente por haber alcanzado sus hijas la mayoría de edad y no encontrarse en la situación prevista en sus apdos. 1.1. *in fine* y 1.2 («situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar»). El Tribunal Constitucional argumenta a tal objeto que «la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes». No puede entenderse así que los hijos mayores se encuentren en una situación de vulnerabilidad injustificable, ni es razón suficiente para que continúen en el uso de la vivienda familiar, cuando su necesidad de habitación está cubierta con su derecho de alimentos *ex* art. 142 CC.

Por su parte, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha hecho sino confirmar su doctrina previa a la reforma de 2021, favorable a la limitación temporal del uso de la vivienda familiar por los hijos con discapacidad y a encauzar, en su caso, su necesidad de habitación a través de la obligación legal de alimentos de ambos progenitores, no sin efectuar alguna precisión adicional a la luz de la vigente redacción del art. 96.1 CC.

A este respecto resulta de particular interés la STS núm. 757/2024, de 29 de mayo, en cuanto ofrece la siguiente lectura de dicho precepto:

> «(I) Se refiere a los hijos comunes del matrimonio.
>
> (II) Precisa que la atribución de la vivienda a favor de los hijos menores de edad, lo es hasta que alcancen la mayoría de edad, en cuyo caso dicha asignación queda sin efecto.
>
> (III) Se mantiene que la adjudicación del uso de la vivienda familiar es temporal [sin perjuicio de respetar los pactos voluntariamente asumidos por las partes y aprobados por el juez, según matiza en párrafo aparte][22].
>
> (IV) Se fija una regulación específica para el supuesto de que, entre los hijos comunes, ya sean estos menores o mayores de edad, hubiera alguno que se hallase en situación de discapacidad. En tal caso, cabe fijar un uso adicional

22 Coincido en este punto con Pilar Estellés Peralta, «La atribución...», cit., págs. 244 y 247 cuando defiende la virtualidad de tales pactos en orden a desplazar o modular el tenor del art. 96.1 CC.

de la vivienda familiar, de manera tal que no operase la automaticidad de las consecuencias jurídicas de la mayoría de edad.

(V) Una vez extinguido el plazo atributivo del uso, las necesidades del hijo discapacitado, que carezca de independencia económica, deberán ser cubiertas mediante el régimen jurídico de la prestación alimenticia».

Tal como se deduce de la declaración transcrita, hasta aquí la doctrina jurisprudencial coincide plenamente con la que el Tribunal Supremo venía sosteniendo del art. 96 CC en su redacción anterior a la reforma de 2021. La matización viene dada, sin embargo, respecto al posible uso de la vivienda familiar por los hijos con discapacidad más allá de su mayoría de edad, a tenor de lo dispuesto en el nuevo aptdo. 1.2 de dicho precepto. En este punto, el Tribunal Supremo ratifica su jurisprudencia previa, favorable a una atribución temporalmente limitada, si bien subraya la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes para fijar un plazo adicional de uso, atendiendo, entre otros, a factores como «el grado de discapacidad, las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral, las posibilidades económicas de los progenitores...». En aplicación de esta doctrina, y por lo que hace al concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo decreta el cese del uso de la vivienda familiar (ganancial) por parte de la madre y del hijo con capacidad modificada judicialmente (no revisada) y a su cargo, a la par que modifica al alza la pensión de alimentos que venía abonando el padre, dada la situación de mayor precariedad económica de aquellos con unos ingresos mensuales de 883 euros en total.

Posteriormente, acoge esta doctrina la STS 1669/2024 de 12 de diciembre para rechazar la pretensión de la recurrente de que se le atribuya ilimitadamente el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) una vez que su hijo de 15 años con discapacidad (gran dependiente) y bajo su custodia alcance la mayoría de edad. No obstante lo anterior, sí se pronuncia a favor de establecer un plazo adicional de tres años para el uso por el hijo, contado desde la mayoría de edad, con el fin de garantizar su estabilidad. Todo ello sin perjuicio de que, antes de su vencimiento, pueda solicitarse la fijación de un incremento de la pensión alimenticia a cargo del padre, destinado a cubrir las necesidades de habitación del hijo[23].

Por último, interesa reparar en la STS (Sala de lo Civil) núm. 22/2025, de 7 de enero, que aborda una cuestión singular como es la relativa a la eficacia frente a terceros de los pactos de atribución de uso ilimitado de la vivienda fami-

23 No obstante, este ulterior proceso podría evitarse mediante la solución propuesta por Lluis Pérez Losa, «Hijos mayores...», cit., p. 282, consistente en proceder ya en el propio proceso de ruptura matrimonial, mediante la realización del oportuno juicio prospectivo, a la fijación del importe de la prestación alimenticia a asumir por los progenitores para cubrir *ad futurum* la necesidad habitacional del hijo mayor de edad con discapacidad, en caso de que esta subsista tras la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar.

liar. El litigio trae causa de un divorcio de mutuo acuerdo en el que las partes, mediante convenio regulador aprobado judicialmente, pactaron la atribución de la guarda y custodia del hijo con discapacidad (entonces menor de edad) a la madre, así como el uso de la vivienda familiar, de carácter privativo del padre, a favor de ambos, sin limitación temporal. Con posterioridad, el padre donó dicho inmueble a su otro hijo, con exclusión expresa del derecho de uso, que se calificó como preferente. Entre tanto, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo con discapacidad fue judicialmente incapacitado, decretándose la rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre. En el año 2020, el hijo donatario vendió la vivienda a una sociedad mercantil mediante escritura pública, en la que esta declaró conocer la existencia del derecho de uso atribuido a la madre y al hijo con discapacidad, si bien se reservó expresamente la facultad de reclamarles la posesión del inmueble adquirido. En ejercicio de dicha facultad, la sociedad mercantil interpone demanda de desahucio por precario contra la madre y el hijo con discapacidad, amparándose en el carácter temporal del derecho de uso *ex* art. 96.1 CC, sin que pueda prolongarse más allá de la mayoría de edad del hijo. Desestimada tal pretensión tanto en primera como en segunda instancia, la entidad demandante formula recurso de casación que también va ser desestimado por el Tribunal Supremo, por considerar (en contra de lo argumentado por la sociedad propietaria) que los demandados poseen un título que justifica la posesión (el acuerdo suscrito por el progenitor titular exclusivo de la vivienda, que respetó cuando la donó al otro hijo e, igualmente, por este al venderla a la entidad demandante) y, por tanto, no son meros precaristas. El Tribunal Supremo ratifica así su posición favorable a la admisión de los acuerdos entre los progenitores que tienen por objeto la atribución del uso de la vivienda familiar sin limitación temporal vinculada a la existencia de un hijo con discapacidad en situación de dependencia, al no resultar de aplicación en tal caso el art. 96.1.2 CC que se circunscribe a las medidas judiciales a adoptar en defecto de acuerdo.

3.1.2. Alimentos debidos a los hijos

De los alimentos debidos a los hijos mayores tras la ruptura se ocupa específicamente el art. 93.2 CC, cuyo tenor no se ha visto alterado por la reforma de 2021. Puede observarse así que dicho precepto, a diferencia del art. 96, no incluye la discapacidad entre los parámetros a valorar por el juez a la hora de fijar la pensión de alimentos en la misma sentencia que decrete la separación o el divorcio, para, en su lugar, poner el foco de atención en la ausencia de ingresos propios[24], a la par que requiere la convivencia con uno de los progenitores en el domicilio familiar[25].

24 Coinciden en esta apreciación Juan José Nevado Montero, «La crisis de pareja en casa de hijos o progenitores con discapacidad», *RCDI*, núm. 786, 2021, pág. 2449; y Raquel Pérez Díaz, «La pensión...», cit., pág. 338.

25 A tal efecto, son varios los autores que propugnan una interpretación amplia (que perso-

Ello, no obstante, con un enfoque que personalmente suscribo, el Tribunal Supremo ha matizado el tenor de este precepto respecto a los hijos con discapacidad, teniendo presente sus importantes dificultades para acceder al mercado laboral y, por tanto, para lograr su independencia económica. De este modo, ha interpretado que la potencial o efectiva percepción por un hijo de una pensión pública por razón de su discapacidad no puede equipararse automáticamente y sin matices a la percepción de ingresos propios a los efectos de decretar el cese de los alimentos debidos a los hijos por alcanzar la mayoría de edad. Al contrario, puede estar justificado, según las concretas circunstancias de cada caso, que un hijo con discapacidad siga percibiendo una pensión alimenticia complementaria de sus progenitores (ilimitada en el tiempo)[26], a la par que se promueve su integración en el mundo laboral, siempre que sea posible y en la medida en que la situación de necesidad que justifica su percepción no haya sido provocada por su propia conducta[27]. No cabe, sin embargo, descartar su extinción cuando el hijo tenga un trabajo remunerado que le permita cubrir sus necesidades vitales.

Esta línea jurisprudencial se inició, ya con anterioridad a la reforma de 2021, con la STS (Sala de lo Civil) núm. 372/2014, de 7 de julio que sentó la doctrina según la cual «la situación de discapacidad de un hijo mayor no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos debidos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos». Con base en esta doctrina que toma como referencia el art. 93 CC, pero teniendo, asimismo, presente el art. 28.1 Convención NU de 2006[28], ante una grave situación de discapacidad de los hijos el Tribunal Supremo descarta desplazar en exclusiva la responsabilidad de mantenimiento a los poderes públicos y, por ende, exonerar a los progenitores de toda obligación al respecto. Por todo ello, en relación al concreto caso enjuiciado, decide mantener la pensión alimenticia abonada por un

nalmente suscribo) de la noción «domicilio familiar» en que tiene cabida tanto el domicilio compartido por los progenitores hasta su ruptura como el domicilio de cualquiera de los progenitores con quien convive el hijo tras la ruptura. Por todos, Pilar Estellés Peralta, «Nuevas tendencias...», cit., págs. 239-240.

26 Como advierte Raquel *Pérez Díaz,* «La pensión...», cit., p. 339.

27 Una lectura similar de esta jurisprudencia ofrecen M. Isabel de la Iglesia Monje, «El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad (art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)», *RCDI,* núm. 790, 2022, pág. 1077; y Raquel Pérez Díaz, *Ibidem,* p. 341. Parecen fundar, sin embargo, la continuidad de la pensión de alimentos de los hijos con discapacidad exclusivamente en esta circunstancia Henar Álvarez Álvarez, «La prestación...», cit.; y Pilar Estellés Peralta, «La atribución...», cit., pág. 237.

28 El art. 28.1 Convención NU de 2006 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados.

padre a favor de su hijo de 27 años con una discapacidad superior al 65 % que requiere una «dedicación extrema y exclusiva» (que le brinda la madre con quien convive en situación de guarda de hecho) y sin recursos propios para su manutención, dado que en el momento presente no recibe ayuda pública alguna (aun cuando sea posible perceptor de una pensión por invalidez a cargo de la Seguridad Social)[29] ni parece que pueda obtener ingresos de su trabajo por su dificultad para acceder al mundo laboral.

Posteriormente, confirma y desarrolla esta doctrina, la STS (Sala de lo Civil) núm. 547/2014, de 10 de octubre, para pronunciarse, igualmente, en contra de la pretensión de un padre de que se extinga la pensión de alimentos que viene abonando desde su divorcio a favor de sus dos hijos, de 32 y 39 años, con una discapacidad superior al 65 % y que conviven con la madre. El Tribunal Supremo subraya la necesidad de llevar a cabo una ponderación individualizada de cada caso concreto para decidir sobre la pervivencia o no de la obligación de los progenitores prestar alimentos a los hijos adultos con discapacidad, aun cuando perciban una pensión por parte de la Administración. En este sentido, respecto al supuesto examinado, discrepa del criterio del juzgador de instancia favorable a estimar la demanda de modificación de medidas formulada por el padre a tal efecto, por entender, de una parte, que la pensión no contributiva que perciben ambos hijos por su minusvalía no puede *per se* conducir a la extinción de la pensión por tener el alimentista «ingresos propios»; y, de otra, que su minusvalía constituye un obstáculo importante para acceder al mercado laboral, ya de por si difícil. No obstante lo anterior, sí admite la reducción de su cuantía, en atención a la pensión percibida por los alimentistas y la disminución de ingresos experimentada por el alimentante por razón de su jubilación.

La misma doctrina reproduce la STS (Sala de lo Civil) núm. 430/2015, de 17 de julio para confirmar la sentencia dictada en primera instancia contraria a decretar la extinción de la pensión alimenticia abonada por un padre a favor de su hija, de 27 años, con una discapacidad del 67 % y que reside temporalmente en un piso tutelado sufragado entre la Administración y la madre.

Acoge también esta doctrina, no sin algún matiz, la STS (Sala de lo Civil) núm. 666/2017, de 13 de diciembre, para, esta vez, pronunciarse a favor de la extinción de la pensión alimenticia abonada por un padre a favor de su hijo con discapacidad, en atención a las especiales circunstancias concurrentes: el padre alimentante tiene una discapacidad física que le impide trabajar y, por tanto, no dispone de recursos suficientes para cumplir la obligación de alimentos una vez cubiertas sus necesidades básicas. Por su parte, el hijo alimentista, de 27 años, también tiene una discapacidad física, pero esta no le impide trabajar y, de hecho, desempeña una actividad laboral remunerada. El

29 Argumento este que esgrimió el padre en su demanda y fue acogido en primera y segunda instancia para declarar la extinción de la prestación alimenticia del hijo.

Tribunal Supremo aclara a tal efecto que la equiparación entre los hijos menores y los mayores con discapacidad convivientes y sin recursos que, resulta de su Sentencia núm. 372/2014, de 7 de julio, «no es absoluta», sino que debe adaptarse a las particulares circunstancias de la persona con discapacidad y valorando si son o no necesarios los apoyos que ofrece la Convención NU de 2006, referidos en este caso a la continuidad de una prestación alimenticia a favor de un hijo mayor.

Con menos desarrollo argumentativo, la STS (Sala de lo Civil) núm. 181/2018, de 4 de abril, decide no sólo mantener sino incrementar la pensión alimenticia abonada por un padre a su hijo mayor con discapacidad desde el divorcio. Cierto que, en esta ocasión, el Tribunal Supremo se limita a dar respuesta al caso que se le plantea, pero de la sucinta descripción de los hechos que consta en dicha resolución no parece desviarse de la pauta marcada por sus sentencias anteriores. Se trata así de un adulto con una minusvalía del 75 %, en aquel momento con la capacidad modificada judicialmente y bajo la patria potestad rehabilitada de la madre, con quien convive y que percibe alguna «ayuda externa».

Tras la reforma de 2021, la STS (Sala de lo Civil) núm. 1669/2024, de 12 de diciembre ratifica esta línea jurisprudencial para rechazar la pretensión de un padre en un proceso de divorcio de que se limite la pensión de alimentos hasta que el hijo menor con discapacidad alcance la mayoría de edad. Este planteamiento, a mi entender, está plenamente justificado. Y es que, al margen de la incidencia que esta reforma ha tenido en la manera de abordar el tratamiento dispensado a las personas con discapacidad en materia de capacidad jurídica y subsiguiente sistema de apoyos, creo que puede seguir defendiéndose, con el Tribunal Supremo, que «los alimentos de los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que se extienden hasta que alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo». Tal criterio resulta plenamente aplicable al caso que se dilucida en esta sentencia, en el que se encuentra implicado un menor próximo a la mayoría de edad una situación de gran dependencia declarada administrativamente, pero también, en general, respecto aquellos hijos adultos cuya discapacidad no permite que garantizar su independencia económica por sus propios medios, ya sea mediante su trabajo o a través de ayudas públicas[30].

En fechas más recientes aborda tangencialmente esta problemática la STS (Sala de lo Civil) núm. 769/2025, de 14 de mayo, en cuanto que, a la par que fija un régimen de convivencia compartida en relación con un mayor con una importante discapacidad que le impide vivir independientemente, impone a ambos progenitores la obligación de cubrir sus gastos ordinarios y extraordinarios por mitad «en lo que no quede cubierto por las ayudas a que tiene derecho».

30 Con anterioridad a esta sentencia, en la doctrina propugnó el mantenimiento de esta doctrina Raquel Pérez Díaz, «La pensión...», cit., págs. 347-348.

3.2. En el Código del Derecho Foral de Aragón

Con un planteamiento divergente, la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas ha optado por atribuir al juez, en defecto de acuerdo de los progenitores, la facultad decisoria en orden al régimen de convivencia de los hijos con discapacidad a cargo y, a partir de ahí, al igual que sucede con la custodia de los hijos menores, anudar a esta decisión la relativa a aquellas medidas económicas que les afectan.

3.2.1. Régimen de convivencia

En el nuevo régimen aragonés en materia de efectos de la ruptura parental, con independencia de a quien corresponda la titularidad de las medidas de apoyo de que dispongan los hijos con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica, el juez habrá de decidir, cuando estén a cargo de sus progenitores por carecen de independencia personal y/o económica, sobre su régimen de convivencia, que ya no sobre su guarda y custodia. Ello en atención al plan de relaciones familiares que habrá de presentar cada progenitor y a los diversos factores enunciados en el art. 80 CDFA, entre ellos, su opinión siempre que tengan suficiente discernimiento (que no su voluntad y preferencias, como a mi entender hubiese sido más coherente con los nuevos postulados de la reforma) modulada con su interés[31].

Por lo demás, de acuerdo con la última y sorpresiva modificación de que ha sido objeto este precepto por la Ley 1/2025, de 15 de mayo esta convivencia será preferentemente compartida (con ambos progenitores en periodos alternos), salvo que el juez estime más conveniente la convivencia individual (con uno de ellos); en este segundo caso con régimen de comunicación, estancias y visitas para el otro, a fin de promover la participación igualitaria de ambos progenitores en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación paterno filial (art. 75.2).

En cualquier caso, el legislador aragonés no ha definido de forma deliberada el término «convivencia», como tampoco, por lo demás, el de guarda y custodia, correspondiendo así los operadores jurídicos y, en particular, a los

31 Como ya hice constar en el Acta de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil núm. 328 de 20 de noviembre de 2023, personalmente considero que hubiera resultado más acorde a la Convención NU de 2006 (artículo 19) tomar en consideración la voluntad y preferencias del hijo con discapacidad afectado por tal medida, que no su mera opinión y más desde el momento en que, tratándose de una persona mayor de edad, ya no rige el derecho-deber de convivencia que existe respecto de los hijos menores de edad conforme al art. 65.1.ª CDFA. Por lo demás, entiendo que la referencia aquí al «interés» debe identificarse con «lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses» de la persona con discapacidad» *ex* art. 37.2 CDFA.

órganos judiciales acotar su significado en el concreto ámbito de las crisis familiares. No obstante, sí ha incorporado una previsión dirigida a facilitar esta tarea al juez que haya de adoptar el concreto régimen de convivencia, facultándole a recabar informes de especialistas debidamente cualificados e independientes, ya sean del ámbito sanitario o social.

Por lo que hace a la aplicación práctica de dicho precepto, en ausencia a fecha de hoy de jurisprudencia sobre el nuevo régimen de convivencia atinente a los hijos mayores con discapacidad a cargo, puede traerse a colación la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 11/2024, de 22 de noviembre, que se pronuncia sobre el régimen de custodia a fijar respecto de una hija con una discapacidad del 47 % y muy próxima a la mayoría de edad. Esta sentencia reviste especial interés, toda vez que se pronuncia sobre el valor a otorgar a la opinión de los hijos con discapacidad a la hora de resolver este extremo, para lo que toma como referencia lo dispuesto en el art. 80.2 CDFA. Sienta así la doctrina según la cual su opinión no puede ser considerada como un factor absolutamente determinante, sino que debe ser valorada conjuntamente con los demás factores enunciados en dicho precepto; y, en cualquier caso, la relevancia a darle estará en función de la capacidad de comprensión y madurez del hijo. Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, el Tribunal Superior confirma el criterio de la Audiencia favorable a atribuir la custodia individual al padre, en atención a la opinión del hijo todavía menor favorable a esta solución, en cuanto se ha considerado que tenía «madurez suficiente», pero no de modo absoluto, sino puesta en relación con otros parámetros (el aval de los responsables de su centro educativo, la actitud de la madre opuesta a su autonomía y la opinión del otro hermano menor también favorable a la custodia paterna). A la par establece a favor de la madre un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos y un día intersemanal sin pernocta.

3.2.2. Atribución del uso de la vivienda familiar

Con base en lo anterior, en Derecho aragonés se ha entendido que el régimen de convivencia de los hijos mayores con discapacidad debía proyectarse sobre las demás medidas derivadas de la ruptura que adopte el juez respecto a ellos, en particular, en lo que atañe al uso de la vivienda familiar y a la contribución a los gastos derivados de su asistencia.

Así, conforme al art. 81 CDFA, la atribución judicial del uso de la vivienda familiar (en todo caso, limitada temporalmente)[32] se hace depender del régi-

32 El artículo 81.3 CDFA dispone, en términos taxativos, que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores «debe tener» necesariamente una limitación temporal, a fijar por ambos de mutuo acuerdo (STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 8/2015 de 17 de febrero) o, en su defecto, por el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia (SSTSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 1/2013 de 4 de enero y núm. 27/2014 de 18 de julio). Esta limitación temporal se justifica, de acuerdo con

men de convivencia, compartida o individual, por el que opte el juez. Los criterios de atribución del uso se han mantenido, no obstante, inalterados, tal y como se articularon en su momento en virtud de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

De este modo, de fijarse una convivencia compartida, a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1 CDFA, el criterio preferente cara la atribución del uso de la vivienda familiar es el «de mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores para acceder a una vivienda», considerando la jurisprudencia determinante a tales efectos tanto la desigual situación económica de los progenitores como el hecho de que uno de ellos carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda vivienda (STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y penal núm. 32/2013, de 11 de julio)[33]. De no resultar aplicable este criterio se faculta al juez a decidir el destino (que no solo la atribución del uso) de la vivienda familiar en función del «mejor interés para las relaciones familiares»; criterio éste muy genérico que deja en manos del Juez el destino de la vivienda familiar (ya sea la atribución de su uso a uno a ambos progenitores o, incluso, su venta), lo que, a mi entender, exige una resolución debidamente fundada que atienda a la concreta situación familiar existente en el momento de la ruptura a fin de conjugar los diferentes intereses atendibles en la unidad familiar y entre ellos, y como prioritario, el interés de los hijos con discapacidad a cargo[34].

En caso de optar por la convivencia individual con uno de los progenitores, conforme al art. 81.2 CDFA, también son dos los criterios a los que habrá de atender el juez a fin de decidir acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar. El primero de ellos radica en otorgar el uso al progenitor a quien

---

la jurisprudencia, en la necesidad de eludir conflictos entre los progenitores y de no lesionar el interés del progenitor no adjudicatario del uso en el caso de que sea propietario o copropietario de la vivienda familiar (STSJ de Aragón núm. 33/2014 de 21 octubre). Por añadidura, dicha limitación requiere el señalamiento de un plazo por parte del juez (SSTSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 1/2013 de 4 enero, núm. 33/2014 de 21 de octubre y núm. 25/2016 de 14 de octubre).

33 La STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y penal) núm. 32/2013, de 11 de julio deniega la venta de la vivienda familiar (consorcial) solicitada por el padre, para, en su lugar, atribuir su uso durante cinco años a la madre y la hija menor (en régimen de custodia compartida) en atención a la peor situación económica de aquella, ya que, aunque ambos progenitores se encuentran en situación de desempleo, el padre ha percibido una elevada indemnización por despido improcedente, circunstancia que no concurre en la madre, quien, además, carece de posibilidad de disponer de otra vivienda.

34 No obstante, como escribí en otro lugar («La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: Una relectura de los arts. 77 y 81 CDFA a la luz de la jurisprudencia», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. XXI-XXII, 2015-2016, pág. 71, según resulta del examen de la jurisprudencia, lo cierto es que los órganos judiciales aragoneses acuden muy excepcionalmente a este criterio subsidiario y ello fundamentalmente para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno o ambos progenitores y en muy escasas ocasiones para autorizar su venta.

corresponda convivir individualmente con el hijo con discapacidad. Subsidiariamente se opta por el criterio de atribución al progenitor no conviviente, fundado, de nuevo, en el «mejor interés para las relaciones familiares». Nos encontramos así, de nuevo, con una fórmula legal un tanto imprecisa, cuya aplicación ciertamente posibilita un amplio arbitrio judicial, pero que, a mi entender, exige una ponderada valoración de la concreta situación familiar existente en cada caso, a fin de que alcanzar el debido equilibrio entre los diferentes intereses implicados, tanto el de los hijos a cargo de tener sus necesidades de habitación debidamente cubiertas como el de ambos progenitores, conviviente y no conviviente[35].

Por lo que hace al tratamiento jurisprudencial de esta cuestión, interesa reparar en la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 14/2025, de 8 de octubre que, en un divorcio en el que se ve implicada una hija de 32 años con una discapacidad del 70 %, rechaza la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) tanto a la hija y a la madre con la que convive (al ser cotitulares de otra vivienda adaptada a sus necesidades) como al padre no conviviente, pese a encontrarse este último en situación de desempleo y a reconocerse en la propia resolución que la búsqueda de una solución habitacional le supondrá una merma de sus ingresos. El Tribunal Superior opta así, con un planteamiento que comparto parcialmente, por no aplicar ninguno de los criterios enunciados en el art. 81.2 CDFA para los supuestos de convivencia individual. Me parece así razonable denegar el uso de la vivienda familiar a la madre conviviente, en cuanto dispone de otra vivienda que, además, resulta apta para la hija, pero no tanto su decisión de no atribuirlo temporalmente al padre no conviviente en aplicación del criterio del mejor interés para las relaciones familiares o, al menos, acordar su venta como le permite el art. 81.4 CDFA[36], cuando, en mi opinión, ello estaría plenamente justificado en atención a las concretas circunstancias de esta familia.

35 Ahora bien, según puede constatar en mi artículo «La atribución...», cit., págs. 72-73, de los dos criterios enunciados es, sin duda, el primero de ellos el de aplicación prioritaria, por no decir prácticamente exclusiva, por parte de los órganos judiciales aragoneses.

36 Como alternativa a la atribución del uso, el art. 81.4 CDFA reconoce al juez la facultad de acordar venta de la vivienda familiar como alternativa a la atribución del uso, siempre que concurran dos presupuestos. En primer lugar, «que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores», entiéndase en el sentido de que tenga carácter consorcial (SAP de Zaragoza, Sección 4, núm. 296/2013, de 28 junio. ECLI:ES:APZ:2013:1603). Y, en segundo término, «que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos», entiéndase en el sentido de restringir, en principio, tal facultad judicial a los supuestos de custodia o convivencia compartida (STSJ de Aragón núm. 1/2013, de 4 de enero). Un análisis más detallado de este precepto puede consultarse en mi trabajo «La atribución...», cit., págs. 89-96).

3.2.3. Gastos de asistencia de los hijos

También la manera en que los progenitores han cubrir los gastos de asistencia de los hijos tras su ruptura y, en particular, los gastos ordinarios[37] se hace depender del concreto régimen de convivencia, compartida o individual, de los hijos con discapacidad a cargo que fije el Juez. Así, el art. 82.3 CDFA faculta al juez para determinar si tales gastos deben ser asumidos de forma compartida o separada por los progenitores, en atención al régimen de convivencia adoptado, pudiendo asimismo establecer, si lo estima necesario, un pago periódico; ello, en todo caso, con arreglo al principio de proporcionalidad que rige en esta materia *ex* art. 82.2 del mismo cuerpo legal[38].

Con base en esta previsión legal, en caso de atribuirse la convivencia compartida a ambos progenitores, los gastos de manutención y alojamiento corresponderán al progenitor conviviente en el periodo que se generen, aunque sean pagados con posterioridad al momento de nacimiento de la obligación de abono. En cambio, los demás gastos ordinarios, tales como los derivados del centro de atención o formación al que acuda el hijo serán abonados por ambos progenitores conforme al principio de proporcionalidad[39].

De optarse por un régimen de convivencia individual, la fórmula para dar cumplimiento a la obligación de los progenitores de contribuir a los gastos ordinarios se traducirá en fijar una pensión de alimentos a satisfacer mensualmente por el progenitor no conviviente.

De ambas fórmulas descritas, la lectura de la jurisprudencia revela que en la práctica los tribunales aragoneses se decantan de manera predominante por la segunda, en cuya virtud se impone al padre no conviviente la obligación de satisfacer, con carácter indefinido, una pensión dirigida a dar cobertura de las necesidades de los hijos mayores de edad con discapacidad que carecen de independencia económica y, en no pocas ocasiones, también personal, y que siguen conviviendo con la madre tras la ruptura. A tales efectos, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón reserva la condición de «hijos a cargo» a aquellos hijos con discapacidad que, aun siendo perceptores de ingresos

37 En cualquier caso, interesa recordar, con base en la jurisprudencia (entre otras, SSTSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 13/2013 de 27 de febrero y núm. 2/2021 de 12 de febrero), que tales gastos ordinarios incluyen los de alojamiento, manutención, educación, vestido y sanitarios; estos últimos, siempre que estén cubiertos por un seguro, ya que, de no ser así, se califican de extraordinarios necesarios.

38 De acuerdo con el art. 82.2 CDFA, la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia de los hijos habrá de fijarse por el juez en atención, de un parte, a las necesidades de los hijos; y de otra, a los recursos económicos de cada uno de los progenitores y de los propios hijos.

39 De acuerdo con jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, núm. 11/2020 de 27 de mayo, núm. 12/2022 de 18 de mayo y núm. 14/2025 de 8 octubre), el juicio de proporcionalidad corresponde a los tribunales de instancia y sólo puede ser corregido en casación cuando se aprecie que es manifiestamente arbitrario o ilógico.

del trabajo o ayudas públicas, no alcanzan a cubrir sus necesidades vitales, alineándose así con la doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 93.2 CC, ya referida.

Como exponentes de esta jurisprudencia podemos mencionar la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 24/2013, de 17 de junio que mantiene la prestación de alimentos abonada por un padre desde su divorcio a un hijo mayor de 26 años y con una discapacidad del 97 %, debido a la insuficiencia de los ingresos (650 euros mensuales) que percibe procedentes de una prestación de incapacidad y un empleo a tiempo parcial; la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 29/2014, de 25 de septiembre que decreta el cese de la pensión de alimentos abonada por un padre desde el divorcio a una hija adulta con una discapacidad del 66 %, al contar esta con un trabajo de carácter indefinido que le reporta ingresos equiparables al salario mínimo interprofesional; y, ya posterior a la reforma de 2024, la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 14/2025, de 8 de octubre que, en un proceso de divorcio, fija una pensión de alimentos a abonar por un padre a favor de su hija mayor con una discapacidad del 70 % que percibe una prestación pública de 500 euros mensuales[40].

Por su parte, el reparto de los gastos extraordinarios[41] se sigue haciendo depender, en cuanto a los extraordinarios necesarios, de los recursos económicos de que disponga cada progenitor; y, en cuanto a los extraordinarios no necesarios, de los acuerdos a los que lleguen los progenitores o, en su defecto, de la decisión en la realización del gasto (art. 82.4 CDFA).

---

40 En la jurisprudencia menor puede mencionarse la SAP de Zaragoza (Sección 2) núm. 209/2022 de 15 de junio (ECLI:ES:APZ:2022:1368) que reduce el montante de la pensión de alimentos abonada desde el divorcio por un padre a su hijo mayor con discapacidad del 65 %, en atención a sus respectivos recursos económicos: el hijo, 364 euros en concepto de pensión no contributiva y el padre, 711 euros en concepto de pensión por desempleo; y la SAP de Zaragoza (Sección 2) núm. 197/2025 de 21 de abril (ECLI:ES:APZ:2025:896) que, en un proceso de divorcio, fija una pensión de alimentos a abonar por un padre a su hija con una «importante» discapacidad que percibe una prestación asistencial de 500 euros mensuales.

41 Por gastos extraordinarios puede entenderse, de acuerdo con la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm.2/2021, de 12 de febrero y en ausencia de noción legal, «aquellos que exceden de lo común, no tienen una periodicidad prefijada, por cuanto dimanan de acaecimientos de difícil o imposible previsión, y son variables en el tiempo y en su cuantía». De la definición transcrita se infiere la existencia de tres notas caracterizadoras del gasto extraordinario: 1.º) la imprevisibilidad; 2.º) la falta de habitualidad; y 3.º) la variabilidad. Ahora bien, como advierten los propios órganos judiciales, su variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada. A partir de ahí, pueden calificarse de gastos extraordinarios necesarios los que deben ser atendidos inexorablemente en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes de los hijos, particularmente los gastos sanitarios no cubiertos por un seguro médico público o privado; y de extraordinarios no necesarios los que se asumen en función de la capacidad económica de los progenitores tras la ruptura y que, por tanto, se puede prescindir de ellos sin menoscabo para los hijos

IV. Bibliografía

Álvarez Álvarez, Henar: «La prestación de alimentos de los hijos con discapacidad», Ponencia presentada al *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, 2018 (cito del original).

Chaparro Matamoros, Pedro: «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial,* núm. 45, 2018 (versión electrónica).

Comisión aragonesa de derecho civil: *Actas correspondientes a la elaboración del Anteproyecto de modificación del Código del Derecho foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas: actas 281 a 330* (inéditas).

De la Iglesia Monje, M. Isabel: «El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad (art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)», *RCDI,* núm. 790, 2022, págs. 1065-1081.

Estellés Peralta, Pilar: «Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de percepción de alimentos por la descendencia mayor de edad. Especial referencia a los hijos e hijas con discapacidad», *RDC*, núm. 4, 2022, págs. 229-268.

— «La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.1 CC y propuestas *de lege ferenda*», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, 2023, págs. 200-259.

Gómez Valenzuela, Manuel Ángel: «Reformas en Derecho de familia», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, obra colectiva, dtor. José Ramón De Verda y Beamonte, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 375-450.

Guilarte Martín-Calero, Cristina: «Comentario al artículo 96 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, obra colectiva, dtora. Cristina Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 151-159, respectivamente.

Hernández Ibáñez, Carmen: «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en Derecho común», en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, obra colectiva, coords. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, Reus, Madrid, 2017, págs. 63-96.

Linares Noci: **Rafael**: «Separación, derecho de comunicación y visitas, y el uso de la vivienda familiar», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, obra colectiva, dtores. Francisco Lledo Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell, María Ángeles Egusquiza Balmaseda y Francisco López Simó, Dykinson-Fundación Notariado, Madrid, 2022, págs. 755-782.

López Azcona, **Aurora**: «La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: Una relectura de los arts. 77 y 81 CDFA a la luz de la jurisprudencia», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. XXI-XXII, 2015-2016, págs. 37-111.

Nevado Montero, Juan José: «La crisis de pareja en casa de hijos o progenitores con discapacidad», *RCDI*, núm. 786, 2021, págs. 2443-2467.

Ordás Alonso, Marta: «Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, págs. 32-63.

Pérez Díaz, **Raquel**: «La pensión de alimentos de los hijos mayores con discapacidad en caso de crisis matrimoniales», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, págs. 330-349.

Pérez Losa, Lluis: «Hijos mayores de edad con discapacidad y atribución del uso de la vivienda familiar tras la Ley 8/2021», *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 7, 2022, págs. 273-284.

V. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

- STC (Sala 2.ª) núm. 12/2023, de 6 de marzo (*BOE* núm. 69, 14 de abril de 2023, págs. 53374-53397).

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) núm. 624/2011, de 5 de septiembre (ECLI:ES:TS: 2011: 6237).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 183/2012, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS: 2012:2159).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 325/2012, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS: 2012:3791).

- STS (Sala de lo Civil) núm. 707/2013, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2013:5468).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 372/2014, de 7 de julio (ECLI:ES:TS: 2014:2622).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 547/2014, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS: 2014:3937).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 315/2015, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS: 2015:2220).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 430/2015, de 17 de julio (ECLI:ES:TS: 2015:3441).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 31/2017, de 19 de enero (ECLI:ES:TS: 2017:113).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 167/2017, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS: 2017:856).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 390/2017, de 20 de junio (ECLI:ES:TS: 2017:2504).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 527/2017, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS: 2017:3439).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 666/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS: 2017:4371).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 181/2018, de 4 de abril (ECLI:ES:TS: 2018:1166).
- STS Sala de lo Civil) núm. 757/2024, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS: 2024:3298).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1669/2024, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS: 2024:6246).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 22/2025, de 7 de enero (ECLI:ES:TS: 2025:44).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 769/2025, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS: 2025:2223).

Tribunal Superior de Justicia de Aragón

- STSJ Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 1/2013, de 4 de enero (ECLI:ES:TSJAR:2013:1).
- STSJ de Aragón, (Sala de lo Civil y penal) núm. 32/2013, de 11 de julio (ECLI:ES:TSJAR:2013:1002).
- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 24/2013, de 17 de junio (ECLI:ES:TSJAR:2013:874).

- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 29/2014, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TSJAR:2014:1222).
- STSJ Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 33/2014, de 21 de octubre (ECLI:ES:TSJAR:2014:1384).
- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 8/2015, de 17 de febrero (ECLI:ES:TSJAR:2015:89).
- STSJ Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 25/2016, de 14 de octubre (ECLI:ES:TSJAR:2016:1402).
- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 11/2020, de 27 de mayo (ECLI:ES:TSJAR:2020:488).
- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 2/2021, de 12 de febrero (ECLI:ES:TSJAR:2021:145).
- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 12/2022, de 18 de mayo (ECLI:ES:TSJAR:2022:698).
- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 11/2024, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TSJAR:2024:1542).
- STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) núm. 14/2025, de 8 de octubre (ECLI:ES:TSJAR:2025:1502).

15

LA PROMESA DE MEJORAR O NO MEJORAR DEL ARTÍCULO 826 DEL CÓDIGO CIVIL. UN PACTO SUCESORIO ÚTIL EN LA PLANIFICACIÓN HEREDITARIA EN FAVOR DE UN DESCENDIENTE CON DISCAPACIDAD[1]

Juan Pablo Pérez Velázquez
Profesor titular de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Sumario: I. Introducción. II. Concepto. III. Elementos personales. Reglas de interpretación de la voluntad del mejorante. IV. Ámbito de aplicación de la promesa. V. Forma *ad solemnitatem*. VI. Efectos: consecuencias del incumplimiento e ineficacia sobrevenida de la promesa. VII. Propuesta de lege ferenda sobre la publicidad de la promesa. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

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 LRAPD[2]— si bien no ha introducido ninguna nueva figura de protección patrimonial de las personas con discapacidad en el Código civil, sí ha incluido modificaciones de mayor o menor intensidad en algunos artículos que tienen como fin directo dicha protección (arts. 252, 808 y 822 CC).

1 Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

2 García Rubio, M.P. y Moro Almaraz, M.J., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, 2022.

Además, debe destacarse como la LRAPD no solo ha supuesto un cambio de paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias —la Santísima Trinidad de las personas con discapacidad—, sino que también ha comportado un fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de quien dispone de bienes a favor de la persona con discapacidad, lo que en orden a la planificación testamentaria le otorga al testador un amplio abanico de posibilidades en orden a configurar no solo la sucesión de sus bienes, sino también para establecer reglas de administración y disposición en beneficio de la persona necesitada de apoyos[3].

Con una atractiva literatura jurídica señalaba Gómez Pavón, describiendo los momentos previos al otorgamiento del testamento, que ha debido ser grave el momento decisorio, de honda meditación, la resolución que debe ser, más allá de su vida, la vida de la familia, que es la razón de su vida[4]. Dicho momento decisorio se acrecienta en aquellos supuestos en los que el testador tiene un hijo, o incluso un nieto, con discapacidad. No cabe duda de que la planificación de la sucesión de una persona mediante el otorgamiento del testamento resulta de una gran importancia cuando se quiere favorecer a personas con discapacidad para que su situación tanto patrimonial como personal —en especial las atenciones y cuidados que necesiten— sufran las menores alteraciones posibles[5].

Como ya hemos indicado en otros trabajos, la práctica enseña que el testamento debe aspirar a ser un traje a la medida de quien lo otorga[6], lo que exige una confesión por parte del testador, esto es, que se desnude exponiendo sus circunstancias personales, familiares y patrimoniales detalladamente[7].

---

3 Sobre el artículo 252 CC, véanse, entre otros: Mariño Pardo, F., «Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: El administrador testamentario», *Iuris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y* registra, 2021: https://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_55.html; García Rubio, M.P., «Comentario al artículo 252 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Arts. 1 a 267, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 699-704; Lora-Tamayo Rodríguez, I., «El art. 252 del CC, en relación con las legítimas», en *Autonomía Privada, Familias y Herencia*, Colex, 2024, págs. 433-453; y Pérez Velázquez, J.P, «Disposiciones testamentarias en beneficio de un hijo con discapacidad a la luz del artículo 252 del Código civil», en *Autonomía Privada, Familias y Herencia*, Colex, 2024, págs. 369-392.

4 Gómez Pavón, R., «Socino», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 296, enero, 1953, pág. 35.

5 Moscoso Torres, R.M. «Disposiciones testamentarias en beneficio de las personas con discapacidad», en *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones*, Aranzadi, 2023, pág. 219.

6 Sobre práctica testamentaria, *vid.* entre otros: Oliva Blázquez, F., Pérez Velázquez, J.P. y Cadenas Osuna, D., *Tratado teórico práctico del testamento notarial abierto*, Wolters Kluwer, 2018.

7 Moscoso Torres, R.M., afirma que lo mismo que las instituciones de apoyo deben dise-

En el *iter* de la confección de dicho traje deberán tenerse en cuenta también las particularidades de la persona con discapacidad a quien el testador quiere favorecer, por lo que *a priori* resulta prácticamente imposible ofrecer un modelo estándar de testamento en favor de dichas personas. Como acertadamente afirma Moscoso Torres, las capacidades de las personas con discapacidad pueden ser tan diversas que cualquier instrumento que quiera otorgarse en su beneficio, deberá adaptarse a su situación personal y patrimonial, si la finalidad perseguida es la de atribuirle el máximo beneficio. Es evidente que lo que puede valer para una persona con discapacidad es posible que no valga para otra[8]. De todo lo anterior debe concluirse que la primera premisa para la adecuada redacción del testamento deba ser que, junto a la exposición de las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del testador, este exponga a su asesor —normalmente letrado o notario— la situación personal y patrimonial de la persona beneficiada, así como las utilidades que le quiere atribuir y las necesidades que su capacidad puede requerir para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

A lo anterior debe añadirse la importancia que tienen otras figuras que si bien no constituyen disposiciones testamentarias propiamente dichas pueden resultar de utilidad para planificar la situación patrimonial futura de la persona con discapacidad, combinándolas con un testamento. Dichas figuras son, entre otras: el patrimonio protegido, las donaciones a favor de las personas con discapacidad, y la promesa de mejorar o no mejorar, siendo ésta última objeto del presente estudio.

El Código civil contiene algunos artículos prácticamente en desuso, como son, entre otros, los relativos a las precauciones que hay que adoptar cuando la viuda está encinta (arts. 959 a 967 CC); o la extensa regulación dedicada a los diversos tipos de censos (arts. 1628 a 1664 CC). Igualmente, también hay instituciones que están reguladas en el Código civil, pero que han quedado relegadas y olvidadas en la práctica, cuando podrían tener utilidad en la actualidad. Ello se produce también dentro del Derecho de sucesiones. Tal ocurre con la denominada promesa de mejorar o no mejorar[9], regulada en el

ñarse como un traje a medida de cada persona con discapacidad, el testamento a favor de la persona con discapacidad también debe estar hecho a medida de la voluntad del testador, teniendo en cuenta las circunstancias sociales y familiares de la persona con discapacidad, para que pueda hacerse efectivo el beneficio que el testador quiere atribuir, «Disposiciones testamentarias ...», *op. cit.*, pág. 220.

8 Moscoso Torres, R.M., «Disposiciones testamentarias ...», *op. cit.*, pág. 220.

9 El escaso éxito que ha tenido la promesa de mejorar o no que contempla el artículo 826 CC lo pone de manifiesto que consultados un buen número de notarios nos responden que en la práctica notarial dicha figura es prácticamente inexistente, a lo que se añade que es casi virgen en pronunciamientos jurisprudenciales que le otorguen certidumbre a los problemas que puedan plantearse sobre sus exactos límites e interrogantes, limitándose los mismos a una sentencia del Tribunal Supremo de 1958 a la que posteriormente se hará referencia.

artículo 826 CC, precepto que conserva la misma literalidad con la que fue aprobado en 1889[10]. Dicho artículo establece que «la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto»[11].

Se trata de un artículo breve que consagra una de las escasas excepciones a la regla general prevista en el párrafo segundo del artículo 1271 CC[12], que prohíbe los pactos sucesorios estableciendo que «sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea

10 El artículo 826 CC tiene su antecedente en la Ley XXII de Toro que establecía que: «Si el padre o la madre o alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar a alguno de sus hijos o descendientes, y pasó sobre ellos escritura pública, en tal caso no pueda ser la dicha mejoría de tercio ni de quinto, y si la hiciese que no valga; y asimismo mandamos que si prometió el padre o la madre, o alguno de los ascendientes mejorar a alguno de sus hijos o descendientes en el dicho tercio y quinto por vía de casamiento o por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean de obligados a cumplirlo y hacerlo; y si no lo hicieren, que pasados los días de su vida, la dicha mejora y mejoras de tercio y quinto sean habidas por fechas». Dicha Ley XXII de Toro se incluyó en la Ley VI, Título 6, del Libro V de la Nueva Recopilación que a su vez dio lugar a la Ley VI, Título VI, del Libro X de la Novísima Recopilación. La promesa de mejorar y de no mejorar se encuentra en el artículo 658 del Proyecto de García Goyena de 1851, que disponía «La promesa de mejorar hecha por causa onerosa en escritura pública, con la especificación prescrita en el artículo anterior, y aceptada por aquel a quien se hace, equivale a mejora. Si la promesa fuera de no mejorar, y se hiciese en escritura pública, será nula toda mejora que se hiciese en contravención de ella». Dicho precepto otorgaba eficacia a la promesa de mejorar y no mejorar siempre que se otorgarse en escritura pública, y en el supuesto de la primera además que tuviera causa onerosa. Habiendo hecho finalmente tránsito literalmente idéntico al artículo 811 del Anteproyecto de 1882-1888.

11 Sobre la promesa de mejorar o no mejorar del artículo 826 CC, véanse, entre otros: Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo V, Séptima edición, corregida, aumentada y puesta al día por el Excmo. Sr. D. Pascual Marín Pérez, Reus, 1911, págs. 431-438; Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo Primero, Volumen Segundo, Cuarta edición, revisada y aumentada, Reus, 1939, pág. 325; Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 2040-2042; Albaladejo García, M., *La mejora*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2003, págs. 261-285; Ragel Sánchez, L.F., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 6141-6146; García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., «Pactos sucesorios en el Código civil y en la Ley de Derecho de Galicia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2.ª ed., Aranzadi, 2016, págs. 1314-1318; Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, Tomo III Arts. 744 a 1155, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 4023-4030; y Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 1643-1651.

12 La redacción actual del artículo 1271.2.º CC se debe a su reforma por la Ley 7/2003, de 12 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056»[13].

El artículo 826 CC contempla un pacto sucesorio que tiene escasa, por no decir nula, aplicación en la práctica, como si careciera totalmente de interés, de lo que deriva que no haya jurisprudencia que ayude a resolver las dudas interpretativas que plantea la figura[14]. Por nuestra parte, consideramos que se trata de una institución que puede ser muy útil en la actualidad, en primer lugar, por la metamorfosis del clásico matrimonio —para toda la vida con hijos comunes— a la realidad vigente, en la que no es infrecuente que se sucedan dos o más matrimonios con hijos de ambos que pueden formar una nueva unidad de convivencia, matrimonial o no. En segundo término, porque puede utilizarse tanto en situaciones de crisis matrimoniales como en el supuesto contrario, es decir, que se vayan a contraer nupcias, primeras o posteriores, y existan o puedan llegar a existir a la vez prole común o no común[15].

La casuística puede ser muy rica. Entre otras, las situaciones que se nos plantean como posibles podrían ser:

a) Matrimonios con hijos anteriores por parte de uno o de los dos contrayentes: nos referimos a personas que van a contraer matrimonio o que ya lo han contraído teniendo uno de ellos o los dos hijos de anteriores relaciones, y que pactan en capitulaciones prenupciales o postnupciales que no van a mejorar a los hijos anteriores respecto de los que tengan en común en su matrimonio. Así se asegurarían de que los hijos comunes no van a ser perjudicados testamentariamente en su futura herencia, respecto a los hijos que proceden

13 El Código civil sigue como regla general el principio romano prohibitivo de los pactos sucesorios, es decir, no admite en términos generales la sucesión contractual. A la prohibición general de los pactos sucesorios también se refieren el artículo 816 CC cuando dispone que «toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y estos podrán reclamarla cuando muera aquel; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción»; el artículo 655 CC relativo a las donaciones cuando impide a los legitimarios renunciar anticipadamente, en vida del donante, a la computación de donaciones a efectos de calcular su legítima; y también, el artículo 669 CC cuando dispone que «no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero», ya que supondría un pacto sucesorio entre los cónyuges.

14 Como posible causa de la falta de arraigo de tales promesas estaría el hecho de que sólo pudieran otorgarse mediante capítulos matrimoniales y que éstos sólo se pudieran estipular, hasta la reforma en el año 1975 del artículo 1315 CC, antes de contraer matrimonio, momento que sería poco oportuno para tomar una decisión de este tipo, además de que en los territorios de Derecho común por lo general no había costumbre de hacer capitulaciones matrimoniales.

15 Sobre la utilidad y potencial en la actualidad de la promesa de mejorar o no, *vid*., Gomá Lanzón, F., «Un pacto sucesorio olvidado pero potencialmente muy útil: la promesa de mejorar o no mejorar del art. 826 CC», en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, número 109, 2023, págs. 156-159.

de relaciones o matrimonios previos. Incluso que no serán de peor condición respecto a los hijos que pudieran tener por separado en futuras relaciones.

b) Igualmente, en un supuesto similar al anterior, podrían los futuros esposos o ya cónyuges pactar mejorar a los hijos comunes que hayan nacido o que lo puedan hacer en el futuro en la porción de la herencia que se acuerde, siempre que como es lógico se respeten las legítimas estrictas de los demás legitimarios.

c) Matrimonios en situaciones de crisis matrimonial (separación y divorcio) con hijos comunes. Podrían pactar como parte del acuerdo de separación o divorcio, pero siempre en capitulaciones matrimoniales, que los hijos comunes resulten mejorados respecto de los que puedan tener cada uno de los progenitores en el futuro de otras relaciones o matrimonios. Nuevamente nos encontramos con una fórmula cuya finalidad es asegurarles a los hijos una porción determinada en la herencia futura de uno o de los dos progenitores, además de la legítima estricta que como es lógico pudiera corresponderles[16].

d) Hasta aquí nos hemos referido a la utilidad o beneficios de la figura objeto de estudio en un contexto ordinario, pero si se le añade la situación de que los cónyuges tengan un hijo con discapacidad la potencialidad de la promesa de mejorar o no mejorar aumenta exponencialmente. Pensemos, por ejemplo, en el matrimonio que ha decidido divorciarse y que tiene un hijo necesitado de apoyos. Antes de poner fin al matrimonio podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la promesa de mejorar a dicho hijo para así dejar cubiertas sus necesidades futuras. Dicha situación podría ser la paradigmática, pero podrían darse otras, como pactar en capitulaciones prenupciales la promesa de mejorar hijos futuros —*concepturus*— que puedan tener alguna discapacidad (en caso de enfermedades hereditarias o similar). Igualmente podría predicarse del pacto de dejar a todos la misma *portio hereditatis*, es decir de no mejorar, de forma que, si después de haber tenido un hijo necesitado de medidas de apoyo los cónyuges se divorcian y posteriormente tienen más hijos, no podrán beneficiar a ninguno de ellos. Incluso podrían pactar que no establecerían diferencias, salvo que entre la nueva prole volvieran a tener algún hijo con discapacidad, en cuyo caso podrían pactar algún tipo de reparto o beneficio entre los hijos habidos en los diferentes matrimonios necesitados de apoyos. Igualmente podría ser útil la promesa de mejorar para beneficiar indirectamente a la persona con discapacidad, por ejemplo, mejorando a un hijo o descendiente con la condición de cuidar o convivir con la per-

16 Gomá Lanzón, F., «Un pacto sucesorio...», *op. cit*., págs. 156-159.

sona con discapacidad, siempre respectando lo previsto en el artículo 824 CC[17]. Insistimos en que las combinaciones pueden ser varias.

La regulación del artículo 826 CC la completa el artículo 827 CC al disponer que «la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero». Dicho precepto recalca que la mejora en capitulaciones matrimoniales es irrevocable —dejando a salvo lo que se indicará cuando se analice la ineficacia sobrevenida de la promesa—, siendo un pacto sucesorio obligatorio que tiene prioridad y prevalece respecto a lo ordenado en los respectivos testamentos de los que la pactaron.

II. Concepto

El artículo 826 CC proclama la validez de la promesa de mejorar o no mejorar siempre que se otorgue en capitulaciones matrimoniales (forma *ad solemnitatem*), así como su eficacia irrevocable. Se trata como ya se ha indicado, de una de las escasas excepciones a la prohibición general de los pactos sucesorios contempladas en el Código civil (artículo 1271.2.º)[18], además, claro está, de una excepción a la esencial revocabilidad de las disposiciones testamentarias (artículo 737)[19].

Resulta interesante el concepto que sobre el pacto o contrato sucesorio dan García Rubio y Herrero Oviedo para quienes en su sentido más amplio constituye un cajón de sastre en el que históricamente se han incluido figuras cuyos puntos en común ha sido apenas el de tratarse de acuerdos entre dos o más personas con alguna transcendencia, más o menos directa, en la sucesión de una persona viva[20].

La promesa de mejorar —promesa positiva o pacto de *succedendo*— es el pacto o compromiso de otorgar la mejora en favor de alguno o algunos de los descendientes abarcando todo o parte de dicho tercio (e incluso el tercio de libre disposición)[21]. En cambio, la promesa de no mejorar —promesa negativa

17 Artículo 824 CC: «No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o de sus descendientes».

18 Sobre el alcance de la prohibición general de los pactos sucesorios del artículo 1271.2.º, *vid*. García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, págs. 1308-1312.

19 Como afirma Ragel Sánchez, L.F., a diferencia de lo que sucede con la legítima estricta, sobre la que no se puede renunciar ni transigir en vida por no existir aún ni saberse si existirá y, en caso de que existiera en el futuro, por no estar cuantificada, cabe negociar sobre la mejora, por tratarse de una materia de libre disposición del causante siempre que se trate de favorecer a los descendientes, «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 6141.

20 García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, pág. 1302.

21 Sobre los tipos de pacto sucesorio, *vid*. García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, págs. 1302-1304.

o pacto de *non succedendo*— es el pacto o compromiso de no mejorar a ninguno de los descendientes —promesa de no mejorar absoluta—, o no hacerlo solo respecto a alguno o algunos, o bien a no disponer de una parte del tercio de mejora para respetar la legítima larga de alguno de sus descendientes —supuestos de promesa de no mejorar relativa[22]—. En definitiva, supone un acto de carácter negativo que implica la renuncia a la facultad de mejorar, a todos o a algunos de los hijos o descendientes del causante[23]. Como se ha aclarado en la doctrina[24], la promesa de mejorar tiene como finalidad garantizar al mejorado —también puede denominarse promisario o beneficiario— la diferencia en su favor cuando se abra la sucesión del promitente testador. En cambio, la promesa de no mejorar tiene como propósito asegurar la legítima individual larga del promisario o promisarios, de manera que el mejorante-promitente no podrá disponer de todo o parte del tercio de mejora —y en su caso del tercio de libre disposición— en su testamento, ni tampoco imputar válidamente la cualidad de mejora a sus disposiciones *inter vivos*. No parece que haya obstáculo alguno para que pueda establecerse una promesa que simultáneamente combine la obligación de mejorar con el compromiso de no mejorar a otros[25].

Como se ha subrayado en la doctrina, la promesa de mejorar no conlleva una disposición de presente, sino una obligación a la que habrá de darse cumplimiento en el futuro. Por tanto, de la promesa de mejorar derivan efectos obligacionales, pero no comporta transmisión ni entrega de bienes, a diferencia de lo que se sucede con la mejora establecida *inter vivos* (artículos 825 y 827 CC)[26]. Un paso más da Albaladejo García al afirmar que si la promesa es de no mejorar, impide hacerla en el futuro, pero si es de mejorar, es ya en sí misma una mejora hecha. De modo que, insiste dicho autor, lo más sensato para una mejora tal es advertir que no es una simple promesa, y recoger la hipótesis uniéndola, como una más, a las formas en que puede

22 Manresa y Navarro, J.M., «*Comentarios al Código Civil*...», *op. cit.*, pág. 432; Castán Tobeñas, J., *Derecho civil* español... *op. cit.*, pág. 325; Espejo Lerdo de Tejada, M., *La Sucesión Contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, 1999, pág. 261; Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit*., págs. 4023-4024; y Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II..., *op. cit.*, pág. 1643.

23 O´Callaghan Muñoz, X., «Comentarios al artículo 826 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo 4 (Arts. 609-857), Bosch, 2000, pág. 691.

24 Castán Tobeñas, J, *Derecho civil* español..., *op. cit.*, pág. 325.

25 Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al Código Civil*..., *op. cit.*, pág. 434; Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, págs. 83-84; Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit*., pág. 4024; y Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II..., *op. cit.*, pág. 1646.

26 Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit*., pág. 4024; y Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II..., *op. cit.*, pág. 1643.

realizarse la mejora[27]. Por nuestra parte, consideramos que es indudable que la promesa por sí misma produce efectos, ya que vincula al promitente[28]. Podría decirse que se trata de una *mejora proyectada*, pendiente de ejecución por actos *inter vivos* —donación— o *mortis causa* —testamento— por el promitente mejorante, y que, en el supuesto de inejecución de la *mejora proyectada*, es decir, de incumplimiento de lo prometido, despliega todos sus efectos, aún en contra, en su caso, de los dispuesto en testamento por el promitente mejorante.

III. Elementos personales. Reglas de interpretación de la voluntad del mejorante

La promesa de mejorar o no mejorar puede pactarse exclusivamente en beneficio e interés de las personas que sean aptas para recibir la porción de mejora, es decir, los descendientes. Solo puede realizarse por un ascendiente —mejorante o promitente— en favor de sus descendientes —mejorados o promisarios—, por lo que cabe pensar en tres supuestos incluidos en el ámbito del artículo 826 CC:

a) La promesa o pacto sucesorio por el que los progenitores (u otros ascendientes) de uno de los contrayentes se comprometen a mejorar en sus sucesiones al hijo o hija que contrae matrimonio (y/o a no mejorar a alguno o algunos de los demás hijos o descendientes o a ninguno). Este era el supuesto clásico que se observaba en la práctica histórica y en los antecedentes legislativos[29].

b) La promesa de mejorar por parte de los progenitores o ascendientes en favor del hijo o descendiente que contrae matrimonio puede estar válidamente gravada en favor de alguno de los hijos nacederos del matrimonio, por aplicación del artículo 824 CC, y es igualmente conforme con el legado histórico.

c) La promesa de mejorar de uno de los cónyuges o de ambos en favor de uno o varios de sus hijos o descendientes, en su caso nacederos (y/o de

27 Albaladejo García, M., *La mejora*, *op. cit.*, pág. 262.

28 En este sentido, afirman García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., que es cierto que se trata tan solo de una promesa, pero en realidad, teniendo en cuenta el párrafo segundo del artículo 826 CC, conforme al cual «la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto» la promesa acaba transformándose en una mejora (o no mejora) efectiva, puesto que el incumplimiento de la promesa no tiene cabida, ya que no hay forma de dejarla unilateralmente sin efecto, lo que conlleva la pérdida por el mejorante de la capacidad de disponer *mortis causa* en lo que atañe a la promesa, pérdida que está en la esencia del pacto sucesorio, «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, págs. 1314-1315.

29 Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 2041; y Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a...*, *op. cit.*, pág. 78.

no mejorar a alguno o algunos de ellos o a ninguno). En este caso, no contemplado en la tradición histórica —que, por otra parte, no se ha recogido en su integridad en otros aspectos—, el promisario —de manera indirecta— es el otro cónyuge y no el mejorado[30]. Existe división de opiniones sobre su admisión, aunque no parecen existir argumentos concluyentes para excluirlo del ámbito del artículo 826 CC. En cualquier caso, de promesa de mejorar en favor de un *nasciturus* o de un *concepturus* se siguen las reglas generales de capacidad para suceder, siendo el momento de determinación de la capacidad el de la apertura de la sucesión del promitente y no el del otorgamiento de las capitulaciones[31].

Debe advertirse que de la naturaleza de pacto sucesorio de la promesa de mejorar o no mejorar, de su trascendencia, se deriva su carácter personalísimo, en el sentido de que no podrá concurrir en su otorgamiento un representante[32]. Además, como afirma García Rubio, si al testamento se le impone la exigencia del personalismo, con mayor razón a una disposición como la paccionada que, en principio, resulta más gravosa para los disponentes dado su carácter generalmente irrevocable[33].

Tratándose de una figura tan especial, será recomendable que en la redacción de las capitulaciones matrimoniales los otorgantes cuenten con el adecuado asesoramiento del letrado o notario autorizante, de forma que queden perfectamente detallados todos los aspectos de la promesa, así el porcentaje de mejora, y en su caso del tercio de libre disposición, transmisibilidad a los descendientes del mejorado, causas de ineficacia o condiciones impuestas,

30 No siendo preciso que concurra a la promesa el favorecido por la misma, bastando la presencia, como contraparte, de cualquier sujeto capaz. Lacruz Berdejo, J.L y Sancho Rebullida, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, segunda edición, Bosch, 1988, pág. 403. *Vid.*, también García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, pág. 1315.

31 Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 434; Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a...*, *op. cit.*, págs. 78-79; Albaladejo García, M., *La mejora*, *op. cit.*, págs. 268-270; y Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit*., pág. 4026.

32 En tal sentido en nuestra mejor doctrina Lacruz Berdejo, J.L y Sancho Rebullida, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones...*, *cit. op.*, pág. 408. Con cita de la STS 205/1978 de 30 de mayo de 1978, ponente Antonio Fernández Rodríguez, que aparentemente sigue la postura contraria.

33 García Rubio, M.P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», en *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 53, Número 4, 2000, pág. 1419-1420. Como otro argumento en favor del carácter personalísimo del apartamiento gallego como pacto sucesorio, pero que consideramos aplicable a la promesa de mejorar o no mejorar, con la que comparte naturaleza, es que aún cuando se mantenga la distinción teórica entre las figuras del representante y el mero nuncio que actúa como transmisor de la voluntad ya formada de una de las partes, no cabría siquiera la utilización de esta última figura ya que, siendo la promesa de mejorar o no mejorar un negocio formal, el promitente, que nunca puede ser el nuncio, es quien debe actuar formalmente, y por tanto ha de concurrir al otorgamiento del acto; por ello no parece que sea posible la intervención del *nuntius*.

etc. Al respecto, tal y como se ha advertido en la doctrina, se deben de tener en cuenta una serie de reglas de interpretación. Insistimos en la ausencia de jurisprudencia que proporcione soluciones o criterios para resolver las cuestiones controvertidas sobre la voluntad del mejorante en supuestos dudosos.

Para los supuestos en los que el mejorante no hubiera concretado la forma en que procederá a satisfacer su promesa de mejorar al descendiente o descendientes y fundamentalmente en las hipótesis en que se haya utilizado genéricamente la palabra «mejora», sin concretar la cuota a la que se asignará, ni fijar bien específico ni cantidad, y no haya determinado posteriormente su promesa mediante actos *inter vivos* o *mortis causa*, se encuentran aceptadas por la doctrina las siguientes reglas[34]:

a) De no haberse fijado cuota ni imputación a tercio alguno, la mejora comprometida abarcará todo el tercio de mejora y solo éste. Salvo que el promitente lo especifique, o de alguna forma se deduzca de forma clara de su promesa, no quedará comprendido el tercio de libre disposición.

b) Si la promesa de mejorar se hizo en favor de varios hijos —o descendientes— sin fijación de cuotas, se entenderán mejorados todos por partes iguales.

c) Si el mejorante no concretó que mejoraría en el tercio entero de mejora, cumplirá con mejorar en algo, a su criterio, al mejorado.

d) En los supuestos de promesa de mejora imprecisa, podrá mejorar a otro u otros hijos o descendientes, siempre que el promisario resulte efectivamente mejorado en algo.

Por último, también debe hacerse referencia a una serie de reglas de interpretación que se encuentran aceptadas por la doctrina para supuestos dudosos en los que la promesa es de no mejorar —promesa negativa o pacto de *non succedendo*—, y que son las siguientes[35]:

a) El promitente-mejorante no se privó de su facultad de mejorar de forma total, debe comprenderse que podrá mejorar a otros legitima-

34 Sobre las reglas de interpretación de la voluntad de mejorar del promitente, véanse, entre otros, Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al Código Civil*..., *op. cit.*, pág. 437; Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 2040-2041; Albaladejo García, M., *La mejora*, *op. cit.*, págs. 270-275; Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a*..., *op. cit.*, pág. 80; O´Callaghan Muñoz, X., «Comentarios al artículo 826 del Código civil», en *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2008, pág. 835; Ragel Sánchez, L.F., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 6143-6144; Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit*., págs. 4026-4027; y Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II..., *op. cit.*, págs. 1647-1648.

35 Sobre las reglas de interpretación de la voluntad de no mejorar del promitente, *vid*., entre otros, Albaladejo García, M., *La mejora*, *op. cit.*, pág. 284; y Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit*., pág. 4030.

rios o descendientes siempre que no afecte al legitimario o descendiente en favor de quien se realizó la promesa, respetando por tanto su legitima amplía incólume[36].

b) En el supuesto de que el promitente-mejorante prometa a un descendiente que no mejorará a ninguno, parece que dicha promesa no afectaría al que se dirigió, ya que la promesa fue realizada en su beneficio y no para perjudicarlo[37]. Obviamente, también se vería arrastrado por dicha promesa si de forma expresa el promitente hiciera constar que no mejorará a ninguno de sus descendientes incluido al que interviene en las capitulaciones.

c) Si el promitente-mejorante cuando otorgó la promesa de no mejorar se refirió a los *hijos*, se plantea el problema de si dicha promesa es permeable también a los demás descendientes que pudiera tener. No existe en esta cuestión una solución homogénea en la doctrina. Algunos autores se inclinan por una interpretación estricta de una disposición que constriñe las facultades dispositivas del testador[38]; y otros advierten que de no englobar a ulteriores descendientes podría tener la consecuencia de truncar el propósito que se perseguía con el pacto de *non succedendo*[39]. De aquí la importancia que, como ya hemos advertido anteriormente, tiene un adecuado asesoramiento del letrado o notario autorizante, de forma que queden perfectamente detallados todos los aspectos de la promesa.

IV. Ámbito de aplicación de la promesa

En cuanto al ámbito de aplicación, como afirma Vallet de Goytisolo[40], en el Derecho castellano la promesa de mejorar abarcaba tanto al tercio como

36 Es la solución que corroboró la STS 139/1958 de 14 de noviembre de 1958, ponente Acacio Charrín Martín-Veña, adoptando una interpretación flexible de las promesas de no mejorar, favorable al menor efecto para la libertad del promitente-testador que tienen las promesas negativas relativas.

37 Cano Martínez de Velasco, J.I. *La prohibición de los contratos sucesorios*, Bosch, 2002, pág. 132.

38 Coincidimos con Ragel Sánchez, L.F., cuando afirma que como la promesa de no mejorar es la privación voluntariamente asumida de una facultad que tiene todo causante, que voluntariamente anticipa su voluntad de no hacer uso de ella, debe quedar restringida a los supuestos concretos a que se haya referido, sin posibilidad de ampliarse a otros diferentes. Así, por ejemplo, cuando el padre prometió no mejorar a un hijo, puede mejorar a los demás; cuando prometió no mejorar a los hijos, puede mejorar a los nietos; cuando prometió no mejorar a los hijos y nietos, puede mejorar a los bisnietos; y así sucesivamente, «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 6143.

39 O´Callaghan Muñoz, X., «Comentarios al artículo 826...», *op. cit.,* pág. 835.

40 Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 2041.

al quinto, como expresamente se establecía en la Ley XXII de Toro. Hoy se plantea la duda de si la validez vinculante de la promesa de mejorar se limita al tercio de mejora, o si puede abarcar también al tercio de libre disposición[41]. Sostiene dicho autor, lo que es confirmado por la opinión dominante[42], que por argumento de menor a mayor, aunque la cuestión es dudosa, puede aceptarse que estas promesas y su eficacia vinculante también pueden referirse al tercio de libre disposición de la herencia del promitente, y ello con base en los siguientes argumentos[43]:

a) Los antecedentes de la figura, pues lo contemplaba expresamente tanto la Ley XII de Toro como el articulo 658 en relación con el 637 del Proyecto de 1851.

b) En el artículo 826 CC, al igual que en el artículo 823 CC, la palabra *mejora* debe entenderse empleada en sentido amplio de conformidad con los precedentes legales.

c) Si el artículo 826 CC autoriza al causante respecto del tercio de mejora, con mayor razón debe estimarse que también tiene dichas facultades respecto del tercio de libre disposición como implícitamente reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1958[44].

---

41 En contra de que la promesa pueda referirse tanto al tercio de mejora propiamente dicho como al tercio de libre disposición se manifiestan, entre otros, García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., al subrayar que no se puede olvidar que estamos ante una excepción de la prohibición de los pactos sucesorios del artículo 1271 CC y en consecuencia esta excepción ha de interpretarse en sus justos términos, sin que el hecho de que la Ley 22 de Toro autorizara la promesa respecto a la parte libre, sirva de justificación suficiente para admitirla en nuestros días, «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, pág. 1315.

42 Lacruz Berdejo, J.L y Sancho Rebullida, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones..., cit. op.*, pág. 408; Cano Martínez de Velasco, J.I. *La prohibición de ..., op. cit.* pág. 132; O´Callaghan Muñoz, X., «Comentarios al artículo 826...», *op. cit.,* pág. 835.

43 En tal sentido, entre otros, Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 2041; Albaladejo García, M., *La mejora*, *op. cit.*, págs. 267-268; Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a..., op. cit.*, pág. 80; Zurilla Cariñana, M.A., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, pág. 996; Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 4024; y Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II..., *op. cit.*, págs. 1648-1649.

44 STS 139/1958 de 14 de noviembre de 1958, ponente Acacio Charrín Martín-Veña, en cuyo Considerando Segundo se indica que para determinar el alcance de la promesa de no mejorar hecha por doña Aurora N. en las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 28 de junio de 1914, al contraer matrimonio su hija doña María P. N., en relación con el testamento de la misma doña Aurora, en el que mejoró a su hija doña Amparo P. N., hay que partir de la norma de que en materia de sucesiones la voluntad del causante es la ley a seguir y, por lo tanto, la promesa de no mejorar establecida en la cláusula cuarta de la mencionada escritura, hay que entenderla en su total contenido de que promete no mejorar a ningún otro hijo ni disponer tampoco del tercio de libre disposición en perjuicio de su hija doña María P., de modo que esta es una promesa de mejorar no absoluta, sino relativa, según la

d) A lo anterior, podría añadirse que el vigente artículo 831 CC, que debe su redacción a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003), no solo le introdujo importantes novedades, sino que también vino a admitir explícitamente algunos aspectos sobre los que un amplio sector de la doctrina ya se había pronunciado positivamente al comentar el precepto, y entre ellos, que la fiducia sucesoria no agota su alcance en el tercio de mejora, sino que también incluye el de libre disposición[45].

Como afirma entre otros Cámara Lapuente[46], también debe tenerse en cuenta que la promesa de mejorar o no mejorar puede recaer tanto sobre una *portio hereditatis* como sobre un bien determinado, e incluso combinando ambas —mejora en cuota con asignación de cosa cierta y de cosa con imputación a cuota—.

A nuestro juicio, esto puede ser especialmente interesante cuando el promisario-mejorado es un hijo o descendiente con discapacidad a quien se pretende mejorar asignándole la vivienda en la que habita, en la que puede convivir con sus progenitores o con sus abuelos, con la finalidad de evitar los desajustes vitales que le podría ocasionar que al morir promitente-mejorante tuviera que dejar de utilizar su vivienda. También resultaría interesante cuando los progenitores hayan decidido divorciarse y vaya a atribuirse a uno de los cónyuges el uso de la vivienda que es privativa del otro, situación en la que podrían pactar antes de divorciarse en capitulaciones matrimoniales que al hijo necesitado de medidas de apoyo o con discapacidad se le atribuya en pago del tercio de mejora y en lo que exceda del tercio de libre disposición el pleno dominio de dicha vivienda, y ello con la finalidad de que en el futuro,

---

distinción que admite la doctrina, que no tiene más fin ni límite que no perjudicar a la contrayente del matrimonio, como también dice la cláusula tercera de la misma escritura, que además llega a fijar cuantitativamente la participación de la beneficiada en un octavo de la totalidad de la herencia de su madre, doña Aurora, porción que le reconoce la sentencia recurrida, y así no cabe duda de que en cuanto no alcance a esa parte, la otorgante de las repetidas capitulaciones no se despojó de su facultad de mejorar a otros hijos, y es válida la distribución que fuera de esa porción hizo de su herencia, y no es viable este motivo. En el mismo sentido se pronuncia Martín Pérez, J.A., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Tomo II, Arts. 609 a 1.314, Comares, 2009, pág. 1551.

45 Roca Guillamón, J.., «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código civil – Ley 41/2003», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pág. 4282; Albaladejo García, M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *Revista de Derecho Privado*, 2005, pág. 22.

46 Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit*., pág. 4024.

cuando el padre fallezca, el hijo sea el titular del inmueble y, por tanto, pueda seguir viviendo en él, evitando así el quebranto de sus rutinas y hábitos, es decir, eludir que salga de su esfera o zona de bienestar usual de vida.

A lo anterior podría añadirse que, como es lógico, la promesa de mejorar puede realizarse tanto atribuyendo el derecho de propiedad como cualquier otro derecho real limitado, siempre que sea transmisible *mortis causa*.

V. Forma *ad solemnitatem*

El artículo 826 CC exige como requisito *ad substantiam o ad solemnitatem*[47] para la validez de la promesa de mejorar o no mejorar que esta se otorgue en escritura pública de capitulaciones matrimoniales[48], ya sean estas prenupciales o postnupciales (artículo 1326 CC)[49], o en escritura de adición o modificación de capítulos anteriores (artículo 1331 CC)[50].

Debe advertirse que la facultad de modificar las capitulaciones matrimoniales introducida en la reforma del Código civil de 1975 permite modificar la promesa, ya sea positiva o negativa, si consienten todos los que intervinieron en los capítulos originales. Como es lógico, el cambio legislativo operado en relación con los artículos 1325 y siguientes del Código civil, y las posibilidades de modificación no significan que la promesa de mejorar o no mejorar se hayan convertido en revocables unilateralmente por el promitente-mejorante.

VI. Efectos: consecuencias del incumplimiento e ineficacia sobrevenida de la promesa

Como preceptúa el párrafo segundo del artículo 826 CC, y en coherencia con la naturaleza de pacto sucesorio que tiene la promesa que analizamos,

47 Sobre los elementos formales exigidos al otorgamiento de la promesa de mejor o no mejorar, véanse, entre otros: Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 2041; Albaladejo García, M., *La mejora*, *op. cit.*, pág. 264; Cámara Lapuente, S. «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 4025-4026; y Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II..., *op. cit.*, pág. 1649.

48 Como afirma Cámara Lapuente, S., la mención de la necesidad de escritura es hoy redundante e innecesaria, pues todos los capítulos deben revestir esa forma (artículo 1327 CC), una vez desaparecida la posibilidad de otorgarlos ante Secretario de Ayuntamiento y dos testigos (antiguo artículo 1324 CC), «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 4025.

49 Artículo 1326 CC: «Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio».

50 Artículo 1331 CC: «Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas».

«la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto», lo que pone de manifiesto su eficacia, en el sentido de vincular al mejorante-promitente con efectos sucesorios, además de revocar la disposición testamentaria anterior contraria a la promesa. Como indica Vallet de Goytisolo la promesa de mejorar y no mejorar equivale a una disposición sucesoria, aunque el mejorante no la ratifique en su testamento[51].

Por su carácter de pacto sucesorio, debe advertirse el efecto revocatorio que tiene la promesa de mejorar o no mejorar respecto de un testamento que se hubiera otorgado con anterioridad a las capitulaciones. Piénsese en una persona que con anterioridad a dichas capitulaciones hubiera otorgado testamento disponiendo del tercio de mejora en un sentido diferente y, por tanto, incompatible con lo pactado en las capitulaciones. Dicha disposición testamentaria quedaría revocada y reemplazada por lo otorgado en las capitulaciones[52].

Por lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento de la promesa de mejorar se pueden distinguir varios supuestos[53]:

a).- En primer lugar, si la promesa era de mejorar en cuota, cabe pensar en que:

- a.1).- El testador no concreta la mejora en su testamento. En tal supuesto, y dada la eficacia *mortis causa* de la promesa habría que entender que el *ius delationis* relativo a la mejora deriva de las capitulaciones matrimoniales, que despliegan su eficacia en este punto tras el óbito del testador conforme a las reglas de interpretación anteriormente analizadas en el epígrafe de los elementos personales; es decir, la promesa de mejorar incumplida equivale a mejora efectiva tras la apertura de la sucesión. Ello nos lleva a distinguir por su origen tres tipos de *ius delationis*, el alumbrado en capitulaciones matrimoniales —cuando se ha incumplido la promesa de mejorar—, en testamento y por sucesión legal.
- a.2).- El testador realiza disposiciones testamentarias expresas en contra de lo prometido, bien declarando la revocación expresa de la mejora, bien realizando disposiciones que la contrarían o la impe-

51 Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 2041. En el mismo sentido, entre otros de la Cámara Álvarez, M. y de la Esperanza y Martínez Radio, A., *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, 1999, pág. 65.

52 García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., en su intento por esbozar una teoría general del pacto sucesorio admitido en el Derecho estatal, afirman que resulta inexcusable aceptar que estos pactos poseen eficacia revocatoria respecto a los testamentos anteriores, al igual que lo haría un testamento sucesivo y, por ello, el artículo 739 CC habría de interpretarse en esto sentido, «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, pág. 1323.

53 Siguiendo a Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 4027-4028.

dirían. En tal caso, las disposiciones testamentarias son ineficaces, pues el testador se privó voluntaria e irrevocablemente de sus facultades dispositivas *mortis causa* respecto a toda o parte de la mejora (o incluso del tercio de mejora). Lo anterior pone de manifiesto que el *ius delationis* derivado de las capitulaciones matrimoniales tiene preferencia respecto al que deriva de la sucesión testamentaria o voluntaria, siendo en definitiva un llamamiento a la herencia privilegiado[54].

- a.3).- El promitente realiza actos de disposición *inter vivos* que podrían poner en riesgo el contenido de la promesa: en principio, el promitente no tiene limitadas sus facultades dispositivas *inter vivos*. Ninguna limitación existe para que realice negocios a título oneroso. En cuanto a los negocios a título gratuito, si bien parte de la doctrina postula la posibilidad de impugnar tales negocios por el promisario o mejorado incluso en vida del promitente con base en el contratado celebrado, parece más correcto entender que esas liberalidades se computarán en la masa de cálculo de la legítima sobre la base del artículo 818 CC[55], de manera que resultarán reducidas si lesionan, una vez abierta la sucesión, el derecho del mejorado[56].

b).- En segundo lugar, más dificultades plantea la solución en caso de promesa de mejorar en cosa determinada, la cual, no se olvide, no se transmite en el acto promisorio. El promitente sí habría limitado sus facultades de disposición *inter vivos* y *mortis causa* respecto de ese bien, de manera que si incumple su obligación y surge un tercero protegido en su adquisición procedería aplicar las reglas del legado de cosa ajena y, en ningún caso lo preceptuado por el artículo 869 CC[57], por el carácter irrevocable de la mejora en dicho objeto.

---

54 Como indica Ragel Sánchez, L.F., en caso de que el causante haya prometido mejorar en varias ocasiones en bienes o cuotas distintas o a personas diferentes y todas esas disposiciones no quepan en el tercio de mejora, estaremos ante un problema semejante al que se produce cuando lo dispuesto en concepto de mejora expresa no cabe íntegramente en el tercio de mejora. En principio, habrá que imputar el exceso con arreglo a la voluntad que haya manifestado el causante; a falta de esa voluntad manifestada, el exceso se imputará al tercio de libre disposición porque no existe voluntad implícita de dejar al mejorado más de lo que estrictamente corresponde, «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 6144.

55 Artículo 818 CC: «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento».

56 Lacruz Berdejo, J.L y Sancho Rebullida, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones...*, *cit. op.*, pág. 408.

57 Artículo 869 CC: «El legado quedará sin efecto: 1.º Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía. 2.º Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la

Respecto a la ineficacia sobrevenida de la promesa de mejorar o no mejorar existen varios supuestos en que bien por incumplirse los presupuestos, por ser lícita la revocación o por acaecer circunstancias sobrevenidas, la promesa inicialmente válida se convierte en ineficaz[58]. Se pueden distinguir varios supuestos[59]:

a) Cuando el promitente ejercita la facultad unilateral de revocar la promesa de mejorar o no mejorar que se hubiera reservado al otorgar las capitulaciones matrimoniales. Habrá que estar a lo expresamente pactado, y por tanto será válida la revocación puesto que no existe ningún precepto que prohíba dicha cláusula[60].

b) Cuando todas las personas que intervinieron como otorgantes en las capitulaciones aceptasen de consuno desvincularse de la promesa de mejorar o no mejorar establecida con anterioridad (artículo 1331 CC).

c) Cuando los futuros consortes que habían otorgado capitulaciones matrimoniales prenupciales no hubiesen contraído matrimonio en el plazo de un año desde el otorgamiento de éstas (artículo 1334 CC)[61], así como por cualquier otra circunstancia las capitulaciones hubieran sido declaradas nulas (artículos 1327 y 1335 CC[62]). Respecto a esta causa de ineficacia sobrevenida o extinción de la promesa, se

readquisición se verifique por pacto de retroventa. 3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860».

58 Sobre la ineficacia sobrevenida de la promesa de mejorar o no mejorar, véanse, entre otros, Lacruz Berdejo, J.L y Sancho Rebullida, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*..., *cit. op.*, pág. 408; de Castro García, J., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Arts. 609 a 1087, Trivium, 1991, p. 746; Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 2041-2042; Cano Martínez de Velasco, J.I., *La prohibición*..., *op. cit.*, pág. 131; Albaladejo García, M., *La mejora*, *op. cit.*, págs. 275-285; Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a*..., *op. cit.*, págs. 81-82; Ragel Sánchez, L.F., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 6145; García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, págs. 1323-1324; Cámara Lapuente, S. (2023). «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 4028-4029; Rivas Martínez, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II..., *op. cit.*, págs. 1649-1650.

59 Siguiendo a Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 4028-4029.

60 Castán Tobeñas, J., *Derecho civil* español..., *op. cit.* pág. 325.

61 Artículo 1334 CC: «Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año».

62 Artículo 1327 CC: «Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública»; artículo 1335: «La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe».

considera interesante la excepción que plantea Albaladejo García en los supuestos en los que la promesa, si bien se otorgó en capitulaciones no está vinculada al matrimonio, sino que se hizo en capitulaciones porque es la única forma que el Código civil ofrece para realizarla (artículo 826), por tanto, no tendría sentido que si la promesa no está asociada al matrimonio caduque si éste no llega a celebrarse. Para dicho autor, lo que quedará sin efecto por la no celebración del matrimonio en plazo será todo lo que en las capitulaciones se estipule «bajo el supuesto de futuro matrimonio», pero no lo que esté acordado extramuros del mismo. Pone como ejemplo el supuesto de la promesa de mejorar un hijo que el promitente tenía de otro matrimonio anterior, promesa que considera, y con lo que coincidimos, que debería de mantenerse a pesar de la caducidad de las capitulaciones, para que la mejora pueda ser aplicable frente a otros hijos que el promitente después pueda tener del matrimonio para el que se capitula o de otro[63]. A lo que con la misma *ratio decidendi*, añadimos nosotros el supuesto de los progenitores que en estado de solteros tienen descendencia en común, y una vez que han decidido contraer matrimonio pactan en capitulaciones una promesa de mejorar o no mejorar a algún descendiente, y después no contraen matrimonio, o lo contraen pasado el año habiendo caducado las capitulaciones y no habiendo otorgado otras.

d) Cuando el mejorado renuncia al beneficio de la promesa de mejorar o no mejorar.

e) Cuando el mejorado no llega a heredar, bien por haber sido desheredado de forma justa o bien por haber incurrido en causa de indignidad sucesoria[64].

f) Cuando el mejorado incumple las cargas u obligaciones contraídas o no llega a corroborarse la condición suspensiva de la que pendía la promesa.

g) Un supuesto especialmente controvertido se daría cuando el mejorado muere antes de producirse el óbito del mejorante y dicha contingencia no fue expresamente prevista al realizarse la promesa, es decir, no se previó una *sui generis* «sustitución vulgar». Situación que

63 Albaladejo García, M., *La mejora*, *op. cit.*, págs. 276-277.

64 Coincidimos con García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., cuando afirman que a pesar de que tradicionalmente se ha señalado la irrevocabilidad como nota característica de los pactos sucesorios creemos que precisamente en estas hipótesis en las que el beneficiario adopta ciertas actitudes o comportamientos reprobables, tiene todo el sentido que el pacto institutivo pueda ser revocado por parte del instituyente. Es difícil mantener de *lege data* la facultad revocatoria pueda ir más allá de estas causas, incrementadas tal vez con el incumplimiento por el favorecido de las obligaciones que le habían sido impuestas en el pacto, «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, pág. 1324.

llevaría a tener que dar respuesta a la cuestión de si el mejorado transmite o no su derecho a sus propios herederos. Al respecto la doctrina se encuentra dividida en dos posiciones, aunque dentro de cada una existen razonamientos y fundamentos dispares. Un sector se decanta en favor de la transmisión a los herederos del premuerto. Aunque dentro de esta posición se sitúan algunos autores que apoyan que la transmisión opera en favor de cualquiera que sea el heredero del premuerto, sin importar que se trate de descendientes o terceros[65], la mayoría de los que sustentan la transmisión lo hacen exclusivamente en favor de los descendientes del mejorado premuerto[66]. En apoyo de dicha solución se ha argumentado el derecho de representación, aunque tiene mayores adeptos dentro de la doctrina los que acuden al *ius delationis* sobre la base de que la delación a la mejora —toda o parte de ella— desde el otorgamiento de los capítulos matrimoniales formaría parte del patrimonio del mejorado; o con fundamento en el carácter contractual e irrevocable de la promesa de mejorar, de forma que quien contrata lo hace por sí y por sus herederos —solo descendientes, en esta situación— según los artículos 1112[67] y 1257[68], que podrían exigir la prometida mejora efectiva tras el fallecimiento del mejorante.

Por el contrario, otro sector de la doctrina[69], con el que coincidimos, se decanta en favor de considerar que la premoriencia del mejorado al mejorante conlleva la extinción de esta, siendo por tanto requisito *sine qua non*[70],

65 Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a..., op. cit.*, pág. 82; y García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., «Pactos sucesorios en...», *op. cit.*, págs. 1323-1324.

66 Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 2041-2042; y O´Callaghan Muñoz, X., «Comentarios al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 835.

67 Artículo 1112 CC: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario».

68 Artículo 1257 CC: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada».

69 Lacruz Berdejo, J.L y Sancho Rebullida, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones..., cit. op.*, pág. 408; Álvarez Caperochipi, J.A., *Curso de Derecho Hereditario*, Civitas, 1990, pág. 220; Cano Martínez de Velasco, J.I., *La prohibición de..., op. cit.*, pág. 131; y Albaladejo García, M., *La mejora, op. cit.*, págs. 280-283.

70 Coincidimos con Ragel Sánchez, L.F., cuando afirma que la promesa de mejorar está condicionada suspensivamente a que el promisario sobreviva al promitente porque ese es también un requisito de la mejora. Teniendo en cuenta que la promesa de mejorar tiene el carácter de mejora irrevocable, estaría afectada por el término suspensivo de surtir efectos a partir de la muerte del promitente y por la condición suspensiva de que el promisario sobreviva al promitente que son requisitos propios de la mejora. Por esas razones, el pro-

dado la naturaleza *mortis causa* de la promesa, que el mejorado sobreviva al mejorante para que se produzca la efectiva delación (artículos 766[71] y 991[72] CC)[73], el derecho a la mejora solo es efectivo desde el momento del óbito del promitente-mejorante.

Por lo que se refiere a los efectos de la promesa de no mejorar, la misma supone la abdicación del promitente a la facultad de mejorar, que tiene como efecto la distribución igualitaria entre todos los legitimarios. Conforme a la distinción doctrinal admitida por la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1958, la promesa puede ser absoluta —de no mejorar a ningún legitimario— o relativa —de no mejorar en perjuicio del legitimario o legitimarios en cuyo favor se la hace la promesa—. Dado el carácter irrevocable de la promesa, quedan limitadas las facultades dispositivas del causante en lo atinente al tercio de mejora, de manera que no podrá disponer del mismo, o de la parte de este a cuya disponibilidad dimitió en la promesa negativa relativa, en su testamento, ni tampoco podrá imputar válidamente la cualidad de mejora a sus disposiciones *inter vivos*[74].

misario no habrá adquirido aún el derecho sobre la mejora mientras permanezca con vida el promitente, «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 6144-6145.

71 Artículo 766 CC: «El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857».

72 Artículo 991 CC: «Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia».

73 Compartimos la opinión de Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 4029 al afirmar que parece mejor fundado para el ámbito del Código Civil sostener que en el supuesto de premoriencia del mejorado se produce la extinción de la mejora, que también es la expresamente recogida en Galicia para el pacto de mejora y en Ibiza y Formentera. Dicha solución sería armónica con la certera distinción, planteada por algunos autores en la etapa codificadora (y vigente en algunos Derechos autonómicos), entre mejora en cosa determinada ya entregada y promesa de mejorar, pues ésta genera el derecho a recibir en el futuro, pero solo deviene efectivo en el momento de la apertura de la sucesión del mejorante, de manera que no se podrá disponer de la designación como mejorado. Además debe tenerse presente que el derecho de representación no tiene cabida en la mejora y que la defensa del ius transmissionis, amén de partir del presupuesto de que la delación se produce desde el otorgamiento del pacto y no desde el fallecimiento del causante, no explica por qué la transmisión se produciría solo en favor de los descendientes y no de cualesquiera herederos del llamado, puesto que el artículo 1006 CC no se limita a los herederos que a su vez sean legitimarios, siendo su tenor literal que «por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».

74 Sobre los efectos de la promesa de no mejorar, véanse, entre otros, Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, pág. 2042; Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a...*, *op. cit.*, pág. 83; y Cámara Lapuente, S., «Comentario al artículo 826...», *op. cit.*, págs. 4029-4030.

VII. Propuesta de lege ferenda sobre la publicidad de la promesa

Por último, y no de menor importancia, se plantea una cuestión que no siendo propiamente un supuesto de ineficacia sobrevenida de la promesa de mejorar o no mejorar, puede dar lugar a que dicha promesa no despliegue sus efectos, o quede, por decirlo coloquialmente, en *papel mojado*. El supuesto sería el de unos futuros cónyuges que pactan en capitulaciones prenupciales una promesa de mejorar en favor del hijo con discapacidad que uno de ellos tuvo en unas nupcias anteriores. A los pocos meses contraen las nupcias y pasados unos años fallece el promitente mejorante sin haber otorgado testamento en el que ejecutaba dicha promesa. Este supuesto nos plantea un problema de publicidad del contenido de las capitulaciones, concretamente del otorgamiento de la promesa. Llegado este momento habría de preguntarse: ¿cómo tendrá conocimiento el mejorado de dicha promesa? Piénsese que el cónyuge viudo omite cualquier referencia a la misma, o incluso se da un supuesto conmoriencia y los familiares son desconocedores hasta de la existencia de capitulaciones. En el mejor de los supuestos habrán sido inscritas en el Registro civil, si bien no son pocas las veces que por descuido o desconocimiento no se inscriben, o lo hacen tiempo después de su otorgamiento. Además, en el supuesto de que se inscriban el Registro civil se limitará a dejar mención en la inscripción del matrimonio de la existencia de dichas capitulaciones (art. 1333 CC).

Lo anterior nos lleva a proponer *de lege ferenda*, con la finalidad de conocer si una persona ha realizado una promesa de mejorar o de no mejorar, que el notario autorizante de las capitulaciones que contenga dicha promesa lo comunique, al igual que se hace con los testamentos notariales, al Registro de General de Actos de Última Voluntad, regulado en el Anexo II del Reglamento Notarial, con el objeto de que cuando se solicite el certificado de actos de última voluntad se tenga conocimiento del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en las que se prometió mejorar o no mejorar a un descendiente o a varios. Ello resultará especialmente útil en los supuestos en los que ni por donaciones *inter vivos* ni por testamento se hubiera cumplido con la promesa, o con ocasión de una promesa de no mejorar la misma hubiera sido incumplida por los mismos instrumentos públicos.

Como es sabido, dicho registro proporciona información sobre la existencia o inexistencia de disposiciones *mortis causa* —no solo de testamentos— del fallecido, pero no informa sobre su contenido. Concretamente el artículo 3 de dicho Anexo no hace ninguna referencia a la toma de razón de las capitulaciones matrimoniales en las que se pacten promesa de mejorar o no mejorar[75].

75 Artículo 3: «En el Registro general se tomará razón: a) De los testamentos abiertos, de la autorización del acta de otorgamiento y protocolización de los cerrados o sus respectivas

VIII. Conclusiones

Una vez realizado el estudio de la promesa de mejorar y no mejorar regulada en el artículo 826 CC, de su concepto, elementos personales y reglas de interpretación de la voluntad del mejorante promitente, ámbito de aplicación de la promesa, forma *ad solemnitatem*, consecuencias del incumplimiento e ineficacia sobrevenida de la promesa, y valoradas las distintas opiniones de la doctrina científica en torno a dicha figura, consignamos, entre otras y en extracto, las siguientes conclusiones:

El artículo 826 CC proclama la validez de la promesa de mejorar o no mejorar siempre que se otorgue en capitulaciones matrimoniales, así como su eficacia irrevocable. Se trata de una de las escasas excepciones a la prohibición general de los pactos sucesorios contempladas en el Código civil, además, claro está, de una figura que conlleva la excepción a la esencial revocabilidad de las disposiciones testamentarias.

Dicho precepto contempla un pacto sucesorio que tiene escasa, por no decir nula, aplicación en la práctica, como si careciera totalmente de interés, de lo que deriva que no haya jurisprudencia que ayude a resolver las dudas interpretativas que plantea la figura. Consideramos que se trata de una institución que puede ser muy útil en la actualidad, pero no solo por la metamorfosis del clásico matrimonio —para toda la vida con hijos comunes— a la realidad vigente en la que con frecuencia acontecen dos o más matrimonios con hijos de ambos que convergen en un nuevo matrimonio. Sino también porque puede producirse tanto en situaciones de crisis matrimoniales como en el supuesto contrario, es decir, que se vayan a contraer nupcias, primeras o posteriores, y existan o puedan llegar a existir a la vez prole común o no común.

---

revocaciones, de las donaciones «mortis causa» y, en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad autorizado por el Notario de la Península e islas adyacentes, posesiones del Norte de África y demás territorios de soberanía nacional; por Cura párroco, en los puntos en que por ley, fuero o costumbre tenga esta facultad, o por Agente diplomático o consular de España en el extranjero. b) De los testamentos ológrafos, si los otorgantes lo desean y lo hacen constar por medio de acta notarial, en que se expresen la fecha y lugar de su otorgamiento y las demás circunstancias personales expresadas en el artículo siguiente. c) De la protocolización de los testamentos ológrafos y de los abiertos otorgados sin autorización de Notario, de los testamentos otorgados por militares con arreglo a los artículos 716 y 717 del Código Civil y de los otorgados en viaje marítimo. d) Las personas que, residiendo o hallándose accidentalmente en el extranjero otorgaren testamento ante funcionario del país en que se halle, podrán hacer constar el hecho de este otorgamiento ante el Agente diplomático o consular de España, suscribiendo un acta en la que constará su nombre y apellidos, estado, nombre y apellidos del cónyuge, si fuere casado o viudo, naturaleza y vecindad, nombre de los padres, nombre y apellidos del funcionario que haya autorizado el acto, población en que tenga lugar, fecha y clase del instrumento. El representante diplomático o consular de España, dará referencia de dichas actas, con transcripción de todos sus datos, al Registro general de actos de última voluntad. e) De las ejecutorias que afecten a la validez o nulidad de los testamentos y demás actos de última voluntad».

A lo anterior debe añadirse lo que ha sido el propósito esencial de este trabajo; es decir, la utilidad que dichas promesas pueden tener en orden a la planificación sucesoria en favor de un hijo o descendiente con discapacidad con la finalidad de favorecerle para que su situación tanto patrimonial como personal, en especial las atenciones y cuidados que necesite sufran las menores alteraciones posibles. Ello pondría de manifiesto la importancia que tienen otras figuras que si bien no constituyen disposiciones testamentarias —como las reguladas en los artículos 252, 808 y 822 CC— pueden resultar de utilidad para planificar la situación patrimonial futura de la persona con discapacidad, combinándolas con un testamento. Dichas figuras son, entre otras: el patrimonio protegido, las donaciones a favor de las personas con discapacidad, y la promesa de mejorar o no mejorar, objeto de nuestro trabajo.

La promesa de mejorar tiene como finalidad garantizar al mejorado la diferencia en su favor cuando se abra la sucesión del promitente testador. En cambio, la promesa de no mejorar tiene como propósito asegurar la legítima individual larga del promisario o promisarios, de manera que el mejorante-promitente no podrá disponer de todo o parte del tercio de mejora.

La promesa de mejorar no conlleva una disposición de presente, sino una obligación a la que habrá de darse cumplimiento en el futuro. Por tanto, de la promesa de mejorar derivan efectos obligacionales, pero no comporta transmisión ni entrega de bienes, a diferencia de lo que se sucede con la mejora establecida *inter vivos*. Es indudable que la promesa por sí misma produce efectos, ya que vincula al promitente. Podríamos decir que se trata de una *mejora proyectada* pendiente de ejecución por actos *inter vivos* (donación) o *mortis causa* (testamento) por el promitente mejorante, y que, en el supuesto de inejecución, es decir, del incumplimiento de lo prometido, despliega todos sus efectos, aún en contra, en su caso, de los dispuesto en testamento por el promitente mejorante.

La promesa de mejorar o no mejorar exclusivamente puede pactarse en beneficio e interés de las personas que sean aptas para recibir la porción de mejora, es decir, los descendientes. Solo puede realizarse por un ascendiente —mejorante o promitente— en favor de sus descendientes —mejorados o promisarios—.

Se recomienda que en la redacción de las capitulaciones matrimoniales los otorgantes cuenten con el adecuado asesoramiento de letrado o notario autorizante, de forma que queden perfectamente detallados todos los aspectos de la promesa.

Cuando al realizar la promesa no se haya fijado cuota ni imputación a tercio alguno, la mejora comprometida abarcará todo el tercio de mejora y solo éste. Salvo que el promitente lo especifique, o de alguna forma se deduzca de forma clara de su promesa, no quedará comprendido el tercio de libre disposición.

La promesa de mejorar resulta especialmente interesante cuando el promisario-mejorado es un hijo o descendiente con discapacidad a quien se

pretende mejorar asignándole la vivienda en la que habita, en la que puede convivir con sus progenitores o con sus abuelos, con la finalidad de evitar los desajustes vitales que le podría ocasionar que al morir el promitente-mejorante tuviera que dejar de utilizar su vivienda. También resulta interesante cuando los progenitores hayan decidido divorciarse y vaya a atribuirse a uno de los cónyuges el uso de la vivienda que es privativa del otro, situación en la que podrían pactar en capitulaciones matrimoniales antes de divorciarse que al hijo con discapacidad se le atribuya en pago del tercio de mejora y en lo que exceda del tercio de libre disposición el pleno dominio de dicha vivienda. Y ello con la finalidad de que en el futuro cuando el padre fallezca el hijo pueda ser el titular del inmueble y, por tanto, pueda seguir viviendo en él evitando así el quebranto en sus rutinas y hábitos, es decir, evitar que salga de su esfera o zona de control.

El artículo 826 CC exige como requisito *ad substantiam o ad solemnitatem* para la validez de la promesa de mejorar o no mejorar que ésta se otorgue en escritura pública de capitulaciones matrimoniales, ya sean prenupciales o postnupciales, o en escritura de adición o modificación de capítulos anteriores.

Como preceptúa el párrafo segundo del artículo 826 CC, y en coherencia con la naturaleza de pacto sucesorio que tiene la promesa que analizamos, «la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto», lo que pone de manifiesto su eficacia, en el sentido de vincular al mejorante-promitente con efectos sucesorios. La promesa de mejorar o no mejorar equivale a una disposición sucesoria, aunque el mejorante no la ratifique en su testamento. Por el contrario, debe advertirse el efecto revocatorio que tiene la promesa de mejorar o no mejorar respecto de un testamento que se hubiera otorgado con anterioridad a las capitulaciones disponiendo del tercio de mejora en un sentido diferente y, por tanto, incompatible con lo pactado en ellas. Dicha disposición quedaría revocada y reemplazada por lo otorgado en las capitulaciones.

Si el testador realiza disposiciones testamentarias expresas en contra de lo prometido, bien declarando la revocación expresa de la mejora, bien realizando disposiciones que la contrarían o la impedirían, dichas disposiciones testamentarias serían ineficaces, pues el testador se privó voluntaria e irrevocablemente de sus facultades dispositivas *mortis causa* respecto a toda o parte de la mejora. Ello pone de manifiesto que el *ius delationis* derivado de las capitulaciones matrimoniales tiene preferencia respecto al que deriva de la sucesión testamentaria o voluntaria, siendo en definitiva un llamamiento a la herencia privilegiado.

Existen varios supuestos de ineficacia sobrevenida de la promesa de mejorar o no mejorar bien por incumplirse los presupuestos, por ser lícita la revocación o por acaecer circunstancias sobrevenidas. Entre los supuestos más significativos se pueden destacar los siguientes:

a) Cuando el promitente ejercita la facultad unilateral de revocar la promesa de mejorar o no mejorar que se hubiera reservado al otorgar las

capitulaciones matrimoniales. Habrá que estar a lo expresamente pactado, y por tanto será válida la revocación puesto que no existe ningún precepto que prohíba dicha cláusula.

b) Cuando todas las personas que intervinieron como otorgantes en las capitulaciones aceptasen de consuno revocar la promesa de mejorar o no mejorar establecida con anterioridad.

c) Cuando el mejorado no llega a heredar, bien por haber sido desheredado de forma justa o bien por haber incurrido en causa de indignidad sucesoria.

d) Un supuesto especialmente controvertido se daría cuando el mejorado muere antes de producirse el óbito del mejorante y dicha contingencia no fue expresamente prevista al realizarse la promesa, es decir, no se previó una *sui generis* «sustitución vulgar». Tal situación nos ha llevado a decantarnos en favor de considerar que la premoriencia del mejorado al mejorante conlleva la extinción de la promesa, siendo por tanto requisito *sine qua non*, dado la naturaleza *mortis causa* de la promesa, que el mejorado sobreviva al mejorante para que se produzca la efectiva delación. El derecho a la mejora solo es efectivo desde el momento del óbito del promitente-mejorante.

Finalmente, se ha realizado como propuesta *de lege ferenda*, con la finalidad de conocer si una persona ha realizado una promesa de mejorar o de no mejorar, que el notario autorizante de las capitulaciones que contenga dichas promesas lo comunique al Registro de General de Actos de Última Voluntad, al objeto de que cuando se solicite el certificado de actos de última voluntad se tenga conocimiento del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en las que se prometió mejorar o no mejorar a un descendiente o a varios.

Bibliografía

Albaladejo García, M., *La mejora*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2003.

Albaladejo García, M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», en *Revista de Derecho Privado*, 2005, págs. 3-22.

Álvarez Caperochipi, J.A., *Curso de Derecho Hereditario*, Civitas, 1990.

Cámara Lapuente, S. «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, Tomo III Arts. 744 a 1155, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 4023-4030.

Cano Martínez de Velasco, J.I., *La prohibición de los contratos sucesorios*, Bosch, 2002.

Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo Primero, Volumen Segundo, Cuarta edición, revisada y aumentada, Reus, 1939.

De Castro García, J., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Arts. 609 a 1087, Trivium, 1991, págs. 745-746.

De la Cámara Álvarez, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, 1999.

Espejo Lerdo de Tejada, M., *La Sucesión Contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, 1999.

García Rubio, M.P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», en *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 53, Número 4, 2000, págs. 1397-1482.

García Rubio, M.P., «Comentario al artículo 252 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Arts. 1 a 267, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 699-704.

García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M., «Pactos sucesorios en el Código civil y en la Ley de Derecho de Galicia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo I, 2.ª ed., Aranzadi, 2016, págs. 1301-1357.

García Rubio, M.P. y Moro Almaraz, M.J., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, 2022.

Gomá Lanzón, F., «Un pacto sucesorio olvidado pero potencialmente muy útil: la promesa de mejorar o no mejorar del art. 826 CC», en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, número 109, 2023, págs. 156-159.

Gómez Pavón, R., «Socino», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 296, enero, 1953, págs. 34-41.

Lacruz Berdejo, J.L y Sancho Rebullida, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, segunda edición, Bosch, 1988.

Lora-Tamayo Rodríguez, I., «El art. 252 del CC, en relación con las legítimas», en *Autonomía Privada, Familias y Herencia*, Colex, 2024, págs. 433-453.

Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo V, Séptima edición, corregida, aumentada y puesta al día por el Excmo. Sr. D. Pascual Marín Pérez, Reus, 1911.

Mariño Pardo, F., «Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: El administrador testamentario», en *Iuris Prudente*. *Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*: 2021, https://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_55.html.

Martín Pérez, J.A. «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Tomo II, Arts. 609 a 1.314, Comares, 2009, págs. 1551-1552.

Moscoso Torres, R.M., «Disposiciones testamentarias en beneficio de las personas con discapacidad», en *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones*, Aranzadi, 2023, págs. 219-236.

O´Callaghan Muñoz, X., «Comentarios al artículo 826 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo 4 (Arts. 609-857), Bosch, 2000, págs. 690-691.

O´Callaghan Muñoz, X., «Comentarios al artículo 826 del Código civil», en *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2008, págs. 834-836.

Oliva Blázquez, F. y Pérez Velázquez, J.P. y **Cadenas Osuna, D.,** *Tratado teórico práctico del testamento notarial abierto*, Wolters Kluwer, 2018.

Pérez Velázquez, J.P., «Disposiciones testamentarias en beneficio de un hijo con discapacidad a la luz del artículo 252 del Código civil», en *Autonomía Privada, Familias y Herencia*, Colex, 2024, págs. 369-392.

Ragel Sánchez, L.F., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 6141-6146.

Rivas Martínez, J.J. *Derecho de sucesiones común. Estudio sistemático y jurisprudencial*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2023.

Roca Guillamón, J., «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código civil – Ley 41/2003», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 4279-4301.

Sánchez Aristi, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, 2003, Comares.

Vallet de Goytisolo, J.B., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 2040-2042.

Zurilla Cariñana, M.A., «Comentario al artículo 826 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, págs. 996-997.

16

LA DONACIÓN-PARTICIÓN COMO SISTEMA COADYUVANTE AL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES FAMILIARES: SU ADMISIBILIDAD Y CONFIGURACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Patricia López Peláez

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia
plopez@der.uned.es

Sumario: I. Planteamiento general. II. Admisibilidad de la donación-partición en el derecho común. III. Propuesta de régimen jurídico de esta figura atípica. IV. Recapitulación final. Bibliografía.

Resumen: Si una persona quiere evitar posibles conflictos en el futuro entre sus eventuales herederos o legitimarios tiene varias opciones, y una de ellas es la de llegar a un acuerdo único en el que conste tanto la voluntad de cada uno de los partícipes de aceptar el bien que se le dona como la de no impugnar las donaciones realizadas a los otros donatarios en ese mismo acuerdo. Esta es la figura que llamamos donación-partición, a nuestro juicio una posibilidad perfectamente lícita, como figura atípica, pues no infringe la prohibición de pactos sucesorios, ni la de renuncia a la legítima futura, ni la de aceptación de una herencia antes de la apertura de la sucesión; además, está indirectamente prevista en el art. 655 CC, que recoge que los legitimarios pueden consentir la donación que su futuro causante realiza a otra persona.

Y puede ser un instrumento muy adecuado para mantener las relaciones familiares sin grandes controversias, al constar el acuerdo de todos en el reparto de los bienes.

El objetivo de este trabajo es el de desarrollar los argumentos en favor de la admisibilidad de esta figura a la vez que se propone una posible configuración jurídica de la misma.

I. Planteamiento general

En la ponencia presentada en el XIX Congreso internacional IDADFE «El Derecho de Familia en España: 20 años después», celebrado en Sevilla en noviembre de 2025, hemos expuesto nuestras conclusiones[1] con respecto a la posibilidad de evitar, o al menos disminuir, los conflictos que se suelen plantear entre familiares cuando llega el fallecimiento de uno de ellos, con el objetivo de mantener dichas relaciones familiares de una manera adecuada en el futuro.

Desgraciadamente, la realidad nos muestra que son muy frecuentes los conflictos familiares derivados de la sucesión *mortis causa* de algún miembro de la familia, especialmente cuando el testador no ha planificado adecuadamente el reparto de sus bienes, o lo ha hecho sin atender a los deseos y preferencias de los llamados a su sucesión.

En este sentido, si un causante quiere intentar evitar futuros conflictos entre las personas llamadas a ser sus herederos, garantizando la paz familiar, las vías que tradicionalmente el derecho común le ofrece son las siguientes:

- Realizar él mismo la partición de sus bienes, en acto inter vivos, al que concurran los futuros herederos prestando su consentimiento al reparto (ex art. 1056 CC).
- Realizar donaciones *inter vivos* individuales a loso futuros herederos, con las que intenta conseguir el mejor reparto posible de los bienes.

Sin embargo, ambas posibilidades son limitadas y tienen distintos inconvenientes.

En el primer caso, el testador mantiene la propiedad y libre disposición de sus bienes hasta su muerte, y su decisión sobre el futuro reparto es esencialmente revocable, desde luego si la partición la ha realizado él solo, pero incluso aunque la haya realizado en acto inter vivos y los futuros coherederos hayan prestado su consentimiento a la misma, para sortear así la prohibición de los pactos sucesorios; por ello, se mantiene la incertidumbre sobre el destino de los bienes hasta el fallecimiento del causante.

En el segundo caso, las donaciones inter vivos individuales son irrevocables excepto en los casos legalmente previstos, de manera que, aunque se puedan introducir cláusulas de reserva de usufructo, término inicial... para proteger la situación del donante mientras viva, los derechos de los futuros

1 Véanse los trabajos que constituyen la base de esta exposición: López Peláez, P. «*La llamada donación-partición en el derecho común* español*: admisibilidad y régimen jurídico*», en la Revista de Derecho Civil, 2025, n.º 4 (octubre-diciembre 2025), págs. 1 a 47 (47 págs.). Accesible en https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/1166/819 y «La partición realizada por el propio testador en acto inter vivos y su problemática» en la Revista de Derecho Civil, 2023, n 4 (octubre-diciembre 2023), págs. 153 a 197 (44 págs.). Accesible en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/874

herederos, ahora donatarios, son definitivos. Ahora bien, con donaciones individuales pueden plantearse muchos problemas de prueba, computación, valoración de los bienes en el momento del fallecimiento del donante, y posible desigualdad entre los donatarios futuros herederos.

Por ello proponemos la admisión de una figura atípica, llamada donación-partición, y que podemos definir como un acuerdo único entre una persona y sus eventuales futuros herederos (legitimarios o no), mediante el cual el causante les transmite bienes presentes a título gratuito, y los beneficiarios prestan su consentimiento a la recepción de los bienes, en cuanto donatarios, y asimismo al reparto global, comprometiéndose a no impugnar las donaciones realizadas a los demás en ese mismo acto.

El hecho de tratarse de un acuerdo único entre el donante y sus futuros herederos es lo que evita los futuros problemas, porque las donaciones individuales, siempre posibles, no siempre son conocidas por el resto de los herederos, y pueden plantear muchas complicaciones (de prueba, valoración de los bienes, de imputación...).

Esta figura puede ser especialmente adecuada cuando el principal activo de la herencia es una empresa familiar, cuya actividad no se quiere poner en peligro, pues el matiz de acuerdo con efectos sucesorios de los llamados «protocolos familiares» puede plantear problemas.

Y también puede ser adecuada cuando a la sucesión está llamada una persona con discapacidad a la que se quiere proteger, pues, aunque en la actualidad sus progenitores pueden atribuir en su testamento a su legitimario descendiente con discapacidad el tercio de mejora, el tercio de libre disposición, e incluso el tercio de legítima estricta, sometido este último a una sustitución fideicomisaria que encima en principio será de residuo, esto supone privar de hecho de la herencia a los hermanos de la persona con discapacidad, lo que quizá no es la mejor solución para garantizar el cuidado futuro de dicha persona, y la armonía familiar.

Con la donación-partición, al decidir entre todos, padres e hijos, de común acuerdo, el mejor destino de los bienes, y en su caso la mejor manera de mantener la empresa familiar, o de cuidar en el futuro al hermano o familiar con discapacidad, se pueden evitar muchos conflictos familiares, disponiendo así el testador de un mecanismo eficaz para prevenir la litigiosidad familiar.

II. Admisibilidad de la donación-partición en el derecho común

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, de forma prácticamente unánime, han rechazado en muchas ocasiones la admisión de la donación partición en nuestro ordenamiento, a la vista de una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945, constantemente reiterada en las decisiones posteriores, en la que se rechaza esta figura.

Pero si se leen con atención los considerandos de dicha sentencia, lo que rechazan es que una figura similar a la *donation-partage* francesa haya sido acogida en el art. 1056 CC, cuando admite que el testador pueda realizar la partición en acto inter vivos, defendiendo que dicho precepto recoge una partición propiamente dicha, y revocable por el testador de forma unilateral, pero no rechazan que una figura similar a la francesa pueda pactarse en el régimen español como negocio atípico.

Los preceptos básicos de los que partimos son los siguientes:

- la prohibición de los pactos sucesorios en el derecho común, ex art. 1271.2 CC (que prohíbe la celebración de contratos sobre la «herencia futura» —salvo aquéllos que tengan por objeto practicar entre vivos la división de la herencia u otras operaciones particionales por el propio testador—),
- el art. 658 CC (que no recoge la sucesión contractual como sistema para transferir el caudal hereditario).
- el art. 816 CC (que no permite la renuncia o transacción sobre la legítima futura entre quien la debe y sus herederos forzosos)
- el art. 991 CC (que impide aceptar o repudiar una herencia sin tener la certeza de la muerte de la persona y del derecho a su herencia).

A la vista de todos ellos defendemos la admisibilidad de la donación-partición, como contrato atípico, en cuanto que:

1. Tiene una causa lícita: el deseo de evitar conflictos futuros entre herederos es perfectamente defendible. Tampoco contraviene el orden público español, dado que en varios derechos forales o especiales se admiten figuras similares, e incluso los pactos sucesorios.
2. No constituye un pacto sucesorio, sino una donación de bienes presentes, concretos y determinados, quedando los bienes donados excluidos de la futura sucesión hereditaria del donante. No puede comprender bienes futuros, como la institución testamentaria o contractual.
3. No supone una aceptación anticipada de la herencia, prohibida por el art. 991 CC, sino una aceptación de donación, pues el consentimiento se presta para una donación de bienes presentes.
4. No infringe la prohibición de renuncia o transacción sobre la legítima futura del art. 816 CC, en tanto en cuanto el legitimario mantiene sus derechos, ya que su consentimiento no implica la renuncia a su derecho de solicitar la reducción de las donaciones en su momento si estas perjudicasen su legítima estricta.
5. Existe una reciente doctrina del TS en cuya virtud la prohibición del art. 1271.2 CC se refiere únicamente a los pactos sucesorios sobre la universalidad de la herencia, no a los pactos sucesorios sobre bienes

concretos y determinados propios del causante en el momento de su otorgamiento, pactos que serían válidos[2]; se restringe así la prohibición de los pactos sucesorios a los pactos relativos a los bienes futuros del causante.

6. Y, sobre todo, la posibilidad de donación-partición como acuerdo único está recogida en el artículo 655 del Código Civil, pues este precepto[3] reconoce la posibilidad de que haya personas que, en su calidad de futuros legitimarios de un donante, presten su consentimiento a una donación de aquel en vida en favor de otras personas, con el único límite de que tal consentimiento no implica renuncia a su legítima futura, de manera que en su momento tal donación habrá de ser computada, imputada, y en su caso traída a colación, de acuerdo con las reglas generales de nuestra sucesión hereditaria. Sin embargo, su consentimiento a esta donación a terceros, si no perjudica a su legítima, sí refuerza la estabilidad del reparto.

En definitiva, entendemos que no existe impedimento legal para instrumentar un contrato atípico único y plurilateral de donación-partición en España, siempre que se respeten las normas imperativas de la legítima, como una figura parecida a la *donation-partage* francesa, regulada en los arts. 1075 y ss. del *Code* Civil francés.

Siempre teniendo en cuenta que es perfectamente posible que el testador realice su partición en acto inter vivos (ex art. 1056 CC.), y que conste el consentimiento a la misma de los posibles futuros coherederos, pero manteniéndose la naturaleza *mortis causa* de esta partición, de manera que la intervención de los eventuales futuros herederos en ella no genera vinculación alguna, ni para el testador, que puede en cualquier momento revocar unilateralmente el testamento en que se basa, esencial en toda partición del testador, dejando así ineficaz la partición realizada, y quizá ni para los propios coherederos, dado que otra opción podría llevar a considerar que se ha producido una aceptación de la herencia en vida del causante, en contra de

2 STS 718/1997, de 22 de julio, que cita a su favor otras como la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de1940. Y con posterioridad a 1997 se han dictado otras resoluciones de jurisprudencia menor en el mismo sentido.

3 «*Solo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia, y sus herederos o causahabientes. Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa,* ***ni prestando su consentimiento a la donación***». Es decir, el Código prevé que en una donación pueda existir, además del consentimiento del donante y del donatario, también el de aquellas personas que, no siendo donatarias, puedan verse afectadas por la donación en su calidad de futuros y eventuales herederos forzosos del donante, y autoriza de forma expresa que estas personas no donatarias presten su consentimiento a una donación en su calidad de eventuales causahabientes del donante. Y el único límite que establece es que tales personas no pueden renunciar en vida del donante a su derecho a solicitar reducción de las donaciones en su momento.

lo establecido en el artículo 991 del CC. No obstante, si el testador no realiza después de la partición ningún cambio, ni dispone de los bienes cuya propiedad y libre disposición mantiene, y los eventuales futuros herederos llegan efectivamente a serlo, mediante el llamamiento y la aceptación de la herencia en su momento, este acuerdo podría suponerles la aplicación de la regla de que no pueden ir contra sus propios actos, y vincularles de alguna manera.

Serán por tanto el cumplimiento de los requisitos legales, las circunstancias de cada caso, y la voluntad de los intervinientes, las que nos definan ante qué tipo de institución estamos, una simple partición del testador en la que consta el consentimiento de los futuros herederos, de naturaleza mortis causa, y libremente revocable por aquel, o una donación inter vivos plurilateral, definitiva e irrevocable de forma unilateral por el donante, y en la que este pierde desde su fecha el poder de disposición de los bienes, de manera que estos se transmiten por donación y no por sucesión.

III. Propuesta de régimen jurídico de esta figura atípica[4]

Definida la donación-partición como un contrato atípico, plurilateral y complejo, la configuración jurídica de la misma debe plantearse diferenciando dos momentos temporales: en el momento del otorgamiento y durante la vida del donante, y producido el fallecimiento del mismo.

Y ello porque en nuestra opinión la naturaleza de esta figura es mixta, de donación y de partición, pues su objetivo es distribuir los bienes con vistas al fallecimiento, pero adoptando de momento la forma de una liberalidad en vida con eficacia irrevocable.

A Durante el primer momento, de otorgamiento y en vida del donante, deben aplicarse las reglas de las donaciones:

- En materia de personas intervinientes y su capacidad (donante, legitimarios donatarios, y legitimarios no donatarios).
- En materia de bienes: solo puede referirse a bienes presentes concretos y determinados del donante/futuro causante, no a bienes futuros (ex art. 635 CC.).
- En materia de forma: si afecta a bienes inmuebles deberá realizarse *sine qua non* en escritura pública, y si afecta a dinero o bienes muebles deberá realizarse por escrito o ir acompañada de la entrega de los bienes (arts. 632 y 633 CC.).

4 Seguimos en este punto de forma resumida nuestro texto López Peláez, P. «*La llamada donación-partición en el derecho común* español*: admisibilidad y régimen jurídico*», en la Revista de Derecho Civil, 2025, n.º 4 (octubre-diciembre 2025), págs. 1 a 47 (47 págs.). Accesible en https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/1166/819

- La donación-partición bien realizada es irrevocable de forma unilateral, excepto por las causas tasadas, lo que proporciona seguridad a los donatarios.

Como observaciones especiales debemos destacar las siguientes:

- los donatarios han de ser antes o después instituidos herederos, de forma testada o intestada, en otro caso su donación sería una donación ordinaria o normal.
- la capacidad de consentimiento de los no donatarios será la capacidad general para contratar y obligarse, sin que sea necesaria la capacidad para renunciar puesto que la renuncia a la legítima se declara nula (frente a lo que ocurre en la *donation-partage* francesa y en algunos derechos especiales o forales españoles).
- hay que tener cuidado con las prohibiciones específicas para suceder por testamento, como la recogida en el art. 753 CC., que no existen en materia de donaciones, por lo que una forma de sortear aquellas será la de establecer donaciones en favor de las personas afectadas.
- la donación-partición podría realizarse como un negocio jurídico único, en el que constan todas las donaciones, y todos los consentimientos a las mismas, o bien como varias donaciones individualizadas, siempre que se establezca un nexo entre ellas para que constituyan un único negocio jurídico, en otro caso estaríamos ante donaciones normales y corrientes.

Finalmente, recomendamos la inclusión de algunos pactos en la donación-partición en el momento de su otorgamiento:

- Los que tratan de proteger la situación del donante durante su vida, ya que pierde la disposición de los bienes: la introducción de un término inicial para la eficacia, de una reserva de usufructo, o de la facultad de disponer de alguna cantidad, o incluso de cláusulas de reversión en su favor, o en favor de terceros para determinadas circunstancias.
- Los que tratan de evitar problemas entre los donatarios a la muerte del donante, lo que es el objetivo principal de esta figura:
  - » Convenir algún tipo de reparto entre los donatarios de las pérdidas derivadas de una posible evicción o descubrimiento de vicios ocultos de alguno de los bienes donados, o una responsabilidad mutua simplemente por diferencias de valor entre los bienes donados que se puedan poner de relieve en el momento del fallecimiento del causante, debido a la propia evolución del mercado o a circunstancias externas a las partes. Recordemos que la valoración de los bienes donados, a efectos del cálculo de las legítimas, debe hacerse a la fecha de la partición, en este caso a la fecha del fallecimiento, o de la partición complementaria si hay que hacerla.

» Los relativos a pagos de las deudas del donante: introduciendo alguna cláusula sobre responsabilidad de cada donatario por determinadas deudas del donante, asignando a cada uno alguna de ellas, o estableciendo algún sistema de reparto de las deudas futuras, pero específicas y determinadas, que puedan surgir. En otro caso, cabe la posibilidad de que los acreedores impugnen alguna de las donaciones por fraude, pero no todas, y que surjan de nuevo diferencias entre los donatarios/herederos, y problemas entre ellos.

B. Cuando fallezca el donante deberán aplicarse las reglas de la sucesión *mortis causa*.

Como en todas las donaciones cuya existencia se pueda probar, en realidad, y que deben ser al menos computadas para el cálculo de las legítimas, pero en estas, en las que el objetivo claro era distribuir los bienes con vistas a la muerte del donante evitando discusiones futuras, todavía más.

Así, llegado el fallecimiento del donante/causante la transmisión de los bienes surte plenos efectos, al extinguirse la reserva de usufructo o renta vitalicia, o llegar el término inicial.

La aceptación de la donación-partición no convierte al donatario en heredero, ni le vincula para aceptar la herencia cuando sea llamado a ella. Si no la aceptase, la donación-partición se mantiene, pero como una donación ordinaria, que ha de ser imputada a la parte libre de la herencia o ser reducida (la renuncia a la herencia no le permite eludir las normas de protección de la legítima de los demás). Si la aceptase, la donación-partición se mantiene como tal, teniendo en cuenta que si existen bienes no incluidos en la misma deberá realizarse una partición complementaria conforme a las reglas generales de la sucesión.

En todo caso, cada una de las donaciones incluidas en la donación-partición ha de ser computada, imputada, y en su caso traída a colación, e incluso reducida si lesiona la legítima de algún legitimario, o de todos. Recordemos que no se permite a los legitimarios la renuncia a su legítima en vida del causante, frente a lo que ocurre en la *donation-partage* francesa, de manera que su consentimiento a esta donación-partición no excluye que deba comprobarse el respeto a las legítimas una vez producido el fallecimiento del donante (aunque la renuncia posterior sí está permitida, y podría darse en este momento). Para todo lo que no sea defensa estricta de la legítima operará la doctrina de los actos propios.

Puede ocurrir que, en este momento, tras el fallecimiento del causante donante, se pongan de relieve supuestos de evicción o vicios ocultos en alguno de los bienes donados, o simplemente de diferencias de valor importantes no previstas inicialmente, o que se plantee el problema del pago de las deudas del causante, que corresponde a los herederos, pero no a los donatarios no herederos. La existencia de pactos en este sentido ayudará a solventar los conflictos, pero en otro caso habrá que acudir a las reglas generales

(comprobación de si se respeta o no el valor de la legítima de cada legitimario, reducción o supresión de las donaciones realizadas en fraude de acreedores)

IV. Recapitulación final

La donación-partición, entendida como un acuerdo único entre una persona y sus eventuales futuros herederos, en cuya virtud el futuro causante les transmite bienes presentes a título gratuito, como donación, y los beneficiarios prestan su consentimiento a la recepción de los bienes, en cuanto donatarios, y asimismo al reparto global, comprometiéndose a no impugnar las donaciones realizadas a los demás en ese mismo acto, puede ser una herramienta jurídica muy útil para prevenir futuros conflictos llegado el momento del fallecimiento del causante, contribuyendo así al mantenimiento de las relaciones familiares de manera aceptable para todos.

Esta figura no está recogida en nuestro ordenamiento jurídico común, aunque sí hay algunas figuras parecidas en determinados derechos forales o especiales en los que se admiten los pactos sucesorios.

Ahora bien, en nuestra opinión es perfectamente posible como negocio atípico, encuadrado en la libertad de pactos y el respeto de las normas vigentes, en cuanto su causa es lícita, no contraviene el orden público, ofrece seguridad a los descendientes, al sortear la revocabilidad testamentaria, y flexibilidad al causante, que puede combinar la transmisión de la propiedad con protecciones de distinto tipo a su favor, y previene la conflictividad futura salvo lesiones de la legítima calculada en el momento del fallecimiento.

Tan solo requiere una instrumentación cuidadosa, combinando las reglas de la donación con las de las sucesiones mortis causa.

Bibliografía:

Albaladejo García, M. «Comentario al artículo 635», en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 1612 a 1614.

Albaladejo García, M. «Comentario a los artículos 642-643», en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 1628 a 1632.

Albaladejo García, M. «Comentario a los artículos 654 a 656», en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 1649 a 1656.

Busto Lago, JM. «Comentario a los artículos 806 al 822», en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 1059 a 1091.

Cano Martínez de Velasco, I. *La prohibición de los contratos sucesorios*, Bosch, Barcelona, 2004 (accesible en https://app-vlex-com.bibliotecauned.idm.oclc.org/#sources/375).

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», en el *ADC*, LIII-1, enero 2000, págs. 269-295.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*. Edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1999.

Ferrer Vanrell, M.ª P. «La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza», en VV. AA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Dykinson, Madrid, 2014, pág. 1495.

López Peláez, P. «Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador» en la *RCDI*, n.º 798, julio-agosto 2023, págs. 2147 a 2190.

López Peláez, P. «La partición realizada por el propio testador en acto inter vivos y su problemática» en la *Revista de Derecho Civil,* 2023, n 4, págs. 153 a 197. Accesible en https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/874

López Peñate, I. «La "Definición" como modelo de pacto sucesorio», tesis inédita, Madrid, 2025. Accesible en https://e-spacio.uned.es/entities/publication/af1dfd79-b1cc-4d44-adad-f839aba05ed0

Mesa Marrero, C. «Pactos con trascendencia sucesoria en la sociedad civil», *ADC* Núm. LXVII-III, Julio 2014, págs. 895-929

Pereña Vicente, M. «Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el Derecho francés», en la *RCDI*, n.º 710, 2008, págs. 2485 a 2500.

Rivas Martínez, JJ., *Derecho de Sucesiones Común, estudios sistemático y jurisprudencial*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Rodríguez-Arias Bustamante, L. *Efectos de la partición inter vivos que regula el artículo 1056 del Código civil,* RGLJ, 1952, 2, págs. 307 a 347.

Romero Coloma, A. M., *Problemática de la partición por el causante*, RCDI n.º 737, 2013, págs. 1569 y ss.

Serrrano Chamorro, M.ª E. «Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar», *RCDI* n.º 747, enero 2015, págs. 95-148.

Zurilla Cariñana, M.ª A. «Comentario al art. 635» en los *Comentarios al Código Civil*, Berkovitz Rodríguez-Cano dir., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, pág. 880.

Zurilla Cariñana, M.ª A. «Comentario al art. 655» en los *Comentarios al Código Civil*, Berkovitz Rodríguez-Cano dir., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2021, pág. 900.

17

LA ASIGNACIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LOS PROCESOS DE CRISIS FAMILIAR: HACIA UNA CONSIDERACIÓN JURÍDICO-AFECTIVA EN EL DERECHO DE FAMILIA

M.ª Mercedes Alberruche Díaz-Flores

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos
mariamercedes.alberruche@urjc.es

Sumario: I. Marco Normativo. 1.1. De la concepción patrimonial al animal como ser sintiente: evolución legislativa. 1.2. Tratamiento de los animales de compañía en el Derecho de Familia: convenios, medidas y criterios legales. 1.3. Interacción con el régimen económico, copropiedad, medidas ejecutivas y bienestar animal. II. Criterios judiciales y práctica forense en la asignación. 2.1. Factores ponderados por los tribunales: bienestar del animal, vínculo afectivo, rol de cuidado y otros. 2.2. Modalidades de atribución: custodia exclusiva, custodia compartida y régimen de visitas. 2.3. Distribución de gastos de manutención y veterinarios. «Pensión alimenticia» para el animal. 2.4. Medidas provisionales y cautelares: protección del animal durante el proceso. III. La «consideración jurídico-afectiva» de los animales de compañía: fundamentos, riesgos y ventajas. 3.1. Concepto de «consideración jurídico-afectiva» y análisis crítico. 3.2. Principios jurídicos involucrados: interés familiar, bienestar animal, autonomía de la voluntad y protección de menores. IV. Vacíos normativos, retos prácticos y propuestas de reforma. V. Bibliografía. VI. Jurisprudencia. Tribunal de Justicia Europeo. Tribunal Supremo. Audiencias provinciales. Tribunales de primera instancia. Otros juzgados.

Resumen: El destino de los animales de compañía en las rupturas de pareja se ha convertido en un problema jurídico emergente y de gran relevancia social[1]. Cada vez más familias consideran a sus mascotas como parte integrante del hogar, estableciendo con ellas vínculos afectivos profundos. Por ello, cuando sobreviene una crisis familiar surge la pregunta: ¿con quién se queda el animal de compañía? Durante décadas, la respuesta jurídica se encuadraba en la lógica patrimonial: la mascota era un bien mueble que se atribuía al titular propietario. Sin embargo, esta aproximación ignoraba la dimensión afectiva y de bienestar del animal, así como su importancia para los miembros de la familia.

1 Sería conveniente delimitar, antes de profundizar en la materia, el concepto de animal de compañía. El artículo 1 del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía

En los últimos años se ha producido un cambio de paradigma legal y social. El ordenamiento español —en sintonía con una creciente sensibilidad social hacia los animales— ha reformado sus normas para reconocer que los animales «no son cosas» sino seres vivos dotados de sensibilidad, merecedores de un estatuto jurídico especial. Se ha abierto paso así a una consideración «jurídico-afectiva» en la que los sentimientos y bienestar del animal, junto con los lazos emocionales con sus dueños, pasan a un primer plano en la decisión judicial.

El interés de esta cuestión es doble. Por un lado, social, dado el elevadísimo número de familias en las que se puede plantear esta situación —se estima que en torno al 40 % de los hogares españoles conviven con un perro o gato— y el potencial conflicto que su reparto puede generar al disolverse la convivencia. Por otro lado, jurídico, pues la materia plantea desafíos novedosos: convergen normas civiles clásicas (propiedad, régimen económico matrimonial, etc.) con principios emergentes (bienestar animal, consideración del lazo afectivo), obligando a los operadores jurídicos a reinterpretar instituciones tradicionales bajo una óptica innovadora. Además, la práctica forense ha ofrecido respuestas variadas —a veces incluso contradictorias— a falta de un cuerpo consolidado de jurisprudencia, lo que exige sistematizar criterios y proponer soluciones.

Palabras clave: Animales de compañía; crisis familiares; custodia; bienestar animal; convenio regulador; Derecho de familia; consideración jurídico-afectiva.

de Estrasburgo, de 13 de noviembre de 1987, el que establece que «Se entenderá por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía». Esto equivale al término común «mascota»: animales que conviven habitualmente con las personas con finalidad principalmente de compañía o afecto. Quedan fuera, por tanto, los animales de renta o producción, los salvajes y los animales para actividades deportivas o lucro pues, aunque puedan generar apego, su tenencia obedece a otras finalidades predominantes. Por supuesto, sí tendrán la consideración de animales de compañía los perros de asistencia (perros guía, por ejemplo) que, si bien es cierto que desempeñan una función asistencial, no lo es menos la relación de afectividad que se crea con sus dueños.
Compartimos la opinión de autores como García Mayo, M. (2022) «El concepto de animal doméstico y de compañía» en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo) Reus, Madrid; Chaparro Matamoros, P. *(2024)* «El cuidado de los animales de compañía en defecto de acuerdo tras la crisis conyugal. Breve comentario al nuevo art. 94 bis CC» *en Familia Sucesiones ICAV, n.º 29,* pág. 17; y de Verda y Beamonte, J.R. (2024) «Animales de compañía y crisis familiares: criterios interpretativos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre» en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho* núm. 4, nota 18, cuando afirman que, el elemento clave para calificar al animal, debe ser la función que realizan y si, fundamentalmente, cumplen una función de compañía, serán calificados como tales. Con independencia de que, como veremos a lo largo de este trabajo, en muchas ocasiones esta función no sea exclusiva, sino que concurre con otras, como la terapéutica, por ejemplo. Por el contrario, si, por ejemplo, un perro, pese a ser el prototipo de animal de compañía, está dedicado a la caza y no está integrado en la vida familiar, no tendrá esta consideración.

I. Marco Normativo

1.1. De la concepción patrimonial al animal como ser sintiente: evolución legislativa

Tradicionalmente, el Código Civil (CC) español de 1889 asimiló los animales a la categoría general de los bienes muebles. El artículo 333 CC, en su redacción anterior, establecía que «todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles». Bajo esa premisa, los animales eran jurídicamente cosas apropiables y objeto de relaciones de propiedad, posesión, compraventa, etc. Durante décadas, en ausencia de regulación específica, los conflictos sobre los animales de compañía en los procesos de crisis familiares se resolvieron aplicando la lógica dominical: se atribuía el animal al cónyuge que acreditase la propiedad. Los tribunales reconocían el fuerte componente afectivo de los animales de compañía, pero sostenían que debían ventilarse como un elemento patrimonial más, por la vía del correspondiente proceso declarativo de propiedad y no en el proceso matrimonial. Un ejemplo ilustrativo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12.ª) núm. 465/2014, de 7 de febrero de 2014[2] que —ante la petición de uno de los cónyuges de fijar custodia compartida o visitas respecto a la perra de la familia— declaró que, pese a ser los animales seres vivos, «*en su calidad de bienes muebles pueden ser reclamados en propiedad y objeto de uso compartido*» según las reglas de comunidad de bienes, debiendo el interesado ejercitar esa pretensión en otro proceso distinto del de divorcio. Este enfoque reflejaba la ausencia de herramientas legales en el ámbito de familia para abordar directamente la situación de estos animales.

Ahora bien, desde hace tiempo se venía gestando un cambio de sensibilidad jurídica hacia los animales, tanto en el Derecho comparado como en instrumentos internacionales. Diversos países europeos reformaron sus Códigos civiles para reconocer que los animales no son meras cosas: Austria (1986), Alemania (1990, con posterior mención constitucional en 2002), Suiza, Bélgica (2009), Francia (2015) y Portugal (2017), entre otros, introdujeron disposiciones declarando el estatus especial de los animales como seres dotados de sensibilidad. Especial influencia tuvo en nuestro ordenamiento la reforma francesa[3] y la portuguesa[4], que, además de consagrar a los animales de compañía como seres sensibles, previó expresamente criterios para su atribución en los procesos de divorcio, sirviendo luego de modelo para

2 (ECLI:ES:APB:2014:8157).

3 Loi núm. 2015-177, le 16 février.

4 Lei núm. 8/2017, 3 de março.

España. A nivel de la Unión Europea, el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la UE impone a los Estados el respeto al bienestar de los animales como «seres sensibles» en la formulación de ciertas políticas. España también ratificó el Convenio Europeo de Protección de Animales de Compañía de 1987 (en vigor desde 2018), que refleja esos principios.

Fruto de esta tendencia, y tras propuestas de reforma impulsadas en las Cortes Generales, se aprobó 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[5]. Esta ley supuso un hito legislativo: por primera vez el Código Civil español reconoce explícitamente la singular naturaleza de los animales y ajusta múltiples preceptos a esa realidad. En su Exposición de Motivos, la Ley proclama que «*la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes*», y dispone que tal principio presida la interpretación de todo el ordenamiento. Para concretarlo, se introdujo un nuevo artículo 333 bis CC, cuyo apartado 1 señala que: «*Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección*». Es decir, los animales dejan de equipararse plenamente a cosas; se configura un estatuto mixto: son objetos de derecho (susceptibles de propiedad y comercio) pero «*sólo parcialmente*» sometidos al régimen de bienes, prevaleciendo en lo demás su consideración especial[6]. En coherencia, se reformaron numerosas normas civiles: desde las de ocupación, frutos y responsabilidad civil (adaptándolas al hecho de tratarse de seres vivos), hasta aquellas referentes a sucesiones (previendo su destino al fallecer el propietario)[7].

No obstante, hemos de señalar que, pese a lo dispuesto en el artículo 333 CC, no se excluye que, en determinados aspectos, se aplique supletoria-

5 Para un análisis detallado de esta norma, *vide* Ortiz Fernández, M. (2022) «Reflexiones en torno a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: la protección de los animales como seres sintientes» en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, págs. 400-425; Domínguez Luelmo, A. (2022) *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica,* Reus, Madrid; VV. AA, *Comentarios a 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* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid.

6 *Vide*, en este sentido, Torres Perea, J. M. (2020). *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles,* Reus, Madrid; Navarro Sánchez, D. (2022) «El proceso de descosificación de los animales. Crisis de pareja: desde los pronunciamientos judiciales hasta la regulación legal en España» en *Derecho Animal*, 13(1), págs. 65-78.

7 Interesante resulta el análisis realizado por Martos Calabrús, M.A. (2022) «Sucesión mortis causa y animales de compañía. A propósito del nuevo artículo 914 bis del Código Civil» en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 9, núm. 3, págs. 289–314.

mente el régimen jurídico de los bienes o cosas[8]. Un claro ejemplo de que la *descosificación* de los animales todavía no se ha alcanzado plenamente es la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 16 de octubre de 2025[9] en la que la compañía aérea Iberia fue condenada a indemnizar a la propietaria de una perra, perdida durante el vuelo Buenos Aires-Madrid, con la misma cantidad que le correspondería si se hubiera perdido el equipaje (arts. 17.2 y 22.2 del Convenio de Montreal). El Tribunal reconoce que el animal no es equiparable al equipaje, pero advierte que, ante la obligatoria aplicación del Convenio de Montreal, en el que sólo se distinguen tres categorías en el contrato de transporte: pasajeros, equipaje y carga, el animal no puede ser considerado «pasajero», porque esta categoría se refiere exclusivamente a las personas y, por tanto, debe considerarlo equipaje. A lo anterior añade que, para que le hubiera correspondido una indemnización mayor, debería haber hecho una «declaración especial del valor del ''equipaje'' al entregárselo al transportista». A su vez, el alto tribunal afirma que «el artículo 13 TFUE no prohíbe que los animales sean transportados como ''equipaje'', en el sentido del artículo 17, apartado 2, del Convenio de Montreal, y sean considerados como tal en el marco del régimen de responsabilidad establecido por dicho Convenio, siempre que se tengan plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales durante su transporte».

Por otro lado, destacaremos la particular importancia que tiene en este tema la inclusión de disposiciones específicas en materia de crisis familiares, que veremos en detalle en el siguiente apartado. Baste aquí señalar que la Ley 17/2021 superó la laguna legal existente y atendió a un fenómeno que, como se señala en el preámbulo de esta norma ya «*había sido objeto de controversia en nuestros tribunales*»[10]. En palabras del propio legislador, se «*contempla el pacto sobre los animales domésticos*» en los convenios de separación/divorcio y se «*sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar*». La reforma, por tanto, abre la puerta a una resolución judicial directa de la custodia de los animales de compañía, rompiendo con la necesidad previa de acudir a pleitos de propiedad.

8 Si bien el propio preámbulo de la Ley 17/2021 indica que «lo deseable *de lege ferenda* es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas».

9 Asunto C-218/24 (ECLI:EU:C:2025:794) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, mediante auto de 8 de marzo de 2024.

10 Antes de la entrada en vigor de la Ley 17/2021, ya se vislumbraba en los tribunales la consideración de los animales de compañía como seres sensibles, sirva como ejemplo muy ilustrativo la del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid núm. 88/2019, de 27 de mayo (ECLI:JPI:2019:88).

Por último, cabe mencionar que tras la Ley 17/2021 se han dictado otras normas que, sin modificar el CC, inciden en el estatuto de los animales. Destaca la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, de carácter administrativo, orientada a mejorar la protección de los animales de compañía (estableciendo obligaciones de cuidado, prohibiciones de abandono, requisitos para su tenencia, creación de registros, etc.)[11]. Aunque esta ley no regula la asignación de estos animales en los procedimientos de crisis familiares, refuerza el marco de bienestar animal que debe considerarse en toda decisión. En suma, el reconocimiento legal de la dimensión afectiva y de bienestar de los animales es ya una realidad normativa en España, lo que sienta las bases para el tratamiento específico en el Derecho de familia que analizamos a continuación.

1.2. Tratamiento de los animales de compañía en el Derecho de Familia: convenios, medidas y criterios legales

La reforma operada por la Ley 17/2021 integró explícitamente a los animales de compañía en el régimen jurídico de las crisis familiares (nulidad, separación y divorcio). Se modificaron los artículos del Código Civil relativos al contenido de los convenios reguladores y a las medidas que pueden adoptar jueces y tribunales en ausencia de acuerdo, introduciendo la posibilidad —y en ciertos casos la obligación— de pronunciarse sobre estos animales. Asimismo, se añadieron criterios orientadores para dicha atribución, con ciertos límites destinados a salvaguardar el bienestar animal. Examinemos a continuación estas novedades.

Por lo que respecta al convenio regulador y al control judicial, el artículo 90 CC, que enumera las materias a regular en el convenio de separación o divorcio de mutuo acuerdo, incluye ahora expresamente a los animales de compañía. En concreto, se añadió el apartado 1 letra b) bis, que dispone que el convenio deberá contemplar «*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; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado*

11 Debemos aclarar en este punto, redundando en el concepto de animal de compañía, al que antes nos referíamos, que, si bien la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, define esta categoría indicando que lo serán «en todo caso» con independencia del fin al que se destinen (art. 3. a) esto será así, como claramente indica la propia norma «a los efectos de esta ley», es decir, a efectos administrativos (dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas) y no a otros efectos (civiles, por ejemplo) en los que lo que determinará la noción de animal de compañía es la función de acompañamiento cotidiano. *Vide,* en este sentido, Trujillo Villamor, E. (2022) *Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del Código Civil*. Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO) pág. 38.

si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal». Es decir, los cónyuges que tengan animales de compañía deben acordar en su convenio quién se quedará con ellas o cómo se compartirán, pudiendo establecer un régimen de convivencia alterna o visitas si así lo desean, y también cómo se repartirá la carga económica (gastos de manutención, veterinario, etc.)[12].

Como en el resto de las estipulaciones del convenio, rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes, pero con controles. El artículo 90.2 CC, reformado, prevé que el juez no aprobará el convenio si los pactos «*fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía*», en cuyo caso «*la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado*». Es decir, si bien los cónyuges pueden pactar libremente sobre el animal de compañía, el juez debe negar la aprobación, o tomar medidas correctoras, si dicho acuerdo resulta muy lesivo para el animal. Por ejemplo, si en el convenio se repartiese el perro de forma que comprometa su salud o se desentendiera uno de los cónyuges de forma cruel, el juez podría modificar ese punto. Asimismo, la ley extiende este control a los divorcios extrajudiciales: cuando los cónyuges otorguen el convenio ante notario o letrado de la Administración de Justicia, estos deberán advertir y negarse a formalizarlo si a su juicio alguna cláusula es «*gravemente perjudicial para el bienestar de los animales de compañía*», obligando en tal caso a que se acuda al juez. En suma, la validez de estos pactos queda sujeta a un límite de orden público: el respeto al bienestar del animal.

En lo que respecta a las medidas judiciales en defecto de acuerdo, esto es, cuando no hay convenio regulador (por divorcio contencioso o falta de pacto al respecto), corresponderá al juez decidir sobre la suerte de los animales de compañía. El artículo 91 CC establece tras la reforma que, en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, o en su ejecución, el juez determinará las medidas pertinentes «*en defecto de acuerdo [...] conforme a lo establecido en los artículos siguientes [...] [sobre el] destino de los animales de compañía*». Esa remisión nos lleva al nuevo artículo 94 bis CC, introducido *ex novo* por la Ley 17/2021, que constituye el núcleo de la regulación. Dicho precepto dispone que «*La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo*

12 Clavijo Suntura, J.H. (2023) «La custodia de los animales de compañía en la Ley 17/2021» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 798, pág. 2123 analiza el uso intencionado por el legislador en este precepto de dos locuciones, por un lado «*destino de los animales de compañía*» para diferenciar de forma sutil la custodia de los hijos de la «custodia» de los animales; y, por otro, «*reparto de los tiempos de convivencia*» considerando en este caso que el legislador debería haber obviado este término general y haber regulado de forma expresa las distintas modalidades de custodia, regulación que hubiera facilitado su labor a los tribunales.

ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales». Precepto del que podemos extraer las ideas que exponemos a continuación.

En lo relativo a la asignación del cuidado, el juez atribuirá el cuidado del animal ya sea de forma exclusiva a uno de los cónyuges o de forma compartida a ambos. La expresión «confiará para su cuidado» evita deliberadamente el término «custodia», propio del ámbito de los hijos, pero en la práctica se asemeja a lo que coloquialmente se entiende por custodia de la mascota. Cabe por tanto que el juez decida un régimen de convivencia alterna (análogamente a una custodia compartida) o bien que el animal conviva habitualmente con uno y el otro tenga solo derecho de visita, como veremos en el epígrafe correspondiente.

Precisamente, el artículo 94 bis CC prevé que, si el cuidado se encomienda a uno solo, el juez podrá determinar la forma en que el otro podrá tener el animal en su compañía. Esto habilita la fijación de un régimen de estancias o visitas para el «no custodio» (por ejemplo, fines de semana alternos[13], visitas periódicas, etc.), adaptado al caso. Igualmente, el juez debe abordar el reparto de las cargas económicas asociadas al cuidado del animal. Ello incluirá gastos de alimentación, veterinario, vacunas, seguros, etc. El precepto permite asignarlos proporcionalmente o por mitad, según proceda. Incluso cabría fijar una pensión periódica a cargo de uno en favor del otro para contribuir a esos gastos[14].

La decisión judicial debe atender a dos parámetros fundamentales: el interés de los miembros de la familia, es decir, de las personas implicadas (incluyendo no solo los cónyuges sino también los hijos u otros convivientes afectados); y el bienestar del animal. Estos criterios son novedosos en nuestro Derecho: implican superar el simple dato de la propiedad para buscar una solución *equitativa* (que considere los intereses familiares) y ética/humana (que procure la mejor situación para el animal). La ley no define estos conceptos, dejando su concreción al juez, como veremos en la sección relativa a los criterios judiciales.

13 En este sentido, la ya citada sentencia núm. 88/2019 del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 27 de mayo (ECLI:ES:JPI:2019:88) fue pionera a la hora de establecer un periodo de posesión y disfrute del animal por periodos alternativos de seis meses, con fines de semanas alternos.

14 La SAP de Pontevedra, sección 6.ª, núm. 1435/2025, de 26 de mayo (ECLI:ES:APPO:2025:1435) atribuye al apelante el derecho de visitas de la perra en la misma forma señalada en primera instancia, esto es, los fines de semana alternos desde las 20.00h del viernes hasta las 20.00 h. del domingo, realizándose la entrega y recogida a través de la mediación de un familiar e imponiendo a cargo del apelante la cantidad de cincuenta euros mensuales en concepto de alimentos.

A su vez, el artículo 94 bis subraya que todo lo anterior se hará con independencia de la titularidad dominical del animal[15]. Esto es crucial: el hecho de que el animal esté registrado a nombre de uno de los cónyuges, o que haya sido adquirido por él, no predetermina la atribución. El juez puede confiar el cuidado al otro cónyuge si así lo aconsejan el interés familiar y el bienestar del animal. Con esta cláusula, la norma rompe con la tradicional idea de que «*quien paga, se lo queda*». También se precisa que es independiente de «*a quién le haya sido confiado para su cuidado*» anteriormente —pensando quizá en casos en que uno de los cónyuges *de facto* se hizo cargo tras la separación provisional—, de modo que la decisión final no está condicionada por acuerdos informales previos.

Finalmente, ordena este precepto que la circunstancia de a quién se ha confiado el cuidado del animal (y cualquier régimen de visitas establecido) conste en el registro de identificación de animales (Registro de Identificación de Animales de Compañía de la Comunidad Autónoma correspondiente). Esto busca dar publicidad y oponibilidad *erga omnes* a la situación evitando conflictos posteriores (por ejemplo, que el custodio registral actúe como único dueño desconociendo los derechos del otro). No obstante, es un aspecto de implementación práctica compleja, pues los registros actuales suelen admitir un solo titular. Por ello, consideramos necesario que se arbitren mecanismos por parte de las administraciones para adoptar situaciones de cotitularidad o custodia compartida.

Por lo que respecta a las medidas provisionales y cautelares, que analizaremos posteriormente en un apartado específico, baste con señalar ahora que la Ley 17/2021 adaptó las normas de medidas provisionales en consecuencia. El artículo 103 CC añade una medida 1.ª bis, facultando al juez a «*Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, [y] la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno*». Es decir, en fase provisional el juez puede decidir con quién se quedará temporalmente el animal de compañía, establecer un régimen temporal de visitas, e imponer cautelas para proteger los derechos de ambos cónyuges sobre el animal. Estas cautelas podrían incluir, por ejemplo, prohibición de vender o donar la mascota, o de sacarla fuera

15 Señala Peguero Carrero, B. (2022) «Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre» en *Diario La Ley,* núm. 10177, Sección Tribuna, que «el hecho de que no se tenga en cuenta la titularidad dominical del animal es consecuencia de que han dejado de ser considerados como cosas, porque ya no se atenderá a quien ostente la misma como criterio de atribución del animal». En el mismo sentido se pronuncian los tribunales, sirvan, como ejemplo, la SAP de Huelva (sección 2.ª) núm 133/2023, de 23 de febrero (ECLI:ES:APH:2023:133) y la SAP de Madrid (sección 31.ª) núm. 18362/2023, de 30 de noviembre (ECLI:ES:APM:2023:18362).

de determinado territorio, durante el pleito, para evitar que una parte la sustraiga definitivamente[16].

En la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el art. 771.2 (medidas provisionalísimas urgentes antes de la vista) fue modificado para mencionar expresamente a los animales de compañía. Tras la reforma, dispone que, admitida la solicitud de medidas, el tribunal podrá acordar de inmediato lo pertinente en materia de custodia de hijos, uso de vivienda, y «*atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía*». Esto significa que, en casos de urgencia justificada, un juez podría dictar una orden *inaudita parte* sobre la tenencia temporal de la mascota, si concurre riesgo inminente (por ejemplo, riesgo de maltrato o de desaparición del animal). Por su parte, el art. 774.4 LEC (sobre contenido de la sentencia en divorcio contencioso) también fue ajustado para enumerar entre las medidas a fijar, en defecto de acuerdo, las relativas a «la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía».

1.3. Interacción con el régimen económico, copropiedad, medidas ejecutivas y bienestar animal

La introducción de los animales de compañía en la órbita del Derecho de familia no evita que concurran otras instituciones civiles que inciden en su tratamiento. Es fundamental entender cómo se articulan las nuevas normas con el régimen general de propiedad (sobre todo cuando el animal es un bien ganancial o común) y con la posibilidad de copropiedad entre exparejas. También surgen cuestiones sobre la ejecución forzosa de las resoluciones relativas a animales y sobre su embargabilidad en caso de deudas. Todo ello sin olvidar que la normativa de protección animal establece obligaciones cuyo incumplimiento puede repercutir en el ámbito familiar (p. ej., maltrato como causa de pérdida de custodia).

En primer lugar, atendiendo al régimen económico matrimonial, si el matrimonio estaba sujeto a sociedad de gananciales, los bienes adquiridos constante matrimonio —incluyendo eventualmente el animal de compañía, si fue comprado/adoptado durante el matrimonio— son comunes. Tradicionalmente, al liquidar la sociedad de gananciales se consideraba la mascota como un bien ganancial más a adjudicar a uno u otro cónyuge, o a cotitularidad, con eventual compensación económica de su valor por mitad.

16 Clavijo Suntura, J.H. (2023) *op.cit.* pág. 2133 opina que, las medidas cautelares (personales o reales) desnaturalizan la finalidad de la custodia de los animales de compañía al considerar que la finalidad intrínseca de estas medidas se encuentra ligada al ámbito de las obligaciones contractuales, y no al derecho de familia.

Sin embargo, la reforma, como ya vimos, prioriza un criterio extrapatrimonial, de ahí que el artículo 94 bis CC permita adjudicar el cuidado al margen de la titularidad. De hecho, se modificó el artículo 404 CC (que regula la división de cosas comunes) añadiendo un párrafo específico para animales de compañía en condominio, proponiendo una solución innovadora: si los excónyuges son copropietarios del animal (por ejemplo, bien ganancial no liquidado, o si ambos figuran como dueños), ninguno puede forzar su venta en pública subasta (vía ordinaria de división de cosa común) sin el consentimiento del otro. En su lugar, el juez decidirá quién se lo queda o cómo se comparte, ponderando tanto el interés de los copropietarios como el bienestar del animal. Se abre incluso la puerta a un disfrute alternativo (custodia compartida) en fase de liquidación de bienes comunes. Esta norma será aplicable a cualquier supuesto de cotitularidad, matrimonial o no, puesto que habla de «condueños», no de cónyuges, a diferencia de lo que veremos a continuación. Por tanto, en la práctica, si en un divorcio con gananciales no se resolvió la asignación del animal, en la liquidación el juez tendrá que aplicar este criterio especial, y lo mismo ocurrirá en los casos de parejas de hecho en la que ambos figuren como propietarios del animal (p. ej., lo adquirieron en proindiviso).

Precisamente, en los supuestos de parejas de hecho y uniones no matrimoniales podríamos hablar de un vacío normativo en cuanto que el artículo 94 bis CC menciona solo «cónyuges»[17] y la regulación de convenio (art. 90 CC) y de medidas (103, 94 bis CC) se inserta en los preceptos dedicados a matrimonios, entonces ¿qué ocurre con parejas no casadas que se separan? Si tienen hijos comunes, suelen instar un procedimiento de medidas paternofiliales conforme a los artículos 158 CC y 773 LEC, pero la Ley 17/2021 no modificó expresamente estas reglas para incluir a los animales. En ausencia de previsión específica, cabrían varias vías como la aplicación analógica del 94 bis CC o la reconducción del asunto a un proceso de copropiedad, o de reivindicación, según sean los dos propietarios, o no. Los tribunales se decantan por la primera vía pues sería incoherente que se proteja al animal en divorcios y no en casos análogos de parejas estables[18]. Por lo que respecta

17 Para un estudio detallado de estos supuestos*, vide,* Bastante Granell, V. (2022) «Parejas de hecho y animales de compañía» en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo) Reus, Madrid; Vázquez Muiña, T. (2022) «Parejas de hecho y animales de compañía tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre «en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* n.º 17, págs. 2608-2631.

18 De hecho, ya antes de la reforma hubo jueces que, en pleitos entre ex novios por la custodia de un animal, aplicaron criterios de familia, sirva como ejemplo la ya citada SJPI de Valladolid, núm. 9, de 27 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:88) que declaró la «*custodia compartida*» de un perro entre una pareja no casada que litigaba por su propiedad, argumentando que, en ausencia de norma expresa, debía inspirarse en los criterios de las crisis matrimoniales dado que «*los animales no son cosas, sino seres dotados de sensibilidad*». Con posterioridad a la reforma, podemos citar como ejemplo la SAP de Zaragoza, sec-

a la doctrina, resulta muy interesante la reflexión realizada por DE VERDA Y BEAMONTE[19] sobre esta materia al afirmar que sólo cuando los convivientes tengan hijos menores se aplicarán las normas matrimoniales relativas al destino de los animales de compañía pero que, fuera de esos casos, la cuestión relativa a la tenencia del animal se resolverá aplicando la «lógica dominical». Fundamenta su decisión en dos razonamientos, el primero, porque el artículo 39.2 CE «garantiza la protección integral de los hijos, en cualquier caso, con independencia de su filiación, pero no una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas»; y, el segundo porque «no puede ser que el legislador olvidara extender sus previsiones a las uniones de hecho o que haya dado por descontado que se les aplicarían, a pesar de su silencio». No obstante, concluye diciendo que «hubiera sido razonable que el legislador (en lo relativo a la asignación de los animales de compañía) hubiera establecido un régimen común para el matrimonio y la unión de hecho».

Otra preocupación práctica se plantea a la hora de ejecutar las resoluciones relativas a estos animales en caso de incumplimiento. La ley equiparó el régimen de ejecución de estas medidas al de las demás medidas familiares. El art. 90.2 *in fine* CC indica que, aprobados el convenio regulador o la escritura pública, «*podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio*». Es decir, si uno de los excónyuges incumple —por ejemplo, no entrega el animal en el turno que corresponde al otro, o no paga su parte de gastos—, el perjudicado podrá instar la ejecución ante el juez. El juez de familia tiene potestad para dictar orden de entrega del animal (similar a cuando se ordena la entrega de un menor en régimen de visitas), incluso con intervención de fuerza pública si fuera necesario, aunque en la práctica se procurará agotar vías menos coercitivas. También puede imponer multas para lograr el cumplimiento o deducir responsabilidad si persistiera la desobediencia. Un aspecto sensible es evitar que el cumplimiento forzoso perjudique al animal de ahí que los tribunales deban actuar con proporcionalidad y fomentar el cumplimiento voluntario o acudir a vías como la mediación antes de medidas expeditivas[20].

ción 2.ª, núm. 634/2024, de 7 de marzo (ECLI:ES:APZ:2024:634) que considera aplicable el artículo 94 bis CC en un procedimiento en el que se dirime la asignación del animal de compañía de una pareja de hecho sin hijos.

19 DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2024) «Animales de compañía y crisis familiares: criterios interpretativos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre» en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* núm. 4.

20 El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo, en su sentencia núm. 63/2022 de 2 de febrero, (ECLI:JPI:2022:63) ante las alegaciones del demandado justificando su incumplimiento reiterado de entrega de la perra por motivos de salud, decidió, apoyándose en los informes emitidos por el veterinario, que la enfermedad del animal no justificaba su actitud puesto que la demandante, en sus periodos de custodia, podía continuar con la pauta alimenticia y con la medicación prescrita en el tratamiento.

Relacionada con la ejecución está la cuestión de la embargabilidad de los animales. La reforma modificó también el art. 605 LEC para declarar «*absolutamente inembargables*» a los animales de compañía, en atención al especial vínculo de afecto que les liga con la familia. Solo se permite embargar las «*rentas*» o ingresos que dichos animales generen (p.ej., si participan en eventos remunerados, cría profesional, etc.), nunca al animal en sí. Esto refuerza la idea de la mascota como «*miembro del núcleo familiar no humano*», protegido frente a terceros.

La última interacción por destacar está relacionada con el Derecho administrativo sancionador y penal en materia de protección animal. La propia Exposición de Motivos de la Ley 17/2021 alude al «*vínculo existente entre los malos tratos a animales y la violencia doméstica y de género*», y anuncia «*limitaciones a la guarda y custodia [de menores] en casos de antecedentes por maltrato animal ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico*». Poco antes, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ya reformó el art. 92.7 CC para que no proceda la custodia compartida de hijos menores cuando uno de los progenitores esté incurso en proceso penal por maltrato animal en el contexto de violencia de género (utilizar la crueldad contra el animal de la familia para dañar psicológicamente al cónyuge o hijos). Además, la nueva Ley 7/2023 de bienestar animal impone la obligación legal de cuidado y prohibición de maltrato y abandono de las mascotas; su incumplimiento conlleva sanciones administrativas e incluso penales. Esto actúa como un estándar mínimo que obliga a que toda decisión familiar se tome con el paraguas del bienestar animal al tratarse de seres cuya integridad y cuidados están jurídicamente tutelados.

II. Criterios judiciales y práctica forense en la asignación

2.1. Factores ponderados por los tribunales: bienestar del animal, vínculo afectivo, rol de cuidado y otros

Siguiendo el mandato del artículo 94 bis CC, los jueces tienen presente el bienestar del animal y el interés de los familiares implicados. En la práctica, esto se traduce en una serie de factores recurrentes que las resoluciones mencionan y sopesan al motivar su fallo[21].

21 Para un estudio detallado de la regulación del animal de compañía por parte de los tribunales españoles en materia de crisis de pareja (y en particular de los catalanes por su especial regulación en el Código Civil Catalán) *vide* Olivera Oliva, M. (2023) *Los animales de compañía en las crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia.

En primer lugar, se evalúa con quién tiene el animal una relación de apego mayor o más arraigada. Por ejemplo, si convivió principalmente con uno de los cónyuges o era éste quien lo alimentaba, paseaba y atendía en lo cotidiano. También se considera el «*vínculo sentimental*» creado durante la convivencia familiar.

Relacionado con lo anterior, se analiza quién ha ejercido de cuidador principal. A veces, aunque el animal pertenecía formalmente a ambos, en la práctica uno asumía la mayor carga de cuidados (alimentación diaria, limpieza, ejercicio, visitas al veterinario). Ese historial puede inclinar la balanza a su favor, bajo la premisa de continuidad en el entorno familiar conocido por el animal. En otras ocasiones ocurre lo contrario y, aunque el animal aparezca registrado a nombre de uno sólo, la constatación de un cuidado por parte de ambos puede servir para reconocer una custodia compartida[22].

Los tribunales evalúan las circunstancias personales de cada pretendiente al cuidado, por ejemplo, horarios laborales, disponibilidad para pasear al perro o atenderlo adecuadamente, capacidad económica para sufragar sus gastos, etc. También se valoran las condiciones materiales (vivienda adecuada), la existencia de otras personas que puedan apoyar en la atención y, como no, la oportunidad de mantener, en la medida de lo posible, la rutina y el entorno conocido del animal.

En los casos en los que hay hijos menores, su vínculo con la mascota es un factor determinante a la hora de asignar el cuidado del animal. Muchos menores desarrollan una intensa relación emocional con estos animales que, incluso, contribuye a su estabilidad psicológica. Los tribunales tienen muy en cuenta el interés superior del menor, de hecho, se han dictado resoluciones integrando la custodia del animal en función del plan de custodia del menor. Un ejemplo paradigmático es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección cuarta, de 12 de enero de 2023[23] en la que el tribunal estableció que el perro de la familia viviera siempre junto al hijo menor, adoptando un sistema de «*casa nido*» (el niño y el perro permanecen en la vivienda familiar, y son los padres quienes alternan su estancia semanalmente). Ello, motivado por el hecho de que el niño tenía necesidades especiales de desarrollo y el perro ejercía un *efecto terapéutico* beneficioso. Se entendió que separar al menor de su mascota sería contraproducente para su bienestar; por tanto, en atención al interés del menor, se articuló una solución original: custodia compartida del niño y del perro a la par, garantizando que siempre estuvieran juntos.

En otros casos con menores, la regla general suele ser que el animal de compañía siga el mismo régimen que los hijos, es decir, si se fija custodia

22 *Vide*, entre otras, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santander (sección 7.ª) núm. 476/2024, de 2 de septiembre (ECLI:ES:JPI:2024:268)

23 SAP de Vizcaya (sección 4.ª) núm.19/2023, de 12 de enero (ECLI:ES:APBI:2023:222)

monoparental del menor, a menudo el animal se queda con el custodio principal para mantener la unidad con el pequeño (salvo que existan) razones para lo contrario[24]) mientras que, si hay custodia compartida de los menores, se opta por que la mascota rote junto a ellos de domicilio (aunque esto puede ser estresante para algunos animales, es algo que debe calibrarse). En definitiva, el bienestar emocional de los menores y su relación con el animal de compañía se ha convertido en un elemento de peso que puede incluso prevalecer sobre la titularidad o las preferencias de los adultos. En términos legales, se alinea con considerar al animal como parte del «*ambiente familiar adecuado*» que procura el interés superior del menor (art. 92 CC).

Pese a que, como hemos visto, la ley dice que la decisión es independiente de la propiedad, en la práctica los jueces no ignoran completamente este dato, sino que lo contextualizan. Si un animal era propiedad privativa de uno de los cónyuges, y, además, la otra parte no muestra especial vínculo, probablemente se respetará esa propiedad. Pero, cuando el animal fue adquirido durante la convivencia conjunta, los jueces tienden a reconocer una copropiedad implícita. Un criterio observado es que, si la mascota se obtuvo «*por deseo de ambos*» y se cuidó de forma compartida, se considera un bien común emocional[25].

Otro de los factores ponderados por los tribunales es el comportamiento de cada cónyuge. Actitudes de mala fe, como usar al animal para perjudicar al otro (retenerlo injustificadamente, ocultarlo, negarle visitas solo por rencor) pueden volverse en contra de quien las practica puesto que los jueces, sin dudarlo, censuran el uso abusivo del animal como instrumento de venganza[26]. Igualmente, si se observa negligencia o descuido por parte de

---

24 Sirva como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, núm. 27/2025, de 20 de enero, (ECLI:ES:APC:2025:199) en la que el tribunal determina que el menor se quede con el padre en Galicia, mientras que el perro se atribuye a la madre, que se trasladaba a vivir a otra comunidad autónoma. Posiblemente influyó que el entorno paterno ya contaba con apoyo familiar para el menor, mientras que, a la madre, al irse sola, se le confió el cuidado de la mascota familiar con estancias en compañía del padre durante las vacaciones de verano, con la obligación de este último de abonar 25 euros mensuales para contribuir a su alimentación.

25 Así lo declaró el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander en la ya citada sentencia núm. 476/2024, de 2 de septiembre (ECLI:ES:JPI:2024:268) En este caso, pese a que el animal figuraba a nombre de la mujer, quedó acreditado que fue decisión de ambos tenerlo y ambos lo cuidaron, por lo que existía «*un trato afectivo*» bilateral que hacía injustificado que uno lo retuviera excluyendo al otro. Sobre esa base, el juez reconoció la copropiedad y negó que la demandada (que pretendía ser dueña exclusiva) tuviera motivo legítimo para impedir el contacto de su expareja con el perro, primando así la «*realidad de la convivencia*» sobre las «*formalidades registrales*». Ello no obsta a que, como decía, en casos donde efectivamente el animal pertenecía solo a uno de los cónyuges antes de la unión, se tenga en cuenta este dato como un factor al existir un plus de apego inicial.

26 Como ejemplos ilustrativos podemos citar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 68 de Madrid, núm. 308/2024, de 19 de septiembre (ECLI:ES:JPI:2024:270) El

alguien (ej. historial de no ocuparse del animal, o maltratarlo), ello será definitivo para descartar adjudicarle el cuidado.

Más allá de los factores relativos a las personas, los jueces deben procurar la solución que mejor garantice el bienestar integral del animal. Esto implica considerar la edad, estado de salud y características de la mascota. Por ejemplo, un animal geriátrico o enfermo tal vez requiera estabilidad en un solo hogar (evitando vaivenes de un sitio a otro), y asignarlo a quien pueda prestarle mayores atenciones médicas. Un animal muy unido a otro de la casa (dos mascotas inseparables) preferiblemente no se separará de su compañero. También influye el temperamento, así, por ejemplo, un gato casero y territorial sufrirá con cambios constantes, por lo que es más fácil que se otorgue a un único cuidador y se eviten visitas itinerantes; en cambio, un perro extrovertido puede tolerar y hasta disfrutar alternar entre dos casas si en ambas recibe afecto. La prueba pericial veterinaria o etológica podría ser útil para valorar esto, aunque por ahora es poco común. No obstante, en casos complejos, las partes podrían aportar informes de expertos en conducta animal sobre qué régimen minimiza el estrés del animal.

De todo lo expuesto anteriormente se deduce el enfoque multidimensional que manejan los tribunales a la hora de asignar al animal de compañía en los procesos de crisis familiares. Conjugan criterios análogos a los de custodia de menores (vínculos afectivos, estabilidad, interés del menor, si lo hay) con consideraciones propias de la naturaleza animal (bienestar, cuidado físico). La solución adoptada siempre busca un equilibrio justo entre los derechos e intereses de los dueños y la protección del animal. A veces estos intereses confluyen (ambos quieren el bien del animal), pero en casos de disputa fuerte el juez debe identificar la opción menos perjudicial para el animal y más razonable para la familia[27].

marido, tras romper la convivencia, se quedó con el perro (un husky siberiano) e incumplió durante 10 meses el acuerdo verbal que tenían de compartirlo. La jueza, al resolver, no solo restableció la custodia compartida, sino que condenó al excompañero a una indemnización por daño moral de 600€ hacia la mujer por privarla de la compañía del perro ese tiempo. Subrayó la magistrada el sufrimiento («*tristeza, desasosiego, incertidumbre*») que esa privación causó en la demandante, dado el intenso vínculo sentimental con su mascota; y la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, núm. 1133/2025, de 22 de septiembre. El acusado llamó a su pareja diciéndole que iba a matar al perro y que luego se suicidaría, y después **arrojó al perro por un acantilado,** causándole la muerte. La resolución aprecia un **concurso medial** entre un delito de maltrato animal (art. 340 bis.3 CP) y un delito de maltrato psicológico (art. 153.1 CP) considerando que **la muerte del animal fue utilizada como instrumento para causar daño psicológico a la pareja**, y se incluye dentro de la tipología interpretativa de **violencia vicaria.**

27 En estos casos, como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *op cit*. (2024) «deberá prevalecer el interés de los miembros de la familia (los animales no son cosas, pero tampoco personas, por lo que no participan de la intrínseca dignidad del ser humano) y, dentro de ellos, el de los hijos menores de edad».

2.2. Modalidades de atribución: custodia exclusiva, custodia compartida y régimen de visitas

De la combinación de factores anteriores resultan, en la práctica, distintas modalidades de atribución que podemos sintetizar así:

a) Atribución exclusiva del cuidado a uno de los miembros de la pareja. Es la opción clásica y todavía la más frecuente. Consiste en que la mascota permanece habitualmente con uno de los exconvivientes (que podríamos denominar custodio principal). Esta solución se adopta cuando se estima que es lo mejor para el animal (por ejemplo, uno tiene mayor vinculación y mejores condiciones para cuidarlo) o cuando las circunstancias hacen inviable o innecesaria la custodia compartida. Conlleva establecer para el otro cónyuge un derecho de visitas o contacto o, incluso, ninguno (si así se ha decidido, aunque suele procurarse al menos cierto derecho de visita salvo que el no custodio no lo desee o resulte perjudicial). Esta custodia exclusiva suele ir acompañada de la obligación del custodio de cuidar debidamente del animal y permitir eventualmente el contacto con el otro, y la del no custodio de contribuir en gastos, si así se acuerda[28].

b) Custodia compartida o convivencia alterna. Consiste en que ambos excónyuges (o expareja) compartan el tiempo de tenencia del animal, alternándose según un período fijado (semanas, quincenas, meses). Esta figura, inspirada claramente en la custodia compartida de menores, ha sido reconocida ya en varias resoluciones recientes cuando concurren circunstancias favorables: buen entendimiento mínimo entre las partes o al menos capacidad de coordinación, proximidad geográfica (para facilitar los intercambios) y, sobre todo, cuando se considera que mantener la relación del animal con ambos redunda en su bienestar. Antes de la reforma, alguna sentencia aislada la había otorgado, como hemos visto[29], pero, tras la Ley 17/2021, se ha vuelto más común[30].

---

28 Sirva como ejemplo la SAP de Pontevedra, sección 6.ª, núm. 526/2023, de 3 de noviembre (ECLI:ES:APPO:2023:2608) donde se confirmó que la perra del matrimonio quedase al cuidado de la mujer, dado que así lo había dispuesto el juzgado de primera instancia en el divorcio. El exmarido, aunque compartía afecto por el animal, residía aparte y se conformó con contribuir a los gastos.

29 La ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid, núm. 88/2019, de 27 de mayo (ECLI:ES:JPI:2019:88) en la que el tribunal determina que se fijen periodos de 6 meses, teniendo en cuenta el bienestar del animal. Contempla, no obstante, la posibilidad de que, si lo desean los dueños, durante el tiempo en que no estén con el animal, puedan trasladarse al menos un fin de semana al mes (desde el viernes por la tarde hasta el domingo tarde) a Alicante/ Valladolid, respectivamente, para poder disfrutar de su perro, derecho de comunicación que se deberá avisar, de un modo fehaciente, al otro copropietario, con al menos una semana de antelación.

30 Sirva como ejemplo la SAP de Granada (sección 5.ª) núm. 377/2025, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APGR:2025:1804) en cuyo fallo se puede leer: «Se establece un régimen compar-

La custodia compartida requiere cierta colaboración. Si los excónyuges mantienen una comunicación mínima, pueden intercambiar al animal sin traumatismos. Si hay conflicto intenso, esta fórmula podría generar tensiones constantes (entregas, incumplimientos), perjudicando indirectamente al animal. Por eso, en entornos muy conflictivos, muchos jueces optan por custodia exclusiva para evitar instrumentalizar al animal en disputas continuas o utilizarlo como instrumento de venganza, como veíamos anteriormente (igual que sucede con hijos en casos de altísima conflictividad, donde se descarta la custodia compartida). En casos intermedios, pueden adoptar un régimen de visitas restringido.

c) Régimen de visitas y estancias para el no custodio. Cuando la custodia es exclusiva de uno de los cónyuges, casi siempre se contempla (por acuerdo o por decisión judicial) un derecho de visitas a favor del otro. Esto puede abarcar desde visitas periódicas (p. ej., el excónyuge sin custodia puede llevarse al animal unas horas o un día a la semana) hasta estancias de fin de semana o vacaciones. El artículo 94 bis CC literalmente habilita fijar «*la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado [los animales] podrá tenerlos en su compañía*». Por tanto, es posible replicar esquemas similares a los regímenes de visitas de hijos: fines de semana alternos, mitad de vacaciones, etc., adaptados al caso[31]. El régimen de visitas suele calibrarse en función de la relación previa del no custodio con el animal. Si era estrecha, se tenderá a permitir un contacto relativamente frecuente. Si era tangencial o el propio interesado prefiere algo esporádico, se fijará tal vez visitas más espaciadas.

d) Situaciones especiales. Hay soluciones *sui generis* que han surgido según las necesidades: por ejemplo, la ya comentada «casa nido» aplicada en la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 19/2023, de 13 de marzo, donde no se traslada el animal sino los dueños. Esa fórmula, excepcional en divorcios, lo es más aún en temas de mascotas, pero evidencia que la decisión judicial puede acomodar la situación pensando en el bienestar del menor y del animal conjuntamente. También es posible que, si hay varias mascotas, el juez decida repartir y cada cónyuge se queda con una. Esto es delicado si los animales están vinculados entre sí pues separarlos

tido en cuanto al cuidado, convivencia y mantenimiento de los animales de compañía de los cónyuges consistentes en un caballo y cuatro perros, en virtud del cual, cada cónyuge tendrá a los citados animales en su compañía por quincenas alternas, correspondiendo a las partes decidir el lugar en que permanecerán los citados animales en el periodo que les corresponda estar con ellos, dejándose sin efecto el régimen de visitas semanal fijado en el auto de medidas. Cada cónyuge asumirá los gastos de mantenimiento y cuidado de los animales durante el periodo quincenal que le corresponda y los gastos extraordinarios se abonarán por mitad».

31 En la SAP de A Coruña (sección 3.ª), núm. 27/2025, de 20 de enero (ECLI:ES:APC:2025:199) aunque la custodia del perro se atribuyó a la madre (residente en Valencia), se dispuso que el perro estaría en compañía del padre durante las vacaciones de verano con el hijo, lo que equivale a un régimen de visitas concentrado.

podría ser traumático; ahora bien, si no tienen un vínculo especial o, incluso, no se llevan bien, dividirlos puede ser razonable. Llamativo es el caso del que se ocupa una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 4.ª) núm. 301/2025, de 26 de mayo[32] en la que se trata de atribuir el cuidado de cinco animales de compañía, tres perros y dos gatos.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que las fórmulas resolutorias son flexibles y donde antes solo cabía «uno u otro», ahora cabe «uno, otro o ambos, en diverso grado». La custodia exclusiva sigue siendo mayoritaria por simplicidad, pero la compartida gana terreno cuando hay base para ello. El régimen de visitas es casi estandarizado en convenios, ahora bien, en cualquier caso, lo esencial es adaptar la modalidad a lo que mejor sirva al animal y sea practicable por los humanos involucrados. Un juez sensato, por ejemplo, no impondrá custodia compartida si los dueños no se hablan y viven lejos, ni negará toda visita si el animal tiene apego con el otro y no hay causa para privarlo. Se busca la solución salomónica pero operativa, con un toque de equidad: muchos pronunciamientos reflejan la idea de que ambos «merecen» seguir disfrutando del animal si han demostrado quererlo y cuidarlo.

2.3. Distribución de gastos de manutención y veterinarios. «Pensión alimenticia» para el animal

Un componente importante del régimen de custodia de los animales de compañía es la cuestión económica, en concreto, cómo se sufragan los gastos del animal tras la separación. El art. 90.1.b) bis CC y el art. 94 bis CC prevén expresamente que se regule el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal. En la práctica, las resoluciones están disponiendo varias posibilidades, algunas de ellas ya esbozadas en líneas anteriores.

Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, «el primer paso radica en distinguir los gastos ordinarios y los extraordinarios, según sean periódicos o puntuales, y después distinguir, cómo se distribuyen esos gastos entre los cónyuges y cómo se ha de decidir realizarlos»[33].

La solución más común es el reparto por mitad de los gastos extraordinarios y veterinarios. Consiste en que los gastos *extraordinarios* (atenciones veterinarias, vacunas, medicamentos, tratamientos inesperados) se abonan al cincuenta por cien por ambos[34]. Igualmente, en la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander, de 2 de septiembre de

32 (ECLI:ES:APA:2025:1414)

33 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *op. cit,* pág. 36.

34 La SAP de Pontevedra (sección 6.ª) núm. 526/2023, de 3 de noviembre (ECLI:ES:APPO:2023:2608) fijó que los gastos extraordinarios y de veterinario de la mascota serían sufragados «*por la mitad*» entre exmarido y exmujer.

2024, de custodia compartida se ordenó que «*los gastos de vacunas o veterinario serán abonados al cincuenta por ciento*», mientras que los de alimentación los asumía quien tuviera al perro en cada momento. Esa distinción es frecuente: gastos ordinarios (comida, higiene, etc.) corren a cargo de quien esté ejerciendo la custodia en ese periodo, y gastos extraordinarios (veterinario, medicinas, intervenciones) se comparten equitativamente previa justificación. Esto es análogo a cómo se tratan gastos de hijos: ordinarios los cubre el custodio con la pensión alimenticia; extraordinarios, mitad cada progenitor salvo acuerdo distinto.

En otros casos se ha optado por fijar una cantidad periódica (semanal, quincenal o mensual) que uno de los excónyuges debe abonar al otro para contribuir a los gastos del animal, muy similar a una pensión alimenticia. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 526/2023, citada anteriormente, confirmó que el exmarido «*contribuirá al gasto del animal con la suma de 40 euros al mes, pagaderos en los cinco primeros días de cada mes y actualizable conforme al IPC*». Esta pensión para el perro se fijó junto con la pensión de alimentos de los hijos en el mismo divorcio, y con su misma lógica dado que la esposa se quedó con la custodia del perro, el marido debía costear parte de su manutención de forma periódica.

No obstante, si sólo una parte recibe la custodia y la otra no tiene visitas o interés alguno en el animal, y dado que la ley habla de repartir cargas «*si fuera necesario*» ¿podría suceder que se le imponga al custodio cargar con todos los gastos? No parece ser esta la postura adoptada por nuestros tribunales, que obligan a los dos cónyuges a costear estos gastos, aunque uno de ellos no quiera saber nada del animal, normalmente, adecuando el porcentaje de la contribución a lo establecido respecto de los alimentos pagados a los hijos, si los hubiere[35]. Se observa así la tendencia de los jueces de trasladar al ámbito de los animales de compañía las figuras de contribución económica típicas del derecho de familia: reparto proporcional de gastos extraordinarios, pensión periódica, cuando proceda, y sin olvidarnos de las medidas provisionales que durante la tramitación se lleven a cabo.

Finalmente, hay que destacar, desde el punto de vista procesal, que la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé un procedimiento específico para ejecutar estas pensiones o gastos de mascotas, pero al ser parte de la sentencia de

35 Como ejemplo, podemos citar la SAP de Barcelona (sección 18.ª) núm. 440/2024 de 11 de enero (ECLI:ES:APB:2024:440) que desestima la pretensión del marido de no satisfacer gasto alguno alegando que «el animal pertenecía a la mujer». La Audiencia consideró que «tratándose de una mascota familiar, su pretensión no puede estimarse y lo lógico es que los gastos del animal se repartan en la misma proporción que el resto de los gastos familiares, debiendo el marido abonar el 70 % de los mismos y la mujer el 30 %». En el mismo sentido, la SAP de Barcelona (sección 18.ª) núm. 1577/2024, de 21 de febrero (ECLI:ES:APB:2024:1577) que acuerda distribuir los gastos derivados de la atención de la mascota entre los cónyuges en la misma proporción que la establecida para los alimentos.

divorcio, su incumplimiento se persigue por vía de apremio igual que si fuera impago de alimentos (embargos de cuenta, etc.).

2.4. Medidas provisionales y cautelares: protección del animal durante el proceso

Durante el proceso de separación o divorcio, es frecuente que surjan disputas inmediatas sobre quién mantiene consigo al animal de compañía y en qué condiciones, antes de la decisión definitiva. Para ello existen las medidas provisionales (art. 103.1.ª bis CC) y las provisionalísimas o previas (art. 771.2 LEC)

Lo usual es que en las medidas provisionales se decida quién se quedará con el animal mientras dure el pleito. Muchas veces, si tras la separación física inicial la mascota se quedó con uno, el juez puede ratificarlo provisionalmente hasta aclarar todo (salvo que la otra parte lo impugne con argumentos de peso). En otros casos, la parte solicitante de medidas pide quedarse con el animal, presentando sus razones. El juez valorará sumariamente el interés del animal y, si hay indicios de que está en riesgo con quien quedó, podría ordenarse el cambio de custodia temporal. También puede optarse por una custodia alterna provisional, si ambos lo piden o si parece viable mientras tanto.

Igualmente, se puede fijar un régimen de visitas temporal. Esto ocurrió en el caso de la anteriormente citada sentencia núm. 308/2024 del Juzgado de Primera Instancia núm. 68 de Madrid, de 19 de septiembre en la que la jueza, ante la demanda de la expareja que llevaba 10 meses sin ver al perro, adoptó medidas cautelares en el proceso para «*recuperar la custodia compartida*» del animal. Es decir, aun antes de la sentencia definitiva, ordenó restituir a la mujer la compañía alterna del perro. Esto muestra que las medidas cautelares pueden ser fundamentales para evitar «*daños irreparables*» en la relación afectiva humano-animal: diez meses sin contacto se consideraron demasiado y se enmendaron cautelarmente para no prolongar la ruptura del vínculo.

Como mencionamos, el juez puede imponer medidas cautelares para conservar el derecho de cada uno (art. 103.1.ª bis CC). Un ejemplo claro sería prohibir que la parte que tenga al animal provisionalmente lo venda, done o *esconda*. También podría ordenarse que no lo saque fuera de cierta jurisdicción sin permiso del otro o del juez. Incluso se podría requerir depositar al animal en un lugar neutral si se teme maltrato (como quien deposita un bien litigioso en poder de un tercero), pero eso sería última ratio dado que privaría al animal de ambos cuidadores temporalmente.

En las provisionales (103 CC) hay una vista donde cada parte expone su pretensión respecto a la mascota. Pueden llevar testigos que digan quién cuidaba al animal, o informes veterinarios. Dado que es un trámite rápido, no se entra a un examen tan exhaustivo como en el juicio principal, pero sirve para formarse una idea inicial. Lo primordial es asegurar que el animal esté

bien atendido durante el proceso y que ninguno de los litigantes quede en situación de indefensión respecto a su derecho.

La Ley de Enjuiciamiento Civil permite que, al presentar la demanda de divorcio o incluso antes, se soliciten medidas *inaudita parte* si hay urgencia. El art. 771.2 LEC, tras la reforma, autoriza al tribunal a decidir de inmediato sobre «*lo que considere procedente en relación con [...] la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía*». Algunos casos en los que se aplicaría serían, por ejemplo, cuando uno de ellos abandona el domicilio llevándose al animal sin consentimiento, y el otro pide medidas urgentes para recuperarlo; o cuando se teme que uno puede maltratar o deshacerse de la mascota por despecho, pidiéndose su intervención inmediata. En tales casos, el juez de guardia o el de familia pueden dictar auto ordenando, por ejemplo, la devolución inmediata del animal a la otra parte o su entrega a cuidado de un tercero temporalmente, etc., para evitar un perjuicio irreversible. Estas medidas son apelables y de corta duración (luego se confirman o modifican en la vista de medidas con las dos partes).

No podemos olvidar en este punto un aspecto colateral a tener en cuenta y es que, la existencia de estas medidas provisionales podría incentivar a las partes a negociar un acuerdo temprano —por ejemplo, tras ver el criterio provisional del juez— para evitar un pleito largo. Muchas veces, el auto de medidas provisionales deja entrever qué piensa el juez sobre quién debe quedarse con el animal y eso podría llevar a un convenio transaccional antes de la sentencia.

III. La «consideración jurídico-afectiva» de los animales de compañía: fundamentos, riesgos y ventajas

El núcleo teórico de este trabajo radica en la noción de «consideración jurídico-afectiva» de los animales de compañía en el Derecho de Familia. Con esta expresión nos referimos a un enfoque que integra los vínculos emocionales y la dimensión afectiva que unen a las personas con sus mascotas dentro del análisis jurídico y la toma de decisiones, sin por ello abandonar la base normativa ni caer en la mera sentimentalidad. El objetivo es mostrar que, lejos de ser un enfoque emotivo ajeno al Derecho, esta perspectiva puede articularse de forma racional y coherente con nuestro ordenamiento, enriqueciendo la interpretación de las normas recientes.

3.1. Concepto de «consideración jurídico-afectiva» y análisis crítico

Tradicionalmente, en Derecho Civil se marcaba una división tajante entre las relaciones personales-familiares (regidas por la afectividad, interés supe-

rior de personas dependientes, etc.) y las relaciones patrimoniales (regidas por la propiedad, la voluntad contractual y criterios económicos). Los animales de compañía se situaban en tierra de nadie, jurídicamente eran *res* (cosas), como ya hemos visto, pero en la práctica de las familias eran seres queridos, a medio camino entre un hijo y un bien. La consideración jurídico-afectiva supone reconocer jurídicamente esa realidad fáctica, otorgando relevancia legal a los lazos afectivos en juego[36]. Implica tratar las disputas por estos animales no como meros conflictos de propiedad, sino como conflictos de índole cuasifamiliar, donde se ponderan sentimientos, cuidados y bienestar, muy al modo de los conflictos sobre hijos (aunque obviamente con las distancias que impone la distinta naturaleza)[37].

Podemos definir la consideración jurídico-afectiva de los animales de compañía como aquella aproximación en la que el Derecho, al regular o resolver sobre la situación de una mascota, tiene en cuenta los vínculos emocionales existentes entre el animal y los seres humanos de su entorno familiar, así como el valor extrapatrimonial que dicho animal representa para ellos, integrando dichos elementos afectivos en la aplicación de las normas jurídicas. En otras palabras, es dotar de relevancia jurídica a la afectividad en las relaciones humano-animal.

Esta perspectiva se refleja en preceptos como el artículo 94 bis CC al hablar del «*interés de los miembros de la familia*» —que abarca claramente su interés afectivo, emocional y moral respecto al animal— y del «*bienestar del animal*» que introduce una consideración ética y empática hacia el sufrimiento o felicidad del propio ser vivo. Ambos criterios trascienden lo económico. Supone asumir que, por ejemplo, la tristeza de un cónyuge por perder a su mascota o la ansiedad de un perro por no ver a quien fue su compañero humano importan en la decisión legal.

La principal ventaja de este enfoque es la justicia material y la adecuación a la realidad social. Si la sociedad ve a las mascotas como miembros de la familia, el Derecho al reconocerlo logra soluciones más aceptadas y legítimas. Evita resultados insensibles y tiende puentes con la empatía promoviendo, además, el bienestar animal real. Considerar la afectividad significa evitar daños psicológicos al animal y satisfacer el interés emocional de las personas involucra-

36 *Vide*, en este sentido, la SAP de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, núm. 511/2025, de 28 de noviembre (ECLI:ES:APM:2025:16306) cuando el tribunal fundamenta su decisión con vistas a «garantizar de manera positiva el mantenimiento del apego y cariño mutuo».

37 En este sentido se pronuncia DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2023) «Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiliares. Su importancia tras la ruptura familiar» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, pág.1021 «las nuevas relaciones de convivencia que se establecen entre los animales y los seres humanos denotan que la verdadera naturaleza de los animales va más allá de la de seres sensibles pues además son considerados por la mayoría de las familias que se benefician de su compañía como *cuasi miembros familiares*».

das, mitigando el trauma adicional de una ruptura al no perder además a su mascota. Otra ventaja es la previsión de conflictos, al formalizar en convenios la situación del animal de compañía, se evitan disputas futuras o abandonos. Asimismo, la consideración afectiva está en línea con la evolución ética y jurídica global que tiende puentes hacia el reconocimiento de ciertos derechos o intereses propios de los animales, más allá de su valor de mercado. Por tanto, refuerza la coherencia del ordenamiento con esa tendencia.

Desde un punto de vista práctico, este enfoque obliga a soluciones casuísticas y ponderadas, lo cual lleva a resoluciones motivadas y razonadas, lo que redunda en calidad de la justicia. Un divorcio resuelto con un simple «el perro es un bien ganancial, se lo adjudico al esposo con un valor X» puede parecer frío e insatisfactorio; en cambio, una sentencia que argumenta sobre quién estaba más vinculado al perro, cómo se garantizará su cuidado, etc., es más comprensible para las partes y la sociedad, otorgando sensación de decisión equitativa.

Sin embargo, la consideración jurídico-afectiva no está exenta de riesgos y críticas. La primera crítica es lo que se conoce como antropomorfismo jurídico, esto es, exagerar la asimilación de la mascota a un hijo. Se teme caer en tratar a los animales exactamente igual que a personas, proyectando sentimientos humanos en ellos de forma poco realista. Un ejemplo sería pretender oír la «voluntad» del animal (ridículo en términos procesales) o litigar por custodia de un pez dorado con la misma intensidad que por un menor. Los detractores advierten que no debemos «*judicializar las emociones*» en exceso ni convertir a los jueces en árbitros de sensiblerías. Aquí el cuidado debe ser mantener la proporcionalidad reconociendo que, si bien las mascotas importan, no son titulares de derechos equiparables a los humanos, ni la disputa puede alargarse o dramatizarse indefinidamente en sede judicial. La respuesta a esto es que la ley misma impone como tope el *bienestar del animal*; no se trata de atribuir derechos subjetivos al animal como tal, sino de atender a su protección objetiva.

Otra objeción sería que, al introducir conceptos como bienestar animal o lazo afectivo, se deja mucho a la subjetividad del juez, pudiendo generar decisiones dispares. Además, algunos juristas temen que la justicia se llene de «pruebas sentimentales» (fotos abrazando al perro, etc.) difíciles de contrastar objetivamente. Para mitigar esto, es importante desarrollar criterios orientadores, como los enumerados en este epígrafe, que den cierto marco objetivo, por ejemplo, pruebas de quién pagaba y cuidaba, informes veterinarios, etc. con independencia de quién «llore» más en el juicio.

Otra crítica pragmática es que añadir esta materia a los juzgados de familia (ya saturados con custodias de hijos, pensiones, etc.) supone más litigios. Sin la consideración afectiva, muchos acababan resignados a quien tenía la propiedad. Esto es cierto en parte puesto que, si bien es cierto que se han abierto las puertas a nuevos litigios, también se fomenta que estas cuestiones se incluyan

en convenios y se resuelvan de mutuo acuerdo. A largo plazo, la clara regulación debería minimizar pleitos, porque las partes sabrán a qué atenerse (por ejemplo, parejas jóvenes podrán pactar *de antemano* quién se quedaría con el animal en caso de ruptura, sabiendo que legalmente es válido).

También constituye tema de debate la hipotética creación de una especie de «estado civil» de los animales de compañía. Es decir, de la misma manera que, tras un divorcio, se determina el estado civil de los hijos (custodia, visitas) ¿cabría hablar de un *estado familiar del animal*? En mi opinión, quizá sea llevar demasiado lejos la analogía. Por ahora, la ley no otorga al animal derechos de visita *per se*, sino que son derechos-deberes de los dueños que redundan en el animal. Sin embargo, conceptualmente nos acercamos a reconocer que el animal tiene una posición cuasi-sujeto en la relación: el lenguaje «custodia», «visitas», «bienestar» es propio de sujetos de protección. La Exposición de Motivos de la Ley 17/2021 recuerda que se optó no por una formulación negativa, «los animales no son cosas», sino por la formulación positiva del art. 333 bis *(«seres vivos dotados de sensibilidad»)*, para marcar que son una categoría especial, distinta de personas y de cosas. Esto alimenta la idea de que el Derecho de familia deberá tratar a las mascotas como una categoría intermedia: no son hijos (no hay patria potestad, ni representación legal), pero tampoco meros objetos (hay que decidir su guarda atendiendo a factores extrapatrimoniales).

Desde la filosofía del Derecho, podríamos enmarcar esta consideración afectiva dentro de la teoría de los «terceros en la familia»: tradicionalmente, la familia estaba compuesta de personas con roles (cónyuges, padres-hijos). Ahora introducimos formalmente a un *tertium genus*, un ser no humano, en las disputas familiares. Esto obliga a ampliar la noción de familia más allá de la especie humana. Para algunos iusfamilistas, esto es coherente con la realidad de las familias multiespecie del siglo XXI[38]; para otros, es conceptualmente perturbador.

En definitiva, podemos afirmar que la *consideración jurídico-afectiva* es un signo de progresividad jurídica, alineado con valores contemporáneos (empatía, bienestar animal, respeto a los lazos de cariño) que, como todo avance jurídico, requiere madurez en su aplicación, esto es, implica encontrar un equilibrio: ni trivializar a los animales como cosas prescindibles, ni caer en un exceso de subjetivismo emotivo. Si se logra ese balance, las decisiones serán no solo más humanas sino también más sensatas jurídicamente, pues cumplirán mejor la finalidad que toda norma persigue: la paz social y la protección de intereses legítimos (aquí, los de la familia y los del animal como ser sintiente).

38 *Vide* Fuentes-Lojo Rius, A. (2022) «Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: Familienmitglied» en *Actualidad Civil,* núm. 2, págs. 234-268.

3.2. Principios jurídicos involucrados: interés familiar, bienestar animal, autonomía de la voluntad y protección de menores

La incorporación de la dimensión afectiva en las disputas por mascotas no ocurre en el vacío, sino que se apoya en principios generales y valores jurídicos reconocidos, que sirven de anclaje teórico y práctico. Analizaremos a continuación los más importantes:

a) Interés familiar. El artículo 94 bis CC menciona expresamente este criterio. Incluye, por un lado, el interés afectivo/emocional de cada miembro, y, por otro, incluye consideraciones pragmáticas familiares (ej.: si uno de los cónyuges sufre especial soledad o vulnerabilidad y el animal le supone un apoyo emocional crítico, su interés familiar sería mayor). También abarca, como ya dijimos, el interés de los hijos menores de la familia en relación con el animal ya que, sin lugar a duda, el vínculo creado con su mascota es parte del interés superior del menor. Podemos considerar que el interés de los miembros de la familia es un concepto relacional y compuesto con el que se busca la solución que cause el menor detrimento global a las personas involucradas. En ocasiones puede exigir soluciones salomónicas como compartir tiempos para que ambos conserven al ser querido.

b) Bienestar del animal. Equivale a importar al Derecho civil el concepto central del Derecho animalista y de protección animal. El bienestar animal se suele definir como el estado en que el animal puede desarrollar sus necesidades naturales, sin sufrimiento evitable, con buena salud física y mental[39]. Incluye la alimentación adecuada, ejercicio, atención veterinaria, ausencia de maltrato y estrés, etc. Por tanto, si una opción de custodia supone dejar al perro solo muchas horas *versus* otra que lo tendría acompañado, el bienestar indica la segunda. Si un cónyuge ha maltratado antes al animal, su bienestar exige que no se le entregue a él. Este principio introduce una perspectiva «subjetiva» del animal: se pondera qué conviene *al propio animal*, no solo a los humanos. Es un cambio importante: antes solo importaba qué querían, o qué derechos tenían los dueños; ahora también importa (aunque no sea sujeto de derecho) el interés del animal. Algunos autores lo equiparan a un «*interés superior del animal*», paralelo al del menor. Sin embargo, técnica-

39 Para un análisis más detallado del significado de este término y de la inseguridad a la que puede llevar su indeterminación, *vide*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2022) «El bienestar animal como ser sintiente: un nuevo principio general para el Derecho de los animales» en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo) Reus, Madrid, págs. 237 y ss. El autor propone como alternativa «justa y segura» para el bienestar del animal la consideración de éste como parte del hogar o de la vivienda familiar, pero no como «inmueble o pertenencia de la vivienda» (que podría ser tachado de «cosificación» del animal) sino como parte del hogar y, en cierto modo, como parte de la propia familia.

mente la ley no habla de «interés superior», quizá para no igualarlo al menor, sino de *bienestar* (concepto más ligado a condiciones objetivas de vida)[40].

c) Autonomía de la voluntad. En materia de familia, la autonomía de la voluntad está limitada, pero existe (convenios reguladores, etc.). En el caso de los animales de compañía, se promueve que las partes alcancen acuerdos sobre su custodia. El principio de autonomía privada implica respetar los pactos válidamente concluidos. Si los cónyuges pactan que el perro se queda con A y que B podrá sacarlo a pasear los sábados, el juez —salvo que vea lesión del bienestar animal— lo aprobará. El artículo 90.2 CC sólo prohíbe los acuerdos «*gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía*» *(en cuyo caso será el juez quien* «*ordenará las medidas a adoptar*»*)*, por ejemplo, pactar que ninguno se queda al perro y lo llevan a una protectora (abandono encubierto); o pactar un régimen de visitas que claramente estresaría al animal (cambios diarios de domicilio) —aunque esto último quizá lo permitirían si ambos insisten, salvo que un perito advierta perjuicio—. También se respeta la autonomía en sentido de propiedad, por ejemplo, si en capitulaciones o en contrato privado uno se reservó la propiedad del animal, podría alegarse, aunque no será vinculante absoluto, pero sí un factor.

d) Interés superior del menor. Ya lo hemos enfatizado, cuando en la familia hay menores, el interés superior de éstos es un principio rector que domina todas las decisiones familiares. Si el menor está muy vinculado a su mascota, su bienestar emocional puede depender en parte de seguir teniéndola a su lado tras el divorcio de sus padres. Psicólogos infantiles señalan que, en las crisis familiares, a los menores les ayuda mucho mantener rutinas y vínculos constantes, y su mascota suele ser un factor de estabilidad emocional. Por tanto, como hemos visto anteriormente, si hay un menor especialmente vulnerable, su derecho a conservar a su mascota puede determinar las demás medidas (custodia nido)[41]. Ahora bien, el interés del menor *no siempre coincide* con el del animal (un niño podría querer al perro con él incluso si el perro sufre viajando; ahí habría que sopesar las opciones). En general, si no hay conflicto, se intenta que el menor *no pierda a su mascota*. Sólo en aquellos

40 Este principio se vincula directamente con la normativa extrafamiliar: por ejemplo, la Ley de bienestar animal 7/2023 define estándares (no encadenar perros permanentemente, etc.) que el juez deberá respetar. Si un cónyuge vive en un lugar donde el animal no puede salir o vive encadenado (violando la normativa), eso atenta contra su bienestar y el juez descartaría esa opción.

41 Podemos citar, como ejemplo, la ya citada SAP de Vizcaya, sección 4.ª, 19/2023, de 12 de enero, en la que se establece la custodia compartida del menor y del perro en una misma resolución con el sistema de «casa nido», como ya hemos visto. El tribunal motivó su decisión por las necesidades del niño, que sufre un retraso en su desarrollo, y los beneficios terapéuticos de su perro por lo que considera lo más conveniente para el interés del menor que éste permanezca siempre con aquél. Se ignora la titularidad formal del perro (de la madre) por primar el interés del menor y la sensibilidad del animal estrechamente unido a él.

casos en los que el animal no pudiera estar con el menor por algún motivo extraordinario, se optaría por soluciones alternativas. En fin, la protección del menor actúa como un *superprincipio* de manera que, ninguna decisión sobre el animal de compañía debe perjudicar gravemente a un menor de la familia y, si hay que sacrificar algo, se sacrificará la preferencia del adulto por encima del beneficio del menor[42].

e) Otros principios y valores. Podríamos mencionar también el principio general de responsabilidad y solidaridad familiar. Así como los cónyuges deben cooperar en la crianza de hijos aun divorciados, de algún modo se espera cierta cooperación en el cuidado de la mascota común (solidaridad reflejada en reparto de gastos, etc.). También el principio de *evitación del enriquecimiento injusto:* uno no debe quedarse con el animal y hacer que el otro pague todo sin compensación, ni viceversa, por eso se reparten cargas equitativamente. En materia procesal, se ha invocado el principio de economía procesal para, por ejemplo, resolver la custodia del animal de compañía en el mismo proceso de divorcio en vez de obligar a otro juicio, evitando así dilaciones innecesarias, eso sí, siempre que se pida correctamente[43].

Por último, cabe hacer una reflexión sobre la eventual colisión de derechos fundamentales que a veces se alega en estos casos. Por ejemplo, alguien podría decir que prohibirle tener su mascota vulnera su derecho a la propiedad (art. 33 CE) o su derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE, su familia

42 *Vide*, en este sentido, Clavijo Suntura, J.H. (2023) «El interés del menor en la custodia de los animales de compañía» en La protección del menor: un análisis desde las ciencias jurídicas, J.M. Bosch editor, Barcelona, págs. 81-103.

43 Respecto a la posibilidad de pedirlo en cualquier fase del proceso, o, incluso, si es posible que el tribunal se pronuncie de oficio sobre esta materia, la sentencia núm. 1015/2024 de la sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4146) resuelve ambas cuestiones en sentido negativo abordando así un tema procesal importante. En un divorcio sin hijos, la esposa en la vista del juicio planteó que el juez decidiera las cargas de dos gatos que convivían con ella, pidiendo que el esposo contribuyera a sus gastos, y citando para ello lo dispuesto en el art. 94 bis CC. El juzgado accedió y obligó al exmarido a pagar la mitad de los gastos de los gatos. Éste apeló alegando indefensión (no pudo discutirlo porque se introdujo extemporáneamente) y la Audiencia Provincial le dio la razón. El asunto llegó al Tribunal Supremo quien confirma que las pretensiones sobre mascotas deben plantearse en la demanda o contestación, no sorpresivamente en la vista, pues requieren debate y prueba. De lo contrario, se vulnera el principio de contradicción. Esta decisión sienta un criterio: la parte que quiera algo relativo al animal (sea custodia, sea gastos) debe incluirlo oportunamente en sus pretensiones para que pueda practicarse la prueba pertinente (copropiedad, convivencia de los animales, etc.).
En el mismo sentido, la SAP de San Sebastián (sección 3.ª) núm. 742/2025, de 15 de diciembre (ECLI:ES:APSS:2025:1230) cuando afirma, citando la STS 1015/2024, que «la pretensión que pretenda introducirse en relación a los animales de compañía deberá realizarse mediante la oportuna reconvención que deberá articularse en forma conforme a los requisitos previstos en los arts. 406 y 399 LEC, sin que baste a estos efectos con incluir en la fundamentación jurídica y el suplico del escrito de contestación a la demanda la concreta pretensión interesada en relación a las mascotas sin alegar motivación alguna para sustentarla, como ha sucedido en el caso de autos».

incluía al animal). Sin embargo, dado que la ley prevé esa redistribución de custodia, se entiende que es limitación conforme a ley y proporcional, no contraria a la Constitución. De hecho, el legislador moduló el derecho de propiedad en aras de estos nuevos valores, y al ser una ley ordinaria y no haberse impugnado, se presume constitucional. El derecho a la propiedad sobre el animal pasa a ser relativo y sometido a función social (su protección como ser sintiente y su integración familiar, podríamos decir, es la función social que limita el dominio absoluto).

IV. Vacíos normativos, retos prácticos y propuestas de reforma

Pese al gran avance normativo, subsisten algunos vacíos legales y problemas prácticos cuya solución aún está en construcción. En este epígrafe identificaremos cuáles son los principales y sugeriremos algunas propuestas de mejora.

Como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, la ley no prevé expresamente la asignación de los animales de compañía en procedimientos de medidas paternofiliales (uniones de hecho con hijos) ni, menos aún, en ruptura de parejas sin vínculo formal ni hijos. Una reforma legal podría extender la aplicación de los artículos 94 bis y 103 1.ª CC a «*las relaciones análogas de afectividad*» para el caso de ruptura (similar a como algunas leyes autonómicas de pareja equiparan derechos)[44]. Otra vía posible sería la de la jurisdicción voluntaria. Se podría habilitar un «*expediente de jurisdicción voluntaria para guarda de animal de compañía en caso de cese de convivencia no matrimonial*». Sería un proceso sencillo, sin necesidad de pleito contencioso, ante juez o LAJ, donde tras oír a ambos se dicte una resolución similar a un convenio regulador homologado. Actualmente esto no existe, pero sería una buena adición a la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

No nos podemos olvidar tampoco de la mediación como espacio adecuado y constructivo de intercambio para lograr un acuerdo efectivo y válido con el fin de alcanzar soluciones que resulten satisfactorias a todas las partes implicadas en el conflicto[45].

---

44 Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2022) *op. cit.* pág. 232 señala que «del mismo modo que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el artículo 96 CC, sobre atribución del uso de la vivienda familiar, es aplicable a las parejas de hecho (eso sí, con hijos comunes) no tanto por su analogía con el matrimonio, sino por la exigencia de igualdad de todos los hijos, tal vez cabría predicar idéntico argumento para que el juez aplique los criterios de solución de los artículos 94 bis y 103.1.ª CC a las pareja de hecho con mascotas, no tanto por su analogía con el matrimonio, sino por la necesidad de proteger el bienestar del animal, con independencia de a quien corresponda su propiedad».

45 Recordemos que la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, exige, con carácter general en el orden civil, acudir a

Por otro lado, como veíamos al tratar el tema de la titularidad, la ley ordena la inscripción en el registro de identificación de animales (art. 94 bis CC) pero, técnicamente, muchos sistemas informáticos solo dejan un propietario, con el consiguiente problema en los casos de cotitularidad. Hasta la fecha, no se ha anunciado una adaptación a estos casos por lo que proponemos crear un campo de «otros responsables» en la base de datos de microchip para permitir anotar a ambos custodios o al custodio y al visitante autorizado. Además, incluir un campo de «observaciones judiciales» donde se pueda volcar una referencia (por ej.: «Custodia compartida según Sentencia XX) Esto exige coordinación con las Comunidades Autónomas (que gestionan estos registros). Mientras esto se implementa, los interesados pueden voluntariamente firmar en la clínica veterinaria un documento para figurar ambos como contactos de emergencia, etc., pero legalmente la orden es hacerlo oficial. Es un reto más administrativo que jurídico, pero crucial para evitar, por ejemplo, que uno venda el animal alegando figurar como único dueño (un comprador que revise el chip, si viera anotación judicial de custodia compartida, se abstendría).

Por lo que respecta a la ejecución del régimen de visitas, podemos afirmar que, si una parte incumple entregas, la ejecución es posible, pero ¿qué pasa si persiste? en el caso de los menores, se llega incluso a modificar la custodia. En animales, cabría lo mismo, si el custodio boicotea las visitas, quizás la sanción última sea cambiar la custodia al otro, por entender que así se garantiza mejor el derecho de ambos y se castiga el abuso. Los jueces podrían aplicar analógicamente la doctrina de incumplimiento del régimen de visitas en los supuestos de menores. Otra cuestión relacionada con la anterior es cómo actuar si no se cumple con la orden de entrega del animal y debe intervenir la policía. Se trata de una situación límite pero que, por desgracia, se producen, como también ocurre con los menores. Recoger al animal a la fuerza puede ser traumático, e, incluso, peligroso. Lo deseable sería que la policía actuara con un veterinario o profesional animalista para manejar al animal sin estrés y, quizás, en presencia del ejecutante, para que el animal vaya con una «cara conocida».

También nos encontramos ante un vacío normativo en los casos en los que se produce un traslado interprovincial o internacional por parte de uno de los excónyuges. Si uno de ellos quiere mudarse con el animal, máxime si se trata de otro país, surge un conflicto similar al de la sustracción de menores. Legalmente, si hay custodia compartida o visitas ordenadas, no podría sin consentimiento o modificación de las medidas. A falta de norma, se aplicaría el sentido común, aunque desde aquí proponemos introducir en la ley un requisito de comunicación o autorización para cambio de residencia del ani-

un medio adecuado de solución de controversias —MASC— (como la mediación) antes de presentar demanda, salvo excepciones. En materia de efectos de la crisis matrimonial, el acuerdo alcanzado puede homologarse judicialmente.

mal si afecta al régimen (similar al del art. 158.3.º CC para hijos). En los convenios, se podría incluir una cláusula señalando que «*si alguno de los cónyuges pretende cambiarse de ciudad con la mascota, deberá notificarlo con X antelación y obtener acuerdo, so pena de incurrir en incumplimiento*».

Un problema práctico se plantea en aquellos supuestos en los que el animal es ganancial y lo adjudican a uno de los cónyuges en el convenio, ¿se debería compensar al otro por su «valor»? Muchos convenios simplemente obvian ese detalle, considerando que su valor económico es irrelevante comparado con el afectivo. En la mayoría de los casos se intenta no asignar un valor monetario, salvo que sea un caso especial (ej.: un caballo de competición muy valioso, que es mascota y activo a la vez). En la mayoría, su valor venal es bajo o nulo (un perro mestizo adoptado no tiene «valor de mercado»), por lo que adjudicarlo a uno sin compensación es natural. Si tuviera valor (raza pura, cría), es más complejo, la persona que lo reciba debería compensar al otro su mitad del valor comercial, *pero* con el límite de que no desvirtúe el bienestar. Para evitar estas situaciones, quizá convenga legislar que la atribución de un animal de compañía a uno de los excónyuges no generará compensación económica al otro, equiparándolo a bienes de contenido personalísimo.

En cuanto a los animales que no son de compañía en sentido estricto, pero tienen apego familiar, debemos recordar que la Ley 17/2021 no define «animal de compañía» y, aunque su espíritu es hacer supletoria la protección especial a otros animales cuando haya una relación de afectividad, no lo establece así expresamente. El problema se plantea, por tanto, cuando, por ejemplo, un caballo, aunque sea de competición, es considerado por la familia como su mascota o es utilizado por ésta para tratamientos de equinoterapia. ¿Qué ocurriría en este caso si los cónyuges se divorcian? ¿Debería el tribunal considerar al caballo como un animal de compañía y aplicar el artículo 94 bis CC? Nuestra propuesta no es sólo que los jueces atiendan a la finalidad real del animal, como así vienen haciendo, de tal forma que, si para la familia se trata de un animal de compañía, aunque no típico, podrían aplicarlo, velando a su vez, como ya sabemos, por el bienestar animal; sino también que, en un futuro próximo, el texto de la norma cambie su redacción y se hable de «animales con los que se tenga un vínculo especial».

V. Bibliografía

Bastante Granell, V. (2022) «Parejas de hecho y animales de compañía» en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo) Reus, Madrid.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2022) *Crisis familiares y animales domésticos*, 2.ª edición, Reus, Madrid.

— (2022) «El bienestar animal como ser sintiente: un nuevo principio general para el Derecho de los animales» en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo) Reus, Madrid.

— (2025) «Crisis familiares y animales domésticos: entre el bienestar del animal y la tutela judicial efectiva (del ser humano). Comentario a la STS 1015/2024, de 17 de julio en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 127.

Clavijo Suntura, J.H. (2023) «La custodia de los animales de compañía en la Ley 17/201» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 798, págs. 2119-2142.

— (2023) «El interés del menor en la custodia de los animales de compañía» en *La protección del menor: un análisis desde las ciencias jurídicas,* J.M. Bosch editor, Barcelona, págs. 81-103.

Chaparro Matamoros, P. (2024) «El cuidado de los animales de compañía en defecto de acuerdo tras la crisis conyugal. Breve comentario al nuevo art. 94 bis CC» en *Familia Sucesiones ICAV*, n.º 29, págs. 14-20.

De la Iglesia Monje, M.ª I. (2023) «Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiilares. Su importancia tras la ruptura familiar» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, págs. 1019-1038.

De Verda y Beamonte, J.R. (2024) «Animales de compañía y crisis familiares: criterios interpretativos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4.

Domínguez Luelmo, A. (2022) *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica,* Reus, Madrid.

Fuentes-Lojo Rius, A. (2022) «Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: Familienmitglied» en *Actualidad Civil,* núm. 2, págs. 234-268.

Giménez-Candela, M. (2021) «Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal» en *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies*) vol. 12/2, págs. 7-22.

Martos Calabrús, M.A. (2022) «Sucesión mortis causa y animales de compañía. A propósito del nuevo artículo 914 bis del Código Civil» en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 9, núm. 3, págs. 289–314.

Navarro Sánchez, D. (2022) «El proceso de descosificación de los animales. Crisis de pareja: desde los pronunciamientos judiciales hasta la regulación legal en España» en *Derecho Animal*, 13(1), págs. 65-78.

Olivera Oliva, M. (2023) *Los animales de compañía en las crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Ortiz Fernández, M. (2022) «Reflexiones en torno a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: la protección de los animales como seres sintientes» en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 17, págs. 400-425;

— (2024) «El régimen jurídico de los animales domésticos en las crisis familiares» en *GPS Familia* (dir. José Ramón de Verda y Beamote) 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

Peguero Carrero, B. (2022) «Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre» en *Diario La Ley,* núm. 10177, Sección Tribuna.

Torres Perea, J. M. (2020). *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles,* Reus, Madrid.

Trujillo Villamor, E. (2022) *Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del Código Civil*. Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)

Vázquez Muiña, T. (2022) «Parejas de hecho y animales de compañía tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre» en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* n.º 17, págs. 2608-2631

VI. Jurisprudencia

Tribunal de Justicia Europeo

- Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 16 de octubre de 2025, Asunto C-218/24 (ECLI:EU:C:2025:794).

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo (sala 1.ª) núm. 1015/2024, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4146).

Audiencias provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12.ª) núm. 465/2014, de 7 de febrero de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:8157).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 4.ª) núm. 19/2022, de 12 de enero de 2023, ECLI:ES:APBI:2023:222).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (sección 2.ª) núm. 133/2023, de 23 de febrero (ECLI:ES:APH:2023:133).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 6.ª) núm. 526/2023, de 3 de noviembre (ECLI:ES:APPO:2023:2608).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 31.ª) núm. 18362/2023, de 30 de noviembre (ECLI:ES:APM:2023:18362).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18.ª) núm. 440/2024, de 11 de enero (ECLI:ES:APB:2024:440).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18.ª) núm. 1577/2024, de 21 de febrero (ECLI:ES:APB:2024:1577).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 2.ª) núm. 634/2024, de 7 de marzo (ECLI:ES:APZ:2024:634).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3.ª) núm. 27/2025, de 20 de enero, (ECLI:ES:APC:2025:199).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 6.ª) núm. 1435/2025, de 26 de mayo (ECLI:ES:APPO:2025:1435).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 5.ª) núm. 377/2025, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APGR:2025:1804).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, núm. 511/2025, de 28 de noviembre (ECLI:ES:APM:2025:16306).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián (sección 3.ª) núm. 742/2025, de 15 de diciembre (ECLI:ES:APSS:2025:1230).

Tribunales de primera instancia

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid núm. 88/2019, de 27 de mayo (ECLI:JPI:2019:88).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo, núm. 63/2022, de 2 de febrero, (ECLI:JPI:2022:63).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander, núm. 476/2024, de 2 de septiembre (ECLI:ES:JPI:2024:268).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 68 de Madrid, núm. 308/2024, de 19 de septiembre (ECLI:ES:JPI:2024:270).

Otros juzgados

- Sentencia núm. 1133/2025 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, núm. 1133/2025, de 22 de septiembre.

18

LA DECLARACIÓN DE SINTIENCIA DE LOS ANIMALES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS. ANIMALES Y DERECHO, DERECHO DE LOS ANIMALES

M. Virtudes Azpitarte García

Registradora de la Propiedad
Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia.
mvazpitarte@registradores.org
mvazpitarte@me.com

Sumario: I. Derecho y animales. II. Derechos de los animales.

Resumen: Dos cuestiones interconectadas se plantean en este artículo. La primera cuestión analiza si el Derecho es la institución adecuada para regular las relaciones con otros animales no humanos o si, al contrario, es una institución exclusiva de las relaciones entre humanos, una creación de la especie humana para sí. Con el trasfondo del tema del origen del pacto social, el debatido nexo entre naturaleza y cultura, se analizan las características y problemas que presentan las leyes que abordan la cuestión animal. El debate entre abolicionistas y «welfaristas» polariza el debate actual en el movimiento animalista, abolir o regular, coherencia o posibilismo, las leyes huyen de la utopía. Se analiza la figura del sujeto de derecho y la representación. La segunda cuestión es un breve resumen de las diferentes propuestas de los autores más destacados en torno a la estructura jurídica que debe armar el tema de la justicia para los animales, desde la propiedad, personalidad, derechos o ciudadanía. Finalmente, un análisis del derecho positivo en España, tras las recientes reformas del Código civil y la Ley 7/2023, de 28 de marzo de protección de los derechos y el bienestar de los animales.

Dos son las cuestiones principales que trato en este breve artículo: si el derecho como institución es aplicable a las relaciones humanas con todos los seres vivos, o es una institución humana, demasiado humana. Una creación del hombre para el hombre, en la que, como mucho, tendrían cabida otros seres vivos mientras sean cosificados.

La otra cuestión es la famosa polémica sobre si los animales tienen derechos, si podemos hablar de derechos, como categoría jurídica, de los animales.

I. Derecho y animales

Derecho y animales son una extraña pareja; se presentaban como dos universos antagónicos, que se excluían entre sí. El Derecho se proyectaba como el mundo de la organización normativa y racional, incluso suponía la superación del estado de naturaleza. Una organización cultural construida a espaldas de la naturaleza. Ese es el origen del pacto social, el abandono del estado de naturaleza por necesidad o miedo, un estado negativo que era necesario superar. Algunos autores, siguiendo la teoría del pacto social de John Rawls en *Teoría de la Justicia*, forzando un tanto la interpretación de los textos, se plantean —y defienden— si ese pacto inicial fue consensuado con otras especies, con otros animales no humanos; pero tristemente no puedo llegar a esa conclusión, dado la especial estructura volitiva, totalmente antropomórfica, con que diseña Rawls el pacto —algunos autores, como Mary Midgley, consideran que el pacto social es uno de los grandes mitos de la humanidad—. A riesgo de simplificar demasiado las intricadas relaciones entre cultura y naturaleza, el Derecho, como todas las instituciones culturales, se construyó por el humano a espaldas de la naturaleza. El origen del Estado suponía el abandono del estado natural, por conveniencia, por necesidad, por miedo —según las distintas propuestas de Rousseau, Hobbes, Rawls— para vivir en una organización jurídica y política, privativa de la especie humana. La coexistencia de todos los seres de la naturaleza, seres relacionales, esa malla de seres vivos interconectados que es la naturaleza, se «superaba» a través de un entramado jurídico de origen contractualista, una convivencia regulada sólo para humanos. Tom Regan, opina que la exclusión que hace Rawls de los animales de la clase de individuos merecedores de deberes de justicia es consistente, pero lo es solo porque las bases para excluirlos son arbitrarias[1].

Recientemente, sin embargo, son muchos los que reclaman una nueva consideración de las relaciones con los animales, una mayor protección frente a la anomia anterior. Parece ser —no todos lo comparten— que la justicia, concebida como la preocupación o cuidado del otro, sí es universal. Observamos en los animales comportamientos que se consideraban exclusivos de los humanos, como el perdón, la confianza, y la cooperación; ésta última clave en la evolución natural, según Darwin. Me resisto a considerarlo una moda ni una nueva sensibilidad. Presenciamos un movimiento social pro-justicia con los animales, de alcance civilizatorio, un giro jurídico, ético y cultural. Como tal, son muchas las razones que se esgrimen: quizás sea producto de una evolución cultural; algunos precisan que estamos ante una etapa más del desarrollo histórico de la justicia; otro hablan del progreso, es un progreso de la sociedad, aunque el progreso meramente económico ha multiplicado el horror para los animales; para los que creen que el progreso es un mito,

1 Regan, Tom, *En defensa de los derechos de los animales,* Universidad Autónoma de México, ciudad de México, 2016.

como John Gray o la citada Midgley, simplemente es una etapa coyuntural e histórica, pasajera como cualquier otra; para muchos se trata de la evolución moral que ya nos describía Darwin, tras sus viajes observando no solo los animales sino también las distintos pueblos y culturas humanas; Bentham prefiere hablar de evolución político jurídica; algunos teóricos de los Derechos Humanos opinan que estamos ante una nueva frontera en la historia de los derechos humanos, la última frontera con ese otro protegido a través de la lucha por los derechos. Lo cierto, sea cual sea la postura adoptada, es que es indudable que presenciamos un giro social, aunque sea de manera incipiente. Incluso algunos partidos llevan la necesidad de la protección de los animales, de la justicia para los otros seres vivos, como objetivo principal, dado el silencio de la mayoría. La pregunta es si puede un partido político desconocer este tema, como si fuera una cuestión accesoria y prescindible[2].

El tema se plantea en la actualidad como una cuestión ética basada en la sintiencia animal, que fue consagrada constitucionalmente por primera vez en la Constitución alemana (por razones religiosas) y posteriormente en otras muchas como la austriaca o suiza, actualmente en muchas más. Se fundamenta en la declaración de Cambridge *(Declaration on Consciousness)*, los animales son *sentient beings*. También en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, concretamente en el artículo 13 TFUE que, tras vacilaciones doctrinales, se considera actualmente principio rector de toda la normativa europea.

Son seres sentientes aseveran los juristas, pues menuda obviedad (por cierto, una de las paradojas de la experimentación animal es que no tendría sentido si esa sintiencia —que niegan obstinadamente los responsables de esos experimentos— no existiera, por ejemplo, al probar en perros efectos de drogas o causarles comportamientos depresivos). Sin embargo, sí es un paso adelante que se recoja en una Constitución, que se legisle. Es crucial que el trato con los animales deje de ser una cuestión privada y pase a ser una cuestión jurídica que genera, de momento, obligaciones. Que los animales sufren y sienten creo que no es necesario demostrarlo. No obstante, no caben en una imaginación sana los experimentos científicos que tratan de demostrarlo despedazando a los animales. Por ejemplo, para la analizar empatía en ratas se inyectó ácido en dos ratones adultos que comenzaron a retorcerse de dolor. Los otros ratones que lo vieron tenían miedo y gritaron también. Son experimentos que solo demuestran palmariamente la cortedad de miras e insensibilidad del etólogo, biólogo o cualquier científico. No se puede comprender lo que no se ama o respeta. El riesgo es la curiosidad malsana, la incomprensión de lo observado. Sentimos horror ante los terribles experimentos para demostrar que los animales sienten. Creo que por eso tiene tanto éxito Jane Goodall. Su mentor la eligió para estudiar animales en la selva, a pesar de o precisamente por su falta de estudios universitarios;

2 Pelluchon, Corinne, *Manifeste Animaliste. Politiser la cause animale.* Alma, París, 2017.

una mente que no estuviera contaminada por el pensamiento reduccionista de la etología del momento y sí tuviera una pasión para aprender de los animales; aparte de que una mujer sería más paciente en el estudio de campo.

En España se reconoció la sentiencia o sintiencia de los animales en 2021. Sin embargo, subsiste la tauromaquia, se pretende crear una granja de pulpos, se organizan y ofertan partidas de caza a otros países en una feria al efecto (osos polares, rinocerontes, elefantes). Entonces... ¿Qué consecuencias tiene esta declaración? Es desolador ver el corto alcance de tal declaración, sobre todo desde el punto de vista normativo. ¿Qué es lo que ha cambiado? Se ganan batallas y se pierde la guerra. Incluso podemos aventurar que la situación fáctica de los animales ha empeorado actualmente, sensiblemente.

El debate entre abolicionistas y «welfaristas» polariza la teoría y también la estrategia entre animalistas. Los abolicionistas acusan a los primeros de buscar objetivos muy cortos que se pueden volver contraproducentes; los «welfaristas» consideran a los abolicionistas como fundamentalistas. Gary Francione, cabeza del abolicionismo, tiene una posición coherente e intachable, pues los animales tienen un valor en sí mismos y, por tanto, ninguna consideración puede prevalecer sobre su valor intrínseco, ninguna discriminación sería admisible. Los animales o son cosas o son personas, y no debemos regular cómo es su uso, ese no es el objetivo, sino suprimir ese uso porque éste es incompatible con su consideración jurídica[3]. Las medidas de bienestar animal no deben consistir en menos sufrimiento, sino en ningún sufrimiento; no se trata de cadenas más largas para los esclavos sino de suprimir esas cadenas. Además, el «welfarismo» como estrategia es peligrosa, porque regular el uso de los animales puede mandar el mensaje de que si son explotados «con cariño» eso es éticamente aceptable, incluso el objetivo a conseguir. Y ello puede suponer un paso atrás, dado que los estándares de reforma son necesariamente bajos. Por ejemplo, cita un movimiento que pretendía acabar con la vivisección. La sentencia de muerte fue una legislación que pretendía hacerla más humanitaria, pero lo que consiguió es normalizarla, y convertirla en moralmente aceptable. Así que la campaña contra la vivisección terminó por incrementar la aceptación pública de la vivisección. Pero en la votación sobre la prohibición de granjas de animales para pieles en California, Francione consideró que era insuficiente, monotemática, no una reforma radical y voto en contra, lo que es difícil de perdonar.

En un sentido distinto, pero en la misma línea, Mark Bekoff recalca que la llamada ciencia del bienestar sigue favoreciendo nuestros intereses por encima de los intereses de los animales y subestima a éstos reconociendo

3 Francione, Gary, Garner, Robert, *The Animal Rights Debate. Abolition o Regulation?* Columbia University Press, New York, 2010.
Francione, Gary, *Rain without thunder. The ideology of the Animal Rights Movement,* Temple University Press, PHILADELPHIA, 2007

sólo sus necesidades más elementales. Cuando la ciencia bienestarista es utilizada por el productivismo empeora incluso la situación de los animales, buscando conductas antinatura que beneficien la productividad. Yuval Noah Harari dice que la industria agroalimentaria es el mayor crimen de la historia, porque la ciencia del bienestar opera a favor de pluralidad de industrias. Jonathan Safron, denuncia la industria ganadera, por su crueldad y oscurantismo. En un sentido similar, Tom Regan: cuando los portavoces de la industria ganadera emplean palabras tales como *bienestar (welfare), tratamiento humano (human treatment) y cuidado o cría responsable (responsable care)* deben estar pensando, como Humpty Dumpty, el personaje de *Alicia en el país de las maravillas*, que tienen la facultad de hacer que esas palabras signifiquen lo que ellos quieran que signifiquen. Desde luego, lo que ellos hacen no es lo que ellos dicen[4].

El discurso abolicionista es éticamente irreprochable y coherente, propone una reforma radical, rechazando las reformas graduales. Lo que ocurre es que no estamos en condiciones de rechazar cualquier mejora por mínima que sea. Hay un mundo de intersecciones, y algo se ha logrado, aunque solo sea iniciar un camino de lógica animalista. Luchar por jaulas más grandes, sin dejar de tener en el horizonte la supresión de las jaulas es la posición mayoritaria que Francione tacharía de «neowelfarista». El «welfarismo» o «bienestarismo» es la posición de la gran mayoría de las organizaciones y asociaciones animalistas, y también la de las escasas leyes, pues el mundo jurídico huye de la utopía, las normas son posibilistas. Eligen, entre abolir o regular, lo segundo. Las leyes, escasísimas y tímidas, siguen la estela welfarista y por ello no cuestionan que usemos y abusemos de los animales; regulan el uso, y no son consecuentes con las declaraciones de principios en materia animal. Los animales siguen siendo esclavos. Y a los esclavos se le consideran cosas, objetos.

Las leyes sobre animales presentan una serie de caracteres problemáticos que pasamos a analizar:

1. Son normas que se estructuran no como relaciones entre iguales, ni siquiera entre sujetos jurídicos. Son relaciones de propiedad, moduladas, limitadas quizás, pero de un sujeto de derecho con un objeto jurídico. Los animales siguen siendo cosas, objeto de propiedad. Quizás pase como con las primeras leyes de esclavos. No abolieron la esclavitud, ni la cuestionaron, pero si intentaron regular algunos de sus penosos efectos. Puede modularse la tenencia de animales, atribuirse al cónyuge no propietario, poner límites al uso de la propiedad y castigar el maltrato animal. Pero nunca se supera la idea de propiedad. Ni siquiera en la jurisprudencia. En general, a los jueces les cuesta castigar al propietario, ya que en la mayoría de los casos el

4 Regan, Tom, *Empty Cages. Facing the Challenge of Animals Right,* Rowman and Littlefield Publishers, United States of America, 2004

maltrato se juzga por la vía penal, y a los jueces les cuesta castigar con el estigma de criminal al propietario de un animal. Cómo distinguir el uso del mal uso cuando se trata de actividades profesionales específicas, es arbitrario.

Esta es la grandeza y la generosidad del movimiento animalista, a la vez que su punto flaco, la inexistencia de clientelismo alguno. Milan Kundera escribió que la más honda prueba de la moralidad humana radica en su relación con aquellos que están a su merced: los animales. Y aquí fue donde se produjo la debacle fundamental del hombre, tan fundamental que de ella se derivan todas las demás.

2. Las normas sobre animales están tan llenas de exenciones y excepciones que, en muchos casos, vuelven las leyes inútiles. Esto es así porque todavía son más poderosos los intereses en juego que se muestran reacios a cualquier regulación sobre animales, sus animales. Ello obliga a numerosas negociaciones que limitan la eficacia de las normas. Desde luego, estas leyes dejan fuera todo el maltrato institucionalizado. Lo veremos en el breve análisis de la ley actual, en la enmienda que sacó de la ley los perros de caza, la no votación de la ILP «No es mi cultura», y tantos pasos atrás.

   Una breve referencia al argumento de la *tradición*, que está detrás de muchas exclusiones para no proteger a muchos animales. La tradición no es valorativa, es en todo caso, narrativa, no puede justificar nada y mucho menos la muerte y el sufrimiento.

3. Al ser leyes tan tímidas, pueden tener un efecto no deseado. El que yo denomino «efecto narcótico de las leyes». En bastantes ocasiones, el horror del maltrato animal es ignorado o, quizás peor, no se le quiere ver. En parte porque el maltrato suele estar oculto, no se visibiliza en mataderos y laboratorios de cristal en el centro de las poblaciones, como proponía Coetzee. Cuanta argumentación, si así fuera, nos ahorraríamos. En parte porque las normas crean una cierta sensación de orden. Y cuando estas normas son escasas y tímidas, el efecto se potencia. La conciencia individual se abandona a un regulador externo que maquilla el mal y nos hace sentir que todo está controlado. ¿Qué ocurre en las granjas, qué ocurre en los laboratorios de experimentación, cómo viven cómo mueren? No hay que preocuparse, piensan, la ley lo regula. Pero nadie se plantea el alcance y vigilancia de esa ley, si es que existe. Esas leyes a medio gas ayudan a encubrir la realidad, amortiguan la conciencia individual y paralizan, o al menos ralentizan, cualquier iniciativa popular por el cambio.

4. Un problema teórico, sobre todo si presentamos el derecho como discurso, como argumentación, es el que mayores problemas de ejecución plantea. El derecho positivo se articula a través de normas escritas y sigue un procedimiento lógico en su desarrollo. Todo esto es ajeno al lenguaje de los otros animales, incluso a sus modos de

cognición. El lenguaje no es privativo de los humanos; parece que sí lo es la escritura. Se dice que la escritura hace único al hombre, pero otras cualidades hacen únicas otras especies. No es que los animales no tengan lenguaje, pero el lenguaje de las leyes es el lenguaje humano. Es un tema que hace correr ríos de tinta y es objeto de interminables polémicas. En este breve artículo, simplemente tenemos que apuntar a la necesidad de la representación en la protección de los animales. Dar voz al que no la tiene, hacer visible al invisible que no se puede hacer valer. Por ello es tan importante la labor de los abogados especializados. *Give me your voice* es el lema de aquéllos que quieren hablar por los animales para defenderlos en un sistema en que no pueden actuar por sí solos. Todo ello con todas las cautelas posibles. Cautelas que no se observan cuando son los opresores los que hablan en lugar de sus víctimas, en un argumento depravado. Un ejemplo sería cuando los defensores del espectáculo de la tauromaquia aducen que el toro es feliz al morir luchando después de una vida en libertad.

En los momentos en que redacto este artículo, juristas denuncian que la reforma redactada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluye la acusación popular en los delitos de maltrato animal. Los seres declarados sintientes se quedan sin quien les defienda, sin las escasa voces que les ayudaban. Un paso atrás en la defensa de los animales; otro cambio legislativo así y volveremos a la casilla de salida.

Podemos plantearnos, solo plantear, muy brevemente dos interrogantes sobre el movimiento a favor de los animales:

1. La primera, la plantea Coetzee en su gran obra *Elisabeth Costello:* ¿es la cuestión animal y la consiguiente reacción política y jurídica una cuestión, un movimiento, exclusivamente occidental, anglosajón incluso? Eso parece si observamos su recorrido, cómo ha evolucionado desde las primeras leyes en Inglaterra y Francia, luego las declaraciones constitucionales de Alemania, y ahora vemos donde está reconocida al menos ese sentiencia: en Australia, Nueva Zelanda, Austria, Bélgica, Chipre, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Grecia, Italia, Irlanda, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza, Gran Bretaña. Actualmente en Chile y Ecuador, donde los animales emergen como sujetos en el mundo jurídico y constitucional. Parece una cuestión del mundo Occidental, no una cuestión universal. Pero lo cierto es que la influencia de ciertas religiones o sabidurías orientales como el budismo o hinduismo armaron una cultura más benévola con los animales, incluso desde la antigüedad. Por ejemplo, encontramos en la jurisprudencia de los tribunales hindúes sentencias avanzadas favorables a la protección de los animales.

Se plantea, como cuestión paralela, qué se adapta mejor a dar respuesta a la justicia para los animales, si el derecho continental o el anglosajón. Dada la pluralidad de normas, aunque de escaso alcance, y su excesivo localismo —otro de los problemas de que adolecen estas leyes— necesitamos de operadores jurídicos especializados y creativos. Vemos cómo muchos jueces llegan donde las leyes no llegan o son confusas.

Lo cierto es que no hay simetría internacional lo que dificulta enormemente cualquiera avance, incluso favorece el turismo de experimentación animal, dado que algunos países se enriquecen al practicar para empresas occidentales, los horribles experimentos y crueles actividades que no pueden realizar en su país por estar formalmente prohibidas.

2. La segunda pregunta a debatir es qué tipo de figuras jurídicas necesitan ser revisadas si queremos que el mundo jurídico evolucione a la par que la sociedad y sus demandas, que no sea el derecho una rémora para el progreso humano. La ley del más fuerte o la defensa de los más débiles e invisibles. Qué tipo de derecho queremos. Aquí surge tema del sujeto de derecho: el protagonista legal de derechos y obligaciones, siempre el hombre, definido y determinado por su voluntad, el único agente jurídico frente al resto de cosas y seres, que son los objetos jurídicos. En el intento de proteger a los animales, éstos son sujetos pacientes a los que se les conceden graciosamente «derechos» que, por tanto, son esencialmente revocables. Surgen normas paternalistas, pequeñas concesiones para mantener el statu quo. Son leyes en las que muchos no creen y que conllevan un alto grado de incumplimiento. La declaración legal se convierte en un pronunciamiento vacío porque en el fondo el sujeto rey no quería regalar tanto y sí conservar sus prerrogativas.

   La estructura tradicional sujeto-objeto no es compatible con la naturaleza y con los seres vivos que forman parte de ella, en la que predomina la idea de interconectividad con ausencia de sujetos y centros, lo que hay es una red de conexión. Esto lo viven muy bien otras religiones. Pero está emergiendo una nueva demanda que pide un giro radical en que la naturaleza y sus integrantes deben ser protegidos, dejando obsoleta esta estructura binaria tradicional. En el Senado se aprobó la concesión de personalidad jurídica al Mar Menor, se ha buscado poner fin al ecocidio y se han forzado las estructuras jurídicas de la teoría jurídica tradicional, lo que es una manifestación del dinamismo del derecho cuando hay detrás un fuerte movimiento social reivindicativo. Claro que también ha sido bien recibida por los poderes económicos. Los animales no, las zonas turísticas sí, éstas son más afortunadas porque reportan enormes beneficios económicos. El antropomorfismo de las normas da paso a la innovación en las estructuras y formas jurídicas, para evitar que el derecho sea un lastre en la evolución.

II. Derechos de los animales

Abordamos ya la segunda cuestión, mucho más controvertida, de los denominados derechos de los animales. Hemos visto que las estructuras jurídicas no deben encorsetar el cambio, el progreso; no parece muy útil estirar al máximo naturalezas jurídicas de conceptos jurídicos tradicionales que, en definitiva, o evolucionan con la sociedad que les creó, o dejan de servir a la idea de justicia que debe presidir el Derecho. Incluso si se adopta la postura de los positivistas; pero no es por ahí donde dirigiría el debate. Negar los derechos de los animales no es volver a la barbarie anterior, no necesariamente. Y es que existen otras fórmulas jurídicas, otro tipo de *status*, para la justicia con los animales. Brevemente, y por citar algunas de las más destacadas:

a) **Los animales como objeto de propiedad.** Es la postura tradicional negacionista. E incluso podríamos decir que pervive en la práctica cotidiana del Derecho. Los animales son objeto de propiedad, es decir son seres esclavos y, por tanto, no tiene derechos. Ser propiedad de un sujeto de derecho y tener derechos es incompatible. Si los animales son objeto de propiedad siguen siendo cosas, por mucho que se intente mejorar su triste existencia. Las leyes llegan a muy pocos casos, salvo los escandalosos, y a muy pocos animales. El resultado depende de la habilidad de los operadores jurídicos, y de la presión y denuncia pública. Incluso algunos defienden teóricamente esta posición en la actualidad, por ejemplo, Richard Epstein, defiende una forma de especismo justificada en base a las necesidades humanas bajo el maquillaje de formas de reducir el sufrimiento que no sean incompatibles con los intereses humanos.

b) **Derechos de los animales**_Henry Salt fue el primero es sistematizar los derechos de los animales. Poseer una serie de cualidades, tales como individualidad, carácter, razón... implica el derecho a ejercitarlas. Humprey Primatt nos dice que, si existen derechos en absoluto, no es coherente otorgárselos a los hombres y negárselos a los animales, ya que el sentido de justicia y compasión es igual en ambos casos. En igual sentido Salt: si se admite conceptualmente los derechos para los humanos, no puede negarse acríticamente a los animales[5].

   Dentro de este concepto genérico, hay concepciones muy dispares. Sustain lo resume así: una primera postura que denomina de mantenimiento del *statu quo*; hasta los más críticos con los derechos de los animales no rechazarían las leyes contra la crueldad animal; son la mayoría de las leyes de Francia, Gran Bretaña, Alemania... Estas leyes están drásticamente limitadas por dos tipos de razones: solo se

5 Salt, Henry, *Animals rights considered in relation to social progress*, Cornell University Library, New York, 1984

consigue esa protección cuando la fiscalía decide actuar, lo que no es frecuente, y además están llenas de excepciones. En una segunda etapa, se pretende intentar reforzar las normas existentes, haciéndose cargo de la falta de implementación; por ejemplo, ejerciendo la representación de los animales en procedimientos para que se cumplan esas leyes. Una tercera etapa exige más, no regular las carreras de galgos, sí suprimir las carreras de galgos, un ejemplo. Regular esa práctica no sirvió de nada. Aquí situaría la lucha contra la experimentación animal. En esta fase el respaldo de la ciudadanía es menor. Y se puede ir más lejos: rechazar el uso y control de los animales por los humanos, dada la existencia de derechos de los animales, esto es ahora la cima de la evolución como veremos[6].

No es necesario adoptar la postura de los derechos de los animales para considerar que los animales no son meramente comida ni ropa. Pero sí supone un paso más. Los derechos humanos, la lucha por los derechos han protagonizado la historia. Cuando evocamos los derechos, no suplicamos generosidad ni compasión. Hablamos de Justicia.

Hablando de fundamentación, cuando explicamos por qué los hombres tienen derechos son muchas las razones que se dan, religiosas, humanistas... ninguna concluyente. En realidad, se tiene derechos porque somo sujetos de vida, lo que se puede aplicar a los animales.

Peter Singer, pionero del animalismo actual, declaró que la discriminación entre seres vivos por razón de su especie es tan indefendible como discriminar por la raza[7].

Los animales no entienden qué es tener derechos. Es posible, muchos humanos tampoco. Tom Reagan argumenta que todos los agentes y pacientes morales tienen determinados derechos básicos independientemente de los actos voluntarios de nadie, son universales, e iguales.

c) Steven M. Wise cita a Roscoe Pound, que concibe a las personas legales, ***legal persons,*** como la unidad del orden legal. Hasta que los animales no dejen de ser cosas no pueden significar nada en el sistema legal. El autor pone el ejemplo del botón. Un botón no compra nada en EE. UU. donde la moneda es el dólar. Para Wise la *legal personhood* es el baluarte para que los animales puedan ser protegidos, de lo contrario están a merced de cualquier tirano. Los hombres son tiranos con los animales porque pueden, nadie se lo impide[8].

---

6 Sunstein, Cass R. y otros. *Animal Rights. Current Debates and New Directions.* Oxford University Press, New York, 2004.

7 Singer, Peter, Ética práctica, Akal, Madrid 2009

8 Wise, Steven M. *Rattling the Cage. Toward legal rights for animals.* Da Capo press, Boston, 2000.

El reconocimiento de la personalidad, con diferencias de matiz, es la proposición común de algunos autores. Rowlands concibe a los animales como personas, esa es su propuesta jurídica, como una forma de poner en evidencia todo lo que los animales comparten con nosotros[9].

d) La propuesta actual más reconocida y actual viene de autores como Will Kymlicka y Sue Donaldson en Canadá. Partiendo de la teoría de los derechos, reconocen que está políticamente marginada, y critican que sólo se formulen derechos negativos, y no positivos o relacionales. Proponen la construcción de un nuevo marco jurídico en torno a la idea de **ciudadanía**. El termino jurídico-político de ciudadanía tiene muchas acepciones, los autores hablan de ciudadanía en un sentido amplio, de pertenencia a una comunidad. Y así distinguen tres grupos de animales, los animales domesticados, los animales «liminals» y los animales salvajes. En primer lugar, los animales domesticados: muchos animalistas, los abolicionistas, piensan que deben desaparecer por su origen ignominioso, proponen su extinción, incluyendo las mascotas de los convenios familiares. Pero los autores canadienses entienden que no es esa la solución, sino la construcción de un nuevo marco relacional y jurídico, sobre el ideal político jurídico de la ciudadanía. Si nosotros los trajimos a nuestro mundo, es de justicia que los protejamos dentro de él, de nosotros y de otros animales; se han creado unas obligaciones respecto de ellos. No es indulgencia, sino justicia.

   En un segundo grupo tenemos a los animales salvajes, que sufren, y mucho, la acción humana. Por tanto, no se trata sólo de no interferencia, postura tradicional, sino de relaciones institucionalizadas de respeto a su autonomía, bajo la idea de soberanía.

   Otro grupo de animales, el tercero, son los *liminals*, de difícil traducción al español, que son aquellos que viven en el mismo espacio que los humanos, pero de los que no se fían y rehúyen de ellos; un tercer grupo que escapa de la dicotomía domesticado-salvaje. Son ratas, gorriones, palomos, ardillas... las relaciones no son de ciudadanía ni de soberanía, son un *tertium genus*, relaciones que acuñan el concepto de *denizenship.* Es el estatus más difícil, por lo expuesto, por las diferencias entre ellos y porque estos animales han sido demonizados como invasores[10].

---

9 Rowlands, Mark, *Can Animals be Persons?* Oxford University press, New York, 2017.

10 Sue Donaldson y Will Kymlicka son los autores de *Zoopolis. A political theory of Anima Rights.* Es quizás la obra culmen del movimiento animalista en la actualidad. Parte de una rigurosa y bien argumentada teoría política que integre a los animales, que acabe con la explotación a la que se ven sometidos. Por lo que respecta a los animales domésticos, denuncia la hipocresía de los que pretenden su eliminación por el carácter violento originario de la domesticación. La respuesta apropiada es que, precisamente porque nosotros

Tradicionalmente se ha considerado a los animales meros pacientes, que no agentes, morales. Eso en el mejor de los casos. Sin embargo, surgen voces autorizadas que reclaman su agencia moral. Incluso se predican derechos laborales, en la vanguardia jurídica[11].

A grandes rasgos están son las más destacadas propuestas jurídicas sobre fundamentación y estructura jurídica de lo que se suele englobar bajo la denominación genérica de «derechos de los animales». Son teorías muy elaboradas y argumentadas, con bases éticas muy sólidas. El esfuerzo discursivo y argumentativo de sus defensores es arduo y constante. Lo curioso es que desde la oposición nadie se esfuerza por argumentar; todo lo más acudir a una tautología como es la dignidad humana o el abuso ideológico de la idea de alma. Y es que no hay que ser Hobbes para discurrir que, tras la dominación de los hombres sobre los animales, encontramos lo mismo que tras la dominación del hombre sobre el hombre: un ejercicio de poder. Por eso, por mucho que se argumente y se descubra en torno a la sintiencia y capacidades de los mismos, siempre nos oponen el comodín de la excepcionalidad humana. Los argumentos jurídicos, éticos y científicos se estrellan frente a un muro fáctico de intereses económicos. Son discursos heterogéneos. Y eso pasa en la práctica procesal, toda la carga de la prueba cae en el lado del defensor de los animales. Negar una verdad evidente es tan desesperante como argumentarla en demasía[12].

---

los trajimos a nuestra sociedad, son nuestra responsabilidad. Por ello proponen tratarlos como ciudadanos. No se trata de elaborar listas de derechos y responsabilidades, se trata de construir jurídicamente un modelo de relación con los animales que, necesariamente se configura como político. Y enfatizan: no es una cuestión de compasión o tolerancia sentimental, es una cuestión de justicia. DONALDSON, Sue, KIMLYCKA, Will. *Zoopolis. A political theory of Animal Rights,* Oxford University Press, *New* York, 2014.

11 En la obra colectiva iniciada por Charlotte E. Blanner, de la universidad de Harvard, en la que también participa Will Kymlicka. Partiendo de la idea base de que los animales merecen su lugar en este mundo, su actividad debe ser reconocida laboralmente y dejar de ser bestias de carga o algo peor. Descriptivamente observamos terribles formas de explotación y trabajo forzado, pero normativamente, el concepto trabajo contiene, si quiera idealmente, las ideas de cooperación, consentimiento, reconocimiento y dignidad; es el camino de la explotación a la justicia. BLATTNER, Charlotte, y otros, *Animals Labour. A new frontier of interspecies justice?* Oxford University Press, New York, 2020.

12 El escritor premio Nobel J.M.Coetzee en boca de Elizabeth Costello, su personaje: «Para mí, un filósofo que diga que la distinción entre humano y no humano depende de si uno tiene la piel blanca o negra y un filósofo que diga que la distinción entre humano y no humano depende de si uno conoce la diferencia entre un sujeto y un predicado se parecen».
COETZEE, J.M., *Elizabeth Costello,* Random House Mondadori, Barcelona, 2004, pág 119.
El autor opina que estas discusiones pueden resultar demasiado abstractas; lo importante es la inmediatez y la empatía: «That is too abstract. The horror is that the killers refused to think themselves into the place of their victims...I can think my way into the existence of a

La ley 7/2023 de 28 de marzo de protección de los derechos y el bienestar de los animales es la primera ley estatal sobre la materia. La ley 4/2016 de 22 de julio de protección de los animales de compañía de la Comunidad de Madrid reivindica el carácter de primigenia, pero solo es en la Comunidad. A nivel estatal no existía antes más que leyes dispersas y confusas. En este sentido, es un logro histórico, sigue la estela de otras leyes europeas; otra cosa es que haya cumplido su objetivo.

La ley se elabora por un grupo político del Congreso, Podemos, que pronto verá cómo las presiones de los grupos mayoritarios van cercenando la ley. Es el problema constante de este tipo de leyes, que Francione adjetivaría como bienestaristas, ya nacen muy debilitadas, son insuficientes *ab initio* por la previa negociación entre los partidos. Se refleja en la triste enmienda que excluye los perros de caza, pero también en todo el tenor de la ley como veremos.

La ley pretende controlar toda relación con los animales, otras leyes comparadas se refieren solo a los animales de compañía. Pero lo cierto es que ello no es coherente con el resto del articulado, dejando fuera muchos animales. La denominación coherente de la ley seria ley de protección de animales de compañía, y no todos; los mismos a los que se refiere el Código civil en los casos de conflictos familiares. A pesar del título, la ley solo contempla la regulación de perros, gatos y hurones. Y no todos, muchos, por no decir la mayoría, de los perros están excluidos; ya hemos hablado de la injustificada exclusión de los perros de caza, los que más maltrato sufren; también quedan fuera perros pastor, los de actividades especiales, los de policía y ejército, el circulo se va estrechando cada vez más. Y todos, perros, gatos y hurones quedan excluidos si caen la oscura lista negra de la experimentación científica médica y veterinaria, donde les aguarda el infierno en la tierra. Todas estas enumeraciones y exclusiones son arbitrarias e incompatibles con la declaración de sintiencia de los animales. La ley contiene tantas excepciones que deja la norma general inoperante. En el artículo primero ya deja fuera seres vivos que son tan sintientes como cualquiera. La primera barrera: la ley regula «los animales de compañía y silvestres en cautividad». Se utiliza el avanzado término de «derechos» pero también el de «bienestar animal»; en realidad es una ley bienestarista de muy corto alcance y que deja fuera la mayoría de los animales. Se excluye, sin causa legítima alguna, los animales utilizados en espectáculos taurinos; los animales de producción que seguirán siendo maltratados y explotados «en todo su círculo vital»; los animales utilizados en experimentación «y otros fines científicos,

bat or a chimpanzee or an oyster, any being with whom I share the substrate of life». COETZEE, J.M., *The Lives of Animals,* Princenton Univesity Press, Princenton, 2016.

incluyendo la docencia, sometidos al RD 53/2013 de siete de noviembre, y los utilizados en investigación científica veterinaria, regulados por el RD 1157/2021 de 28 de diciembre; también se excluyen los animales silvestres regulados por una ley medioambiental 42/2007 de 13 de diciembre, de patrimonio natural y Biodiversidad, pero con una nueva excepción, «que se encuentren en cautividad»; y quedan desprotegidos los animales dedicados a actividades específicas, como las deportivas, las aves de cetrería, los perros pastores y de guarda de ganado, los empleados en actividades profesionales laborales como perros de rescate, los de asistencia, los de las fuerzas armadas y perros de seguridad. Todos estos siguen en el lado oscuro, junto a los recién llegados perros de caza, pese a ser perros iguales a los de categoría «mascotas» (término denostado por el animalismo por sus connotaciones de uso y juego). La escasez de animales protegidos contrasta con los numerosos órganos estatales que se crean para este fin en la ley, entidades de dirección, coordinación y participación para el desarrollo de la ley, y todo ello sin perjuicio de la legislación de las comunidades autónomas. Un Consejo estatal de protección animal, de naturaleza interministerial y con carácter consultivo, a cargo de un Director general en el artículo 5; en el artículo 6 el Comité científico y técnico para la protección y derechos de los animales, a cargo de tres Directores generales; en el artículo 9 se crea un sistema central de registros para la protección animal «un sistema de información único, cuyo objetivo fundamental es servir de apoyo a las diferentes administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias en materia de protección y derechos de los animales. Me detengo en este último que coordina a su vez numerosos registros: el registro de entidades de protección animal, el registro de profesionales de comportamiento animal, el registro de animales de compañía, el registro de núcleos zoológicos de animales de compañía y el registro de criadores de animales de compañía.

De este gran entramado administrativo dedicado a los pocos animales que quedan bajo la ley, destaco la inscripción obligatoria de los animales de compañía. La ley recoge las directrices europeas acerca de la necesidad de identificar al animal, su trazabilidad, el control de su cría, tanto la comercial como la puntual, transporte y venta, de las mascotas. La inscripción se realiza de oficio a partir de declaraciones responsables de los interesados. Estos registros tienen una gran eficacia pese a la debilidad del título de entrada.

La ley contiene muchos listados y conceptos. El tema de los listados es serio con los denominados animales silvestres en cautividad. El propósito es restringir al máximo que estos animales sean mascotas.

El concepto legal de maltrato supera las discusiones doctrinales y jurisprudenciales anteriores, incluyendo la acción y la omisión, dolor,

daño y sufrimiento, el resultado de lesiones y el de muerte. Una protección más amplia, un hecho punible definido y extenso. Pero de nuevo acecha la excepción: «cuando (cualquier conducta) no esté legalmente amparada».

El título II regula la «tenencia y convivencia responsable con animales», en el artículo 24: «Todas las personas están obligadas a tratar a los animales conforme a la condición de seres sintientes»; el resto son obligaciones generales y normadas, como el control veterinario y la insistencia en la identificación. El articulo 26 regula las obligaciones especificas cuando se trata de animales de compañía. Y establece «mantenerles integrados en el núcleo familiar siempre que sea posible por su especie, en buen estado de salud e higiene». Es obligatorio la identificación a través de un microchip y la inscripción en el registro. La eficacia de estas inscripciones en los registros administrativos es enorme. Ya hemos visto que están excluidos del amparo de la ley los animales de producción, dejando a la merced de los propietarios la suerte y desgracia de billones de animales; pero esta excepción tiene su supuesto tránsfuga. Es el supuesto de que «perdiendo su fin reproductivo el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro». Éste es el valor máximo que el Ordenamiento jurídico ha otorgado a una inscripción, en este caso obligatoria si se pretende el fin perseguido; una simple inscripción salva una vida, de los abusos y de la muerte segura. Es una inscripción que abre también las puertas a que animales distintos de los perros, gatos y hurones puedan ser considerados como mascotas.

El articulo 28 prohíbe la cría de animales de compañía, salvo previa inscripción. Los perros, gatos y hurones provenientes de la Unión europea deberán mantener su pasaporte original según articulo 51; el articulo 29 regula el acceso con animales de compañía a medios de transporte, establecimientos y espacios públicos. Es una norma necesaria llena de buenas intenciones, pero tan llena de excepciones, y tantos son los reenvíos a normativa específica, que se vuelve inoperante. Y lleno de buenas intenciones y con redacción equivalente en otras legislaciones europeas, está el artículo 30, causante del gran número de abandonos de mascotas que todavía sufrimos, y junto a la impunidad en la tenencia de los otros perros, saturan los albergues de perros abandonados. Establece en primer lugar, el mal recibido cursillo de «validez indefinida» sobre tenencia de perros, de carácter obligatorio. En segundo lugar, también con carácter obligatorio, la contratación de un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, que va a llenar todavía más las perreras por parte de los que no puedan o no quieran sufragarlo. Antes era voluntaria su contratación. Enhorabuena a las aseguradoras, lo siento por los que promueven las adopciones.

En general, la ley regula poniendo al ciudadano con mascota bajo sospecha. Regula pensando en el propietario malo, lo que genera malestar entre propietarios de mascotas que no entienden tantas exigencias para regular una relación que es de afecto y generosidad, en un camino lleno de sacrificios y renuncias como es la tenencia de animales en familia; una relación familiar, que debe ser respaldada y fomentada, no trabada con cargas extraordinarias. Es cierto que la legislación comparada, Suiza, Francia, nos ofrece normas semejantes acerca del cursillo y seguros, pero se trata de países muy distintos socialmente en cuanto su trato con los animales, que desde tiempo atrás no sufren los grados de maltrato y abandono que tenemos en España, siendo mucho más respetuosos con los animales. Le nueva legislación eslovena, por ejemplo, contiene normas semejantes, pero no excluye a los perros de caza ni pastoreo. La ley española es incoherente al permitir casi todo y exigir todo ¿por qué no un cursillo para los poseedores de perros de caza y otras actividades? ¿es posible permitir la tauromaquia y coartar la tenencia de animales en familia? Además, se piensa sólo en el propietario malo, el potencialmente infractor, olvidando donde están la mayoría de los agresores: tratando y maltratando los animales fuera de la protección de la ley.

El tremendo aparato estatal queda reflejado en el capítulo VII, una ingente estructura burocrática que amenaza con devorar al individuo animalista o simplemente amante de su perro, gato o hurón.

En el titulo III se regula la cría, comercio, identificación y transporte, insistiendo una vez más, la ley es muy repetitiva, incluso algunos artículos hacen un bis, en la necesidad de identificación de las mascotas a través del microchip, inscripción y registro de reproductores. Las aves se identifican mediante el anillado desde su nacimiento. Elabora una especie de tracto sucesivo, pues la identificación inicial solo puede realizarse por persona registrada y autoriza, por tanto, a realizar una transmisión posterior siempre que un veterinario verifique el destinatario no está inhabilitado para la tenencia de los animales y, tratándose de perros, ha realizado el cursillo preceptivo del artículo 30.

El escándalo que supuso para la opinión publica el caso de la tienda de los horrores, y otros más, de hacinamiento, insalubridad, soledad y maltrato ha sido contestado jurisprudencialmente y ahora legalmente, siguiendo directrices europeas. Además de las exigencias para la venta que hemos visto, el vendedor debe informar por escrito de las características del animal vendido, documentación que ha de conservarse por tres años para acreditar que esta comunicación se ha realizado. La venta se hace a través de un contrato reglado y ha de comunicarse al registro de animales de compañía. También se establece una prolija documentación para la entrada en territorio nacional de animales de fuera de la Unión Europea, en consonancia con la

normativa europea y las directrices al respecto, como «Animal welfare proposals and communication adopted by the comission» de 7 diciembre de 2023.

En conclusión, la ley supuso un hito porque califica a los animales como seres sintientes y nos habla de derechos de los animales; otra cosa es su eficacia. Es una ley muy negociada, objeto de una tenaz oposición antes de su aprobación, lo que dio lugar a una ley que nació ya débil, con demasiadas exclusiones. Por tanto, no es consecuente con la declaración de animales como seres sintientes. En primer lugar, porque excluye a casi todos los animales, es fundamentalmente una ley para animales de compañía, que son los que tiene en cuenta la reforma del derecho civil, y no todos. Tenemos los listados positivos, y por tanto también negativos de animales que pueden ser considerados como tal. Pero todos los animales son sintientes, tienen los mismos derechos. Es una ley especista porque discrimina entre animales. Las causas discriminatorias deben ser combatidas por el derecho, no asimiladas.

El Código civil, modificado por la ley 17/2021 de 15 de diciembre, junto a la ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento civil sobre el régimen jurídico de los animales sigue la estela de otras regulaciones europeas, como la francesa y la portuguesa. El Código civil se reforma sobre la base de que los animales no son cosas, pero tampoco personas. Son «seres vivos dotados de sensibilidad». Este es el principio que inspira la reforma, que otra vez no llega hasta el final, porque esos seres no tienen un valor propio e inherente, sino que depende de la relación que tengan con las personas, con los únicos sujetos de derecho. Pero no dejan de ser cosas, ni en el Código civil ni en la Ley de protección animal, pese a la rotunda declaración en contrario. *De lege ferenda* debería avanzar la regulación, alejándose los animales del régimen jurídico de las cosas, regulación que se aplica de forma supletoria.

Se regula el destino de los animales de compañía con independencia de quien sea su titular. A falta de pactos entre las partes, así como la cargas que conllevan, entra la decisión judicial. Incluso se permite al juez que establezca otras medidas distintas a las pactadas, si las consensuadas son perjudiciales para los animales. Notarios y Letrados de justicia advertirán de esta circunstancia para que siga el expediente judicialmente. En la concesión de la patria potestad «Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas». También hay medidas para que el otro cónyuge que no obtiene la guarda, goce de su compañía[13].

13 Entre los autores que han trabajado sobre el tema de los animales domésticos en las crisis familiares: Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo. *Crisis familiares y animales domésticos.* Reus editorial, Madrid, 2022.

Las medidas de guarda y custodia de animales se harán constar en el correspondiente registro de identificación de animales.

A pesar de las declaraciones de las leyes esta regulación está inspirada en las relaciones de los humanos con los animales. No es tanto el animal en si, como la relación de éste con el sujeto humano, el sujeto de derecho. Incluso desde el lado de la maldad, se castiga el uso vicario del maltrato animal como modo de hacer daño al otro cónyuge; o como modo de proteger los intereses del menor que tiene una especial relación con si mascota.

Se destaca por los autores cómo se puede adjudicar a un animal de la familia a uno de los cónyuges, aunque no sea propietario, lo que sería consecuente con su nueva consideración. Pero lo mismo ocurre con el uso de la vivienda habitual y no por eso deja de ser cosa, inmueble por más señas.

Finalmente, el artículo 914 necesita una urgente reforma. Dispone cómo entregar los animales de compañía pertenecientes al causante. Pero la realidad es más cruel, la mayoría son abandonados a su suerte, y se ceden a terceros. Sería aconsejable que, en las notarías, se advirtiera a los testadores de la posible ingratitud de los herederos y se pudiera elaborar una plantilla para evitar este desprecio, imponiendo la tenencia como carga o previendo que su destino no fuera una perrera. En definitiva, algo más se merece la mascota leal, que el heredero que no se comporta como sucesor de la personalidad del causante.

La Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil declaran la no extensión de la hipoteca a los animales domésticos y su inembargabilidad. Porque no son cosas. No será la razón. Tampoco nadie lo pediría. Y es que los domésticos se llevan aquí la mejor suerte dado que son poco rentables. Estamos ante leyes de grandes principios y declaraciones que luego no materializan en su articulado.

19

GLI ANIMALI DI AFFEZIONE NELLA CRISI DELLA FAMIGLIA NEL DIRITTO ITALIANO

Giorgia Anna Parini
Associata Università degli Studi di Verona
giorgiaanna.parini@univr.it

Sumario: I. Introduzione. II. Animali e soluzioni consensuali per la crisi della famiglia. III. La sorte dell'animale nella crisi nelle controversie non basate sul consenso. IV. Critiche all'applicazione delle regole proprietarie. V. Le criticità sottese all'applicazione analogica della disciplina sull'affidamento dei figli. VI. Conclusioni.

Abstract: Mentre il legislatore italiano nel 1942 riconduceva l'animale nella categoria delle cose, ora si assiste a un cambio di sensibilità nei confronti della questione. Tale mutamento viene consacrato nell'art. 13 TFUE, che segna un punto di svolta che trova riscontro in una pluralità di interventi legislativi successivi. Contestualmente a tale fenomeno, muta l'approccio verso il vincolo intercorrente tra persona e animale, che sovente si colloca entro la dimensione affettiva.

Le ricadute di siffatta evoluzione si manifestano in caso di dissoluzione della famiglia, allorché si profili la necessità di determinare la sorte dell'animale, ambito tutt'ora non regolato dal legislatore. Trattasi di un'inerzia legislativa che assume connotati problematici ove si consideri che la legge 6 giugno 2025, n. 82 ha circoscritto il proprio ambito di operatività al versante penalistico, omettendo qualsivoglia regolamentazione di aspetti civilistici.

La assenza di un quadro di riferimento genera un orientamento giurisprudenziale oscillante e influenzato dalla sensibilità del giudice e dalla sua propensione ad accogliere un'interpretazione evolutiva delle categorie. Ne deriva un quadro di incertezza del diritto, foriero di conseguenze disfunzionali sul piano della prevedibilità delle decisioni.

I. Introduzione

Il legislatore italiano nel 1942 reputava l'animale riconducibile nella categoria delle cose mobili. In tale senso, si consideri che l'art. 820 c.c., nel disciplinare i

frutti naturali, ricomprende espressamente «i parti degli animali» tra i prodotti che derivano direttamente dalla cosa, a prescindere dall'intervento umano. Tale approccio alla questione emerge anche analizzando la disciplina relativa ai vizi nella compravendita, essendo dettata una disciplina specifica relativa proprio ai vizi degli animali (art. 1496 c.c.) e quella concernente l'occupazione, modalità di acquisto a titolo originario regolata dagli artt. 923 c.c. e ss.[1].

Allo stato attuale, tuttavia, si assiste a un profondo cambio di sensibilità nei confronti della questione: il tradizionale paradigma antropocentrico, fondato sulla concezione dell'animale quale mera *res*, oggetto di dominio, cede progressivamente il passo a una configurazione che riconosce all'animale la qualità di essere senziente, dotato di sensibilità, portatore di interessi giuridicamente rilevanti meritevoli di tutela autonoma.

Tale mutamento trova consacrazione normativa nell'art. 13 TFUE, disposizione che impone agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione l'obbligo di tenere pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti nell'elaborazione e nell'attuazione delle politiche unionali. La norma de qua segna un punto di svolta che trova successivo riscontro in una pluralità di interventi legislativi.

In tale direzione, nel panorama italiano, vanno segnalati la ratifica, mediante legge 4 novembre 2010, n. 201, della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, stipulata a Strasburgo il 13 novembre 1987, la copiosa normativa di derivazione euro-unitaria in materia di tutela del benessere animale, nonché i successivi interventi del legislatore nazionale, tesi – in particolar modo anche se non esclusivamente – alla protezione degli animali d'affezione[2].

Sul punto, si deve citare la legge quadro in materia di animali d'affezione e prevenzione del randagismo del 14 agosto 1991, n. 281; l'art. 1138 c.c., come modificato dal legislatore della riforma del condominio, che sancisce che il regolamento condominiale non può vietare ai singoli condomini di possedere animali domestici e rappresenta così il "manifesto" del rinnovato approccio del diritto civile nei confronti del tema; l'art. 189, comma 9 *bis* c.d.s che impone sia all'utente, in caso di incidente ricollegabile al suo comportamento, sia a i presenti di prestare soccorso agli animali d'affezione, da reddito o protetti, salvo incorrere in sanzioni pecuniarie; nonché l'art. 514, commi 6 *bis* e 6 *ter*, c.p.c. ha inserito tra i beni mobili assolutamente impignorabili «gli animali di affezione o da compa-

1 Sugli animali nel Libro III v. *Parini*, G.A., «Gli animali nel libro III del codice civile: l'acquisto a titolo originario e le regole che il "proprietario" dell'animale deve rispettare nei rapporti di buon vicinato e nella dinamica condominiale», in *Rass. dir. civ.*, 2025, n. 3 pag. 876 ss.

2 Il legislatore italiano non definisce quale sia l'animale di affezione: si reputa che tale espressione debba coincidere con quella di "animale da compagnia", come definita all'art. 1 della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia secondo la quale «per animale da compagnia si intende ogni animale tenuto dall'uomo, o destinato ad essere tenuto dall'uomo, in particolare presso il suo alloggio domestico, per diletto o compagnia».

gnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali e gli animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli».

Inoltre, va ricordato che in Italia è intervenuta modifica – attuata con legge costituzionale dell'11 febbraio 2022, n. 1 «*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*» – dell'art. 9 Cost. la riforma costituzionale, pur demandando alla legge statale la disciplina delle forme e modalità di tutela degli animali, si palesa di sicura rilevanza per la portata che assume la collocazione della stessa all'interno della parte relativa ai principi fondamentali[3].

Infine, occorre citare la recente legge 6 giugno 2025, n. 82, che è intervenuta sul titolo IX *bis* del Libro II del codice penale. La nuova rubrica «Dei delitti contro gli animali», che ha sostituito la precedente che faceva riferimento ai «Dei delitti contro il sentimento per gli animali», rappresenta, nonostante alcune perplessità circa la portata complessiva dell'intervento, una svolta significativa nel riconoscimento dell'animale quale oggetto diretto della tutela penale.

Siffatta metamorfosi sociologica ha sollecitato un'intensa riflessione in ordine alla qualificazione giuridica dell'animale e all'opportunità di una sua ricollocazione dogmatica all'interno delle categorie civilistiche. Il dibattito dottrinale si polarizza tra chi propugna il riconoscimento di una compiuta soggettività giuridica in capo all'animale e chi, più prudentemente, auspica quantomeno l'emersione di un *tertium genus* ontologico, collocato in posizione intermedia tra la sfera degli oggetti di diritto e quella dei soggetti di diritto in senso proprio.

Tale controversia teorica interroga i fondamenti stessi della *summa divisio* romanistica *personae-res*, evidenziando l'inadeguatezza di una tassonomia binaria rispetto alla complessità assiologica e normativa che connota la questione animale nell'ordinamento contemporaneo[4]. La discussione si inserisce nel più ampio movimento di sensibilizzazione verso la questione animale che permea, con crescente intensità, gli ordinamenti giuridici nazionale ed europeo[5].

---

3 V. Gjomarkay, M., «Alcuni spunti di riflessione sui recenti interventi normativi in materia di benessere e tutela degli animali», in *Dir. agr.,* 2022, pag. 511, nonchè Santini, G., «Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost»., in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 2021, pag. 469; Cerini, D., Lamarque, E., «La tutela degli animali nel nuovo articolo 9 della Costituzione», in *Federalismi.it*, 4 ottobre 2023.

4 Sul punto v. Rescigno, F. «L'inserimento della dignità animale in Costituzione», in *La questione animale*, opera collettiva, a cura di Castignone S., Lombardi Vallauri, L., in Trattato di biodiritto, Milano, 2012, pag. 276; SPOTO, G., «Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele», in *Cul. dir.* 2018, pag. 61 ss.; Senigaglia, R., «Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile», in *Dir. fam. pers.*, 2021, pag. 1771; Battelli, E., «Animali non *"res inanimate"* ma "esseri viventi" non umani: una prospettiva funzionale di tutela del benessere degli animali oltre la soggettività», in Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali, opera collettiva, 2022, Roma, pag. 16 ss.

5 V. Singer, P., *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals,* New York 1975; trad. it. *Liberazione animale*, Milano, 1991, passim; nonché REGAN, T., *The Case for Animal*

Contestualmente al processo di positivizzazione della tutela del benessere animale, si assiste a una radicale ridefinizione fenomenologica del vincolo intercorrente tra soggetto umano ed essere animale. Quest'ultimo, dismessa la tradizionale connotazione meramente utilitaristica di tale rapporto, si colloca progressivamente entro la dimensione relazionale affettiva, configurandosi, sempre più sovente, quale componente a pieno titolo del *consortium* familiare.

Le ricadute sistematiche di siffatta evoluzione paradigmatica si manifestano con particolare acuità nelle fattispecie di dissoluzione del vincolo affettivo tra conviventi o coniugi, allorché si profili la necessità di determinare la sorte dell'animale d'affezione.

Malgrado la presentazione di plurime iniziative legislative volte a colmare la lacuna normativa, il legislatore non ha sinora adottato un intervento organico di disciplina della materia. Trattasi di un'inerzia legislativa che assume connotati ancor più problematici ove si consideri che la recente legge 6 giugno 2025, n. 82 — pur rappresentando un significativo intervento di riforma — ha circoscritto il proprio ambito di operatività al versante penalistico, omettendo qualsivoglia regolamentazione degli aspetti civilistici di primario rilievo.

La perdurante assenza di un quadro normativo di riferimento genera inevitabili aporie ermeneutiche, cui consegue un orientamento giurisprudenziale oscillante e non uniforme. Tale disomogeneità si traduce in un'applicazione casistico-discrezionale dei principi generali, con esiti decisori sovente influenzati dalla sensibilità personale del giudicante e dalla sua propensione ad accogliere un'interpretazione evolutiva delle categorie civilistiche tradizionali, piuttosto che ancorarvisi rigidamente. Ne deriva un quadro di sostanziale incertezza del diritto, foriero di conseguenze disfunzionali sul piano della prevedibilità delle decisioni e della parità di trattamento dei consociati.

II. Animali e soluzioni consensuali per la crisi della famiglia

L'incremento della presenza di animali d'affezione entro la dimensione domestica ha sollecitato l'emersione di inedite questioni giuridiche che si pongono con particolare pregnanza in occasione della crisi della famiglia, basata o meno sul matrimonio.

Rights, University of California Press, Berkeley 1983; trad. it. *I diritti animali*, Milano, 1990. Quanto al panorama italiano, v. Lombardi Vallauri, L. «Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente», in *La questione animale*, cit., pag. 249 ss.; Zatti, P., «La compagnia dell'animale», in *Il diritto delle relazioni affettive,* opera collettiva, a cura di P. Cendon, Padova, 2005, pag. 2021 ss.

Tali problematiche si articolano su una duplice direttrice ermeneutica. Per un verso, si profila la necessità di individuare criteri idonei a presiedere all'attribuzione della *custodia* dell'animale — intesa quale facoltà di mantenere una relazione stabile e continuativa con lo stesso — a uno dei componenti della coppia cessata. Per altro verso, emerge l'esigenza di definire i parametri di riparto degli oneri economici afferenti al mantenimento, alla cura e al benessere dell'animale.

Come è noto, il legislatore spagnolo ha regolato la questione con la *ley* 17/2021 del 15 dicembre: tale legge ha inserito, all'art. 90, comma 1, lett. b *bis*, del *Código civil,* una norma che autorizza espressamente l'inserimento nell'accordo di clausole concernenti l'assegnazione degli animali d'affezione, la determinazione delle modalità di affidamento – avuto riguardo sia alle esigenze dei componenti della famiglia sia al benessere animale – oltre che la ripartizione degli oneri economici[6].

Nell'ordinamento italiano, invece, la perdurante assenza di un intervento legislativo settoriale ha determinato significative fluttuazioni ermeneutiche in ordine alla trattazione della questione animale nelle procedure relative alla crisi della famiglia.

Si è nondimeno consolidato, secondo una evoluzione giurisprudenziale non priva di resistenze, un orientamento incline a riconoscere l'omologabilità nelle separazioni personali di pattuizioni negoziali che, mutuando il paradigma normativo proprio dell'affidamento dei figli minori, prevedano forme di *affidamento condiviso* dell'animale d'affezione. Tali accordi contemplano la regolamentazione dei tempi di permanenza dell'animale presso ciascuno dei coniugi — secondo uno schema funzionalmente assimilabile al diritto di visita previsto per la prole — nonché la determinazione delle modalità di riparto degli oneri economici connessi al mantenimento ordinario e alle prestazioni di assistenza veterinaria.

La *ratio* sottesa a tale indirizzo si fonda sull'assunto secondo cui siffatte clausole, pur non rivestendo natura di elementi essenziali ai fini del vaglio di omologabilità dell'accordo di separazione, non integrano ipotesi di violazione di norme cogenti, né si pongono in contrasto con i principi di ordine pubblico. L'ammissibilità trova dunque fondamento nella logica secondo la quale simili clausole, sebbene non costituiscano elemento indefettibile ai fini dell'omologazione dell'accordo, non risultano incompatibili con le norme imperative, né contrastano con i principi di ordine pubblico[7].

---

6 Sul punto v. *Cerdeira Bravo de Mansilla*, G., *Crisis familiares y animales domésticos,* Madrid, 2022.

7 In tale senso va ricordata *Trib. Como, 3 febbraio 2016 (Dir. fam. pers., 2016, p. 820),* secondo la quale era legittima l'inclusione di previsioni concernenti la ripartizione delle spese di mantenimento e cura dell'animale di affezione, connotate da un innegabile contenuto economico ed equiparabili alle altre spese relative alla famiglia. Il Tribunale parimenti riteneva omologabili le clausole relative agli aspetti personali della relazione con l'animale,

L'opzione ermeneutica così delineata merita adesione, ove si consideri che costituisce acquisizione consolidata la possibilità per l'accordo di separazione di articolarsi tanto in un contenuto necessario – comprensivo degli elementi indispensabili per l'omologazione – quanto in un contenuto eventuale, nel quale trovano spazio pattuizioni di natura eterogenea, occasionate dalla decisione dei coniugi di separarsi e riconducibili all'esercizio dell'autonomia privata[8].

In considerazione del quadro ermeneutico sin qui delineato, non si ravvisano preclusioni di carattere sistematico all'inserimento di siffatte pattuizioni anche nell'ambito degli accordi negoziali di composizione stragiudiziale della crisi coniugale: segnatamente il riferimento è a quelli disciplinati dagli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 (c.d. negoziazione assistita e convenzione di separazione personale o divorzio dinanzi all'ufficiale di stato civile).

Si impone, tuttavia, la necessità di un approfondimento in ordine ai poteri del giudice italiano di sindacare — e conseguentemente negare l'omologazione ovvero rifiutare di prendere atto di — accordi intercorsi tra i coniugi aventi ad oggetto la sorte dell'animale domestico. La questione assume peculiare rilievo ove posta in chiave comparatistica se si considera che l'ordinamento spagnolo contempla espressamente la facoltà del giudice di disattendere le intese pattizie qualora queste risultino contrastanti con il benessere dell'animale d'affezione, elevando tale parametro a criterio di vaglio della legittimità dell'accordo.

Di contro, in Italia, il novellato art. 473 bis.51 c.p.c. — introdotto dalla riforma del processo civile operata con legge 26 novembre 2021, n. 206 e attuata mediante d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 — circoscrive l'ambito del sindacato giudiziale agli accordi che risultino «in contrasto con gli interessi dei figli». Se gli accordi sono in contrasto con gli interessi dei figli, convoca le parti indicando loro le modificazioni da adottare e, in caso di inidonea soluzione, rigetta allo stato la domanda.

pure invitando le parti a regolare in futuro tali questioni mediante accordi stragiudiziali. Del tutto condivisibilmente evidenzia come il giudice nel suo argomentare faccia trasparire ancora una concezione dell'animale quale semplice oggetto di diritti M. Pittalis, *Separazione personale fra coniugi e "affido" dell'animale di affezione, in Fam. dir.*, 2016, p. 1171. Al medesimo risultato giungeva *Trib. Milano, 13 marzo 2013 (Rep. Foto it., voce Separazione coniugi, n. 99)*, ove si affermava che «una interpretazione evolutiva ed orientata delle norme vigenti, impone di ritenere che l'animale non possa essere più collocato nell'area semantica concettuale delle "cose", secondo l'impostazione tralaticia ma debba essere riconosciuto come "essere senziente" (v. Trattato di Lisbona [...]). Non essendo l'animale una "cosa" (v., ad es., artt. 923 c.c.), bensì un essere senziente, è legittima facoltà dei coniugi quella di regolarne la permanenza presso l'una o l'altra abitazione e le modalità che ciascuno dei proprietari deve seguire per il mantenimento dello stesso».

8 V. da ultimo *Cass., 22 luglio 2024, n. 20034 (DeJure online).*

In tale evenienza, la norma prescrive un procedimento bifasico: il collegio convoca preventivamente le parti indicando le modificazioni necessarie e, solo in caso di inadeguatezza della soluzione proposta, procede al rigetto allo stato della domanda.

Il dato testuale evidenzia un'inequivoca lacuna normativa: l'assenza di qualsivoglia riferimento al benessere animale tra i parametri che consentono un vaglio giudiziale solleva la questione della sindacabilità degli accordi sotto tale profilo e della configurabilità di un potere-dovere del giudice di rifiutare l'omologazione di pattuizioni pregiudizievoli per l'animale.

Risulterebbe eccessivo, in difetto di un chiaro ancoraggio normativo, assimilare le istanze di tutela dell'animale a quelle che presiedono alla protezione della prole minorenne. Deve, tuttavia, rilevarsi che un'intesa palesemente lesiva delle condizioni essenziali di benessere animale – intese quantomeno nella loro accezione minimale di protezione passiva e soddisfacimento dei bisogni primari – potrebbe configurarsi quale manifestazione di autonomia negoziale non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, con conseguente invalidità dell'accordo per difetto di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

III. La sorte dell'animale nella crisi nelle controversie non basate sul consenso

Quanto alla sorte dell'animale d'affezione nelle ipotesi di difetto di accordo tra le parti in ordine alla regolamentazione della crisi familiare, si osserva come il quadro normativo non presenti particolari profili di criticità allorquando il vincolo affettivo con l'animale risulti essere ascrivibile esclusivamente al soggetto titolare del diritto dominicale[9]. Nondimeno, la presenza di animali nel nucleo familiare mantiene una propria rilevanza giuridica anche in tale fattispecie, segnatamente sotto il profilo della valutazione dei presupposti necessari al riconoscimento dell'obbligazione di mantenimento in favore del coniuge separato, dell'assegno divorzile per il coniuge divorziato o per l'ex

9 Va, tuttavia, evidenziato come ai fini della individuazione del soggetto proprietario, tale dato non è ricavabile meramente da elementi formali quali l'iscrizione del cane o del gatto all'anagrafe canina o felina o l'indicazione del nominativo sul libretto del cavallo. Non si tratta, infatti, di beni registrati e l'intestazione integra un dato rilevante esclusivamente per scongiurare fenomeni di abbandono oppure a fini fiscali/assicurativi. V. *Pret. Rovereto, 15 giugno 1994 (Nuova giur. civ. comm., 1995, I, 133 ss.); Trib. Lecce, 14 maggio 2020, n. 1147 (DeJure online).* Si tratta di una registrazione a fini pubblicistici, che non ha alcuna relazione con l'acquisto e la circolazione del diritto di proprietà; non è neppure una forma di pubblicità, e, se può essere un indizio circa l'appartenenza del cane, è un indizio debole anche per il modo in cui si procede all'iscrizione, e cioè la dichiarazione di essere i proprietari dell'animale (ZATTI, P., «Chi è il «padrone» del cane?», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, pag. 139).

parte dell'unione civile sciolta, ovvero dell'obbligazione alimentare nei confronti dell'ex convivente di fatto ai sensi dell'art. 1, comma 65, della legge 20 maggio 2016, n. 76. Le poste di spesa riconducibili alla gestione dell'animale – quali l'alimentazione, le cure veterinarie ordinarie e le prestazioni sanitarie specialistiche – costituiscono infatti voci economicamente apprezzabili che concorrono alla determinazione dell'effettivo stato patrimoniale e reddituale del soggetto proprietario, rilevante ai fini della quantificazione delle obbligazioni sopra richiamate. Di conseguenza, a titolo meramente esemplificativo, nell'ambito della verifica dei presupposti per il riconoscimento e della successiva quantificazione dell'obbligazione alimentare *ex* art. 1, comma 65, della legge n. 76/2016 in favore dell'ex convivente di fatto, sarà necessario computare tra le esigenze economiche del beneficiario anche l'onere correlato al sostentamento e alla cura dell'animale di cui questi sia proprietario, tanto più che il titolare del diritto dominicale non potrebbe legittimamente sottrarsi a tale obbligo senza incorrere in responsabilità di natura penale.

Deve, tuttavia, rilevarsi come nella prassi l'adozione di un animale d'affezione costituisca frequentemente una scelta condivisa dai componenti della coppia; inoltre, anche nelle ipotesi in cui l'iniziativa sia riconducibile a uno solo dei partner, risulta ricorrente che nel corso della convivenza si instauri un vincolo affettivo con entrambi i membri della relazione, in particolare nelle unioni caratterizzate da una cera durata temporale. In tali fattispecie, che rappresentano peraltro la casistica maggioritaria, deve chiedersi se la composizione del conflitto relativo alla sorte dell'animale debba necessariamente fondarsi sull'applicazione dei canoni civilistici in materia di diritto di proprietà, ovvero se l'ordinamento consenta di fare ricorso a parametri valutativi di diversa natura, maggiormente rispondenti alla peculiarità della relazione persona-animale e della natura stessa di tale essere senziente[10].

Come è noto, secondo quanto sancito dall'art. 94 bis del *Código civil*, ciò è possibile nell'ordinamento spagnolo ove è possibile disporre l'affidamento dell'animale prescindendo dal profilo della titolarità dominicale, nonché il riconoscimento di una facoltà di frequentazione in capo al soggetto non affidatario e la previsione di una compartecipazione agli oneri economici afferenti alla cura dell'animale, in considerazione di una pluralità di fattori quali l'interesse dei componenti del nucleo familiare e il benessere dell'essere senziente, l'ordinamento spagnolo.

Nell'ordinamento italiano, tuttavia, in difetto di una disciplina organica della materia, un primo orientamento giurisprudenziale ha affrontato la questione applicando la disciplina in tema di diritto di proprietà nonché le norme relative al regime patrimoniale secondario della famiglia. Secondo tale impostazione ermeneutica, la possibilità per entrambi i partner di mantenere

10 Si interroga se la sede giudiziale sia quella corretta per risolvere la questione PALMERI, G., «Animali da compagnia e separazione dei coniugi», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pag. 786.

una relazione con l'animale sussisterebbe esclusivamente nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia entrato a far parte della comunione legale ex artt. 177 ss. c.c. (ovvero della comunione ordinaria di cui agli artt. 1100 ss. c.c.).

Tale orientamento esclude che nei giudizi relativi alla crisi della famiglia possa trovare spazio l'applicazione analogica della disciplina in materia di affidamento e collocamento della prole minorenne ai fini della regolamentazione della sorte dell'animale d'affezione sul presupposto che non sarebbe consentita l'elaborazione in via pretoria di nuove forme di tutela processuale in assenza di un espresso riconoscimento normativo[11]. In termini analoghi, è stata negata l'azionabilità della questione anche nell'ambito dei procedimenti camerali di separazione personale dei coniugi e di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, sul rilievo che l'ordinamento nazionale non contempla l'istituto dell'affidamento o dell'assegnazione degli animali domestici, né rientrerebbe nella sfera di competenza funzionale del giudice della famiglia la regolamentazione dei diritti dominicali degli ex patner sugli animali d'affezione. È stata, peraltro, dichiarata l'inammissibilità del cumulo processuale della domanda concernente l'assegnazione dell'animale con le domande di separazione personale e di divorzio, in ragione della loro assoggettabilità a riti processuali differenziati e del difetto di connessione per subordinazione o qualificata ai sensi dell'art. 40 c.p.c., idonea a giustificare la riunione dei procedimenti[12].

All'approccio fondato sulla rigorosa applicazione dei canoni dominicali si contrappone un diverso orientamento ermeneutico che, rilevata la lacuna normativa e individuata una fattispecie analoga nella disciplina riguardante l'affidamento della prole, propugna il ricorso al procedimento analogico ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c. al fine di dirimere la controversia[13].

Il Tribunale di Roma, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto la restituzione dell'animale d'affezione, ha disposto l'affidamento condiviso del cane, nonostante la titolarità del diritto di proprietà risultasse ascrivibile esclusivamente a uno dei due ex conviventi[14]. Tale pronuncia si fonda sul presupposto che, in presenza di un vincolo affettivo paritetico instauratosi tra l'animale e ciascuno dei componenti della coppia, il criterio della titolarità dominicale si riveli inidoneo a garantire un'adeguata tutela tanto degli interessi delle parti coinvolte quanto del benessere dell'animale[15].

---

11 *Trib. Milano, 24 febbraio 2015 (Foro it. 2016, I, c. 2616).*

12 *Trib. Milano, Sez. IX, 2 marzo 2011, n. 2856 (Onelegale.it).*

13 *Trib. Cremona, 11 giugno 2008 e Trib. Foggia del 2008, inedite,* ma richiamate nel progetto di l. n. 795 del 18 aprile 2013, a firma Brambilla-Castiello, in www.camera.it.

14 *Trib. Roma, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 5322 (Foro it. 2016, 12, I, 3961).*

15 Saluta positivamente la scelta del giudice di applicare detta disciplina pure a fronte di due soggetti meramente conviventi Pittalis, M., «Cessazione della convivenza more uxorio e affidamento condiviso dell'animale"familiare"», in Fam. dir., 2017, pag. 464.

Tale orientamento ha avuto un certo successo[16] ed è stato sposato anche dalla Suprema Corte[17], che ha rigettato la richiesta di una donna di continuare a mantenere una relazione con il cane dell'ex convivente, ma lo ha fatto in ragione della mancanza di una prova relativa all'instaurazione di un rapporto significativo tra la ricorrente e l'animale, anche in ragione della brevissima durata della convivenza, perdurata per pochi mesi.

IV. Critiche all'applicazione delle regole proprietarie

Con riferimento ai criteri ermeneutici da applicare per la determinazione della sorte dell'animale d'affezione in occasione della crisi familiare, genera una certa perplessità l'applicazione rigida e acritica della disciplina proprietaria. L'equiparazione dell'animale al bene mobile di cui all'art. 812 c.c., sebbene coerente con l'impianto originario della codificazione civilistica del 1942, risulta oggi difficilmente conciliabile con l'approccio dell'ordinamento giuridico contemporaneo, il quale riconosce espressamente agli animali la qualità ontologica di esseri senzienti (art. 13 TFUE) e impone agli Stati membri l'obbligo di salvaguardare il loro benessere nelle politiche dell'Unione in materia di agricoltura, pesca, trasporti, mercato interno, ricerca e sviluppo tecnologico e spazio.

In un contesto ordinamentale progressivamente orientato alla tutela del benessere animale quale interesse giuridicamente rilevante e alla valorizzazione della dimensione affettiva della relazione interspecifica[18], emerge con particolare evidenza l'inadeguatezza della tradizionale categoria proprietaria a disciplinare compiutamente la questione: la relazione persona – animale,

16 *Trib. Sciacca, 19 febbraio 2019 (Dir. fam. pers., 2019, I, pag. 1178 ss.)* ha ritenuto che «alla luce della necessaria protezione del sentimento di affezione per un animale come un gatto, quale valore meritevole di tutela, e tenuto conto, altresì, della necessità di assicurare il benessere e il miglior sviluppo della sua identità, si deve disporre l'assegnazione esclusiva di esso al coniuge che appare maggiormente in grado di far fronte a tali esigenze. Non ravvisandosi ragioni particolari che orientino in senso diverso, deve invece disporsi l'assegnazione condivisa, con collocazione alternata presso ciascuno dei coniugi, del cane, indipendentemente dall'eventuale intestazione risultante dal microchip». Anche *Trib. Lucca, 24 gennaio 2020 (Ilfamiliarista.it 16 aprile 2020);* così anche *Trib. Pescara, 9 maggio 2002 (PQM 2002, 2, pag. 51).*

17 *Cass., 24 marzo 2023, n. 8459 (Giur. it., 2024, pag. 36 ss.).*

18 In dottrina *Zatti,* P., «Chi è il padrone del cane?», cit., pag. 135 ss.; Donadoni, P., *Il "danno interspecifico" per la perdita della relazione con l'animale d'affezione*, Torino, 2024, *passim;* Laghi, P., «L'insostenibile «patrimonializzazione» dell'«essere»: la Cassazione e l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale da perdita dell'animale d'affezione», in *Rass. dir. civ.*, 2020, pag. 244 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Pavia, Sez. I, 16 settembre 2016, n. 1266 (DeJure online); *Trib. Vicenza, 3 gennaio 2017, n. 24 (DeJure online); Corte d'Appello di Genova, Sez. II, 29 maggio 2019 (DeJure online); Trib. Brescia, 22 ottobre 2019 (DeJure online); Trib. La Spezia, 31 dicembre 2020, n. 660, (DeJure online); Trib. Trento, 4 giugno 2021 (DeJure online); Trib. Prato, Sez. civ., 25 gennaio 2025, n. 51 (DeJure online).*

inscrivendosi nella sfera dei legami affettivi e connotandosi per una marcata componente relazionale, richiede necessariamente l'elaborazione di paradigmi innovativi, capaci di superare la logica meramente dominicale e di valorizzare gli interessi plurimi coinvolti.

Al fine di superare l'*impasse* interpretativa sopra evidenziata, possono prospettarsi diverse soluzioni ermeneutiche. In determinate circostanze, la salvaguardia del benessere animale e la tutela delle relazioni interspecifiche potrebbero essere assicurate mediante l'inquadramento dell'animale quale elemento accessorio dell'abitazione familiare, destinato a seguirne le vicende giuridiche in ragione della sua integrazione funzionale nell' *habitat* domestico. Secondo tale prospettiva, fondata sull'applicazione del principio *accessorium sequitur principale*, l'animale, in quanto stabilmente integrato nell'ambiente domestico e inscindibilmente connesso alla fruizione dell'immobile, seguirebbe le sorti giuridiche dell'abitazione cui accede, con conseguente attribuzione della custodia al soggetto assegnatario dell'immobile ai sensi degli artt. 155, comma 4, c.c. ovvero 337 *sexies* c.c.

Tale soluzione si rivelerebbe particolarmente funzionale nelle ipotesi in cui ricorrano i presupposti per disporre l'assegnazione dell'abitazione al genitore non titolare del diritto dominicale sul bene immobile e sull'animale, ma con cui questo ultimo abbia sviluppato un vincolo affettivo, giacché tale via permetterebbe la permanenza dell'animale nel suo ambiente. Di contro, invocare il citato disposto non sarebbe funzionale in quelle situazioni nelle quali l'animale dovesse essere legato esclusivamente alla persona che non risulterà assegnataria della casa.

In presenza di figli minori, che abbiano instaurato un legame affettivo significativo con l'animale domestico, il principio del *best interest of the child*, consacrato all'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e trasfuso nell'ordinamento interno agli artt. 337 *ter* c.c. e 315 *bis* c.c., potrebbe costituire il parametro idoneo a fondare la collocazione dell'animale presso il genitore cui siano affidati o collocati in via preferenziale i figli minori.

Tale opzione ermeneutica troverebbe la propria *ratio* nella necessità di assicurare la continuità delle relazioni affettive significative del minore e di contenere il trauma psicologico connesso alla disgregazione del nucleo familiare, scongiurando che alla sofferenza derivante dalla separazione dei genitori si sommi altresì la perdita del rapporto con l'animale d'affezione in una fase dello sviluppo evolutivo particolarmente vulnerabile. In tale prospettiva, il superiore interesse del minore costituirebbe il fondamento normativo per consentire all'animale di proseguire la convivenza con il figlio minorenne.

Nondimeno, il limite intrinseco di tale soluzione ermeneutica emerge con particolare evidenza in quelle fattispecie nelle quali l'interesse preminente del minore non dovesse coincidere con il benessere dell'animale. Si consideri, a titolo paradigmatico, l'ipotesi in cui il genitore collocatario preferenziale

dovesse trasferire la propria residenza con il minore in un'abitazione ubicata in contesto urbano, in prossimità delle scuole frequentate dalla prole, mentre l'altro genitore dovesse mantenere la propria dimora in una abitazione rurale dotata di ampi spazi esterni idonei alle esigenze etologiche dell'alano di famiglia. In tale evenienza, la rigida applicazione del criterio del *best interest of the child* rischierebbe di pregiudicare il benessere dell'animale, imponendo una ponderazione degli interessi confliggenti che tenga conto della peculiare natura senziente dell'essere vivente coinvolto.

Ciò non bastasse, le soluzioni ermeneutiche sopra prospettate, pur presentando il vantaggio di un'immediata operatività, evidenziano, tuttavia, criticità sotto il profilo sistematico. Anzitutto, esse risultano inapplicabili in assenza dei presupposti normativi che ne costituiscono il fondamento (es. laddove manchino figli minori ovvero non sussistano le condizioni per disporre l'assegnazione della casa familiare).

In secondo luogo, tali costruzioni dogmatiche potrebbero, nella più favorevole delle ipotesi, giustificare sul piano giuridico la collocazione dell'animale presso il soggetto privo della titolarità dominicale, ma non offrirebbero un fondamento normativo sufficiente per il riconoscimento di un vero e proprio diritto di visita in favore dell'altro partner. Tale carenza assume peculiare gravità nelle situazioni in cui entrambi i membri della coppia abbiano sviluppato con l'animale un vincolo affettivo di analoga intensità e stabilità nel tempo.

In tali fattispecie, caratterizzate dalla presenza di rapporti interspecifici paritari sotto il profilo della componente affettiva e relazionale, le soluzioni ermeneutiche prospettate comporterebbero inevitabilmente il sacrificio integrale di uno dei due legami, con conseguente pregiudizio tanto per il soggetto escluso dalla relazione con l'animale quanto, presumibilmente, per lo stesso benessere dell'essere senziente, il quale verrebbe privato di una delle proprie relazioni affettive significative. Tale esito si porrebbe in evidente contrasto con l'obiettivo di assicurare una tutela della totalità degli interessi coinvolti, risultando inidoneo a realizzare un equo contemperamento tra le esigenze dei componenti della coppia e quelle dell'animale.

V. Le criticità sottese all'applicazione analogica della disciplina sull'affidamento dei figli

Al fine di salvaguardare la continuità di entrambe le relazioni affettive instauratesi con l'animale, le quali potrebbero essere potenzialmente ricondotte alla sfera dei diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost., l'unica opzione ermeneutica praticabile sembrerebbe, allo stato dell'evoluzione normativa, il ricorso al procedimento analogico mediante applicazione estensiva della disciplina codicistica prevista per l'affidamento della prole minorenne, sussistendone i presupposti normativi di cui all'art. 12 disp. prel. c.c.:

l'esistenza di una lacuna normativa e la presenza di una fattispecie analoga espressamente regolata dall'ordinamento[19].

La questione solleva, tuttavia, una problematica ermeneutica di non agevole composizione sul piano della coerenza sistematica dell'ordinamento. Allorquando si discorre di affidamento dei minori coinvolti nella crisi familiare, ai sensi dell'art. 337 *ter*, comma 2, c.c., «il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa». L'applicazione in via analogica della disciplina concernente i minori comporterebbe l'importazione di un regime normativo in virtù del quale l'interesse dell'animale verrebbe ad assumere carattere prevalente rispetto agli interessi degli altri soggetti adulti coinvolti nella controversia e si porrebbe su un piano di sostanziale parificazione assiologica con il superiore interesse del minore[20]. Tale esito interpretativo solleva evidenti perplessità sul piano della gerarchia degli interessi tutelati dall'ordinamento e richiede un'attenta riflessione circa la compatibilità sistematica di siffatta soluzione ermeneutica.

In realtà, sebbene la giurisprudenza sopra richiamata manifesti la tendenza ad attribuire carattere prioritario al benessere dell'animale nell'ambito della composizione del conflitto familiare, difettando i fondamenti assiologici e costituzionali che giustificano la preminenza del superiore interesse del minore nonché una sua equiparazione all'interesse dell'essere senziente, si impone necessariamente un approccio metodologico fondato sul bilanciamento ponderato di tutte le posizioni giuridiche soggettive rilevanti.

In tale prospettiva, va rilevato come certamente il nucleo essenziale del benessere animale, identificabile con la sua protezione passiva e le note cinque libertà fondamentali enucleate nel Brambell Report del 1965 (libertà dalla fame e dalla sete, libertà dal disagio ambientale, libertà dal dolore, dalle lesioni e dalle malattie, libertà di manifestare le caratteristiche comportamentali specie-specifiche, libertà dalla paura e dal disagio), costituisca un livello minimo di tutela inderogabile né suscettibile di compressione. Nondimeno, allorché il parametro di riferimento debba individuarsi nel benessere positivo dell'animale, inteso quale capacità dell'essere senziente di esprimere la propria *agency* e di realizzare pienamente le proprie potenzialità etologiche, in tale evenienza si impone un'operazione di bilanciamento con le altre posizioni giuridiche soggettive coinvolte.

Tale giudizio dovrà essere condotto secondo criteri di stretta aderenza alle circostanze del caso concreto (disponibilità temporale, caratteristiche delle abitazioni, capacità di cura e accudimento, presenza di figli minori).

---

19 Così, Rovacchi, M., «L'affido condiviso del cane: applicazione analogica alla normativa sull'affidamento dei figli», in *Ilfamiliarista*, 2020.

20 Sul punto v. Oliviero, L., «Fine di una relazione e affidamento dell'animale di affezione», in *Giur. it*., 2024, pag. 40.

Sussistono, peraltro, rilevanti complessità sul piano processuale, giacché occorre interrogarsi in ordine alla circostanza se le pretese concernenti l'animale d'affezione debbano essere fatte valere nell'ambito di un autonomo procedimento contenzioso, ovvero possano essere sottoposte al medesimo giudice investito della controversia relativa alla crisi del nucleo familiare.

A prescindere dalla sussistenza o meno di un nesso di accessorietà tra la crisi familiare e la domanda concernente la destinazione dell'animale, tale da giustificare sul piano processuale un cumulo di domande ai sensi dell'art. 40 c.p.c., occorre rilevare come, nell'attuale contesto, la famiglia – istituto primariamente sociale prima ancora che giuridico e, in quanto tale, fisiologicamente destinata ad evolversi in correlazione al mutamento del sentire collettivo e dei paradigmi valoriali della comunità – legittimerebbe l'inclusione dell'animale d'affezione nella stessa nozione giuridica di nucleo familiare, quale soggetto partecipe della dimensione affettiva e relazionale della convivenza.

Secondo tale prospettiva ermeneutica, i provvedimenti relativi alla sorte dell'animale e al riconoscimento di un diritto di visita finalizzato alla salvaguardia della relazione affettiva interspecifica potrebbero qualificarsi come pronunce riconducibili *ratione materiae* al rito speciale disciplinato dal Titolo IV *bis* del Libro II del codice di procedura civile, concernente i procedimenti in materia di famiglia, e conseguentemente rientrare nella sfera di competenza funzionale del giudice chiamato a decidere sulla crisi della coppia.

Deve, tuttavia, rilevarsi come il silenzio del legislatore sul punto generi un'oggettiva incertezza interpretativa sul piano della individuazione del rito applicabile e del giudice funzionalmente competente, incertezza superabile soltanto attraverso un intervento normativo chiarificatore.

VI. Conclusioni

Sebbene l'ordinamento nazionale abbia manifestato una tendenza al progressivo abbandono del paradigma meramente dominicale applicato agli animali, fondato sulla loro qualificazione quali *res* ai sensi dell'art. 812 c.c., la scelta legislativa operata con la legge 28 marzo 2025, n. 82, di intervenire esclusivamente sui profili di diritto penale sostanziale e processuale costituisce un'opportunità sistematica irrimediabilmente mancata. Permangono, infatti, rilevanti lacune normative in settori nevralgici, ove il vuoto legislativo genera inevitabile incertezza applicativa e orientamenti giurisprudenziali oscillanti, sovente correlati alla maggiore o minore sensibilità del giudice rispetto alla tematica del benessere animale. Tale questione si palesa con particolare criticità proprio nell'ambito del diritto di famiglia, segnatamente allorché si incroci il dato statistico Istat relativo alla frequenza delle crisi familiari con i dati pubblicati dall'Eurispes nel Rapporto Italia 2024, secondo i quali una famiglia su quattro convive stabilmente con almeno un animale d'affezione.

Non appare, peraltro, sufficiente auspicare un mero consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale maggiormente sensibile alla salvaguardia dei rapporti affettivi interspecifici per le ragioni già in precedenza evidenziate: tale orientamento pretorio, pur rifuggendo dall'equiparazione rigida tra animali e *res*, non individua criteri risolutivi integralmente adeguati all'attuale quadro assiologico e alla complessità delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte.

Parimenti, il legislatore non può ulteriormente sottrarsi all'onere di chiarire lo statuto giuridico degli animali nell'ordinamento civilistico. Si impone necessariamente una scelta di campo sul piano dogmatico: stabilire se gli animali debbano ancora qualificarsi quali *res*, seppure dotate della qualità ontologica di esseri senzienti, cui applicare la disciplina dei beni mobili nei soli limiti della compatibilità con tale natura, fondando la loro protezione sull'imposizione di obblighi di comportamento in capo al soggetto proprietario anziché sul riconoscimento di una qualche forma di soggettività giuridica; ovvero compiere il passo ulteriore di attribuire agli animali – sul modello della tutela accordata al concepito dall'art. 1 c.c. – se non una piena soggettività giuridica equiparabile a quella della persona fisica, quantomeno la titolarità di determinate posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela nell'ordinamento. Quale che sia la direzione prescelta dal legislatore, sarà necessario individuare con chiarezza i soggetti legittimati ad agire processualmente in caso di violazione dei suddetti obblighi ovvero di lesione delle situazioni giuridiche protette, al fine di assicurare l'effettività della tutela apprestata.

In pendenza di un auspicabile intervento normativo organico *de iure condendo*, volto a disciplinare sistematicamente la materia, si ritiene che un ruolo propulsivo nell'evoluzione dell'ordinamento possa e debba essere assolto dalla classe forense nella prospettiva di sollecitare un'evoluzione giurisprudenziale virtuosa e metodologicamente rigorosa.

Segnatamente, gli avvocati dovrebbero assumere l'onere professionale di rappresentare sistematicamente al giudice del merito la presenza di animali d'affezione nel nucleo familiare coinvolto nella crisi, allegando altresì documentazione analitica e rilevante delle spese ordinarie e straordinarie connesse alla cura e al mantenimento degli stessi. Tale prassi difensiva, lungi dal configurarsi quale mero adempimento formale o questione di marginalità processuale, persegue una duplice finalità teleologica di rilievo sistematico.

In prima istanza, la compiuta rappresentazione del quadro fattuale consente all'organo giurisdizionale di determinare con maggiore aderenza alla situazione economica effettiva del nucleo familiare l'entità dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge separato, dell'assegno divorzile, ovvero del contributo al mantenimento della prole, computando tra le voci di spesa rilevanti anche gli oneri correlati alla cura e al sostentamento dell'animale d'affezione.

In seconda istanza, e sotto un profilo di più ampio respiro sistematico, la rappresentazione costante e metodologicamente rigorosa della questione

nell'ambito dei giudizi di separazione personale, scioglimento del matrimonio, cessazione degli effetti civili del matrimonio e scioglimento dell'unione civile – con conseguente necessità per il giudice del merito di assumere una posizione argomentata in motivazione sul punto – costituisce il presupposto ineludibile per la progressiva cristallizzazione di un orientamento giurisprudenziale maturo, consolidato e metodologicamente uniforme.

È noto che, negli ordinamenti di *civil law*, come quello italiano, ove difetta il vincolo formale del precedente giudiziario, l'evoluzione interpretativa procede attraverso la sedimentazione progressiva di pronunce giurisdizionali che affrontano la medesima questione giuridica secondo coordinate ermeneutiche analoghe, sino alla formazione di un *diritto vivente* che, pur privo di efficacia vincolante, orienta nondimeno la prassi applicativa dei giudici di merito e stimola – frequentemente – l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ovvero, eventualmente, l'intervento chiarificatore del legislatore stesso attraverso la codificazione delle soluzioni interpretative sedimentate nella giurisprudenza di legittimità.

Non può omettersi di rilevare come, accanto all'iniziativa individuale dei singoli difensori nell'ambito delle controversie familiari, un contributo determinante alla formazione di prassi difensive virtuose potrebbe derivare dall'elaborazione di protocolli specificamente dedicati alla tutela degli animali d'affezione nei procedimenti di crisi familiare. Tali strumenti di *soft law* – pur privi di cogenza formale e di efficacia vincolante – svolgono nondimeno una funzione di orientamento delle condotte difensive e, indirettamente, di sensibilizzazione della magistratura rispetto alle tematiche emergenti nell'ambito del diritto di famiglia contemporaneo.

In definitiva, in un sistema giuridico caratterizzato da perdurante inerzia legislativa su tematiche di diritto familiare in rapida evoluzione sociale e valoriale, la classe forense è chiamata ad assolvere una funzione di catalizzatore del mutamento interpretativo, attraverso un'opera di sistematica rappresentazione processuale delle istanze emergenti dalla prassi e di stimolo dialettico nei confronti dell'autorità giudiziaria, nella prospettiva di sollecitare un'evoluzione del *diritto vivente* maggiormente rispondente alle esigenze di tutela della dimensione affettiva delle relazioni interspecifiche e del benessere degli esseri senzienti coinvolti nelle dinamiche di disgregazione del nucleo familiare.

20

VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO Y ANIMALES DE COMPAÑÍA: CONSECUENCIAS CIVILES

Antonio J. Vela Sánchez

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

La crueldad con los animales es lo opuesto
al deber que el hombre tiene consigo mismo.

Inmanuel Kant

Sumario: I. Introducción. II. Estudio detallado del primordial, en esta sede, artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC. 1. Cuestiones sociológicas que explicarían actualmente este precepto. 2. ¿Qué debe entenderse por «animales» en este artículo 92. 7.º CC?. 3. ¿Cuándo existen malos tratos a animales o amenaza de causarlos?. 4. ¿Se refiere el precepto sólo a los supuestos de violencia de género sobre la pareja o también comprende los casos de violencia doméstica en general?. 2.5. ¿se requiere sentencia condenatoria firme de maltrato animal?. III. Conclusiones. IV. Bibliografía. V. Jurisprudencia aplicada. 1. Sentencias del Tribunal Supremo. 2. Sentencias de audiencias provinciales. 3. Sentencia de Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

I. Introducción

El actual artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC[1] indica que: «*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física,*

1 Precepto introducido por la reforma del Código Civil operada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, que, ya en su Exposición de Motivos, indica que «*atendiendo al vínculo existente y la concurrencia entre los malos tratos a animales y la violencia doméstica y de género y el maltrato y abuso sexual infantil, se contemplan limitaciones a la guarda y custodia en casos de antecedentes por maltrato animal ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico contra aquellos*».

la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas», esto es, al otro cónyuge o a los hijos que convivan con ambos consortes[2]. Así, se reconoce por el legislador civil la existencia de la violencia animal instrumental en contextos de violencia entre la pareja casada o de hecho y se sientan las bases de la normativa penal que, como se verá, se aprobará posteriormente mediante la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal[3].

Podemos preguntarnos si, en los supuestos de crisis matrimonial, en una cuestión tan importante para los progenitores como es la obtención de la custodia compartida, la autoridad judicial puede tener en cuenta, a la hora de concederla o denegarla, comportamientos de aquéllos, no sobre personas, sino sobre animales, por mucho que estos sean hoy considerados como seres sintientes (*ex* art. 333 bis. 2.º CC)[4].

---

2 Esta previsión «normativa sin duda refleja una concepción ampliada de la violencia familiar, en la que el animal de compañía deja de ser un elemento accesorio para convertirse en una herramienta potencial de violencia vicaria» (González Granda, Piedad: «Sobre el reconocimiento de los animales de compañía como víctimas de violencia vicaria. A propósito de la proyectada Ley Orgánica de medidas en la materia», *Diario La Ley*, núm. 10844, diciembre de 2025, p. 13); criterio que confirma, por ejemplo, Yugueros Prieto, Nerea: «El impacto de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: Aspectos esenciales de la regulación del régimen jurídico de los animales a través de su relación con los humanos y su consideración como seres sintientes», en *Protección de los derechos y el bienestar de los animales de compañía desde una orientación procesal y una mirada criminológica. Entre el deslumbramiento y la impostura*, González Granda, Piedad, Yugueros Prieto, Nerea y Jamardo Lorenzo, Andrea, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 91-92. Sobre la materia de la violencia de género, en especial, respecto de la violencia de género sobre la pareja, pueden verse, entre otros, mis estudios citados en la Bibliografía que se halla al final de este trabajo.

3 Fuentes Loureiro, María Ángeles: «El maltrato animal como instrumento violento en contextos de violencia de género y doméstica: Un estudio a raíz de la introducción de la circunstancia agravante de la letra G) del art. 340 Bis, apartado segundo CP», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 14, núm. 2, 2023, p. 4. En igual sentido, por ejemplo, Requejo Conde, Carmen: «Protección y bienestar de los animales en el Derecho español: claves de las leyes 3 y 7/2023, de 28 de marzo», *Chornancap Revista Jurídica*, Vol. 3, núm. 1, 2025 (Ejemplar dedicado a: The dimension of equality in fundamental rights), pp. 143 y ss.

4 Laro González, María Elena («Régimen jurídico de los animales de compañía», en *Derecho de familia y sistema de justicia civil: debates de actualidad*, Cristina Alonso Salgado, Pablo Ramos Hernández y Ana Rodríguez Álvarez (Coords.), Marta Otero Crespo, Julia Ammerman Yebra y Almudena Valiño Ces (Dirs.), Dykinson, Madrid, 2022, p. 221), subraya que el Código Civil «considera que la naturaleza de los animales es distinta a la de los bienes o cosas, siendo un ser vivo dotado de sensibilidad (art. 333 CC)». Por su parte, Arribas Atienza, Patricio («El nuevo tratamiento civil de los animales», *Diario La Ley*, núm. 9136, 9

Como entiende la doctrina especialista[5], se crea un nuevo supuesto de violencia vicaria animal que, ciertamente, en los términos en que está redactado legalmente puede resultar «excesivo», si no se interpreta en su justa medida. Indudablemente, corresponde a la autoridad judicial competente considerar si existen los casos de violencia referidos, pensando siempre en el interés superior de los hijos menores de edad y en la protección de las víctimas. Por consiguiente, en el desarrollo del arbitrio judicial se procura impedir que situaciones vivenciales, que podemos conceptuar de «normalizadas» en el trato con los animales de compañía o domésticos se califiquen como supuestos de violencia vicaria[6]. En todo caso, no debe olvidarse en esta materia que los malos tratos o la amenaza de causarlos a los animales ha de implicar una forma de control o de victimización o agresión al otro cónyuge o pareja e hijos

de febrero de 2018, p. 2), advierte que, como remoto antecedente de la reforma del Código Civil en materia de animales, dentro «del ámbito de la Unión Europea ya en 1.987 se elaboró el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13/11/1987, que España firmó el 9 de octubre de 2.015 (casi treinta años después) y publicado en el B.O.E. el 11 de octubre de 2.017, en base al debido respeto que se considera debe tener el hombre respecto de toda criatura viva y teniendo en cuenta las relaciones entre el hombre y los animales conocidos como de compañía, se dicta este convenio cuya finalidad es impedir el dolor, sufrimiento y angustia de este tipo de animales y evitar su abandono». En todo caso, como advierte Peñalva Ribera, María Teresa («La superación de la dualidad de personas y cosas y las normas posesorias de los animales», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinares de Bienestar Animal*, núm.10, 2022, p. 142), «el hecho de que los animales sean considerados seres sintientes no significa admitir que sean titulares de derechos subjetivos»; criterio que comparten, por ejemplo, de Torres Perea, José Manuel («Una perspectiva multidisciplinar —jurídica, biológica y filosófica— sobre los animales, y su incidencia en el Derecho civil español», en *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*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Manuel García Mayo (Coord.), Reus, Madrid, 2022, pp. 31-32) y PÁEZ, Eze: «Sintientes, pero sin derechos. Análisis ético de la Ley 17/2021 sobre el régimen jurídico de los animales y propuestas de reforma», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinares de Bienestar Animal,* núm. 10*,* 2022, pp. 39-40.

5 Por ejemplo, entre otros autores, Berrocal Lanzarot, Ana Isabel: «El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias: en especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 99, núm. 796, 2023, pp. 1060-1061.

6 La vigente Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, distingue: «*Animal de compañía: animal doméstico o silvestre en cautividad mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar..*». (art. 3. 3.º); y «*Animales domésticos: aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar..*». (art. 3. 4.º). Excede de este trabajo tratar esta distinción en profundidad, por lo que puede verse García Mayo, Manuel: «El concepto de animal doméstico y de compañía», en *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*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Manuel García Mayo (Coord.), Reus, Madrid, 2022, pp. 129 y ss.

o hijas menores o mayores discapacitados para entender que constituye un verdadero supuesto de violencia vicaria.

Pues bien, hay que partir en este punto de que cuando una persona ejerce maltrato físico o psicológico sobre su pareja o expareja, puede desplegar diversos métodos y formas de ejecución de ese maltrato para que la causación del daño que se ejerce sobre la víctima sea el mayor posible, como, por ejemplo, la violencia económica o la llamada violencia vicaria —que se ejerce sobre los hijos de la víctima para dañarla—, que también puede incluir la de los animales, pues estos se consideran como un miembro más de la familia. Es precisamente este afecto el que permite que los animales sean instrumentalizados, esto es, que sean usados como mecanismo indirecto para agredir a la persona con la que se tiene un vínculo emocional. Y todo ello porque detrás del maltrato producido, cualquiera que fuere su modalidad, está la verdadera finalidad de acrecentar y hacer manifiesto el sufrimiento de la víctima[7]. De este modo, violencia doméstica, violencia de género sobre la pareja y maltrato animal comparten, en muchos casos, un origen común, produciéndose en el ámbito de las relaciones matrimoniales o de pareja o de familia e, igualmente, concurriendo en muchas ocasiones. En este sentido, se advierte que si bien no todas las personas que maltratan animales también son violentas con los seres humanos, y viceversa, no obstante, se ha estudiado doctrinalmente cómo los actos de crueldad hacia los animales pueden extenderse posteriormente a la violencia interpersonal, sobre todo, en los supuestos de violencia doméstica o de género sobre la pareja[8].

7 Magro Servet, Vicente: «La muerte del perro de la pareja o ex pareja dentro de la violencia de género y viabilidad de instar la pena de alejamiento (arts. 340 bis.2 G y 3, 57.2 y 153.1 CP)», *Diario La Ley*, núm. 10805, 13 de octubre de 2025, p. 2.

8 Conforme a la llamada Teoría del vínculo entre el maltrato animal y la violencia interpersonal, se concluye que si «existe violencia contra los animales puede existir violencia contra las personas, y viceversa: si hay violencia contra las personas, también puede haberla contra los animales que convivan o se relacionen con ellas» (Peguero Carrero, Beatriz: «Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021», *Diario La Ley*, núm. 10177, 2022, p. 2). Este criterio se comparte, entre otros autores, por Bernuz Benéitez, María José («El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas», *Revista de Victimología*, núm. 2, 2015, p. 100); Fuentes Loureiro, María Ángeles (*op. cit.*, pp. 8-10), Querol i Viñas, Núria («Violencia hacia los animales y violencia de pareja», en *Violencia contra los animales: relevancia en la investigación criminal y la delincuencia violenta*, Soria Verde, Miguel Ángel; Querol i Viñas, Nuria y Company Fernández, Alba (Dirs.), Pirámide, Madrid, 2021, pp. 45-46); Ruiz Cabello, Úrsula («El maltrato a los animales de compañía en el marco de la violencia de género», en *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*, Cerrato Guri, Elisabet (Dir.), La Ley, Madrid, 2022, pp. 276-278), etc.

II. Estudio detallado del primordial, en esta sede, artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC

1. Cuestiones sociológicas que explicarían actualmente este precepto

Según las cifras de la Federación Europea de la Industria de Alimentos para Mascotas (FEDIAF), en 2024 habría un total de más de 200 millones de animales domésticos en los países de la Unión Europea, de los cuales 145 millones eran perros y gatos[9]. Esto suponía una cantidad seis veces superior a la del número de niños de 0 a 5 años existente en las familias. En 2025, el 61 % de los hogares españoles convivía con mascotas —más de 30 millones de animales—, según datos de la Asociación Nacional de Fabricantes de Alimentos para Animales de Compañía (ANFAAC). Más específicamente, el 27 % de los hogares tiene al menos un perro —sobre 9,46 millones—, y el 17 % al menos un gato —sobre 5,95 millones—. Además, España es el segundo país de la Unión Europea con menos niños menores de 4 años, únicamente por debajo de Italia. Por otra parte, según el programa VIOPET —Programa gubernamental que se ocupa de buscar casas de acogida para los animales de mujeres que sufren violencia de género sobre la pareja—, el 59 % de las mujeres maltratadas no se marchan de casa por miedo a que el agresor haga daño a su animal de compañía y el 84 % asegura que también han maltratado a los animales con los que conviven, de modo que constituye un patrón de control y violencia y de riesgo directo para la mujer[10].

Estos impresionantes datos han dado lugar, a veces, a la intervención de los gestores públicos. Por poner un ejemplo de mi propia tierra, La Ley 8/2025, de 22 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2026[11] incluye una «*Deducción por gastos veterinarios*

9 Facts & Figures (2022) Published with Annual Report 2024, Fediaf, junio de 2024.

10 https://www.observatorioviolencia.com/resultadosviopet/ [Última consulta: 13/1/2026]. *Vid.*, en este punto, Sánchez, Soraya F.; Mateos Casado, Cristina y Tajahuerce Ángel, Isabel: «Maltrato animal, violencia vicaria y violencia de género: La integración de recursos animalistas en la intervención integral en violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja», *International Visual Culture Review / Revista Internacional de Cultura Visual*, Vol. 12, núm. 1, 2022 (Ejemplar dedicado a: Monograph: «Feminism and Sexism. Gender Awareness»), pp. 1 y ss.

11 Esta Ley de Presupuestos (https://anpeandalucia.es/notices/17565/Presupuesto-de-la-Comunidad-Aut%C3%B3noma-de-Andaluc%C3%ADa-para-2026) [Última consulta: 13/1/2026], en su Disposición final novena, contiene la modificación de la Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, introduciendo un nuevo artículo 22 ter, relativo al impuesto sobre la renta de las personas físicas, en el que se desarrolla la deducción expuesta en el texto. La Exposición de Motivos de esta mencionada Ley de Presupuestos de Andalucía justifica que esta «*medida busca promover el bienestar animal y proteger la salud pública, pues muchas enfermedades*

derivados de la adquisición de animales de compañía o de la tenencia de perros de asistencia». Conforme a ella, los «*contribuyentes podrán aplicar una deducción en la cuota íntegra autonómica del impuesto sobre la renta de las personas físicas del 30 % de las cantidades satisfechas en el periodo impositivo en concepto de gastos veterinarios derivados de la adquisición de animales de compañía o de la tenencia de perros de asistencia».* Continúa indicando la aprobada normativa presupuestaria andaluza que el «*importe máximo de la deducción será de 100 euros anuales por contribuyente*» y será aplicable, con «*carácter general, durante el año siguiente a la fecha de adquisición del animal de compañía*», aunque en «*caso de que la adquisición del animal de compañía se realice mediante adopción, durante los tres años siguientes a la fecha de la adopción»*, y si se trata de «*un perro de asistencia, durante todo el periodo de tenencia del animal*». Se calcula por la Administración andaluza que serán unos 182.000 andaluces los que podrán acogerse a esta deducción. Asimismo, se estima por la propia Junta de Andalucía que esta deducción supondrá un coste total de unos 12 millones € para las arcas de la Comunidad Autónoma andaluza. Con estos antecedentes, me pregunto si habrá en el futuro una seguridad social para las mascotas.

2.2. ¿Qué debe entenderse por «animales» en este artículo 92. 7.º CC?

Al hablar el analizado artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC, únicamente de «*animales*», en general, cabe preguntarse si es aplicable exclusivamente respecto del maltrato de animales de compañía pertenecientes a la pareja o si podría extenderse a todo tipo de animales que hubieran sufrido por la actuación de la persona violenta progenitor en cuestión. Por ejemplo, ¿cabría también aplicar la norma si la víctima trabaja en una protectora de animales o es animalista o está muy sensibilizada en este tema sin más y el sujeto violento amenaza o maltrata a cualquier tipo de animal para hacer padecer psicológicamente a su víctima?

En el Código Penal, dentro del Título XVI bis, titulado «*De los delitos contra los animales*», el artículo 340 bis, párr. 1.º, primer inciso, se refiere concretamente a cualquier «*animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano*», añadiendo el segundo inciso que también puede tratarse de cualquier «*animal vertebrado no incluido en el apartado anterior*»[12].

derivadas de los animales pueden prevenirse mediante» la intervención veterinaria, destacando, además, que esta medida «*adquiere un valor añadido cuando la adquisición se realiza mediante adopción, al contribuir directamente a reducir el abandono y promover la integración responsable de los animales en los hogares*».

12 Por ejemplo, entre otros autores, Manzanares Samaniego, José Luis («La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 10282, 9 de mayo

Respecto de la regulación del Código Civil, que es la que estoy estudiando, en principio, se supone que el artículo 92. 7.º, inciso tercero, incluye únicamente a los animales de compañía, pues el precepto se refiere al maltrato animal para «*controlar o victimizar*» al cónyuge o a los hijos menores convivientes, y ello parece que debe concretarse a tales animales de compañía. Respecto de la conceptuación de estos animales de compañía, aunque, a nivel de mi Comunidad Autónoma, tenemos la Ley andaluza 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, que contiene una norma que expresamente los define[13], entiendo que es más completo el listado exhaustivo dado por el artículo 2. 2.º de la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia, que incluye:

> «a) Mamíferos: perros, gatos, hurones, roedores y conejos distintos de los destinados a la producción de alimentos.
>
> b) Invertebrados (excepto las abejas, los abejorros, los moluscos y los crustáceos):
>
> c) Animales acuáticos ornamentales (como los contenidos en los acuarios).
>
> d) Anfibios (como, por ejemplo, las ranas, los sapos y las salamandras).
>
> e) Reptiles (como, por ejemplo, los lagartos, las serpientes y las tortugas).
>
> f) Aves: todas las especies de aves excepto las aves de corral.
>
> g) Cualquier otra especie animal que así se determine reglamentariamente».

A mi modo de ver, el indicado artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC, debe referirse únicamente a los animales de compañía o domésticos, aunque su definición sea muy amplia como se ha visto, y cuyo maltrato pueda causar un sufrimiento objetivo y comprobable en el otro cónyuge o en los hijos que conviven con ambos consortes, pues se habla literalmente en el precepto de un

---

de 2023, p. 12), critica «la inclusión (en el Código Penal) de todos los animales vertebrados en los tipos penales, en lugar de hacerlo sólo con los mamíferos», por lo que concluye que «la reforma (penal) no ha sido muy afortunada», pues recoge «posibles excesos de la ideología "animalista"». *Vid.*, también, en idéntico sentido, Mateos Rodríguez-Arias, Antonio: «Los nuevos delitos contra los animales tras la Ley Orgánica 3/2023», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 111, 2023, pp. 15 y ss.

13 En el artículo 3, a) se define al animal de compañía como: «*animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía. En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de Compañía*».

medio para «*controlar o victimizar*». Se trata, pues, de causar un daño directo al animal o de la amenaza de producirlo con la finalidad indirecta de sumisión de los familiares del maltratador, esto es, el maltrato presente o futuro del animal doméstico o de compañía supone un instrumento más para conseguir la sumisión psicológica de las víctimas[14]. En definitiva, podría concluirse en este punto que nos hallamos ante una violencia que se ejerce sobre los animales domésticos o de compañía que, con independencia de quien sea su propietario, convivan en el hogar familiar[15].

3. ¿Cuándo existen malos tratos a animales o amenaza de causarlos?

El artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC, analizado habla de «malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos». Si acudimos al vigente artículo 340 bis CP, podemos entender que incurre en maltrato animal quien «por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal... lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud» (párr. 1.º); por supuesto, quien «cause la muerte de un animal» (párr. 3.º); y, finalmente, también quien causara lesiones a un animal, aunque éstas «no requiriesen tratamiento veterinario» o quien «hubiere maltratado gravemente al animal sin causarle lesiones» (párr. 4.º). Obviamente, la amenaza implica que se realizará cualquiera de los hechos indicados anteriormente y que resultan castigados por el Código Penal.

4. ¿Se refiere el precepto sólo a los supuestos de violencia de género sobre la pareja o también comprende los casos de violencia doméstica en general?

El estudiado artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC, no indica si es únicamente aplicable en los supuestos de violencia de género sobre la pareja y no en los de violencia doméstica, aunque en su segundo inciso sí que se contemplan

14 Respecto de la regulación penal de la violencia vicaria animal en el contexto de la violencia de género sobre la pareja, parece que la doctrina penalista también concreta el término animales a los de compañía o domésticos, así, por ejemplo, Magro Servet, Vicente («La muerte del perro de la pareja o ex pareja dentro de la violencia de género...», *cit.,* p. 4), habla de que los «animales domésticos se convierten... en un instrumento útil para los fines del maltratador» o de «maltratar o causar la muerte del animal doméstico», o de «efectuar advertencias de consecuencias lesivas a los animales de compañía para ejercer el fenómeno de la dominación con más "efectividad"» (p. 5); González Granda, Piedad (*op. cit*., p. 16), quien se refiere al maltrato o la amenaza a «un animal de compañía», etc.

15 Vidal Martínez, Mercé («¿Pueden los juzgados de violencia sobre la mujer conocer de la violencia vicaria animal de género?», *Diario La Ley*, núm. 10499, 7 de mayo de 2024, p. 7), quien centra esta violencia vicaria animal en la violencia de género sobre la pareja.

conjuntamente ambos tipos de violencia, pues se habla, expresamente, de «*indicios fundados de violencia doméstica o de género*». Por consiguiente, debe entenderse que, en el concreto ámbito civil, el precepto analizado se aplicará en ambas formas de violencia, doméstica —entre los miembros de la familia—, y de género sobre la pareja.

En el Código Penal sí que parece que se especifica su ámbito al regular la llamada violencia vicaria animal dentro del contexto de la violencia de género sobre la pareja. En efecto, la ya citada Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal, ya en su Preámbulo justificaba que «*la constatación del vínculo existente entre el maltrato a los animales y la violencia interpersonal obliga... a tener en cuenta como circunstancia agravante la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género*». En consecuencia, se introdujo en el artículo 340 bis.2 g) CP la agravante de que los delitos contra los animales se cometieran «*para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*»[16]. Por tanto, para muchos autores ello supone la agravación específica de maltratar a los animales domésticos de la pareja del agresor en la violencia de género para causar más daños a la víctima al percibir el acto de maltrato animal que el agresor causa para hacerle más daño a ella en un contexto de incremento de la potencialidad dañina del maltratador en el hogar[17]. De este modo, la violen-

16 Como confirmó la reciente STS (Sala 2.ª de lo Penal) de 10 de diciembre de 2025, este precepto «prevé, precisamente, la aplicación de un subtipo agravado en el caso de que la causación del daño al animal de la víctima se lleve a efecto para dañar a la víctima pareja o ex pareja del agresor al animal».

17 Magro Servet, Vicente («La muerte del perro de la pareja o expareja dentro de la violencia de género...», *cit.,* p. 3); quien ya había mantenido que los «los maltratadores han encontrado en el maltrato al animal doméstico de la pareja o ex pareja el cauce adecuado para causar más daño a la víctima, añadiendo al que pueda causar desde el punto de vista físico o psicológico el maltrato animal, como una modalidad que ha sido ya incluida dentro del contexto de la violencia de género...» («El "maltrato vicario" a los animales en la violencia de género en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 10262, 5 de abril de 2023, p. 4). Por su parte, por ejemplo, Alastuey Dobón, Carmen («Derecho penal: los nuevos delitos contra los animales», en *Observatorio de políticas ambientales 2024*, Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga y otros (Coords.) Vol. 1, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, Madrid, 2024, p. 506), también entiende que «se deduce la pretensión del legislador de castigar más gravemente las lesiones cuando supongan una instrumentalización del animal como forma de violencia de género» sobre la pareja; y Berrocal Lanzarot, Ana Isabel (*op. cit.*, p. 1061), defiende que esta agravación supone «una utilización "medial/instrumental" del animal doméstico por parte del maltratador con el objetivo de causar un mayor daño a las víctimas maltratadas (otro cónyuge/pareja y/o hijo; y/o persona especialmente vulnerable); al que se une el que se causa directamente a las mismas. En esencia, se trata de añadir un subtipo agravado que, incrementa la pena básica a la mitad superior, cuando se maltrata a un animal doméstico (mascota) con el fin de violentar, dañar a la familia que convive con

cia vicaria animal debería considerarse como un acto realizado para agredir psicológicamente a la pareja o expareja, lo que supondría un delito de violencia de género sobre la pareja que, por consiguiente, debería ser competencia objetiva de los juzgados de violencia sobre la mujer.

No obstante, no faltan voces discrepantes que defienden que este artículo 340 bis.2 g) CP no supone una agravante de género clásica, por lo que podría aplicarse en casos de maltrato animal instrumentalizado para dañar a la pareja o ex pareja, con independencia del género de la persona que causa la violencia y del de la persona que la sufre, pues no habla de que la víctima sea o haya sido la esposa o de que se trate de una mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una convivencia de hecho o relación de afectividad, sino de «*cónyuge*» o «*persona*» en general[18].

Pues bien, respecto del maltrato animal en el contexto específico de la violencia de género sobre la pareja, es pionera la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de septiembre de 2025, que condenó a un hombre por violencia vicaria animal tras matar a la mascota de su pareja con el objetivo de causarle daño psicológico, imponiéndole una pena de prisión de 12 meses y un día y de prohibición de aproximarse a la víctima y de comunicarse con ella por tiempo de 2 años y un día. El juzgado entendió que se trataba de un caso de violencia vicaria contra animal de compañía en concurso medial con un delito de maltrato psicológico, señalando la sentencia que la «muerte del animal en este caso supone una estrategia de control y quebranto emocional dirigida a su pareja, que requiere la necesidad de adoptar medidas de protección, a través de la aplicación de la perspectiva de género». Así, se considera un caso de violencia vicaria sobre animal de compañía toda vez que «el relato fáctico revela un elemento subjetivo de tendencia inequívoco: la finalidad de dañar psíquicamente a la mujer a través del ataque a su vínculo afectivo con el animal». Además, de un lado, se parte en la resolución judicial comentada de la ineludible competencia, en estos supuestos, del juzgado de violencia de género en base a la conducta prevista en el apartado 3 del artículo 340 bis del CP, con aplicación de la agravante de la letra g) del apartado 2 del mismo precepto[19];

el maltratado, esto es, como un instrumento más de violencia en el seno familiar (violencia de género/ violencia vicaria)».

18 Fuentes Loureiro, María Ángeles (*op. cit.*, p. 22), quien expone, además, que esta «nueva circunstancia agravante responde a las situaciones de violencia instrumental hacia los animales en el seno de una relación matrimonial o análoga, esto es, situaciones en las que el maltrato animal es empleado como medio para dañar o controlar a la víctima humana entre parejas o exparejas» (pp. 6-7); reconociendo, igualmente, que destaca «la violencia instrumental que se realiza con animales especialmente en el ámbito de la violencia de género para coaccionar e imposibilitar las vías de emancipación de la mujer ante dichas situaciones de violencia contra las mismas» (p. 22).

19 «... aplicando al caso la perspectiva de género, el Juzgado asume la competencia para conocer de un delito que, en principio, no sería materia de los Juzgados de Violencia sobre

y, de otra parte, a efectos de lo previsto en el apartado 1 del artículo 153 CP, considera el juzgado que el causar deliberadamente la muerte del animal constituye un medio de control y humillación idóneo para causar en la pareja un daño psíquico real y apreciable. Apreciar también esta conducta permite imponer la pena accesoria de prohibición de aproximación y comunicación, de otra manera no se podría establecer una medida de protección a la pareja víctima de la violencia vicaria animal[20].

Por otra parte, ya existían en la jurisprudencia supuestos en los que concurrían violencia doméstica o de género sobre la pareja y maltrato animal. En efecto, en estos casos el maltrato animal se instrumentalizó en un contexto de violencia de género sobre la pareja o de violencia doméstica y fueron penados todos los hechos delictivos. Así, la SAP de Alicante (Sección 1.ª Penal) de 18 de junio de 2009, recogió un supuesto de violencia de género en el que un hombre maltrata física y psicológicamente a su mujer, llegando a amenazarla de muerte. Estas amenazas se llevaron a cabo de distintos modos, incluyendo el maltrato animal con resultado de muerte de un cachorro de la mujer, es decir, dicho maltrato animal se realizó para amenazar a la víctima humana, para coaccionarla y para dañarla psicológicamente. Por los hechos relatados en la sentencia se castiga al autor por un delito de maltrato en contexto de violencia de género del artículo 153. 1.º y 3.º CP, por un delito de amenazas condicionales del artículo 169. 1.º, inciso segundo, CP, y por un delito de muerte injustificada de un animal del artículo 337 CP. Asimismo, la SAP de Soria (Sección 1.ª Penal) de 3 de mayo de 2021, ventila un supuesto de maltrato entre los miembros de una pareja reiterado en el tiempo y recíproco en algunos episodios, castigando tanto al hombre por un delito de maltrato hacia la mujer pareja —violencia de género— del artículo 153. 1.º y 3.º CP, como a la mujer por un delito de maltrato familiar —violencia doméstica— del artículo 153. 2.º CP. Respecto del maltrato animal, el relato de hechos describe que el autor encierra en la casa de la mujer a sus dos perros y, a continuación,

la Mujer: el delito de maltrato animal tipificado en el art. 340 bis 3 del Código Penal... (lo que reafirma) la idea de que el maltrato animal ha de estar integrado en la lógica de la regulación de la violencia vicaria cuando el propósito sea herir a la mujer a través de terceros, en este caso, un animal de compañía» (González Granda, Piedad: *op. cit.*, p. 16).

20 Por su parte, la SAP de Pontevedra (Sección 6.ª Civil) de 26 de mayo de 2025 estableció un régimen de visitas con una perra a un excónyuge pese a haber una orden de alejamiento respecto de su exmujer que tenía la custodia exclusiva del animal. El Tribunal se basó en que la necesidad de proteger el bienestar animal, «se acrecienta cuando se produce un cambio drástico en la convivencia familiar como es una ruptura de la relación matrimonial, en la que la mascota verá cambiado todo su entorno y se alejará de uno de los que habían sido sus cuidadores, situación que no solo se proyecta respecto de la mascota, sino que las personas vinculadas al animal también van a sufrir con dicha situación por los lazos afectivos que se generaron entre ambos a lo largo del tiempo». En conclusión, en este caso se establece, por tanto, que no puede privarse al apelante de la compañía del animal ya que no se ha acreditado causa que permita inferir que la relación con el animal no será buena, pues no existe ningún hecho que aconseje separar al excónyuge de la mascota.

provoca un incendio en la casa, provocando la muerte de los perros. Por estos hechos se castiga al autor por un delito de incendio con riesgo para la vida e integridad de las personas del artículo 351 CP y por un delito de maltrato animal del artículo 337, 1.º y 3.º CP. Por tanto, si bien la sentencia castiga también por maltrato familiar a la mujer, el maltrato animal se lleva a cabo exclusivamente por el hombre, en un contexto de violencia de género sobre la pareja.

Por su parte, la SAP de Barcelona (Sección 20.ª Penal) de 5 de diciembre de 2006 relata un supuesto de violencia familiar ejercida por un hombre hacia su hermana. La sentencia condena por un delito de violencia en el ámbito familiar del artículo 153. 2.º CP por haber golpeado a la víctima humana y por un delito de maltrato animal del artículo 337 CP por haber lesionado de gravedad al perro de la hermana, al que no solo pateó reiteradamente, sino que arrojó al vacío por el hueco de las escaleras desde un segundo piso. Esta sentencia, además, hace referencia al ensañamiento en el maltrato al animal, indicando que: «Ninguna duda cabe al Tribunal que la conducta cruel del acusado hacía el perro de su hermana puede ser incardinada en el ensañamiento pues no solo le propinó varias patadas injustificadamente sino que además provocó su caída desde un segundo piso, y ello revela que su intención era no solo golpearle sino aumentarle el dolor al perro...».

En otras sentencias, sin embargo, no se castiga concretamente el maltrato animal, aunque éste no solamente concurre sino que se instrumentaliza para llevar a cabo actos de violencia de género contra la pareja[21] o actos de violencia doméstica[22].

---

21 Así, por ejemplo, la SAP de Madrid (Sección 17.ª Penal) de 19 diciembre de 2006 (JUR\2007\143320); la SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 24 noviembre de 2009 (ARP\2010\402); la SAP de Castellón (Sección 2.ª Penal) de 22 abril de 2010 (ARP\2010\803); la SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 9 de julio de 2010 (JUR\2010\318739); la SAP de Barcelona (Sección 20.ª Penal) de 15 abril de 2011 (ARP\2011\657); la SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 13 junio de 2011 (ARP\2012\295), en la que el condenado expresó la amenaza de que era «capaz de matar a los animales para hacerte daño, refiriéndose a las mascotas» de la mujer; la SAP de Tarragona (Sección 2.ª Penal) de 25 octubre de 2011 (JUR\2011\424827); la SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 22 diciembre de 2014 (JUR\2015\53229); la SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 22 mayo de 2017 (JUR\2017\179219); la SAP de Málaga (Sección 8.ª Penal) de 4 diciembre de 2017 (JUR\2018\276247); la SAP de Cádiz (Sección 3.ª Penal) de 7 diciembre de 2018 (JUR\2019\199023); la SAP de Valladolid (Sección 4.ª Penal) de 14 enero de 2021 (ARP\2021\359), etc.

22 La SAP de Cáceres (Sección 2.ª Penal) de 17 abril de 2006 (Sentencia 42/2006), relata un supuesto de violencia familiar o doméstica ejercida de un hijo hacia su madre, al amenazarla con matarla, con quemar su casa y con matar a sus animales. La SAP de Vizcaya (Sección 1.ª Penal) de 19 noviembre de 2019 (JUR\2020\69581), juzga un supuesto de violencia familiar de un padre a su hija, en el que el padre mata al perro de la menor como medio de amenaza. La STS (Sala 2.ª de lo Penal) de 2 diciembre de 2020 (RJ\2020\4811), resuelve un supuesto en el que el autor maltrata a los animales de la familia para que sus hijas menores de edad accediesen a mantener relaciones sexuales con él, esto es, «el maltrato animal se instrumentaliza para coaccionar a las víctimas humanas y garantizar la agresión sexual a las menores» (FUENTES LOUREIRO, María Ángeles: *op. cit.*, p. 20).

5. ¿Se requiere sentencia condenatoria firme de maltrato animal?

En principio debe exigirse sentencia penal condenatoria firme de maltrato animal, aunque, de no existir todavía, la aplicación de la norma civil estudiada quedará sujeta a la valoración por parte de la autoridad judicial de la prueba que se practique en el juicio de familia correspondiente, para decidir si existe amenaza de causar maltrato animal como medio para controlar o victimizar a los hijos o al otro cónyuge y que conlleve la privación de la guarda de tales vástagos.

III. Conclusiones

1.ª El artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC, crea un nuevo supuesto de violencia vicaria animal que supone una forma de control o victimización del otro cónyuge o pareja o de los hijos menores o mayores discapacitados, de modo que los animales son usados como mecanismo indirecto para someter o agredir a dichas personas.

2.ª Respecto a qué animales se refiere este precepto comentado, debe concluirse que se trata de una violencia que se ejerce sobre los animales domésticos o de compañía —aunque su definición sea muy amplia según algunas legislaciones autonómicas— que, con independencia de quien sea su propietario, convivan en el hogar familiar.

3.ª En cuanto a la determinación de los «*malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos*», habrá que atender a lo dispuesto en el vigente artículo 340 bis CP.

4.ª En el concreto ámbito civil, el precepto analizado se aplicará tanto en los supuestos de violencia doméstica como en los de violencia de género sobre la pareja.

5.ª Respecto del maltrato animal en el contexto específico de la violencia de género sobre la pareja, es pionera la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de septiembre de 2025, aunque ya existía jurisprudencia sobre casos en los que concurrían violencia doméstica o de género sobre la pareja y maltrato animal.

6.ª Ha de exigirse sentencia penal firme de maltrato animal, aunque, de no existir todavía, la aplicación de la norma civil estudiada quedará sujeta a la valoración por parte de la autoridad judicial de la prueba que se practique en el juicio de familia correspondiente.

7.ª Partiendo de una interpretación sociológica de la norma del artículo 92. 7.º, inciso tercero, CC, debe buscarse por los aplicadores del Derecho el difícil ajuste, de un lado, entre el Derecho —que parte de la necesaria relación de

los progenitores respecto de sus hijos— y, de otra parte, la actual sociedad claramente animalista, para determinar la aplicación práctica del precepto civil y su eficacia real.

IV. Bibliografía

Alastuey Dobón, Carmen: «Derecho penal: los nuevos delitos contra los animales», en *Observatorio de políticas ambientales 2024*, Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga y otros (Coords.) Vol. 1, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, Madrid, 2024, pp. 493-513.

Arribas Atienza, Patricio: «El nuevo tratamiento civil de los animales», *Diario La Ley,* núm. 9136, 9 de febrero de 2018, pp. 1-14.

Bernuz Benéitez, María José: «El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas», *Revista de Victimología*, núm. 2, 2015, pp. 97-123.

Berrocal Lanzarot, Ana Isabel: «El régimen jurídico del derecho de visitas, comunicación y estancias: en especial, en los casos de violencia de género y violencia vicaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 99, núm. 796, 2023, pp. 1039-1152.

De Torres Perea, José Manuel: «Una perspectiva multidisciplinar —jurídica, biológica y filosófica— sobre los animales, y su incidencia en el Derecho civil español», en *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,* Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Manuel García Mayo (Coord.), Reus, Madrid, 2022, pp. 31-70.

Fuentes Loureiro, María Ángeles: «El maltrato animal como instrumento violento en contextos de violencia de género y doméstica: Un estudio a raíz de la introducción de la circunstancia agravante de la letra G) del art. 340 Bis, apartado segundo CP», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 14, núm. 2, 2023, pp. 1-31.

García Mayo, Manuel: «El concepto de animal doméstico y de compañía», en *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*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Manuel García Mayo (Coord.), Reus, Madrid, 2022, pp. 129-155.

González Granda, **Piedad**: «Sobre el reconocimiento de los animales de compañía como víctimas de violencia vicaria. A propósito de la proyectada Ley Orgánica de medidas en la materia», *Diario La Ley,* núm. 10844, diciembre de 2025, pp. 1-22.

Laro González, **María Elena**: «Régimen jurídico de los animales de compañía», en *Derecho de familia y sistema de justicia civil: debates de actualidad*, Cristina Alonso Salgado, Pablo Ramos Hernández y Ana Rodríguez Álvarez (Coords.), Marta Otero Crespo, Julia Ammerman Yebra y Almudena Valiño Ces (Dirs.), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 216-223.

Magro Servet, **Vicente**:

— «La muerte del perro de la pareja o ex pareja dentro de la violencia de género y viabilidad de instar la pena de alejamiento (arts. 340 bis.2 G y 3, 57.2 y 153.1 CP)», *Diario La Ley*, núm. 10805, 13 de octubre de 2025, pp. 1-13.

— «El "maltrato vicario" a los animales en la violencia de género en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 10262, 5 de abril de 2023, pp. 1-14.

Manzanares Samaniego, **José Luis**: «La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 10282, 9 de mayo de 2023, pp. 1-21.

Mateos Rodríguez-Arias, **Antonio**: «Los nuevos delitos contra los animales tras la Ley Orgánica 3/2023», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 111, 2023, pp. 15-23.

Páez, **Eze**: «Sintientes, pero sin derechos. Análisis ético de la Ley 17/2021 sobre el régimen jurídico de los animales y propuestas de reforma», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinares de Bienestar Animal,* núm. 10*,* 2022, pp. 39-40.

Peguero Carrero, **Beatriz**: «Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021», *Diario La Ley*, núm. 10177, 2022, pp. 1-22.

Peñalva Ribera, **María Teresa**: «La superación de la dualidad de personas y cosas y las normas posesorias de los animales», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinares de Bienestar Animal*, núm.10, 2022, pp. 137-159.

Querol I Viñas, **Núria**: «Violencia hacia los animales y violencia de pareja», en *Violencia contra los animales: relevancia en la investigación criminal y la delincuencia violenta*, Soria Verde, Miguel Ángel; Querol i Viñas, Nuria y Company Fernández, Alba (Dirs.), Pirámide, Madrid, 2021, pp. 45-65.

Requejo Conde, **Carmen**: «Protección y bienestar de los animales en el Derecho español: claves de las leyes 3 y 7/2023, de 28 de marzo», *Chornancap Revista Jurídica*, Vol. 3, núm. 1, 2025 (Ejemplar dedicado a: The dimension of equality in fundamental rights), pp. 143-163.

Ruiz Cabello, Úrsula: «El maltrato a los animales de compañía en el marco de la violencia de género», en *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*, Cerrato Guri, Elisabet (Dir.), La Ley, Madrid, 2022, pp. 273-280.

Sánchez, **Soraya F.**; **Mateos Casado**, **Cristina** y **Tajahuerce Ángel**, **Isabel**: «Maltrato animal, violencia vicaria y violencia de género: La integración de recursos animalistas en la intervención integral en violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja», *International Visual Culture Review / Revista Internacional de Cultura Visual*, Vol. 12, núm. 1, 2022 (Ejemplar dedicado a: Monograph: «Feminism and Sexism. Gender Awareness»), pp. 1-15.

Vela Sánchez, **Antonio José**:

— «Violencia de género y daño social», *Diario La Ley*, núm. 10196, 27 de diciembre de 2022, pp. 1-20.

— *Las consecuencias civiles de la violencia de género*, Bosch, Barcelona, 2022.

— «Claves para la indemnización por daño moral en la violencia de género sobre la pareja», *Diario La Ley*, núm. 9774, 20 de enero de 2021, pp. 1-22.

— «Violencia de género sobre la pareja y derecho a cambiar el nombre y los apellidos», *Diario La Ley*, núm. 9720, 21 de octubre de 2020, pp. 1-25.

— «Violencia de género sobre la pareja y pensión compensatoria», *Diario La Ley*, núm. 9684, 29 de julio de 2020, pp. 1-25.

— «Efectos patrimoniales esenciales de la violencia de género en la pareja», *Diario La Ley*, núm. 8769, 25 de mayo de 2016, pp. 1-13.

— *Violencia de género en la pareja y daño moral*, Comares, Granada, 2015.

— «Violencia de género en el ámbito familiar y pensión compensatoria», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, Laura López de la Cruz y Marta Otero Crespo (Coords.); María Paz García Rubio y otros (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 833-858.

Vidal Martínez, Mercé: «¿Pueden los juzgados de violencia sobre la mujer conocer de la violencia vicaria animal de género?», *Diario La Ley*, núm. 10499, 7 de mayo de 2024, pp. 1-17.

Yugueros Prieto, Nerea: «El impacto de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: Aspectos esenciales de la regulación del régimen jurídico de los animales a través de su relación con los humanos y su consideración como seres sintientes», en *Protección de los derechos y el bienestar de los animales de compañía desde una orientación procesal y una mirada criminológica. Entre el deslumbramiento y la impostura*, González Granda, Piedad, Yugueros Prieto, Nerea y Jamardo Lorenzo, Andrea (Dirs.), Dykinson, Madrid, 2025, pp. 91-143.

V. Jurisprudencia aplicada

1. Sentencias del Tribunal Supremo

- STS (Sala 2.ª de lo Penal) de 10 de diciembre de 2025 (JUR\2025\429254).
- STS (Sala 2.ª de lo Penal) de 2 diciembre de 2020 (RJ\2020\4811).

2. Sentencias de audiencias provinciales

- SAP de Pontevedra (Sección 6.ª Civil) de 26 de mayo de 2025 (JUR\2025\171147).
- SAP de Soria (Sección 1.ª Penal) de 3 de mayo de 2021 (ARP\2021\688).
- SAP de Valladolid (Sección 4.ª Penal) de 14 enero de 2021 (ARP\2021\359).
- SAP de Vizcaya (Sección 1.ª Penal) de 19 noviembre de 2019 (JUR\2020\69581).
- SAP de Cádiz (Sección 3.ª Penal) de 7 diciembre de 2018 (JUR\2019\199023).
- SAP de Málaga (Sección 8.ª Penal) de 4 diciembre de 2017 (JUR\2018\276247).
- SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 22 mayo de 2017 (JUR\2017\179219).
- SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 22 diciembre de 2014 (JUR\2015\53229).
- SAP de Tarragona (Sección 2.ª Penal) de 25 octubre de 2011 (JUR\2011\424827).

- SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 13 junio de 2011 (ARP\2012\295).
- SAP de Barcelona (Sección 20.ª Penal) de 15 abril de 2011 (ARP\2011\657).
- SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 9 de julio de 2010 (JUR\2010\318739).
- SAP de Castellón (Sección 2.ª Penal) de 22 abril de 2010 (ARP\2010\803).
- SAP de Madrid (Sección 27.ª Penal) de 24 noviembre de 2009 (ARP\2010\402).
- SAP de Alicante (Sección 1.ª Penal) de 18 de junio de 2009 (JUR\2009\370080).
- SAP de Madrid (Sección 17.ª Penal) de 19 diciembre de 2006 (JUR\2007\143320).
- SAP de Barcelona (Sección 20.ª Penal) de 5 de diciembre de 2006 (JUR\2007\163439).
- SAP de Cáceres (Sección 2.ª Penal) de 17 abril de 2006 (Sentencia 42/2006).

3. Sentencia de Juzgado de Violencia sobre la Mujer

- Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de septiembre de 2025 (JUR\2025\277353).

21

LA FINE DI UNA RELAZIONE SENTIMENTALE E LA SORTE DEGLI ANIMALI D'AFFEZIONE TRA VUOTO NORMATIVO E APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Alessia Mignozzi

Professore associato di Diritto privato
Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli
Corso Gran Priorato di Malta – Capua (Ce)
alessia.mignozzi@unicampania.it

Sumario: I. Il contesto e il mutamento dei valori. II. Gli esseri animali nella pluralità ed eterogenità delle fonti del diritto. III. Il benessere e la relazione affettiva del pet nella fine di una relazione. Il diritto vivente. IV. Conclusioni.

Abstract: In Italia i dati Istat del 2024 mostrano il progressivo aumento del numero degli animali d'affezione nelle famiglie, in controtendenza rispetto al bilancio demografico; il che comporta l'emersione del tema del loro affidamento nelle situazioni di crisi familiare. Nel sistema giuridico italiano, a differenza di quello spagnolo, non esiste una legge che regoli la questione, è la giurisprudenza di merito a dover applicare una normativa multilivello, contemperando vari interessi: il diritto di proprietà sull'animale, il benessere dei figli in relazione all'animale d'affezione condiviso durante la vita familiare, nonché quello dell'animale medesimo. Di qui lo scopo del lavoro che, a seguito dell'inquadramento sistematico dell'animale di compagnia (qualificato prima come cosa, poi come bene di consumo e, infine, come essere vivente) e dell'esame del caso concreto, propone un'interpretazione sistematico assiologica, ove il *pet* rappresenta la sintesi dei valori di solidarietà e sussidiarietà propugnati dalla Costituzione, pilastro del multiforme sistema delle fonti del diritto.

I. Il contesto e il mutamento dei valori

Nell'Indagine multiscopo sulle famiglie *I Cittadini e il Tempo libero* l'Istat mostra che nel 2024 in Italia oltre 10 milioni di famiglie, pari al 37,7% del totale, hanno almeno un animale domestico, in particolare cani e gatti: il numero medio di cani per famiglia è pari a 1,3, mentre quello dei gatti è di 1,8. Nel tempo cresce, soprattutto, la quota di famiglie con cani (dal 20,7% nel 2006 al 22,1% nel 2024[1]) in netta controtendenza rispetto al bilancio demografico registrato nel lasso temporale gennaio-giugno 2025 che, al contrario, evidenzia un ulteriore calo della natalità (-7,0% rispetto agli stessi mesi del 2024). L'Italia si colloca al di sotto della media europea, con il solo 22,2% delle famiglie italiane con figli, lì dove, secondo i dati Eurostat, l'Unione Europea registra quasi 202 milioni di famiglie, di cui il 23,6% di queste include figli[2].

Insomma, le famiglie italiane prediligono dedicarsi a cani e gatti, considerandoli non solo esseri senzienti, ma parte integrante e irrinunciabile della famiglia, un valore per la persona che permea l'intera vita sociale ed economica, contribuendone allo sviluppo. In virtù di tali circostanze, già nel lontano 23 marzo 2018 fu presentata una proposta di legge che prevedeva l'inserimento degli animali di affezione nella famiglia anagrafica, intendendo per essa la formazione costituita da persone che coabitino e siano legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o anche solo da vincoli affettivi (d.P.R 30 maggio 1989 n. 223). In particolare, all'articolo 1, veniva sancito che ciascun componente della famiglia potesse presentare la dichiarazione anagrafica per comunicare l'intestazione dell'animale registrato nell'anagrafe degli animali di affezione e che la medesima dichiarazione dovesse essere presentata nel caso di decesso, in modo da far rientrare i relativi dati nel censimento della popolazione e delle abitazioni (di cui all'articolo 15, comma 1, lettera b, del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322) realizzato dall'ISTAT con cadenza annuale[3]. Il disegno di legge rimase lettera morta e a tale mutata concezione dell'animale da compagnia si è vista costretta a fornire concretezza la giurisprudenza italiana, soprattutto nella fase patologica del rapporto affettivo che, a fronte di un vuoto normativo, attua i valori emergenti. La giurisprudenza dei valori costituisce sì la naturale continuazione della giurisprudenza degli interessi, ma con maggiori aperture verso le esigenze di fondazione di un sistema di diritto civile costituzionale, in quanto, meglio di qualsiasi altra, idonea a realizzare la funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali, riconoscendo a queste ultime, in attuazione dei principi costituzionali, un'indiscussa preminenza[4].

1 https://www.istat.it/comunicato-stampa/gli-animali-domestici-in-italia-anno-2024/

2 https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ilc_lvph05/default/table?lang=en

3 https://documenti.camera.it/leg18/dossier/Pdf/gi0051.pdf

4 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. I, Napoli, 2020, p. 115 ss.

Alla luce di tali premesse, l'analisi non può prescindere dal contesto di integrazione europea e globale. La pluralità degli ordinamenti, in un sistema italo-comunitario delle fonti, non determina sovrapposizioni né, tantomeno, una gerarchia ma rapporti di interazione con integrazione reciproca che trovano massima espressione anche nel riconoscimento della qualificazione giuridica del *pet*. La promozione, infatti, dell'Unione europea si è, inevitabilmente, tradotta in una normativa che incide, come avremo modo di constatare, sull'animale di compagnia, rendendone necessaria una modulazione in funzione del contemperamento dei vari interessi: il diritto di proprietà sull'animale, il benessere dei figli in relazione all'animale d'affezione condiviso durante la vita familiare, nonché quello dell'animale medesimo. Di qui lo scopo del lavoro che, dopo l'esame della giurisprudenza nazionale, propone un'interpretazione sistematico assiologica, ove il *pet* rappresenta la sintesi dei valori di solidarietà e sussidiarietà propugnati dalla Costituzione che, dell'unitario sistema delle fonti, rappresenta un pilastro.

II. Gli esseri animali nella pluralità ed eterogenità delle fonti del diritto

In realtà una certa sensibilità verso il riconoscimento degli animali come esseri senzienti è rinvenibile *ante litteram*, prima del delineato mutamento dei valori sociali, nell'ambito di convenzioni e trattati sovrannazionali, basti pensare alla ormai risalente Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, redatta dalla Lega Internazionale dei Diritti dell'Animale, presentata a Bruxelles il 26 gennaio 1978 e proclamata a Parigi presso la sede dell'UNESCO il 15 ottobre 1978. Nelle Premesse (declamando che il riconoscimento da parte della specie umana del diritto all'esistenza di altre specie animali costituisce il fondamento della coesistenza delle specie nel mondo, nonché che l'educazione deve insegnare sin dall'infanzia ad osservare, comprendere, rispettare e amare gli animali) sancisce che ogni animale ha dei diritti e, dunque, riconosce una soggettività giuridica agli animali, in aperto contrasto con la teoria generale del diritto civile italiano che considera come soggetti di diritto unicamente l'uomo, le persone giuridiche (libri I e IV del codice civile) e gli enti di fatto (associazione non riconosciuta, comitato, ecc.); tutto il resto, infatti, può solo costituire oggetto di diritto.

Successivamente, recependo i mutamenti sociali, gli Stati membri del Consiglio d'Europa siglarono a Strasburgo, il 13 novembre 1987, la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, in vigore dal 1° maggio 1992. L'Accordo, dapprima, nel Preambolo, riconosce nei *consideranda*, l'importanza degli animali da compagnia per il contributo che forniscono alla qualità della vita e il conseguente valore per la società, e successivamente, nel primo capitolo, dedicato alle Disposizioni generali, definisce, per la prima volta, l'animale da compagnia, quale ogni animale tenuto, o destinato ad

essere tenuto dall'uomo, in particolare presso il suo alloggio domestico, per suo diletto e compagnia (art. 1). A ben vedere, non si tratta di una mera descrizione semantica ma di una precisazione preziosa, che delinea l'instaurazione di un significativo rapporto affettivo con l'animale, utilizzato, come vedremo, dalla giurisprudenza, soprattutto, di merito quale circostanza determinante nelle decisioni del caso concreto. Nel capitolo seguente (Principi per il mantenimento degli animali di compagnia), all'art. 3, sono dettati alcuni principi fondamentali per il benessere degli animali, quali il divieto di provocare inutilmente dolori, sofferenze e angosce all'animale da compagnia, nonché il divieto del suo abbandono. Tali principi sembrano essere recepiti, quasi nell'immediato, dal legislatore nazionale con la legge 14 agosto 1991, n. 281 (Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo), che all'art. 1 recita «Lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente».

Tornando alla disamina della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, all'art. 4, Mantenimento, prevede che "Ogni persona che tenga un animale da compagnia o che abbia accettato di occuparsene sarà responsabile della sua salute e del suo benessere", e che ogni persona che tenga un animale da compagnia o se ne occupi, deve provvedere alla sua installazione e fornirgli cure ed attenzione, tenendo conto dei suoi bisogni etologici, secondo la sua specie e la sua razza. In particolare, deve rifornirlo in quantità sufficiente di cibo e di acqua di sua convenienza, procurargli adeguate possibilità di esercizio, nonché prendere tutti i ragionevoli provvedimenti per impedire che fugga. Sembra riprendere la doverosità di tali comportamenti, che si concretano nell'assoluto rispetto delle caratteristiche dell'animale di compagnia, al fine di contrastare il randagismo e tutelare gli animali di affezione, la Regione Lombardia, che con la l. 20 luglio 2006, n. 16, ha previsto che la Regione riconosce il diritto alla dignità di esseri viventi ed il rispetto delle loro esigenze fisiologiche ed etologiche, condannando ogni tipo di maltrattamento, compreso l'abbandono (art. 1).

Ed ancora, l'art. 7, sempre della Convenzione europea, dispone che nessun animale da compagnia deve essere addestrato con metodi che possano danneggiare la sua salute ed il suo benessere, costringendo l'animale ad oltrepassare le sue capacità, o utilizzando mezzi artificiali che causino ferire, dolori o sofferenze inutili. Queste importanti norme hanno rischiato di rimanere prive di effettività fino a quando l'Italia ha ratificato la Convenzione europea con la l. 4 novembre 2010, n. 201, che ha introdotto misure di natura penale ed amministrativa idonee a dare concretezza alle previsioni, con particolare riguardo all'uccisione ed al maltrattamento degli animali, vietati dai novellati artt. 544-*bis* e 544-*ter* c.p. (già introdotti dalla L. n. 189 del 2004, Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate), nell'ambito del

titolo IX-*bis* del codice penale, rubricato Dei delitti contro il sentimento degli animali, dedicato, cioè, non alla protezione non degli animali in sé, bensì del sentimento della persona umana verso gli animali. Finalmente dopo un lungo *iter* parlamentare la legge 6 giugno 2025 n. 82 sostituisce la rubrica del Titolo IX-bis del codice penale con «Dei delitti contro gli animali», modificando il bene giuridico tutelato che è l'animale considerato nella sua essenza[5].

L'ampio concetto di benessere dell'animale da compagnia delineato dalla Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, che lo configura come un principio fondamentale (*ex* art. 3), viene ripreso dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo in Italia con la legge 2 agosto 2008, n. 130, che, all'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». Oltre al recepimento del principio del benessere degli animali che rappresenta un principio fondamentale e il fine ultimo della politica europea in materia[6], l'art. 13 opera una rivoluzione copernicana, qualificandolo come essere senziente e non come bene[7]. Viene sancito il principio che gli animali non sono cose, ma esseri dotati di sensibilità, capaci di provare non solo dolore ma anche emozioni: il che rappresenta un significativo passo avanti nella tutela[8].

---

5 Circa le principali novità relative alla riforma introdotta con la legge n. 82 del 2025 v. M. Gazzola, *La tutela penale degli animali non umani e la legge n. 82 del 6 giugno 2025. Dal «sentimento per gli animali» ai «delitti contro gli animali»*, in *S.* de Vivo e M. Gazzola (a cura di), *Lineamenti di diritto e diritti degli animali non umani*, Venezia, 2025, p. 157.

6 Una nuova definizione di benessere degli animali è fornita dall'Organizzazione mondiale per la salute animale (WoAH) nel 2024: "Benessere degli animali significa lo stato fisico e mentale di un animale in relazione alle condizioni in cui vive e muore. Un animale gode di un buon benessere se è sano, comodo, ben nutrito, sicuro, non soffre di stati spiacevoli come dolore, paura e angoscia ed è in grado di esprimere comportamenti importanti per il suo stato fisico e mentale. Un buon benessere degli animali richiede la prevenzione delle malattie e cure veterinarie adeguate, un riparo, una gestione e un'alimentazione, un ambiente stimolante e sicuro, una manipolazione e una macellazione o un abbattimento non crudeli. mentre il benessere animale si riferisce allo stato dell'animale, il trattamento che un animale riceve è coperto da altri termini come cura degli animali, allevamento e trattamento umano". M. Gerardo, *La rilevanza giuridica degli animali: oggetto di diritto e di tutele. Considerazioni sulla soggettività e capacità degli animali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2024, p. 3.

7 Sul tema F. Barzanti, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. UE*, 2013, p. 49.

8 Per una più compiuta analisi dello stratificato e complesso *corpus* normativo, basti consi-

Delineata la complessa stratificazione delle convenzioni e dei trattati internazionali non rimane che verificarne le ricadute in ambito civilistico, alla luce dell'esplicito riconoscimento degli animali quali esseri senzienti, lì dove nel codice civile italiano gli animali continuano ad essere considerati una *res*. L'animale si colloca, infatti, nel Libro Terzo, dedicato alla Proprietà, Titolo II, Dei beni, Capo I dei beni in generale, Sezione III, all'art. 820 c.c. che qualifica come frutti naturali quelli che provengono direttamente dalla cosa, con o senza l'opera dell'uomo, come i «parti degli animali»; il che comporta che l'animale in stato di gestazione sia da considerarsi una cosa mobile e i prodotti del concepimento siano utilità prodotte dalla cosa che, prima della loro venuta a esistenza, non sono beni mobili dotati di autonomia, ma sono parte integrante della cosa "madre". In tale prospettiva, gli effetti giuridici di eventuali atti di disposizione dell'animale in stato di gestazione si estenderanno anche ai "prodotti del concepimento", a meno che il proprietario dell'animale non decida di disporre separatamente di questi ultimi, realizzando una vendita di una cosa futura (art. 1472 c.c.) che, come è noto, produrrà i suoi effetti solo quando la cosa verrà ad esistenza, e cioè nel momento in cui i cuccioli nasceranno vivi[9].

Qualora contratto di vendita abbia ad oggetto animali domestici "difettosi", verrà ricondotto nell'alveo del Codice del Consumo (D.Lg. 6 settembre 2005, n. 206), e non all'art. 1496 c.c.[10], in tema di vendita di animali. Secondo una sentenza non troppo recente della Cassazione[11] l'animale da compagnia

derare le modifiche al codice della strada a opera della legge 26 luglio 2010, n. 120, che ha introdotto l'art. 189, comma 9 *bis*, che impone all'utente in caso di incidente ricollegabile al suo comportamento da cui derivi danno a uno o più animali d'affezione, da reddito o protetti, l'obbligo di fermarsi e porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso agli animali che abbiano subito il danno, v. G. A. Parini, *La tutela degli animali e della relazione interspecifica uomo-animale nel codice civile e nelle proposte di riforma*, in A. Buzzelli (a cura di), *Animali e diritto. I modi e le forma di tutela*, Pisa, 2023, p. 159.

9 G. A. Parini, Gli animali nel libro III del codice civile: l'acquisto a titolo originario e le regole che il "proprietario"
dell'animale deve rispettare nei rapporti di buon vicinato e nella dinamica condominiale, in *Rass. dir. civ*., 2025, p. 876, in part. pp. 880-881. L'Autrice prosegue, poi, con l'analisi delle norme che regolano l'acquisto a titolo originario della proprietà per occupazione su tali peculiari beni mobili, evidenziando come il legislatore del '42 non faccia altro che ricalcare la ripartizione propria del diritto romano per la classificazione dei diversi animali: da un lato, quelli selvatici, che vivono allo stato brado, in assoluta indipendenza dall'uomo e, dall'altro, gli animali domestici o mansueti, che vivono normalmente presso l'uomo al quale forniscono utilità oppure diletto (come cani, cavalli, gatti, buoi, galline capre).

10 Nella vendita di animali la garanzia per i vizi è regolata dalle leggi speciali o, in mancanza dagli usi locali. Se neppure queste dispongono si osservano le norme di cui agli artt. 1490 ss c.c. In tal senso, Cass. 17 maggio 2004, n. 9330, in *Contratti*, 2005, p. 1120, con nota di A. Maniaci, *Vendita di animali: vizi, difetti e rimedi*.

11 S. Cherti, *Vendita di animali: gli animali da compagnia sono "beni di consumo"* (nota a Cass. 25 settembre 2018, n. 22728), in *Corr. Giur*., 2019, p. 777. Si allinea alla decisione il Trib. Ravenna 13 agosto 2020, n. 656, in *DeJure*.

"difettoso" è esposto, per due anni e due mesi, al rischio di essere riconsegnato al venditore per la sostituzione (nel caso di specie, però, il compratore aveva chiesto solo la riduzione del prezzo e il risarcimento del danno, avendo ritenuto impossibile, ai sensi dell'art. 130, comma 7, lett. a), la riparazione e la sostituzione del "bene" animale, avendo scelto di tenere, comunque, con sé il cane). La decisione riconducendo il *pet* nella nozione di bene di consumo[12], prevede a carico del venditore, ai sensi dell'art. 129, l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita, dovendosi intendere per bene conforme quello che (ai sensi del 2 comma, lett. c), presenti la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, ovvero sia idoneo all'uso particolare voluto e palesato dal consumatore al venditore (art. 129, comma 2, lett. d, c. cons). In caso di difetto di conformità, ai sensi dell'art. 130, comma 2, c. cons. il consumatore avrà diritto al ripristino della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero, in via residuale, una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. A tal riguardo, il consumatore per far valere il difetto di conformità ha due anni di tempo dalla consegna del bene (art. 132, comma 1, c. cons), sempre che abbia denunciato al venditore il difetto entro due mesi dalla scoperta, con la presunzione che il difetto esistesse al tempo della consegna, sempre che si fosse manifestato entro sei mesi dalla stessa. Relativamente a un animale non pare possibile parlare di esatta conformità rispetto a quanto pattuito, nonché di esatta conformità del bene sostituito rispetto a quello originariamente venduto, poiché ogni animale, in quanto essere senziente, ha una propria individualità che lo distingue da tutti gli altri della medesima specie.

Guardando ai rimedi non manca chi sottolinei l'importante aspetto della causa di tali contratti, caratterizzati dalla meritevolezza del rapporto affettivo, grazie al quale l'animale di compagnia entra nella sfera giuridica della persona, attribuendo al rapporto giuridico che ne discende una dimensione non più riconducibile semplicemente allo schema proprietario, in quanto la proiezione relazionale uomo-animale cessa di essere relegata nei confini dei motivi individuali unilaterali. In tal guisa, va esclusa la risoluzione del contratto e la restituzione del bene al venditore, qualora l'animale presenti una patologia, sarebbe preferibile, piuttosto, la riduzione del prezzo e il risarcimento del danno, comprensivo delle spese sostenute per la cura, vista l'inesistenza di un sistema di sanità pubblica per gli animali di compagnia[13].

Come si è cercato di dimostrare, circoscrivere l'intero regno animale (ad eccezione della specie umana) nel quadro della teoria dei beni conduce a situazioni profondamente incoerenti e ingiuste, tanto che la legge 28 dicem-

12 È importante rilevare che il codice del consumo, così come modificato dal d. lg. 4 novembre 2021, n. 170, ha ricompreso esplicitamente nella nozione di bene di consumo anche gli animali vivi (art. 128, lett. e, n. 3 cod. cons.).

13 E. Pesce, *Valori affettivi ed interessi patrimoniali nella compravendita di animali*, in *Riv. trim. dir. proc civ*., 2024, p. 1001

bre 2015, n. 221 (Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali), c.d. Legge sulla Green Economy, ha modificato l'art. 514 c.p.c., prevedendo la assoluta impignorabilità degli animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali, nonché degli animali impiegati a fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli[14].

Infine, l'introduzione, ad opera della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, dell'art. 9, comma 3, cost., secondo il quale la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»[15], riconduce ad unità lo stratificato e complesso quadro normativo. La norma costituzionale testimonia il ruolo ormai preminente degli animali nella realtà sociale, collocandoli all'interno dei principi fondamentali, svincolandoli dal concetto di *res*. Sebbene non operi alcuna distinzione tra animali, da affezione o da reddito, lascia ampio spazio alle conoscenze scientifiche future, nonché, con la riserva di legge, al legislatore e all'interprete.

Attuano questi principi le recentissime proposte di legge volte a dichiarare gli equidi animali d'affezione e, conseguentemente, vietarne la macellazione e l'utilizzo a scopo alimentare. La proposta di legge AC 48, dal titolo «Norme per la tutela degli equini e loro riconoscimento come animali di affezione»[16], è volta a colmare un vuoto normativo che ha lasciato i cavalli e gli altri equidi sprovvisti di un'adeguata tutela, in controtendenza rispetto alla sensibilità che in questi anni si è diffusa nei confronti di questi animali. Le fonti normative vigenti sanciscono il rispetto degli animali e recano disposizioni per la prevenzione del loro abbandono e contro il maltrattamento, ma limitatamente a cani, gatti e pochi altri animali, escludendo specie in grado di instaurare legami affettivi con gli esseri umani. Scopo della proposta di legge è ampliare il riconoscimento ad altre specie animali, promuovendo un approccio più inclusivo e antispecista nella legislazione. Il testo, in approvazione alla commissione Agricoltura della Camera, delinea un dettagliato sistema di tutela che ha il suo fulcro nel divieto di macellazione, di esportazione per macellazione, vendita e consumo di carni, di utilizzo in spettacoli pericolosi o stressanti, di sfruttamento eccessivo, di utilizzo per esperimenti

14 «La formulazione della disposizione è, tuttavia, discutibile e foriera d'incertezze, poiché invece di affermare che non sono pignorabili gli animali di affezione tout court, riconosce la non pignorabilità esclusivamente in relazione a quelli che si trovano in determinati luoghi appartenenti al debitore o che comunque svolgono una particolare funzione, in quanto impiegati ai !ni terapeutici o di assistenza». *G.A. Parini*, La tutela degli animali e della relazione interspecifica uomo-animale, in *Rass. dir. civ*., 2021, p. 1000.

15 P. Vipiana, *La protezione degli animali nel nuovo art. 9 Cost*., in *DPCE online*, 2022, p. 1111

16 https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/AG0054.pdf

scientifici (inclusa la clonazione) e attività contrarie alla dignità o alle capacità fisiche di tutte le specie di equidi: anche i cavalli sono ormai considerati, di fatto, animali di affezione e, di conseguenza, non solo non devono essere maltrattati, ma neppure considerati cibo.

III. Il benessere e la relazione affettiva del pet nella fine di una relazione. Il diritto vivente

Tornando ai classici *pet*, se i citati dati dell'Istat nel rapporto 2024 dimostrano che quasi una famiglia su due in Italia vive con un animale domestico e che questi ultimi, riconosciuti come esseri senzienti, sono oggetto di contesa nella crisi della coppia, bisogna ricordare che, a fronte di tutela pubblicistica di tipo penale molto ampia (basti pensare all'esaminata introduzione del titolo IX-*bis* del libro secondo del codice penale ad opera della legge 20 luglio 2004, n. 189, nonché della recente legge n. 82 del 6 giugno 2025), il quadro normativo civilistico, confrontato anche con quello di altri paesi europei[17], mostra tutte le sue lacune. L'interpretazione del formante giurisprudenziale si trova, così, investito, innumerevoli volte, di questioni concrete in cui l'animale assume il ruolo di componente effettivo del nucleo familiare, essere senziente, capace di provare reazioni di tipo emotivo e, pertanto, meritevole di tutela. Non ci resta, dunque, che dare conto di alcune decisioni, senza dimenticare che il giudice non è tenuto a pronunciarsi sulla collocazione dell'animale da compagnia in caso di disaccordo nelle procedure di separazione e divorzio o di scioglimento dell'unione *more uxorio*, proprio in virtù della menzionata lacuna legislativa.

Val la pena premettere che, in un primo momento, la Suprema Corte di Cassazione, al contrario della giurisprudenza di merito, aveva addirittura negato la meritevolezza di tutela di un diritto della persona alla relazione con l'animale domestico, non riconoscendo il risarcimento del danno non patrimoniale da perdita, ad opera di terzi, dell'animale d'affezione[18]. Il danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c. è una categoria generale ma non può essere caratterizzata da sottocategorie, per cui non può farsi riferimento al danno

17 Si pensi alla vicina Spagna, in cui, con legge 15 dicembre 2021 n. 17, si prevede che l'accordo sull'affidamento dell'animale possa essere parte integrante di quello che definisce la crisi coniugale e che il giudice valuti l'accordo, tenendo conto del benessere della famiglia e dell'animale (art. 90). In mancanza di accordo, l'art. 94 *bis* c.c. attribuisce al giudice il potere di decidere tenendo conto dell'interesse dei membri della famiglia e del benessere dell'animale, indipendentemente da chi sia il proprietario. *G. A. Parini*, *Gli animali nel diritto civile italiano*, cit., p. 199.

18 Cass. 27 luglio 2007, n. 14846, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 1, 2, 211, nota di Cricenti. Sulla medesima falsariga si pronunciarono le Sezioni Unite della Cassazione, nelle decisioni gemelle dell'11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975, c.d. di San Martino), in *Giur. It*., 2009, p. 1380, nota di Vizioli.

esistenziale, come generico sottoinsieme, perché attraverso questo riconoscimento il danno non patrimoniale diventerebbe atipico.

Successivamente il Tribunale di Milano[19] riconobbe che, in virtù dell'entrata in vigore della legge 4 novembre 2010, n. 201 (come detto, di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia), il sentimento per gli animali avesse riconoscimento europeo, cosicché poteva configurarsi un vero e proprio diritto soggettivo all'animale da compagnia, che non è una cosa, ma un essere senziente, del quale va salvaguardato l'interesse materiale, spirituale ed affettivo, applicando analogicamente le disposizioni in tema di affidamento dei minori e dei principi ad esso sottesi. Scelta non facile considerato che gli artt. 337-*bis* e segg. c.c. riguardano interessi ben più articolati, trattandosi di filiazione[20].

Poco dopo, il Tribunale di Roma con sentenza n. 5322 del 12 marzo 2016[21], in modo rivoluzionario, ha applicato per la prima volta la disciplina dell'affidamento condiviso ad un cane conteso da due *ex* conviventi *more uxorio*. L'attrice sosteneva fermamente l'esclusiva proprietà del cane, come attestato dal *microchip* e dall'iscrizione all'anagrafe canina e l'*ex* compagno resisteva, ritenendo, prima e dopo la separazione, di essersi sempre occupato, di fatto, del cane in prima persona, facendolo sottoporre alle cure necessarie e ai controlli sanitari. Anche a tale fattispecie il giudice ritenne di applicare analogicamente la disciplina dell'affidamento di figli minori, in quanto, alla luce dell'intervenuta equiparazione della tutela dei figli nati dentro e fuori del matrimonio, poteva essere estesa anche alla separazione di fatto di coppie non coniugate. Il Tribunale sostenne che il regime giuridico in grado di tutelare meglio l'interesse materiale-spirituale-affettivo dell'animale, contemperandolo con l'interesse affettivo dell'attrice e del convenuto, fosse l'affido condiviso e dispose l'affidamento condiviso al 50%, con collocamento alternato ogni sei mesi, del cane con facoltà, per la parte che nei sei mesi non l'aveva con sé, di vederlo e tenerlo due giorni alla settimana, anche continuativi, notte compresa, nonché la divisione al 50% delle spese per il suo mantenimento.

In Sicilia si espresse in termini di assegnazione e non di affidamento il Tribunale di Sciacca[22], il quale affermò che nella scelta del regime di assegnazione esclusiva del *pet* ad uno dei coniugi, o alternato, deve essere preferita la parte che assicuri il miglior sviluppo dell'identità dell'animale e stabilì l'assegnazione esclusiva del gatto e l'affidamento condiviso del cane. Il Presidente, poi, oltre a porre a carico del marito un assegno mensile di mantenimento

19 Trib. Milano 13 marzo 2013, in Repertorio Foro It., voce ''Separazione di coniugi'', n. 99

20 L. Oliviero, Fine di una relazione e affidamento dell'animale d'affezione, in *Giur.it*, 2024, p. 37, spec. p. 40.

21 Trib. Roma 12-15 marzo 2016, n. 5322, in *Fam. e dir*., 2017, 5, p. 460 ss., con nota di Pittalis

22 Trib. Sciacca, 19 febbraio 2019, in *Nuova Giur. civ*., 2019, p. 788, nota di *Palmeri*

da corrispondere alla moglie, sancì l'affidamento dei due animali della coppia, nella specie un gatto e un cane, in base alla considerazione che, in mancanza di accordi condivisi, il sentimento per gli animali costituisce un valore meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico, non tenendo in conto la registrazione presso l'anagrafe canina; in particolare, ritenne che, in virtù del suo benessere, il gatto andasse assegnato al marito, in grado di assicurare il migliore sviluppo possibile dell'identità dell'animale, e il cane ad entrambe le parti, a settimane alterne, con spese veterinarie e straordinarie ripartite al 50% tra i coniugi.

Il caso concreto evidenzia, dunque, l'ampio superamento della riconduzione dell'animale alla cosa, soprattutto in presenza di un conflitto tra ex coniugi o *ex* conviventi per l'affidamento dell'animale domestico. Come si è avuto modo di constatare, al fine di dirimere la controversia i giudici utilizzano come criterio guida o la soluzione più idonea a garantire il benessere del *pet*[23] o la relazione affettiva dell'animale con l'uno o l'altro dei soggetti[24]; è quest'ultima, infatti, a determinare, più di frequente, l'assegnazione o l'affidamento all'una o all'altra parte, o a entrambi, alla luce della protezione del sentimento di affezione nutrito per l'animale (valore evidentemente meritevole di tutela), della cura e del benessere del medesimo. Il tutto evidenzia la pressante esigenza di considerare il *pet* un centro autonomo di imputazione di posizioni di tutela e non una semplice *res*, come testimonia l'irrilevanza, nella sentenza del Tribunale di Roma esaminata, dell'intestazione anagrafica agli effetti dell'affidamento del cane conteso dagli *ex* conviventi *more uxorio*.

Infine, ultimamente, la Seconda Sezione della Cassazione è stata chiamata a decidere su una vicenda analoga ma dai diversi presupposti. Il *petitum*, infatti, riguardava la comproprietà del cane domestico e il relativo diritto di visita rivendicato da una *ex* partner, che aveva frequentato l'animale nell'ambito di una relazione sentimentale limitata nel tempo e non caratterizzata dalla convivenza[25]. In primo grado il Tribunale di Padova accoglieva parzialmente la domanda attorea, riconoscendole la proprietà ma, allo stesso tempo, sanciva il diritto alla frequentazione del cane all'*ex* partner convenuto, nell'interesse dell'animale. In appello, la Corte di Venezia, riformava *in toto* la pronuncia di primo grado e rigettava le domande attoree. Il giudice supremo

23 Un'ampia nozione di benessere con riguardo agli animali, in quanto esseri senzienti, impiegati in attività sportive è formulata dal d.lg. 28 febbraio 2021, n. 36 di Riforma dello sport, che dedica un titolo *ad hoc* (Titolo IV, artt. 19-24) alle Discipline sportive che prevedono l'impiego di animali, e introduce, per la prima volta, la necessità di un documento di identità anagrafica per ogni animale impiegato nello sport (art. 19), ed in particolare l'emissione del "passaporto dell'equide" per identificare il singolo "cavallo atleta" (art. 22).

24 Per un approfondimento della relazione uomo-animale nel pensiero filosofico v. M. Gerardo, *La rilevanza giuridica degli animali: oggetto di diritto e di tutele. Considerazioni sulla soggettività e capacità degli animali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2024, p. 4

25 Cass., ord. 24 marzo 2023, n. 8459, in *Giur. it.*, 2024, p. 36

conferma la sentenza precedente e, dopo aver ritenuto insussistente una famiglia di fatto, per l'assenza di convivenza e la brevità della relazione, nega il diritto di visita alla ricorrente sulla base non della inesistenza della coppia di fatto, ma per la carenza di prova dell'instaurazione di un rapporto significativo tra la ricorrente e il cane, vista la durata di soli quattro mesi della storia. Sebbene non manchi chi ritenga che l'ordinanza sia frutto dell'adesione ad un criterio ibrido che ricomprenda, da un lato, l'approccio ''dominicale'' (che riduce la questione dell'affidamento dell'animale ad un problema di assegnazione delle cose al legittimo titolare) e, dall'altro, l'approccio ''affettivo'' (che rifiuta il ricorso agli schemi proprietari, del tutto inadatti a governare la relazione uomo-animale), pare, *prima facie*, che i giudici abbiano fatto decisamente leva sull'inesistenza dell'imprescindibile requisito dell'instaurazione con l'animale di un rapporto affettivo tale da far riconoscere alla ricorrente un diritto di visita, facendo prevalere, nella decisione, esclusivamente l'inesistente relazione affettiva dell'animale con l'attrice[26].

Le decisioni, considerate nel loro complesso, evidenziano un intenso lavoro interpretativo della giurisprudenza che non può far altro che indurre ad una riflessione profonda sulla possibilità di riconoscere se non una soggettività giuridica dell'animale di affezione[27], uno *status* che gli consenta di relazionarsi all'uomo in termini soggettivi, e non solo oggettivi.

IV. Conclusioni

Alla luce dell'*excursus* precedente possiamo ritenere che, in Italia, nonostante gli animali siano ancora collocati nel Libro III del codice civile e qualificati come beni mobili, grazie alle norme di settore internazionali, europee e nazionali, la giurisprudenza ha recepito l'evoluzione del comune sentire etico e morale nei confronti degli animali, arricchendo la condizione giuridica dei medesimi, ritenuti esseri senzienti, promuovendo i concetti di animali d'affezione e da compagnia, al fine di valorizzare il loro ruolo all'interno della famiglia, nonché il loro contributo alla qualità della vita umana[28].

Riguardo alle situazioni di crisi del nucleo familiare, va sottolineata, invece, la necessità di colmare le lacune nel nostro ordinamento e disciplinare la questione degli affidi degli animali dopo una separazione, non solo in caso di matrimonio ma anche nelle convivenze di fatto, alla luce della mutata percezione sociale dell'animale e del suo rapporto con l'uomo. Nel frattempo, va evidenziato l'importante ruolo suppletivo svolto dalla giurisprudenza, soprattutto di merito, che dopo l'iniziale adesione all'approccio c.d. dominicale ha

26 L. Oliviero, *Fine di una relazione e affidamento dell'animale d'affezione*, cit., p. 37

27 In tal senso, F. Rescigno, *I diritti degli animali, da* res *a soggetti*, Torino, 2005, *passim*; *A. Valastro*, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in *Quad. cost*., 2006, p. 67

28 D. Cerini, *Animali (diritto degli)*, in *Dig. discip. priv*., Padova, 2013 p. 4 ss

subito una costante evoluzione, grazie alla presenza sempre più capillare degli animali come componenti effettivi dei nuclei familiari e al recepimento del continuo progresso delle scienze etologiche e veterinarie. D'altra parte, il novellato art. 9 della Costituzione impone di considerare la tutela degli animali tra i principi fondamentali della Repubblica, canone ermeneutico sia nell'elaborazione che nell'applicazione delle leggi, per un diritto civile costituzionalmente orientato.

Negli ultimi anni sono state presentate diverse proposte di legge per disciplinare la questione degli affidi degli animali dopo una separazione, non solo in caso di matrimonio ma anche nelle convivenze di fatto[29]. In particolare, i disegni di legge sottolineano il principio secondo cui la proprietà dell'animale, desunta dalla documentazione anagrafica, è solo un criterio orientativo per il giudice che, in mancanza di un accordo tra le parti, deve attribuire l'affido esclusivo o condiviso dell'animale domestico alla parte con cui questo ha sviluppato una maggiore relazione affettiva e che, dunque, è in grado di garantirne il maggior benessere, indipendentemente dalla titolarità. In caso di affido "congiunto" dell'animale, le parti devono provvedere al suo mantenimento in misura proporzionale al proprio reddito. È stato anche previsto che il giudice possa sentire i coniugi, i conviventi e la prole e acquisire, se necessario, il parere degli esperti del comportamento animale. Le proposte di legge sono ancora in attesa di discussione e approvazione. Al riguardo, occorre un intervento risolutivo del Legislatore italiano in una materia che, come delineato, è stata affidata alla sola interpretazione della giurisprudenza e alla sensibilità del singolo giudice: proprio partendo dai concetti già sviluppati dai giudici di merito, c'è bisogno di una modifica legislativa che finalmente disciplini l'ipotesi dell'affidamento dell'animale d'affezione in caso di crisi del nucleo familiare, nel principale interesse dell'animale stesso e in coerenza con i principi europei, secondo l'evoluta sensibilità della società civile contemporanea.

29 Da ultimo, d.d.l. n. 76, presentato dai parlamentari De Petris, Gianmanco e Cirinnà, comunicato alla Presidenza del Senato il 13 marzo 2018.

22

¿CÓMO PUEDO PROTEGER A MI MASCOTA EN MI TESTAMENTO?

M.ª Eugenia Serrano Chamorro

Catedrática de Escuela universitaria de derecho civil (ACREDITADA a CU).
Universidad de Valladolid. eugenia.serrano@uva.es
Orcid:0000-0002-5812-5629

Sumario: I. Especial consideración sobre las mascotas. II. Cauces legales para favorecer a las mascotas. III. Normativa actual. IV. Estudio del art. 914 bis del CC. V. La inclusión de los animales de compañía en los testamentos. VI. Transmisión del animal de compañía en la herencia testada: distintas opciones. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Especial consideración sobre las mascotas

Desde hace unos cuantos años hay una tendencia hacia un cuidado especial de los animales. Los hogares españoles experimentan un cambio demográfico estructural, con más de 13 millones de mascotas superando la cifra de niños menores de 15 años. Esta tendencia, impulsada por la baja natalidad y el aumento de hogares sin hijos, posiciona a España con una media de seis mascotas por cada niño, siendo el segundo país de la UE con menos menores de 5 años. En 2025, el 61 % de los hogares españoles convive con mascotas (más de 30 millones de animales), según datos de ANFAAC recopilados por BurgosDigital[1]. Acudimos al fenómeno perrhijo, cuando las mascotas se convierten en familia, un fenómeno sin precedentes que refleja un cambio profundo en la relación entre humanos y animales: los perros ya no son solo mas-

1 En España hay más mascotas que niños: ¿un cambio de era? (17 septiembre 2025) https://musky.es/blog/mascotas-en-casa-superan-ninos-espana
Más específicamente:
El 27 % de los hogares tiene al menos un perro (≈ 9,46 millones).
El 17 % al menos un gato (≈ 5,95 millones). Fuente: AllPetFood
En contraste, en los primeros cinco meses de 2025 se registraron 129.808 nacimientos, apenas algo más que en 2024 (129.258). Fuente: Infosalus
Resultado: hay más perros y gatos que niños menores de 15 años

cotas, sino miembros de la familia, y muchos son percibidos y criados como verdaderos hijos, Convivir con animales ofrece un sentido de responsabilidad y de apoyo moral que se ha visto reforzado por la industria de las mascotas[2].

Vulgarmente se usa el término mascota. La percepción de las mascotas ha cambiado radicalmente. Antes se las consideraba funcionales. Por ejemplo, los perros protegían la casa y los gatos evitaban que entraran ratones, pero hoy en día son vistos como miembros de la familia. Esto se traduce en un aumento en el gasto destinado a su cuidado. Hay una especie de humanización de las mascotas y cada vez tendemos más a tratar a las mascotas como si fuesen personas. Hay gente que habla con su mascota, que la está tratando, la abraza y la coge como si fuese una especie de humano. Los hogares españoles gastan una media de 1.500 euros al año en el cuidado de sus mascotas, lo que incluye alimentación, veterinario, juguetes y servicios de guardería. La humanización de las mascotas es un fenómeno observable en la sociedad. Es trascendente el cambio en la relación que tenemos con los animales, desde los animales como un bien semoviente hasta algo a medio camino entre un bien de consumo y seres humanizados.

Las transformaciones en la estructura familiar y las prioridades de vida han llevado a que los animales de compañía ocupen un lugar privilegiado en el hogar. Igual que ha cambiado la relación en la forma de relacionarse con los hijos, está cambiando la forma de relacionarse con los animales y la forma en la que integramos a los animales[3]. Con cada vez más hogares que eligen adoptar un animal en lugar de tener hijos, el amor por las mascotas se ha convertido en un aspecto definitorio de la vida moderna en España. En esta nueva realidad, las mascotas no son solo animales; son compañeros, amigos y, para muchos, una parte integral de la familia[4]. Los perros representan para muchas personas una oportunidad de construir una familia en sus propios términos. Esa humanización de los animales ha llevado a desarrollar el concepto de «familias multiespecie», ubicando a los animales de compañía en un rol intermedio «humanizados pero no humanos». Hace unos meses un tribunal de Nueva York reconoció a los perros como miembros de la familia

2 Los casos más extremos conducen a las personas a vestir las mascotas, pasearlas en carrito, darles biberón y alimentarles con comida especial como si le dieran papilla a un bebé. De ahí que hayan nacido los perrhijos y los gathijos.

3 Cerdeira Bravo de Mansilla «Capítulo 14. ¿Es el animal doméstico parte del hogar? Su repercusión en derecho de familia» en Un *nuevo derecho civil para los animales*. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, Reus, Madrid, 2022, pp 333 y ss.

4 España, país de perros: suma 9,5 millones de canes frente a 6,6 millones de niños y cada vez nacen menos bebés. (3 de enero 2026) https://www.elespanol.com/espana/20260103/espana-pais-perros-suma-millones-canes-frente-ninos-vez-nacen-bebes/1003744076986_0.html
En nuestro país, hasta el 31 de octubre de este pasado año, nacieron 267.498 bebés, mientras que se registraron 279.000 perros nuevos.

en un caso en el que un perro fue atropellado[5]. Cuando la sociedad empieza a ver a los animales como parte de la familia, las leyes evolucionan para proteger ese vínculo, se puede ver en el ámbito civil en los acuerdos de custodia durante los procesos de divorcio o separación donde se cuestiona la custodia o el régimen de visitas de las mascotas.

Esto nos hace plantearnos ¿Qué entendemos por animal de compañía?

Resulta llamativa la inexistencia de un concepto unívoco de animal de compañía lo que dificulta la construcción de un régimen coherente no existiendo una normativa estatal que regule la materia[6]. Es de todos conocido que los animales han desarrollado la función de compañía desde tiempos remotos, siendo las especies escogidas y razas muy distintas. Actualmente, este concepto no es pacífico[7].Cada país, cada cultura e, incluso en España, cada Comunidad Autónoma ha acuñado un concepto distinto. Indica Domínguez Luelmo[8] que ante la ausencia de una normativa estatal relativa a las diferentes cuestiones que giran en torno al bienestar de los animales, las CA se han mostrado pródigas en dictar textos legales que acogen la nueva sensibilidad hacia aquellos, en especial en lo que se refiere a los animales de compañía[9].

El Convenio Europeo de protección de animales de compañía, ratificado por España y al que la E. M. de la Ley 17/2021 se refiere, nos da el siguiente concepto, en su artículo 1.1*:* «*Se entenderá por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía».*

En la actualidad existe una absoluta disparidad y discrepancia normativa y jurisprudencial sobre lo que ha de entender por «animal de compañía»[10]

---

5 https://www.tiemporealec.com/juez-de-nueva-york-reconoce-a-los-perros-como-parte-de-la-familia/

6 Pérez Monguió, «El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento», en *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm 51, Zaragoza, 2018, pp. 249 y ss sobre el origen de la expresión «animal de compañía». Compañía se identifica con acompañamiento, siendo por lo tanto un término muy amplio.

7 García Mayo, «Capítulo 6. El concepto de animal doméstico y de compañía. en *Un nuevo derecho civil para los animale*s. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, dir. Cerdeira Bravo De Mansilla, G, Reus, Madrid, 2022, p 136 y ss sobre los intentos previos de definir al animal de compañía.

8 Domínguez Luelmo, La ley 17/2021 sobre régimen jurídico de los animales, Comentario y aplicación práctica, Reus, Madrid, 2022, *op. cit*, p 23.

9 Ramón Fernández, «Los animales de compañía y su destino en el ámbito sucesorio», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º17 bis, diciembre, 2022, pp 2444 y ss cita distintas leyes autonómicas.

10 Facebook: Un hombre de Bilbao saca a pasear a su centollo. https://okdiario.com/tendencias/facebook-hombre-bilbao-saca-pasear-centollo-5307374#:~:text=Los%20centollos%20son%20un%20manjar%20en%20toda%20regla.&text=En%20este%20

esta definición coexiste con otras, distintas o parcialmente coincidentes, recogidas en numerosas normas, tales como el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de animales de compañía, de 13 de noviembre de 1987 (art. 1), o las numerosísimas leyes autonómicas aprobadas en materia de protección animal, entre otras. Sin duda, la delimitación del concepto «animal de compañía»[11] traerá problemas de interpretación en la práctica que se podrían haber evitado incluyendo en el Código Civil las correspondientes definiciones[12].

A este respecto Nevado Moreno[13] sobre la determinación del concepto de animal de compañía, expresa que los perros y gatos son tales, pero pueden surgir otras controversias sobre otros animales cuyo estatus en la familia no está tan claro, por lo que esa determinación debería realizarse por la posibilidad de establecer ese vínculo afectivo respecto a ciertos animales, postura que comparto plenamente. Igualmente hay que distinguirlo del concepto de animal doméstico[14].No quiero extenderme demasiado en estos conceptos pues mi verdadera preocupación es en el campo jurídico civil. Ahora bien, para que puedan darse estas disposiciones sucesorias hay que determinar el porqué de llegar a estas protecciones.

La preocupación por proteger a las mascotas tras el fallecimiento de sus dueños surge de diversas razones que reflejan la evolución de nuestra relación con los animales, así como el reconocimiento de su importancia emocional y social. Las mascotas son, para muchas personas, miembros de la familia. Su presencia contribuye al bienestar emocional y psicológico de sus dueños. La pérdida de un ser querido, ya sea humano o animal, puede ser

caso%2C%20este%20hombre,a%20su%20mascota%2C%20un%20centollo.
Hoy en día podemos tener todo tipo de mascotas. Hay algunas que son más convencionales, perros, gatos, pájaros, conejos, por ejemplo, otros en cambio, son más exóticas, una serpiente, un sapo o por qué no, un cangrejo gigante o centollo.

11 Inmaculada Vivas Tesón, Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal, Aranzadi.2019, pp 75 y ss.

12 Desde un punto de vista sistemático, quizás habría tenido sentido introducir esta cuestión en el nuevo artículo 333 bis, en vez de incluir en dicho precepto normas tan heterogéneas como la del reembolso de los gastos de curación y cuidado de animales heridos o abandonados (ap. 3), o la relativa al daño moral causado por la muerte o lesión de un animal de compañía (ap. 4), regulación por otra parte del todo innecesaria. Afirma Miguel Fernández Benavides, «La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre!, en El Notario del siglo XXI, mayo-junio (121), 2022.

13 Nevado Montero, «Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de las mascotas o animales de compañía» en *RCDI*, núm 783, enero 2021, *op. cit*, p. 528.

14 Iuris Prudente. La sucesión en los animales de compañía: el nuevo artículo 914 bis del Código Civil. ¿Están sujetos los animales de compañía al régimen de la sociedad de gananciales?, 2 de febrero de 2022. https://www.iurisprudente.com/2022/02/la-sucesion-en-los-animales-de-compania.html
Afirma que las distintas categorías de animales no están bien definidas en nuestro derecho.

devastadora. Cuando se considera el futuro de una mascota, se busca mitigar el duelo tanto del animal como del dueño. Asegurar un hogar amoroso y adecuado para una mascota tras el fallecimiento del dueño ayuda a mantener su estabilidad emocional. Hay que tener en cuenta que los propietarios de mascotas asumen una responsabilidad moral y ética hacia sus animales. Al adoptar una mascota, se establece un compromiso de cuidado y protección durante toda su vida. Esta responsabilidad no termina con la muerte del dueño; es esencial garantizar que la mascota reciba el cuidado adecuado y que su vida no se vea comprometida por la falta de planificación. Por otro lado, cada vez en más países existe un creciente reconocimiento legal y social de que los animales son seres sintientes, lo que implica que tienen emociones, necesidades y derechos. Este cambio de paradigma lleva a una mayor conciencia sobre la necesidad de planificar el futuro de los animales de compañía, asegurando que tengan una vida digna después de la pérdida de su dueño[15]. Planificar el futuro de las mascotas en caso de fallecimiento ayuda a prevenir situaciones de abandono y maltrato. Sin una voluntad clara, las mascotas corren el riesgo de ser dejadas a su suerte, entregadas a refugios o, lamentablemente, sometidas a condiciones inadecuadas. Al establecer disposiciones en un testamento, se fomenta una cultura de responsabilidad hacia los animales. Además, cuando las mascotas son abandonadas o maltratadas tras la pérdida de sus dueños, esto puede tener un impacto más amplio en la comunidad. Aumenta la carga sobre los refugios y organizaciones de rescate, que suelen estar saturadas.

El bienestar animal ha ganado atención significativa en la sociedad actual. Las organizaciones defensoras de los derechos de los animales promueven la idea de que cada animal merece vivir en un ambiente seguro y amoroso. Planificar su futuro después de la muerte de un dueño es una forma de asegurar que este principio se respete. Para muchas personas, las mascotas son parte integral de su historia personal. Protegerlas en un testamento puede ser visto como una extensión de su legado. Muchas personas desean que sus creencias y valores, incluyendo el amor hacia los animales, perduren incluso después de su partida.

Por estas razones creo que esta preocupación por la protección de las mascotas después del fallecimiento de sus dueños no solo refleja un sentido de responsabilidad personal, sino también un cambio cultural hacia un entendimiento más profundo de nuestros vínculos con los animales. En un mundo donde la relación entre humanos y animales se está reconociendo cada vez más como significativa y valiosa, garantizar el bienestar de nuestras mascotas tras nuestra muerte

15 Fernández Domingo, «Capítulo 10. Entre propiedad y posesión: la tenencia y el cuidado de animales, derechos y deberes», en *Un nuevo derecho civil para los animales*. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, Reus, Madrid, 2022, pp 228 «la propiedad, la posesión e incluso la detentación son situaciones en las que puede encontrarse el hombre respecto a los animales».

se convierte en un acto de amor, compasión y compromiso ético. Esta cuestión resuena en el seno de la sociedad contemporánea, haciendo del bienestar animal un tema de relevancia y discusión continua. También encontramos conocidos históricos preocupados por sus mascotas, como Calígula o Hitler[16].

Este trabajo pretende dar respuesta a este sentimiento por seres que cumplen una gran labor de compañía. El proteger a las mascotas en las disposiciones testamentarias.

II. Cauces legales para favorecer a las mascotas

La posibilidad o no de dejar a la mascota como herencia es una de las dudas más comunes de sus propietarios. ¿Puedo dejarle la herencia a mi mascota? Aunque no se puede ordenar disposiciones testamentarias en las que se las instituya como beneficiarias de patrimonio del testador sí es posible tomar medidas para asegurar su bienestar futuro. Los testamentos se han transformado en importantes instrumentos legales para garantizar el bienestar de las mascotas.

Desde la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del CC, la LH y la LEC, sobre el régimen jurídico de los animales, los animales han pasado a considerarse seres vivos dotados de sensibilidad por lo que podrán adquirir algunos derechos como las personas. El CC catalán en su art. 511-1.3 señala que los animales, aunque no sean considerados cosas, estarán sujetos a la protección especial de las leyes, aplicándoseles las normas relativas a los bienes solo en lo que sea compatible con su naturaleza.

Hasta 2022, el artículo 333 del CC español estipulaba que los animales se consideraban meras «cosas» desde un prisma jurídico. Esta concepción, claramente desfasada, reflejaba una visión patrimonialista y utilitarista de los seres vivos, en la cual se valoraba a los animales únicamente en función de su valor económico, contrapuesta a las tendencias jurídicas contemporáneas internacionales[17].

16 La Historia está llena de grandes líderes que han compartido su vida con todo tipo de animales. De hecho, desde que el emperador romano Calígula nombró cónsul a su jamelgo (algo totalmente cierto, aunque increíble) han sido muchos los grandes hombres y mujeres que han aparecido acompañados en público de alguna que otra mascota. Sin embargo, muy pocos han podido superar la repercusión histórica que tuvieron Adolf Hitler y Blondi, la hembra de pastor alemán que cambió la vida del líder nazi. Tal era el amor que el «Führer» sentía por este animal, que aquellos que le conocían afirmaron posteriormente que quería más a esta perra que a la propia Eva Braun. *Vid.* https://www.abc.es/historia/20141027/abci-nazi-perro-hitler-muerte-201410242026.html
El titular «La cruel muerte de Blondi, la perra de Adolf Hitler». Hitler no quería que los rusos le capturaran con vida, por lo que llevaba pastillas de cianuro que se dieron a su pastor alemán cuando veía perdida la guerra. Igualmente se ordenó matar a los cachorritos con un tiro de pistola.

17 Acudiendo al Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987, ratificado por España en 2017 considera las

Los animales están sometidos sólo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, y siempre que este régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de estar vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a protegerlas. Dentro de los seres sintientes se incluyen cualesquiera animales, independientemente de su grupo o especie, o de que sean domésticos o salvajes, si bien la mayoría de las reglas civiles se aplican a los animales de compañía. No se ofrece una definición como tal pudiéndose plantearse problemas de interpretación al respecto para casos puntuales.

La Ley 7/2023 de Bienestar Animal viene a consolidar y unificar criterios en materia de protección y cuidado de los animales, estableciendo pautas claras para su manejo, tenencia y tratamiento. Esta ley refleja la comprensión de que los animales, más allá de ser meros objetos de propiedad, son seres sintientes con derechos que merecen respeto y consideración. Además, reconoce la interconexión entre el bienestar animal y otros aspectos de la sociedad, como la salud pública y el medio ambiente. En esta línea, expresa su Preámbulo que «*Cada día resulta más evidente en España la creciente sensibilización de la ciudadanía ante la necesidad de garantizar la protección de los animales en general y, particularmente, de los animales que viven en el entorno humano, en tanto que seres dotados de sensibilidad cuyos derechos deben protegerse*».

Por su parte, la reciente promulgación de la LO 3/2023, de 28 de marzo, supone un hito en la historia del derecho penal español en lo que respecta a la protección animal. A través de una serie de modificaciones en el Código Penal, esta ley busca establecer un marco jurídico más sólido y eficaz para la tutela de los animales, y sancionar de manera más contundente aquellos actos que atenten contra su bienestar. Se trata, sin duda, de un reflejo del cambio de paradigma en la sociedad española respecto a la relación con los animales y su consideración como seres que merecen respeto y protección. La legislación no solo impone deberes y responsabilidades a los dueños y poseedores, sino que también fomenta políticas públicas y programas de educación que contribuyan a formar una sociedad más consciente y respetuosa con los animales. Se pretende, de este modo, propiciar un cambio cultural y social en las relaciones entre los seres humanos y los animales, basado en la responsabilidad, compasión y respeto.

El RD 409/2025 de 27 de mayo por el que se regula la actividad y bienestar de los perros de asistencia consta de 10 artículos, persigue actualizar la protección de las personas con discapacidad y de los perros de asistencia poniendo en valor la singular importancia de los perros-guía.

«especiales relaciones existentes entre el hombre y los animales de compañía». El problema que planteaba la nueva regulación es la indeterminación del concepto.

Son muchas las personas que quieren dejar su herencia a sus animales, especialmente en aquellos casos en los que no hay herederos directos, y en los que su dueño está preocupado por la situación del animal tras su fallecimiento. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la ley española es contundente en este aspecto: el ordenamiento jurídico español no permite dejar la herencia a un animal.

En Cataluña el 20 febrero de 2025 se leía la noticia: «Uno de cada doce testamentos en Cataluña ya incluye a las mascotas». alrededor del 8 % o 9 % de los testamentos en Cataluña ya contemplan a los animales de compañía, según estima José Alberto Marín, decano del Colegio de Notarios de Cataluña. «Cada vez hay más personas para quienes lo más importante es su mascota, especialmente aquellas sin hijos», explica a La Vanguardia[18]. El vínculo con los animales crece en un contexto en el que cada vez menos personas optan por la maternidad o la paternidad. En Barcelona, por ejemplo, hay censados 194.327 niños de entre 0 y 14 años, mientras que el número de perros y gatos registrados en 2024 alcanzó los 170.291. La práctica de incluir a los animales en los testamentos sigue en aumento y se consolida como una realidad jurídica. Según los notarios, Cataluña es la región de la Unión Europea donde se realizan más testamentos y a edades más tempranas. De los 600.000 testamentos que se formalizan anualmente en España, unos 120.000 corresponden a Cataluña, con una media de edad de 50 años. Esta noticia hace pensar como ya sabemos que es habitual considerar a la mascota como un miembro más de la familia y que a la hora de hacer testamento se quiera dejar a esta en buenas manos.

Por medio del testamento se puede elegir a qué heredero corresponderá la mascota, mediante un legado, por ejemplo, pero si además queremos asegurarnos de que su nuevo propietario se va a ocupar de la mascota hasta su fallecimiento en lugar de deshacerse de ella, deberemos tomar otras medidas adicionales de protección. A falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causahabiente, estos se entregarán a los herederos o legatarios que los reclamen de acuerdo con las leyes. Si ninguno de los sucesores quiere hacerse cargo del animal de compañía, el órgano administrativo competente podrá cederlo a un tercero para su cuidado y protección.

Se trata de dar respuesta a cuestiones reales, entre ellas:

1. ¿Cómo puedo proteger a mi mascota en mi testamento?

Las disposiciones testamentarias más comunes incluyen el nombramiento de un heredero que asuma la custodia del animal, acompañado de una cantidad económica destinada exclusivamente a su manutención y cuidados. Además, en algunos casos, se nombra un supervisor —tipo albacea— encar-

18 https://www.lavanguardia.com/vivo/20250216/10389144/doce-testamentos-cataluna-incluye-mascotas.html

gado de garantizar que los fondos se utilicen adecuadamente y que el animal reciba el trato estipulado por el testador.

Hay varias opciones que nos permitirán proteger el futuro de la mascota, siempre que no afecten a la legítima.

a) **Constituir una fundación** que tenga como objetivo el cuidado y protección de tu mascota. De este modo te aseguras de que tus bienes y dinero sean utilizados para asegurar su cuidado en un futuro, ya que las fundaciones si pueden heredar bienes.

b) Establecer en el testamento **al heredero una condición**: ocuparse de la mascota hasta su fallecimiento. Puede ser una condición resolutoria de forma que si no lo hace pueda perder la herencia o una condición suspensiva según la cual solo heredará cuando fallezca la mascota si se ha ocupado de ella, no pudiendo, por consiguiente, ser heredero o recibir el legado mientras no se quede con él. En estos dos casos, se puede designar a un albacea, ya sea universal o particular, con la finalidad que se encargue de garantizar el cuidado de nuestras mascotas por parte del heredero o legatario instituido bajo condición.

c) Designar a una persona específica como responsable del cuidado de la mascota. Si bien la misma debe aceptar esta responsabilidad.

d) Crear un Fondo, a través de un fideicomiso o destinar una cantidad de dinero en el testamento para cubrir los gastos de la mascota, generalmente se gestiona y administra por la persona que se ha designado como cuidador de la mascota.

e) Considerar la Opción de Refugio, acudir a centros especializados que ofrezcan servicios de garantía de bienestar para animales.

f) En el testamento vital incluir la voluntad de cuidar adecuadamente a la mascota.

2. ¿Qué sucede con mi mascota hasta la lectura de mi testamento?

Desde el fallecimiento de una persona y hasta que tiene lugar la apertura del testamento es muy habitual que pasen varias semanas, por este motivo es factible acordar con personas de confianza hacerse cargo de tu mascota para poder recibir la herencia. Si no fuera posible entregar el animal al heredero de inmediato, para garantizar el cuidado del animal de compañía y solo cuando sea necesario por falta de previsiones sobre su atención, se entregará al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados hasta que se resuelvan los correspondientes trámites por razón de sucesión (art. 914 bis CC)[19].

19 Art. añadido por la ley 17/2021 de 15 de diciembre, posteriormente modificado por la disposición final 1.2 de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre.

Todas estas preocupaciones son muy relevantes y prácticas, ya que de no preverse el cuidado y a falta de referencia expresa se aplicaría en mi opinión este art. 914 bis que luego analizaremos.

3. Ventajas de la previsión expresa

a) Garantizar Bienestar: Al especificar en el testamento quién cuidará de la mascota, se asegura que reciba el cuidado y atención que necesita.

b) Evitar Conflictos: Designar un tutor para la mascota puede prevenir disputas entre familiares y amigos sobre quién debe hacerse cargo de ella, lo que garantiza que la mascota no sea objeto de desacuerdos.

c) Establecer Fondos para Su Cuidado: Se puede destinar una cantidad de dinero para el cuidado de la mascota, lo que asegura que tendrá recursos para alimentación, atención veterinaria y otros gastos relevantes.

d) Facilitar la Adaptación: Al elegir a una persona que ya conozca a la mascota, se facilita la transición y adaptación del animal a su nueva situación.

Así pues, como he indicado en la normativa nacional e internacional se acoge con entusiasmo el trato favorable hacia los animales de compañía.

Como dice Fernández Benavides[20] el cambio legislativo responde a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a las normas de la UE. En este sentido, el Protocolo Núm. 33 sobre la Protección y el Bienestar de los Animales, anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ya consideraba a los animales «seres sensibles». Y con la incorporación de dicho principio al Tratado de Funcionamiento de la UE, se produjo el pleno reconocimiento del mismo dentro de la UE, como principio general y constitutivo (art. 13). En segundo lugar, la reforma era necesaria para acomodar las normas de nuestro CC, concebidas en el contexto histórico de finales del siglo XIX, a la realidad de la sociedad española actual.

III. Normativa actual

Son muchas las disposiciones normativas que van surgiendo en aras de la protección de los animales de compañía como ya he citado[21].

Vivas[22] pone de relieve el que nuestra CE no haga la más mínima alusión a los animales, necesitando una protección animal digna de amparo constitucional debiéndose otorgar una tutela individual y separada del medio ambiente reconocido en el art. 45 CE.

20 Fernández Benavides «La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre!», *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio, n.º 121.

21 Ramón Fernández, «Los animales de compañía... pp. 2435.

22 *Vid*... Los animales en el ordenamiento jurídico español... p. 16.

Sin embargo, cuando se desea disponer de pautas testamentarias, hay que acudir simplemente a la norma común estatal de nuestro derecho civil: El Código Civil. A la par para aquellos territorios con normas específicas en que rigen las Compilaciones Forales habrá que estar a su contenido.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2020, sobre la protección del mercado interior y los derechos de los consumidores de la UE frente a las consecuencias negativas del comercio ilegal de animales de compañía, hace especial hincapié en la necesidad de establecer medidas contra el comercio ilegal de animales de compañía y, en particular, establece: un sistema obligatorio para el registro de perros y gatos en la UE, una definición de las instalaciones comerciales de crianza a gran escala europea, el endurecimiento de las sanciones en materia de maltrato animal y el fomento de la adopción frente a la compra de animales de compañía, prestando apoyo financiero adecuado y otros tipos de apoyo material y no material a los centros de rescate de animales y a las entidades u organizaciones no gubernamentales de protección de los animales[23].

En este contexto la Ley 7/2023 de 28 de marzo de protección de los derechos y el bienestar de los animales conocida como Ley de bienestar animal es consciente de la creciente sensibilización ciudadana en España de la necesidad de garantizar la protección de los animales en general y, particularmente, de los animales que viven en el entorno humano, en tanto que seres dotados de sensibilidad cuyos derechos deben protegerse. Así, las CA y los ayuntamientos se han hecho eco de la necesidad de desarrollar normativas que avancen en la protección de los animales, su bienestar y el rechazo ante situaciones de maltrato hacia los mismos, lo que ha dado lugar a un conjunto heterogéneo de normas que establecen mecanismos de protección de diverso alcance, en función del ámbito territorial en el que se encuentren. su principal objetivo no es tanto el garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen, sino regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad. Por tanto, como añade el propio texto legal, no se regula a los animales como un elemento más dentro de la actividad económica a los que se deban unas condiciones por su capacidad de sentir, sino que se trata de regular nuestro comportamiento hacia ellos como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia. La propia norma introduce la definición de los derechos de los animales, descritos como su derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes, y con las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las personas, en particular a aquéllas que mantienen contacto o relación con ellos. La tenencia de ani-

23 Cerdeira Bravo de Mansilla, «Capítulo 5. El bienestar animal como ser sintiente: Un nuevo principio general para el derecho de animales», en *Un nuevo derecho civil para los animales*. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, Reus, Madrid, 2022, pp 111 y ss sobre los animales ante el derecho comunitario.

males de compañía debe llevar aparejada una responsabilidad a la altura del cuidado que se debe dar a un ser diferente a una cosa, por lo que la tenencia de animales de compañía debe suponer un compromiso con su cuidado en el transcurso del tiempo, su identificación y con su integración en el entorno.

Hasta la aprobación de la Ley 15/2021, de modificación del CC sobre el régimen jurídico de los animales existía un vacío legal sobre el destino y custodia de los animales de compañía en caso de fallecimiento de su dueño o titular[24]. Es por ello, que tras la aprobación de la presente ley se dictaron disposiciones en materia de sucesiones por las que se determina los criterios a seguir, siendo como ya he expuesto necesario en materia de herencias incluir una disposición (art. 914 bis) que regula específicamente el destino de los animales en caso de sucesión intestada y en ausencia de disposición testamentaria. Esta disposición ha sido muy criticada por la doctrina, pero al menos es un inicio destacable, como se verá más en concreto.

La ubicación sistemática del art. 914 bis dentro de la regulación de la sucesión intestada presenta cierta incoherencia técnica, ya que también debería aplicarse a situaciones de ineficacia parcial del testamento. Además, contiene un error técnico relevante al referirse a los animales como propiedad del «causahabiente» en lugar de «causante». Este defecto se pudo corregir posteriormente.

A pesar de la novedad de este precepto, la doctrina critica que no se incluyera o modificase algún precepto de la LEC relativos a la intervención del caudal hereditario incorporando alguna previsión relativa al cuidado de los animales de compañía.

IV. Estudio del art. 914 bis del CC

En éste precepto ya citado nos encontrábamos ante dos errores garrafales[25]: el primero es que no se puede hablar aquí de causahabiente, sino de causante, dado que viene referido al animal de compañía de la persona que ha fallecido, y el segundo error se debe a que empieza diciendo «a falta de disposición testamentaria» y al final hace mención a herederos y a legatarios, cuando el legado solo se puede ordenar en el testamento, por tanto estaríamos ante una contradicción, porque se entiende que el causante no hizo testamento.

24 Martos Calabrús, «Capítulo 18. El animal de compañía en la sucesión mortis causa» en *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021*, de 15 de diciembre, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, Reus, Madrid, 2022 *op. cit*, p 471: No suelen aparecer en los testamentos y particiones mención a los animales de compañía.

25 Durán Rivacoba y del Carpio Fiestas. «Causante, que no causahabiente (a propósito de un error garrafal en el nuevo artículo 914 bis del Código Civil), en *Diario La Ley, Tribuna*. N.º 9992, 2022.

La cuestión es si, tras la reforma, la situación sucesoria de los animales ha variado, pues antes al considerarse cosa el animal estaba incluido en la herencia. En mi opinión la sucesión de los animales de compañía debe considerarse una sucesión especial, que se produce al margen del cauce sucesorio ordinario. Desde esta perspectiva, los animales de compañía no quedarían integrados en la herencia, con los demás bienes, derechos y obligaciones del causante. Atender o cuidar a la mascota no implica aceptar una herencia o adquirir la condición de heredero o legatario. Es más, pudieran reclamarse los gastos que se hayan ocasionado hasta que la herencia quede liquidada. Si bien el art. 914 bis CC no aclara estas cuestiones. Si partimos de que los animales no son cosas el legislador debería haberse preocupado de la atención de los animales cuando fallece su propietario. Las referencias a los herederos y a un posible acuerdo entre ellos solo son posibles bastante tiempo después del fallecimiento del causante.

Observa Gete-Alonso[26] que hay que precisar que esta norma, aunque se incluye entre las disposiciones generales de la sucesión intestada, también debe regir en la sucesión testada. Añadiendo que se trata de una norma específica dictada en exclusiva para uno de los bienes del patrimonio hereditario: los animales de compañía que pertenecían a la persona causante de la sucesión.

Analizando el precepto podemos indicar:

1) Apartado 1: «*A falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causante, estos se entregarán a los herederos o legatarios que los reclamen de acuerdo con las leyes*».

Comienza precisando que prima la voluntad del causante si ha dispuesto alguna estipulación al respecto.: «A falta de disposición testamentaria» Por lo que siempre es deseable que se haya previsto quien cuidara a la mascota. No se puede desatender al mismo porque requiere un cuidado, la apertura del testamento no es inmediata de ahí los consejos a los dueños de los animales.

La necesidad de disposición testamentaria, a mi entender no es razonada. Parece descartar este precepto que se decida el destino sucesorio de un animal de compañía a través de un acto de disposición testamentaria. Si lo hace de palabra, o por mensaje de texto, o de alguna otra manera no testamentaria el tenor del precepto determina su invalidez. Cuando lo que se quiere es un compromiso inmediato, cualquier forma que constate su intención debería ser válida.

26 Gete-Alonso y Calera, «Art. 914 bis CC» en *Comentarios al CC*, Tomo III. Dir Ana Cañizares Laso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023., *op. cit* p 4378.

Dominguez Luelmo[27] entiende esta expresión en el sentido de que el contenido del precepto se puede aplicar en todos los supuestos en que proceda la apertura de la sucesión intestada, pero siempre en ausencia de una disposición específica aplicable a los animales.

Aunque legalmente no puedan reclamar la entrega, es posible que quien se crea heredero o quienes tengan la condición de legitimarios asuman voluntariamente el cuidado de los animales. Es decir, no supone aceptación de la herencia el cuidado de los animales de compañía, sí en cambio los actos de disposición sobre los mismos.

La expresión «de acuerdo con las leyes» no es clara, en mi opinión estaríamos ante una sucesión especial al margen del cauce sucesorio ordinario. Los animales de compañía no quedarían integrados en la herencia con los demás bienes del causante, pues su consideración de seres dotados de sensibilidad marca un matiz diferente. La mascota no debe computarse como valor patrimonial de la herencia ni se debiera sumar al valor de la cuota de la herencia si le corresponde una parte, ni tendría que ver con la aceptación o renuncia de la herencia.

2) Apartado 2*: «Si no fuera posible hacerlo de inmediato, para garantizar el cuidado del animal de compañía y solo cuando sea necesario por falta de previsiones sobre su atención, se entregará al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados hasta que se resuelvan los correspondientes trámites por razón de sucesión».*

Pudiera ser que el causante haya dejado instrucciones sobre el cuidado inmediato de los animales, al margen de las solemnidades testamentarias: instrucciones que pueden ser conocidas inmediatamente, y que incluso el causante en vida puede haberse preocupado de advertir. No se trata de designar heredero o legatario sin las formalidades exigidas, sino de expresar quién o quiénes se deben ocupar del cuidado de los animales de manera transitoria hasta que se conozca quién va a suceder en la titularidad del animal. La inmediatez expresada en este precepto permite suplir la falta de previsión sobre el cuidado del animal, en caso contrario se acude a la regla general.

Si los animales están bien atendidos será necesario seguir con los trámites legales para determinar a cuál de los sucesores se hará entrega del animal.

3) Apartado 3: «*Si ninguno de los sucesores quiere hacerse cargo del animal de compañía, el órgano administrativo competente podrá cederlo a un tercero para su cuidado y protección».*

Se menciona expresamente que ninguno de los sucesores quiera hacerse cargo de la mascota o exista falta de previsión, en ambos casos es el órgano

27 Dominguez La ley 17/2021 sobre ... p. 114, pues no hay que olvidar que en el régimen del CC existe compatibilidad entre la sucesión testada y la intestada. *Vid*. Cañizares Laso, «Art. 658» en *Comentarios al CC*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. p 3228.

administrativo quien decide que hacer. Lo que no regula la ley qué plazo debe transcurrir para que se entienda que los herederos o legatarios no reclaman el animal de compañía de su causante, pues no parece que sea aplicable al caso los plazos para aceptar o repudiar la herencia.

Parece que su régimen prácticamente se asimila al de los animales de compañía.

4) Apartado 4: «*Si más de un heredero reclama el animal de compañía y no hay acuerdo unánime sobre el destino del mismo, la autoridad judicial decidirá su destino teniendo en cuenta el bienestar del animal*».

Una duda razonable es si hay varios herederos que quieren la mascota ¿A qué tipo de procedimiento judicial hay que acudir para reclamarla? No se dice nada al respecto.

Si hubiera varias personas interesadas en cuidar a la mascota sorprende que se acuda a la figura de la autoridad judicial, pues normalmente su decisión será más lenta. Choca que primero dictamine la autoridad administrativa y luego sea el juez quien decida y por lo tanto pueda cambiar de criterio, máxime cuando el órgano administrativo es más especialista de la materia que un juez, la norma señala «órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados».

La decisión de la autoridad judicial parece que solo puede ser entre los herederos y legatarios que hayan reclamado la entrega. Esto es, no se permite a la autoridad judicial decidir que ninguno de los herederos y legatarios es adecuado para el cuidado del animal y decidir su entrega a un tercero. Aunque, si el bienestar del animal así lo exigiese, podría pensarse en que este fuera el criterio a seguir.

Es criticable que se exija el acuerdo unánime, pues siendo varios los que reclaman el animal debería ser suficiente el acuerdo de la mayoría.

Por otro lado, no se aclara si el acuerdo es el de todos los herederos intestados, o sólo los de los herederos que reclamen el animal de compañía. Bastaría un voto disidente para que deba decidir su destino la autoridad judicial sin que se indique el trámite precioso que debe seguirse.

Como se puede ver, el tiempo que puede transcurrir hasta conocer quiénes van a ser los sucesores puede ser bastante amplio, lo que deja prácticamente vacío de contenido el art. 914 bis CC pues la atención y cuidado de los animales exige que tenga lugar con inmediatez.

Salvo que los familiares o amigos del causante se hagan cargo de los animales, será el órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados quien se ocupe del cuidado del animal de compañía.

Además, debiera preverse los gastos de atención y mantenimiento de la mascota, entiendo que los gastos generados hasta que se asigne a una per-

sona debieran imputarse al caudal hereditario. Ahora bien si estamos ante una persona que va a heredar en aplicación del art. 1064 CC debiera asumir estos gastos como suyo, el tenor de este precepto es claro «*Los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán a cargo del mismo*», teniendo siempre presente que la voluntad del causante ha sido atender correctamente a su mascota, sino hubiera querido que se cuidara no la tendría a su cargo, por ello el art. 675 atiende a la intención del testador y es regla que debe primar en el reparto de la herencia.

En la práctica surgen varias dudas, al respecto, en especial:

1. Alcance y limitaciones del precepto El art. 914 bis CC solo resulta aplicable cuando los animales de compañía forman parte de la masa hereditaria. Ello se deduce de los arts. 659 y 990 CC. El primero define la herencia como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones no extinguidos por la muerte. El segundo impone la indivisibilidad de la aceptación de la herencia, lo que implica que quien la acepte, hereda también los animales si estos están incluidos. No obstante, si los animales han sido objeto de legado, es posible aplicar el art. 890.2 CC, que permite aceptar el legado y rechazar la herencia, o viceversa. Por otro lado, la efectividad del precepto se ve dificultada por los plazos administrativos necesarios para acreditar la condición de heredero. El acceso al contenido del testamento requiere esperar plazos legales mínimos y obtener certificados del Registro de Últimas Voluntades, lo que puede retardar la determinación de los sucesores. Mientras tanto, los animales requieren atención inmediata.
2. Necesidad de atención inmediata La carencia de previsiones para el cuidado inmediato de los animales tras el fallecimiento del propietario ha sido criticada. La situación real exige que alguien se haga cargo de ellos en el momento del óbito. En la práctica, esta responsabilidad suele recaer en familiares o allegados. Pero, salvo que haya instrucciones expresas, su actuación es incierta desde el punto de vista jurídico. Podría entenderse que estos actos suponen una aceptación tácita de la herencia, pero el art. 999.4 CC excluye esta posibilidad cuando se trata de actos de mera conservación o administración provisional. Por tanto, el cuidado provisional de los animales no implica la aceptación de la herencia.
3. Intervención judicial y administrativa Cuando ningún heredero se haga cargo del animal, el art. 914 bis CC permite su entrega a una entidad administrativa que podrá cederlo a un tercero. Si hay conflicto entre varios herederos sobre el destino del animal, la autoridad judicial decidirá atendiendo al bienestar del animal, aplicando criterios similares a los establecidos para la guarda compartida en casos de ruptura familiar.

   ¿A qué proceso judicial hay que acudir?, en mi opinión al más sencillo, a un proceso verbal de carácter urgente. Dirigiendo la acción contra

todos los herederos o legatarios que reclamen la entrega del animal, primando la mejor opción para el bienestar animal

4. Mascotas propiedad exclusiva de un cónyuge separado o divorciado (o ruptura de pareja) pero con atribución de la custodia al otro cónyuge.

   Si esa propiedad no tiene la posesión la lógica determina que no pueda disponer de la mascota mientras el juez no indique lo contrario o cambien las circunstancias, la muerte del dueño no será causa para la extinción de la custodia atribuida judicialmente. Si el tercero que tiene la custodia del animal fallece, la posesión del animal retornará a su dueño o pasará a favor de la persona a quien este se la hubiera atribuido testamentariamente.

5. Si están casados o viven en pareja habrá que preguntar al cónyuge o pareja no propietario si desea atender y cuidar a la mascota[28].

   La sentencia del juzgado de primera instancia número 2 de Badajoz de 7 de octubre de 2010[29] establece que el perro es un bien indivisible, al no poder ser conjunto el disfrute del animal se opta por la tenencia temporal del perro en la ruptura de la pareja de hecho, aplicándose el régimen de copropiedad y no de los regímenes matrimoniales.

   Félez[30] considera que, si los cónyuges pactaron previamente el destino de la mascota familiar en caso de disolución del matrimonio, tanto en capítulos matrimoniales como en un pacto de relaciones familiares, habrá que atender a lo que allí se disponga, otorgándole fuerza ejecutiva al acuerdo.

   Considero posible acudir a la jurisprudencia existente en materia de rupturas matrimoniales y entender para la atribución del animal que no se acuda a criterios de titularidad formal, ni de su adquisición o inscripción en registros administrativos, sino al vínculo afectivo del animal, pongamos el caso de una pareja rota, cuya custodia la tiene desde hace años la persona fallecida, pero con hijos que llevan conviviendo varios años, teniendo la otra persona sólo un derecho de visita y tras el fallecimiento reclama a la mascota.

---

28 Bastante Granell, «Capítulo 17. Parejas de hecho y animales de compañía», en Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, Reus, Madrid, 2022, pp 443 y ss sobre la crisis de las parejas de hecho. Cerdeira Bravo de Mansilla, y García Mayo, «Capítulo 16. Crisis familiares y animales domésticos», en *Un nuevo derecho civil para los animales*. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, Reus, Madrid, 2022, pp 400 y ss.

29 Citada en Nevado Montero p. 530 (ROJ SJPI 19/2010).

30 Félez Costa, «Quién se queda con el perro?» en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm 21-22, pp 180.

V. La inclusión de los animales de compañía en los testamentos

Conscientes del afecto que se profesa a la mascota y de la indefensión en la que quedará inmersa si les faltamos, sentimos la necesidad de protegerlos a nuestro fallecimiento. Del mismo modo que en testamento se designa un tutor para nuestros hijos menores para el caso de que ambos progenitores faltemos, se pretende garantizar la protección de la mascota. Hasta la reforma de la ley 17/2021 podíamos considerar que el animal como cosa estaba integrado en la herencia de su dueño y se resolvía en el ámbito familiar.

El testamento es un documento donde una persona establece sus disposiciones de última voluntad sobre su patrimonio, para después de su fallecimiento. Pero también a través de las Memorias Testamentarias, cabe la disposición como bien expone Martos[31] al decir que es un medio adecuado para ordenar el destino de los recuerdos de familia y de otros bienes de menor entidad, así como para asegurar la suerte del animal de compañía. La memoria, no obstante, deberá reunir los mismos requisitos que el testamento ológrafo (art. 672 CC), salvo en el Derecho navarro (ley 196 FN) y en el catalán (art. 421-21CCCat), en el que existe una referencia expresa a la disposición que no exceda del diez por ciento del caudal relicto del causante, relativa a objetos personales, dinero, joyas, ropa y ajuar de la casa; disposición a la que podría añadirse, por analogía, la relativa al animal de compañía.

En lo que respecta a los animales de compañía, aunque no se puede ordenar disposiciones testamentarias en las que se las instituya como beneficiarias de patrimonio del testador sí es posible tomar medidas para asegurar su bienestar futuro.

En Suiza la Ley Federal de 4 de octubre de 2002 modificó los arts. 482, 722, 728 y 934 de su CC, estableciendo su art. 482.4 que cuando un animal es beneficiario de una disposición *mortis causa*, dicha disposición debe ser entendida como un encargo de cuidar al animal de forma apropiada[32].

---

31 Martos Calabrús, «Sucesión mortis causa y animales de compañía» en *Revista de Derecho Civil*, vol IX, núm 3 (julio-septiembre), 2022, *op. cit,* p. 301.

32 Domínguez Luelmo, La ley 17/2021 sobre régimen... *op. cit.,* p. 16.
La única previsión en materia sucesoria que se ha hecho en el conjunto de los ordenamientos europeos en relación al animal de compañía se refiere a esta institución, y se contiene en el Código civil suizo. Establece éste, en su artículo 482, que una disposición testamentaria hecha a favor de un animal debe ser considerada carga impuesta al heredero o legatario para el cuidado de forma adecuada del animal. En Suiza, por tanto, una disposición hecha directamente a favor de un animal (no se dice que tenga que ser de compañía), no podrá ser impugnada ni tenida por no puesta; y el heredero o el legatario de otro elemento del caudal deberá acoger al animal en cuestión o cederlo a otro para que lo cuide, debiendo detraerse del caudal o del legado los fondos necesarios para su alimentación, cuidado, alojamiento y atención veterinaria.

En España no se puede nombrar legatario o heredero a una mascota[33] porque se requiere capacidad sucesoria. Es necesario que se cumplan dos requisitos de forma cumulativa: 1. Ser sujeto de derecho, por lo que pueden ser las personas físicas o personas jurídicas.2. Tener capacidad para suceder.3 Sobrevivir al testador.

Desde la perspectiva del derecho civil sucesorio el animal, incluido el de compañía, sigue siendo objeto y no sujeto de derechos que considero compatible con el criterio del bienestar del animal[34].

Las mascotas no son cosas, pero no son sujetos de derecho a pesar de la protección y cariño que nos puedan proporcionar. Sí puede el testador imponer condiciones a sus herederos o legatarios como sería el legado con carga.

Hay varios ordenamientos jurídicos que han acudido a la figura del trust para atender al cuidado de un animal de compañía.

Es por este motivo que el testador puede disponer de varias medidas legales que garanticen el bienestar de su mascota tras el fallecimiento.

Mientras existe ya un número apreciable de resoluciones judiciales decidiendo sobre la custodia de un animal de compañía en el marco de rupturas sentimentales, no he encontrado una sola en que se aborde un conflicto sucesorio sobre mascotas. Lo más próximo que he visto ha sido el caso de un hijo desheredado por abandono que alegó, no sin cierto éxito, haber cuidado al perro de su padre como prueba de que la relación con el desheredante no estaba rota (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de mayo de 2016 —Roj: SAP B 6690/2016—).

El Auto de la AP de Barcelona (sección 12) 78/2006 de 5 de abril (ECLI:ES:AP-B:2006:1186A)[35] es el paradigma de resolución judicial contraria a la inclusión de los animales de compañía en un convenio regulador, por ser imposible la ejecución de este tipo de pactos en caso de incumplimiento. El auto reconoce la realidad de la inclusión en testamentos y convenios reguladores de disposiciones en favor de perros, gatos u otros animales dignos de especial afecto por quienes los han cuidado y han disfrutado de su compañía.

---

33 Por ello, aunque el Código Civil únicamente establece que son incapaces para suceder las criaturas abortivas y las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley, lo cierto es que hoy por hoy los animales de compañía no son sujetos de derecho y, por tanto, pese a no tener ya la consideración de cosas, no pueden ser nombrados herederos, legatarios ni dejarles ningún bien en el testamento.

34 Domínguez Luelmo, La ley 17/2021 sobre ...p. 31 expone que «desde la perspectiva de la reforma del CC no tienen sentido defender que los animales tienen derechos, lo que no impide reconocer que las personas tienen una serie de deberes para con los animales. Pero se trata de lo que un sector de la doctrina portuguesa denomina deberes indirectos».

35 En este supuesto, el marido pretendía ejecutar un eventual derecho de visitas respecto a un perro (Yako), propiedad de su exmujer, que se había incluido en el convenio regulador.

Como bien expone Domínguez Luelmo[36] cada vez es más habitual la incorporación de cláusulas testamentarias relativas a los animales de compañía. Se consideraba que la reforma debía introducir las correspondientes previsiones que garantizaran el destino de los animales de compañía en condiciones de protección y bienestar. Se insistía, además, en que se trataba, por un lado, de dar adecuado encaje y soporte legal a quienes expresaban su voluntad de incluir en su testamento disposiciones relativas a los animales que se encuentran a su cargo y, por otro lado, de incorporar criterios de bienestar de los animales que, a falta de una disposición testamentaria expresa sobre su destino, podían quedar de otra manera en una situación de desprotección. Por estos motivos este autor entiende que modificar los arts. 668, 763 y 764 CC hubiera sido disparatado. El art. 668 permite disponer al testador de sus bienes a título de herencia o de legado y el 763 permite disponer por testamento de sus bienes a favor de la persona que tenga capacidad de adquirirlos, señalando el 764 que se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes. En dichos preceptos no se especificaba la disposición de animales atendiendo a su protección y bienestar. Sólo hay referencia testamentaria a los animales en el nuevo art. 914 bis.

El caso más probable de conflicto jurídico sucesorio en estas materias podría ser aquel en que el testador vinculase un determinado beneficio patrimonial a asumir el cuidado de su mascota, aunque considero dudoso que tal supuesto encaje plenamente en el marco de la nueva regulación,

En la prensa sí encontramos con alguna frecuencia noticias de mascotas «instituidas herederas» por sus dueños, lo que me apresuro a aclarar que en nuestro derecho sigue sin ser posible, al menos de forma directa, y aunque se trata de casos inevitablemente procedentes de países anglosajones (como el de «Lulu»)[37] se tiende a pedir equiparaciones o buscar mecanismos similares.

VI. Transmisión del animal de compañía en la herencia testada: distintas opciones

Según el art. 675 CC Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento, conjugado con el principio de bienestar animal que preside la reforma del CC.

36 Domínguez Luelmo, La ley 17/2021 sobre régimen jurídico de los animales, Comentario y aplicación práctica, Reus, Madrid, 2022.*op. cit*. pp. 111 y ss.

37 Una mascota acaba de recibir una herencia de 5 millones de dólares https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/una-mascota-acaba-de-recibir-una-herencia-de-5-millones-de-dolares/202124/
La última voluntad de un acaudalado hombre de negocios de Estados Unidos fue dejarle su fortuna a Lulú, la border collie que lo acompañó durante ocho años.

Cada vez son más las personas que desean dejar su herencia a su mascota para garantizar su cuidado cuando ellos fallezcan. Se han conocido numerosos casos de herencias millonarias dejadas a los animales de compañía.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, la ley española es contundente en este aspecto, el ordenamiento jurídico español no permite dejar la herencia a un animal. Es habitual considerar a la mascota como un miembro más de la familia y que a la hora de hacer testamento se quiera dejar a esta en buenas manos.

El cariño por una mascota o el amor desmedido no conoce de épocas. Uno de los testamentos más antiguos en que se tiene en cuenta a los animales fue el del cardenal Richelieu. Compartía su casa con catorce gatos. Les legó una casa y alimentos, además de asignarles una importante suma de dinero y dos cuidadores. El cardenal se quiso asegurar de que sus mascotas disfrutaran de una vida tranquila y millonaria.

En el testamento de Churchill legaba su casa de campo de Chartwell al Patrimonio Nacional, y con ella su gato Jocke. Pedía expresamente que se le permitiera al minino corretear por los pasillos, tumbarse en las alfombras y descansar junto a la chimenea, tal como lo hizo en compañía de su amo.

Tomasso, pasó de ser un gato callejero a convertirse en el heredero de una anciana italiana, María Assunta. La mujer, viuda y sin hijos, le dejó 10 millones de euros, una lujosa villa, varios apartamentos en Roma y Milán y unos cuantos terrenos en Calabria.

También Conchita, una chihuahua, recibió una mansión de ocho millones de dólares y fondos por tres millones como herencia de su dueña, Gail Posner, que murió en marzo de 2010 a los 67 años, en su mansión en Sunset Island, en Miami Beach.

La Señora LIU. En China (Shangai) dejó todo su dinero a sus perros y gatos, debiendo destinarse al cuidado de sus mascotas y de cualquier descendencia que puedan tener tras su fallecimiento. La mujer ha designado como administradora de su herencia a una clínica veterinaria local, que asumirá la responsabilidad del cuidado de sus mascotas. Esta noticia se podría leer en la prensa en el año 2024: Una mujer de avanzada edad en China ha tomado la sorprendente decisión de modificar su testamento para dejar toda su herencia, valorada en más de 2,1 millones de dólares, exclusivamente a sus mascotas (perros y gatos), desheredando a sus propios hijos. Esta drástica medida se fundamenta en lo que ella considera una falta de interés y atención por parte de sus descendientes, a quienes reprocha no haberla visitado ni cuidado durante su enfermedad[38].Incluso en el mes de octubre de 2025 en una

38 Una mujer deja una herencia millonaria a sus perros y gatos. https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20240129/mujer-deja-herencia-millonaria-perros-gatos-97473904

esquela de una señora de 93 años en Galicia se mencionaba expresamente a su mascota: «bisnieto-gato Bitelchús».

Por estos motivos, aunque no se puede ordenar disposiciones testamentarias en las que se las instituya como beneficiarias de patrimonio del testador a los animales de compañía sí es posible tomar medidas para asegurar su bienestar futuro. Así:

1. Constituir una fundación.
2. Instituir heredero o legatario bajo condición.
3. Institución de heredero o legatario modal.
4. Legado de cosa específica y determinada.
5. Patrimonios protegidos o fideicomisos.
6. Otras opciones.

Como bien precisa Ramón[39] el animal no es heredero, pero eso no quita que se puedan destinar los bienes de la herencia al mantenimiento del animal. Siempre que no afecte a la legítima.

Desarrollaremos estas posibilidades:

1. Constituir una fundación.

Constituir una fundación que tenga como objetivo el cuidado y protección de tu mascota. Dicha fundación tendrá como propósito el cuidado del animal, si bien deberá tener por objeto el cuidado de mascotas o animales ya que, de lo contrario, carecería del necesario interés general. Una fundación no puede tener como único fin el cuidar a mi mascota.

Podría ser que conforme al art. 747 CC que se dispusiera de una cantidad de dinero para una persona jurídica que tenga como fin el cuidado de los animales.

2. Instituir heredero o legatario bajo condición.

Nuestro CC no impone una determinada fórmula ritual para la institución de heredero. Normalmente el testador es el primer interesado en identificar convenientemente a la persona que vaya a ocupar la posición de heredero designado. Frente al heredero como sucesor a título universal del causante se afirma que en el legatario concurre una mera sucesión a título singular, mucho más limitada pues no conlleva la sustitución de un sujeto por otro[40]. Es preciso destacar que el legado sólo puede constituirse voluntariamente

39 Ramón Fernández, «Los animales de compañía ... pp. 2453.

40 Jiménez Muñoz, «Concepto, régimen jurídico y tipología de los legados: el legado de cosa propia del testador» en Carlos Lasarte (dir) *El derecho de sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, *op. cit*, p. 42. «También se ha dicho que el legatario sería un favorecido por una disposición particular del testador quien le atribuye bienes concretos del haber hereditario».

y mediante testamento, tanto expresa como tácitamente, siendo ajenos a la sucesión intestada y a la sucesión forzosa o legítima y es de carácter jurídico-patrimonial, con un contenido valorable económicamente, estas notas lo diferencian de la institución de heredero y hay que tenerlas presente.

La condición, es un hecho futuro e incierto, pero posible, del que se hace depender la adquisición de la herencia o legado, en este caso atender y cuidar a la mascota. Conforme a la normativa del CC arts. 790 y ss. esta opción es perfectamente válida. El art. 790 CC expresa que «*Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición*». Añadiendo el art. 791 CC: «*Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales*», por lo que se aplican los arts. 1113 y ss. del CC.

A través de esta figura, el testador, beneficiará a un tercero de su confianza bajo la condición de cuidar y asistir a su mascota durante toda su vida, sin gravar la legítima pues el art. 813 así lo indica:

> «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.
>
> Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808».

El testador puede instituir heredero a una persona o legar una cantidad de dinero o una parte de sus bienes a una persona con la **condición resolutoria** que se responsabilice del cuidado y bienestar del animal pudiendo dejar de ser heredero o perder el legado ordenado a su favor en el caso que deje de cumplir la condición impuesta. En este caso el heredero o legatario adquiere los bienes de la herencia al fallecer el testador, pero su derecho estará condicionado a que cumpla la condición de cuidar al animal. Es decir, si no lo cumple perderá la herencia.

Otra opción, es que el testador puede instituir heredero a una persona o legar una cantidad de dinero o una parte de sus bienes a una persona con la **condición suspensiva** que se responsabilice del animal de compañía, no pudiendo, por consiguiente, ser heredero o recibir el legado mientras no se quede con él. El heredero o legatario no adquiere nada hasta que el animal muera y pueda comprobarse que tuvo las atenciones debidas durante su vida. El llamamiento queda suspendido y el sucesor potencial nada podrá adquirir mientras no cumpla. Una previsión testamentaria de esta naturaleza, en la que el evento sea el cuidado del animal de compañía resulta poco atractiva: la fase de pendencia, vinculada a la vida del animal, puede alargar en exceso el momento de la delación y de la adquisición por el llamado.

El cumplimiento o no de la condición se tiene que hacer constar por acta de notoriedad otorgada ante notario ya que así lo declaró la DGRN en su

resolución de 27 de octubre de 2016, (RJ2016/6043) por aplicación del art. 80.2del Reglamento Hipotecario[41]. Se deberá acudir a un notario y probar ante que cuidó adecuadamente de la mascota para que éste otorgue acta de notoriedad y pueda así adquirir los bienes de forma definitiva.

En cualquier caso, existe el problema de verificar el estado en que se encuentra la condición mientras la mascota sigue viva[42]. En estos dos casos, se puede designar a un albacea, ya sea universal o particular, con la finalidad que se encargue de garantizar el cuidado de nuestras mascotas por parte del heredero o legatario instituido bajo condición. También es deseable nombrar otros herederos o legatarios como sustitutos, para que el caso de falta de cumplimiento.

3. Institución de heredero o legatario modal.

El modo se define como aquella disposición agregada por el testador a la institución de heredero o al legatario en virtud de la cual los beneficiados con ella (heredero o legatario) quedan sujetos a su vez al cumplimento de una carga, gravamen o destino (una obligación de dar, hacer o no hacer) (DGRN Resol 19-10-15). Es decir, el modo es una obligación que el causante impone al heredero o legatario. Consiste en una obligación accesoria impuesta a quien ha sido instituido heredero o legatario por el testador que, inicialmente, no afecta ni suspende la efectividad de la atribución patrimonial realizada mediante esta institución. El modo implica siempre una actividad del sucesor a realizar después de la muerte del causante. Además, la carga modal no puede interpretarse como un mero ruego o una recomendación del testador, sino que es obligatoria para el instituido, quien habrá de cumplirla[43].

Posiblemente la forma más sencilla de proporcionar cuidado y atención al animal de compañía sea la institución o legado modal, al amparo del artículo 797 del Código Civil.

Se trata de imponer al heredero instituido o al legatario designado la obligación (carga) de cuidar al animal. La prestación que se le impone, como en cualquier otra obligación, además de estar determinada, habrá de ser posible y lícita.

---

41 El artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario, determina que «*el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución*, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella».

42 Arcas-Sariot Jiménez, «La herencia de mascotas. Aspectos jurídicos y prácticos». 2022. *Jornada organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, pp. 36 y ss.

43 Rams Albesa, Moreno Flórez, Rubio San Román, *Apuntes de economía del matrimonio y derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2022.P. 251, señala 3 caracteres esenciales del modo o carga: accesoriedad, no correspectividad y vinculación del atributario gravado. Es más, el modo nunca supone una contraprestación en sentido estricto.

La obligación de cuidar al animal (el modo), por otra parte, constituye un deber que no condiciona la adquisición por el heredero o el legatario (art. 797 CC), pero cuyo cumplimiento puede serle exigido, como a cualquier deudor; en este caso, por el albacea o por los demás herederos. Y, además del cumplimiento forzoso en forma específica, se le podrá exigir al gravado una indemnización por daños, e, incluso, se le podrá pedir la devolución de lo percibido (art. 797 CC).

Tal y como indica el art. 798,1 CC «*Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad*». Por lo tanto, ha de cumplirse en los mismos términos establecidos por el testador o adaptarse de forma similar a lo querido por el testador[44].

En la práctica la distinción con la institución de heredero o legatario bajo condición suspensiva prácticamente no existe. Tanto el modo como la condición resolutoria surten el mismo efecto en caso de incumplimiento: perderá el gravado su condición de heredero o legatario.

4. Legado de cosa específica y determinada.

La forma más sencilla de transmitir mortis causa al animal de compañía es hacerlo como legado o como sublegado de «cosa específica y determinada, propia del testador»; es decir, gravando al heredero o herederos o al legatario con la entrega del animal. Aunque el legatario «no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea» (art. 885 CC), el animal pasa directamente del causante al legatario, sin mediación del heredero y sin pasar las vicisitudes de la partición[45].

5. Usufructo universal de la herencia

La atribución del usufructo universal de la herencia, tan común entre cónyuges, con o sin necesidad de ir acompañado de la *cautela socini*, es otra forma de atribuir el animal de compañía, pues ese usufructo se extiende a los animales de compañía.

6. Disposiciones testamentarias en las que el animal es objeto de cuidado.

Podrían ser los casos en que se favorece a las personas que cuiden el animal. O los encargos encomendados a ciertas personas.

---

44 Sánchez Hernández, «Art. 798CC» en *Comentarios al CC*, Tomo III. Dir Cañizares Laso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.p. 3874.
Domínguez Luelmo, Álvarez Álvarez. *Manual de derecho civil*. Vol VI. Derecho de sucesiones. Wolters Kluwer Madrid, 2021, p. 290, «el legatario es propietario de la cosa legada desde el fallecimiento del causante».

45 Lasarte (dir) «Institución de heredero y disposiciones testamentarias» *El derecho de sucesiones contemporáneo.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 20 y ss.

7. Patrimonios protegidos o fideicomisos.

Aunque en el ordenamiento jurídico español la figura del fideicomiso destinado exclusivamente al cuidado de un animal doméstico no está explícitamente previsto en nuestra legislación, existen mecanismos que permiten dejar el animal a cargo de una persona o institución y destinar parte del patrimonio (habitualmente dinero) para el cumplimiento de determinados fines, como el cuidado y atención de las mascotas.

8. Otras opciones.

Se puede nombrar a una persona de confianza como responsable de cuidar del animal tras el fallecimiento del testador.

O destinar un dinero a una asociación o refugio para que atiendan a mi mascota.

O constituir un usufructo de conformidad con el art. 787 CC.

O una sustitución fideicomisaria y entregar el animal a un tercero según lo indicado en el art. 781 CC[46].

En cualquier caso, al ser una disposición testamentaria el notario constituye una figura clave en este procedimiento, a la hora de informar y asesorar al testador, asegurando que su voluntad de legar sea plasmada de forma clara e indubitable.

VII. Conclusiones

Prever el cuidado de los animales de compañía en el testamento es una decisión jurídicamente válida, socialmente responsable y éticamente coherente. Sus ventajas abarcan la protección del animal, la seguridad jurídica, el respeto a la voluntad del testador y la adaptación a la evolución normativa, convirtiéndose en una práctica cada vez más recomendable y necesaria. El cuidado de los animales de compañía no es solo un gesto afectivo, sino una decisión jurídica y práctica con múltiples ventajas, como se ha puesto de relieve supone:

1. Garantía del bienestar del animal.

Los animales de compañía dependen totalmente de las personas para su cuidado. Al prever su atención en el testamento, el testador asegura la continuidad de su bienestar (alimentación, atención veterinaria, entorno adecuado) tras su fallecimiento, evitando situaciones de abandono, negligencia o traslado a centros de acogida.

46 Artículo 781 CC: «*Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*».

2. Respeto a la voluntad del testador.

El testamento es la máxima expresión de la autonomía de la voluntad. Incluir disposiciones sobre animales permite respetar los vínculos afectivos existentes y garantiza que el animal sea cuidado conforme a los deseos del propietario, lo que refuerza el valor ético y personal del acto testamentario.

3. Seguridad jurídica y prevención de conflictos.

La falta de previsión puede generar conflictos entre herederos o familiares sobre quién debe hacerse cargo del animal o sobre los gastos asociados. Designar claramente un responsable y, en su caso, una dotación económica, reduce la litigiosidad y las disputas familiares.

4. Adecuación a la evolución del Derecho.

La normativa española y europea reconoce cada vez más a los animales como seres sintientes, alejándose de su consideración como meros bienes. Prever su cuidado en el testamento es coherente con esta evolución legislativa y demuestra una conducta responsable y acorde con la sensibilidad jurídica actual.

5. Protección económica del animal.

Mediante legados, cargas o fideicomisos, el testador puede garantizar recursos económicos destinados exclusivamente al cuidado del animal. Esto evita que el nuevo responsable asuma una carga económica excesiva y asegura que el animal mantenga su nivel de vida.

6. Tranquilidad personal del testador.

Saber que el animal estará protegido tras la muerte proporciona al testador tranquilidad emocional, especialmente en personas mayores, solas o con animales especialmente dependientes. Esta previsión cumple una función preventiva y humanizadora del Derecho sucesorio.

7. Fomento de la tenencia responsable.

Incluir a los animales en el testamento transmite un mensaje claro de responsabilidad y compromiso, contribuyendo a una cultura jurídica y social que valora la protección animal y desincentiva el abandono.

VIII. Bibliografía

M.ª José Arcas-Sariot Jiménez, «La herencia de mascotas. Aspectos jurídicos y prácticos». 7 septiembre de 2022. *Jornada organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, pp. 1-52.

Bastante Granell, V «Capítulo 17. Parejas de hecho y animales de compañía», en *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, obra colectiva, Reus, Madrid, 2022, pp. 435-460.

Cañizares Laso, A «Art. 658» en *Comentarios al CC*, Tomo II. Dir Ana Cañizares Laso, obra colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023., pp. 3225-3229.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G. «Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una "pertenencia" de la vivienda familiar?» en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2020.LA LEY 9843/2020.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G, «Capítulo 5. El bienestar animal como ser sintiente: Un nuevo principio general para el derecho de animales», en *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, obra colectiva, Reus, Madrid, 2022, pp. 111- 127.

Cerdeira Bravo de Mansilla G, y **García Mayo, M**, «Capítulo 16. Crisis familiares y animales domésticos», en *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, obra colectiva, Reus, Madrid, 2022, pp. 397- 434.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G «Capítulo 14. ¿Es el animal doméstico parte del hogar? Su repercusión en derecho de familia» en *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, obra colectiva, Reus, Madrid, 2022, pp. 333-358.

Domínguez Luelmo A, Álvarez Álvarez, H *Manual de derecho civil.* Vol. VI. Derecho de sucesiones. Wolters Kluwer Madrid, 2021.

Domínguez Luelmo, A, *La ley 17/2021 sobre régimen jurídico de los animales, Comentario y aplicación práctica*, Reus, Madrid, 2022.

Durán Rivacoba, R y **Del Carpio Fiestas, V**. «Causante, que no causahabiente (a propósito de un error garrafal en el nuevo artículo 914 bis del Código Civil), en *Diario La Ley, Tribuna*. N.º 9992, 2022.

Félez Costa, F, «Quién se queda con el perro?» En *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 21-22, pp. 175-185.

Fernández Benavides, M, «La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre!», en *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio, (121), 2022.

García Mayo, M «Capítulo 6. El concepto de animal doméstico y de compañía». en *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, obra colectiva, Reus, Madrid, 2022, p. 129-155.

Gete-Alonso y Calera, M.C «Art. 914 bis CC» en *Comentarios al CC*, Tomo III. Dir Ana Cañizares Laso, obra colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023., pp. 4377- 4382.

Jiménez Muñoz, F.J, «Concepto, régimen jurídico y tipología de los legados: el legado de cosa propia del testador» en Carlos Lasarte (dir) *El derecho de sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 41-70

Lasarte, C, (dir) «Institución de heredero y disposiciones testamentarias» en *El derecho de sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 13-39.

Mariño Pardo, F. «La sucesión en los animales de compañía: el nuevo artículo 914 bis del Código Civil. ¿Están sujetos los animales de compañía al régimen de la sociedad de gananciales?» en *Iuris Prudente*, 2 de febrero de 2022.https://www.iurisprudente.com/2022/02/la-sucesion-en-los-animales-de-compania.html

Martos Calabrús, M.A «Sucesión mortis causa y animales de compañía» en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm 3 (julio-septiembre, 2022, pp. 289-314.

Martos Calabrús, M.A «Capítulo 18. El animal de compañía en la sucesión mortis causa» en *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, obra colectiva, Reus, Madrid, 2022, pp. 461-477.

Nevado Montero, J.J., «Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de las mascotas o animales de compañía» en RCDI, núm. 783, enero 2021.

Pérez Monguió, J.M, «El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento», en *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. 51, Zaragoza, 2018, pp. 244-280.

Ramón Fernández, F. «Los animales de compañía y su destino en el ámbito sucesorio», *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* n.º 17 bis, diciembre, 2022, pp. 2432-2459.

Fernández Domingo, J.I «Capítulo 10. Entre propiedad y posesión: la tenencia y el cuidado de animales, derechos y deberes», en *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G, obra colectiva, Reus, Madrid, 2022, pp. 227-247.

Rams Albesa J, Moreno Flórez, R.M, Rubio San Román, J.I *Apuntes de economía del matrimonio y derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2022.

Sánchez Hernández, C, «Art. 798 CC» en *Comentarios al CC*, Tomo III. Dir Ana Cañizares Laso, obra colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3873 3875.

Vivas Tesón, I «Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma», en *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*, diciembre 2019, pp. 1-23.

Vivas Tesón, I. *Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal*, Aranzadi.2019.

COLECCIÓN

DERECHO. DEONTOLOGÍA. TECNOLOGÍA

COLEX

TÍTULOS PUBLICADOS

1. e-Justicia inteligente: navegando por los desafíos de la arquitectura de la información y la IA
2. El derecho de defensa frente a la digitalización judicial en España y en la Unión Europea
3. Inteligencia artificial y protección de datos: desafíos en la era digital
4. Pactos familiares, filiación y protección de adultos
5. Las crisis familiares

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

LAS CRISIS FAMILIARES

EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA: VEINTE AÑOS DESPUÉS

El presente libro recoge los trabajos que, en el XIX Congreso Internacional del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE), celebrado en Sevilla del 5 al 7 de noviembre de 2025 bajo el título precisamente de «El Derecho de Familia en España: 20 años después», se presentaron en relación con el estudio de diversos aspectos de las crisis familiares, abordando temas tales como la sucesión testada tras una ruptura matrimonial, la pensión compensatoria y el uso de la vivienda familiar; el régimen de guarda, custodia y visitas de hijos y nietos, el apoyo a las personas con discapacidad en el ámbito familiar o la tenencia y cuidado de los animales de compañía.

Se ha tratado de hacer un repaso de las leyes que en los últimos veinte años han venido a afectar más directa y profundamente al Derecho de familia, como, entre otras, las dos leyes de 2005 (sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y sobre el popularmente llamado divorcio exprés), la Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015 o las dos leyes de 2021 (sobre personas con discapacidad y sobre animales de compañía), o a nivel autonómico la Ley andaluza de mediación familiar de 2009.

Asimismo, en estos veinte años es de destacar el papel desarrollado por las instituciones de la Unión Europea, que han desplegado un importante desarrollo normativo estableciendo unas normas comunes de Derecho de familia, y la jurisprudencia, nacional y europea.

DIRECCIÓN

Sonia Calaza López, Francisco Javier Jiménez Muñoz, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Fátima Yáñez Vivero

COORDINACIÓN

Sonia Calaza López y Francisco Javier Jimenez Muñoz

AUTORÍA

Ana Díaz Martínez, Helena Mota, Ana Isabel Berrocal Lanzarot, Mercedes Salido, Ana Laura Cabezuelo Arenas, Begoña Flores González, Beatriz Verdera Izquierdo, Eduardo Oliva Gómez, Patrícia Cardoso Dias, María Dolores Casas, José Hernández de la Fuente, Laura Marín Cáceres, Yvette Velarde, Aurora López Azcona, Juan Pablo Pérez Velázquez, Patricia López Peláez, M.ª Mercedes Alberruche Díaz-Flores, M. Virtudes Azpitarte García, Giorgia Anna Parini, Antonio J. Vela Sánchez, Alessia Mignozzi y M.ª Eugenia Serrano Chamorro

Esta investigación se enmarca en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, **«Claves de una Justicia resiliente en plena transformación»**, (IP. Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2024-155197OB-I00 y en la Red de investigación: **«Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad»** (RED2024-153961-T), coordinada por Sonia Calaza, Programa Estatal de Transferencia y Colaboración del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027.

ISBN: 979-13-7011-793-1

INSTITUTO DE DESARROLLO Y ANÁLISIS DEL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA