

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Se distribuye además, en Argentina, Perú,
Colombia, Chile, México y España.
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Tel. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook** y **twitter** 

Coordinación General: Leidy Yessica Casanoba Yucra

jessica8718@hotmail.com

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez

c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ANVUR (Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

SUMARIO

- 01/ LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL MATRIMONIO. José Ramón de Verda y Beamonte **(España)**
- 02/ MEDIACIÓN FAMILIAR. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TEMA María Elena Cobas Cobiella **(España)**
- 03/ EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LA LREM V M^a Pilar Montes Rodríguez **(España)**
- 04/ ESPAÑA: EL PROBLEMA DE LOS DENOMINADOS "MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA". Alfonso Ortega Giménez **(España)**
- 05/ DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES TRAS LA RUPTURA DE LA UNIÓN DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.
David G. Vargas Aravena y Juan Carlos Riffo Chávez **(Chile)**
- 06/ LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y SU EFICACIA EN OTROS ESTADOS. Juan Enrique Medina Pabón **(Colombia)**
- 07/ LOS EFECTOS DERIVADOS DE LAS CRISIS CONYUGALES: UN ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA MATERIA José Ramón de Verda y Beamonte **(España)**
- 08/ LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA ALEMÁN. María Pilar Bover Castaño **(Alemania)**
- 09/ LA GUARDA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LA LEY AUTONÓMICA VALENCIANA. Carlos Esparza Olcina **(España)**
- 10/ BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES, ART. 227 CP. Asunción Colás Turégano **(España)**
- 11/ LA DIGNIDAD DEL MENOR EN CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO MEXICANO. UNA PROPUESTA LEGISLATIVA DESDE LA ACADEMIA. Gisela María Pérez Fuentes y Karla Cantoral Domínguez **(México)**
- 12/ LA INCAPACITACIÓN EN ESPAÑA. Josefina Alventosa del Río **(España)**
- 13/ RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR PRIVACIÓN DE LA FACULTAD DE OPTAR POR EL ABORTO. José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros **(España)**
- 14/ TUTELA DEL EMBRIÓN Y PROHIBICIÓN DE PATENTAR. UN CASO DE INTERPRETACIÓN, SEGÚN VALORES, EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.
Gabriele Carapezza Figlia **(Italia)**
- 15/ EDUCACIÓN DE LA PROLE Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS OCACIONES POR EL HIJO MENOR EN EL DERECHO ITALIANO. Giovanni Berti de Marinis **(Italia)**

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

El presente número monográfico, dedicado a "Las transformaciones del moderno Derecho de Familia" se inserta en el marco del "Research Group Persona and Family", cuyo investigador principal es el profesor José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia (España).

Director:

Orlando Parada Vaca
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Consejo Editorial

Alex Parada Mendía
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Jerjes Justiniano Atalá
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

José Ramón de Verda y Beamonte
Universidad de Valencia (España)

Pedro Talavera
Universidad de Valencia (España)

Rosa Moliner Navarro
Universidad de Valencia (España)

Virginia Pardo Irazo
Universidad de Valencia (España)



FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

COBERTURA TEMÁTICA:

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.



El Derecho de familia es, sin duda, uno de los sectores del ordenamiento jurídico que más transformaciones ha experimentado en los últimos tiempos. Sobre él inciden nuevas concepciones sociales, en mayor o menor medida, presentes en todos los Derechos nacionales, que basculan en torno a dos ideas básicas.

La primera de ellas es la de la igualdad, que se proyecta, tanto sobre la figura de los progenitores, como sobre la de los cónyuges. Como consecuencia de ella, la familia de tipo patriarcal realiza un tránsito hacía otra de tipo paritario, en la que el matrimonio no restringe ya la capacidad de obrar de los casados, que conservan su independencia jurídica, si bien, en razón de su nuevo estado civil, asumen unos específicos derechos-deberes de carácter recíproco, cuya exacta significación es objeto de debates en la doctrina científica. Así mismo, la patria potestad se configura ahora como una potestad de tipo dual, tanto en su titularidad, como en su ejercicio, que tiene que ser actuada conjuntamente por ambos progenitores, debiendo acudir a la autoridad judicial en caso de discrepancia, que resolverá la controversia en atención al interés superior del menor; teniendo en cuenta la propia personalidad de éste.

La segunda de las ideas clave es la que se dado en llamar “personalización” de la familia. Expresada de manera sencilla, significa que los tradicionales valores de estabilidad y protección del interior superior de la familia se combinan con una creciente preocupación por asegurar el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros, que conservan íntegros sus derechos fundamentales y que se vinculan o desvinculan en atención a sus propias preferencias u opciones vitales, lo que explica realidades como el matrimonio entre personas del mismo sexo o la posibilidad de divorciarse por el mero consentimiento de uno solo de los cónyuges, presentes ambas, en el Derecho Español. Esto último se traduce en una multiplicación de separaciones y divorcios, que plantean la necesidad de encontrar puntos de equilibrio en cuestiones tales, como las prestaciones de alimentos, el régimen de custodia de los hijos, el pago de pensiones compensatorias o la atribución del uso de la vivienda familiar:

Precisamente, este aumento de litigios, unido a la prevalencia del principio de autonomía y libertad de la persona, sirve para explicar la proliferación de fórmulas

alternativas a la resolución judicial de conflictos, que potencien el papel de las propias partes implicadas en orden a hallar soluciones que se adapten mejor a las propias aspiraciones y preferencias. De ahí, el auge de instituciones, tales como la mediación familiar; cuyo carácter voluntario asegura el pleno respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Pero el principio de libre desarrollo de la personalidad despliega consecuencias en otros muchos ámbitos. Así, admitiendo que existen fórmulas de constitución de familias legales no basadas en el matrimonio y, aun así, merecedoras de cierto grado de protección jurídica (uniones de hecho); o reconociendo, en ciertos casos, la posibilidad de que pueda acudir a formas artificiales de procreación, que posibiliten la generación de seres humanos a través mecanismos técnicos diversos a los tradicionales, lo que plantea dilemas éticos y jurídicos, como son los que suscitan los denominados contratos de úteros de alquiler o la posibilidad de patentar invenciones industriales que partan de embriones creados "in vitro".

Así mismo, el creciente reconocimiento de la facultad de los menores de elegir libremente entre las diversas opciones vitales, conforme a sus propios intereses y preferencias, obliga a repensar el régimen de la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por los hijos sometidos a su potestad. Parece, en efecto, contradictorio acentuar los espacios de libertad y autonomía de los hijos menores y, en cambio, exacerbar los deberes de educación, vigilancia y control de los progenitores sobre los mismos, exacerbación ésta, que, en la práctica, en países como España e Italia ha llevado a la jurisprudencia a establecer una especie de responsabilidad objetiva (carente de apoyo legal expreso) de los padres por los hechos dañosos de sus hijos; y ello, a pesar de las continuas referencias, puramente formales, de los respectivos Tribunales a la idea de negligencia "in vigilando" o "in educando", la cual, al menos teóricamente, sigue presuponiendo un sistema de responsabilidad subjetivo, basado en la culpa.

La importancia de estas (y otras) cuestiones justifica la dedicación de un número monográfico por parte de la Revista de Derecho Boliviano a "Las transformaciones del moderno del Derecho de Familia", en el cual intervienen acreditados juristas de éste y del otro lado del Atlántico. Se trata de un número monográfico, plurinacional y multidisciplinar; que esperamos sea del agrado de nuestros lectores.



LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL
DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA
CONFIGURACIÓN DEL MATRIMONIO

*THE PROJECTION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF
FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY ON THE
REGULATION OF THE MARRIAGE*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 10-31



José Ramón
DEVERDA
Y BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 2 de agosto de 2013

RESUMEN: El presente trabajo indaga sobre la proyección que sobre la actual regulación del matrimonio tiene el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, incidiendo en temas como el divorcio, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la transexualidad. Especial atención se presta a la unión de hecho, como modelo alternativo de familia, no basada en el matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Personalidad, matrimonio, libertad, divorcio, unión de hecho.

ABSTRACT: This paper investigates about the projection that the constitutional principle of free development of personality has on the current regulation of marriage, focusing on issues such as divorce, marriage between same sex persons and transsexuality. Special attention is paid to the civil partnership, as an alternative family model, not based on marriage.

KEY WORDS: personality, marriage, freedom, divorce, civil union.

SUMARIO.- I. Consideraciones preliminares: el principio de libre desarrollo de la personalidad.- II. La situación anterior a la reforma del Código civil, operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio.- 1. El rechazo del divorcio vincular.- 2. La peculiar posición legal acerca de la declaración de fallecimiento.- 3. El inadecuado tratamiento de las causas de nulidad del matrimonio.- III. La personalización del matrimonio en la Ley 30/1981, de 7 de julio.- 1. El matrimonio como acto de autonomía privada (constitución e invalidez del vínculo).- 2. El establecimiento de un sistema matrimonial de tipo facultativo.- 3. La admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio.- IV. La exacerbación del principio de libre desarrollo de la personalidad por las leyes 13/2005 y 15/2005.- 1. La supresión del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes.- 2. La admisión del divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges.- V. El matrimonio del transexual.- VI. La unión de hecho como alternativa al matrimonio.- 1. La libertad nupcial, positiva y negativa.- 2. La protección constitucional de las uniones de hecho.- 3. El diverso grado de protección constitucional entre matrimonio y uniones de hecho.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

La promulgación de la Constitución de 1978 supuso, sin duda, la transformación más profunda sufrida por el Derecho civil español desde los tiempos de la Codificación.

Esta transformación fue consecuencia ineludible de una Constitución, marcadamente renovadora, que proclama el Estado Social y democrático de Derecho (art. 1.1), que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.2), y que establece como fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás (art. 10.1); y, sobre todo, de una Constitución, cuyas normas vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1), por lo que no tienen un mero carácter programático, sino que están dotadas de valor normativo inmediato y directo.

La incidencia de los principios constitucionales ha sido especialmente intensa por cuanto se refiere al Derecho de Familia. Precisamente, el objetivo de este trabajo es explicar cómo ha incidido en la moderna configuración del matrimonio un principio constitucional básico, esto es, el de libre desarrollo de la personalidad.

• José Ramón de Verda y Beamonte (España)

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, "Comentarios a las Reformas de Familia de 2005", Thomson-Aranzadi, 2006; "Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/ 1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen", Thomson-Aranzadi, 2006; "El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista", Thomson-Aranzadi, 2011; o "Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares", Thomson-Aranzadi, 2012.

El art. 10.1 CE configura el principio de libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del “orden político y de la paz social”, pero no arroja luz sobre su exacto significado, dado lo cual es necesario acudir a la jurisprudencia constitucional para intentar precisarlo.

La STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53), se refiere al libre desarrollo de la personalidad, como “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”, que entronca con el valor jurídico fundamental “dignidad de la persona”, como una de las razones favorables a la constitucionalidad de la Ley, que, en su momento, despenalizó parcialmente el aborto.

La STC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120), contiene también interesantes apreciaciones, en la medida en que consideró constitucional alimentar por vía parenteral a varios presos terroristas en huelga de hambre, pero sólo, una vez que éstos hubieran perdido la consciencia. Dijo, así, que, en ningún caso, era lícito suministrar alimentos por vía bucal, en tanto persistiera su “estado de determinarse libre y conscientemente”.

La STC 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994, 215), que consideró constitucional la despenalización de la esterilización de incapacitados con autorización judicial, afirma que el ejercicio de la sexualidad (como también, la libertad de procreación) “deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 de la Constitución”.

Más fructífero resulta el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de uniones de hecho, donde es constante la vinculación del principio de libre desarrollo de la personalidad con la libertad de opción entre el estado de casado o de soltero, como una manifestación, positiva o negativa, del derecho a contraer matrimonio

Según el conocido ATC 156/1987, de 11 de febrero (RTC 1987, 156 AUTO) “la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido por la Constitución en su art. 32.1, tanto en sentido positivo, como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil”.

Creo que la ubicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, a la cabeza del título destinado a la consagración de los “derechos fundamentales y de las libertades públicas”, de “los derechos y deberes de los ciudadanos” y de “los principios rectores de la política social y económica” da una idea exacta de su importantísimo significado. A la vista de la jurisprudencia constitucional examinada,

no parece aventurado concebir el libre desarrollo de la personalidad como una irrenunciable exigencia de la dignidad humana, que halla su centro de gravedad en la idea de “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”. Se trata de un “principio o norma constitucional”, “fundamento del orden político y de la paz social”, plasmación del “valor superior” libertad (art. 1.1. CE), el cual implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, “de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”.

La eventual lesión del principio de libre desarrollo de la personalidad no podrá justificar la interposición de un recurso de amparo, sino, exclusivamente, cuando sus concretas plasmaciones alcancen el rango de derecho fundamental comprendido en la sección primera del capítulo segundo de nuestra Carta Magna. Sin embargo, el libre desarrollo de la personalidad es un principio constitucional cardinal, que, como los demás valores superiores (justicia, igualdad y pluralismo político) y los restantes fundamentos del orden político y de la paz social (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes, respeto a la ley y respeto a los derechos de los demás), vincula a todos los poderes públicos (art. 9.3 CE). Por lo tanto, deberá ser tenido en cuenta en el desarrollo normativo de los derechos, deberes y libertades proclamados en el Título I CE -entre ellos, el *ius connubii*- (que precisamente se dirigen a la consecución de esos valores superiores y principios enunciados en los arts. 1.1 y 10.1 CE) y en la aplicación e interpretación jurisprudencial de las normas atinentes a dichos derechos, deberes y libertades.

Según voy a constatar, las reformas de Derecho de familia más importantes llevadas a cabo en España tras la promulgación de la CE encuentran una de sus ideas directrices en el principio de libre desarrollo de la personalidad, aunque, sólo a partir de 2005, el legislador haga un reclamo expreso a dicho principio como un argumento para establecer soluciones discutidas, como son la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo o el divorcio por el mero consentimiento de cualquiera de los cónyuges.

En particular, se observa una creciente “personalización” del matrimonio. Poco a poco, se ha ido acentuado, en efecto, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes.

En este proceso han jugado un papel remarcable las reformas del Derecho de familia de 1981 y de 2005.

II. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, OPERADA POR LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO.

En el Derecho anterior a la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, la regulación del matrimonio estaba presidida por la idea de estabilidad o seguridad máxima de la relación jurídico-matrimonial.

I. El rechazo del divorcio vincular.

En sede de disolución era destacable, ante todo, el rechazo del divorcio vincular como causa de disolución del matrimonio, constante ésta de nuestra legislación matrimonial (exceptuado el breve período en que estuvo vigente la Ley republicana de 2 de marzo de 1932), desde tiempos bien tempranos. Así, el art. 1 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 proclamaba expresamente que "El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble".

Esta posición de la legislación española contrastaba con la tradición francesa, favorable al divorcio, admitido por la Ley revolucionaria de 20 de septiembre de 1792, con gran amplitud. La citada Ley contemplaba, en efecto, el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado por una simple declaración ante el oficial del Registro de estado civil; como también el divorcio por demanda de uno solo de ellos, en virtud de una serie de causas, que estaban formuladas con gran flexibilidad, incluyéndose entre ellas, incluso, la simple incompatibilidad de caracteres.

Los excesos a que dio lugar esta regulación motivaron la reacción del Código Napoleón de 1804, el cual admitió el divorcio por demanda de uno de los cónyuges, mediante alegación de un número muy limitado de causas, que suponían la culpa de su consorte (adulterio, condena penal aflictiva o infamante, excesos, sevicias o injurias graves); y, si bien el Código conservó el divorcio por mutuo consentimiento, lo sometió a tales restricciones, que, en la práctica, lo hizo casi inoperante: así, además del consentimiento de ambos cónyuges, reiterado tres veces, de trimestre en trimestre, se requería la conformidad de los padres de uno y otro; se exigía la presentación de un acuerdo en orden a reglamentar la educación de los hijos y a asegurar su futuro; y, por último, que cada uno de los cónyuges entregara a sus hijos, de manera inmediata y completa, la mitad de su fortuna.

Con la restauración borbónica, se suprimió el divorcio, que sólo resurgiría durante la III República, con la Ley de 27 de julio de 1884, la cual no admitió el divorcio por mutuo consentimiento, sino, exclusivamente, por culpa, basado en las mismas causas, por las que lo había admitido el Código de 1804 en su redacción originaria. Habría, pues, que esperar a la Ley nº 75-617, de 11 de julio de 1975, para que el Derecho

francés volviera a contemplar el mutuo consentimiento de los cónyuges como causa de disolución del matrimonio (esta vez sin las duras restricciones a las que el Código de 1804 lo había sometido).

2. La peculiar posición legal acerca de la declaración de fallecimiento.

Volviendo al Derecho español, anterior a la reforma debida a la Ley 30/1981, llamaba la atención el art. 195 CC, en su redacción dada por Ley de 8 de septiembre de 1938, a tenor del cual la declaración de fallecimiento no bastaba, por sí sola, para que el cónyuge presente pudiera contraer ulterior matrimonio, y, en todo caso, la reaparición del declarado fallecido (recaída la consiguiente resolución judicial tendente a dejar sin efecto la declaración de fallecimiento) comportaba la nulidad (por impedimento de ligamen) del segundo matrimonio celebrado con un tercero por el cónyuge presente.

Dicha norma contrastaba con la contenida en el actual art. 85 CC, en su redacción dada por la Ley 30/1981, que contempla, como causa de disolución del matrimonio, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que, sin duda, posibilita que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio, cuya validez, a mi entender, no se vería afectada por la eventual reaparición del declarado fallecido, ya que el primer matrimonio no existía -había sido disuelto- al tiempo de la celebración del segundo.

3. El inadecuado tratamiento de las causas de nulidad del matrimonio.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 30/1981, en sede de constitución-nulidad del vínculo, se apreciaba, así mismo, una desmesurada protección de la estabilidad del vínculo en detrimento de la libertad nupcial.

El originario art. 83.1º, II CC establecía la revalidación ipso facto (sin necesidad de declaración expresa) del matrimonio contraído por impúberes, "si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación".

La concepción institucionalista (no personalista) del matrimonio se plasmaba también en el inadecuado tratamiento de las causas matrimoniales de carácter consensual, por parte del originario art. 101.2º CC, en particular, en materia de error, rechazándose la relevancia invalidante del recayente sobre las cualidades personales del otro contrayente. Tampoco la simulación y la reserva mental encontraban encaje legal entre las causas de nulidad del matrimonio.

III. LA PERSONALIZACIÓN DEL MATRIMONIO EN LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO.

El principio de libre desarrollo de la personalidad inspiró, sin duda, la Ley 30/1981, de 7 de julio, pudiéndose afirmar que las exigencias de certeza y estabilidad de las relaciones jurídico-matrimoniales se combinaron razonablemente con la exigencia de una adecuada protección del interés privado de la persona en la institución.

I. El matrimonio como acto de autonomía privada (constitución e invalidez del vínculo).

La concepción del matrimonio como cauce de desarrollo de la persona se manifestó de manera muy señalada, en el régimen jurídico de la constitución del vínculo (y, correlativamente, en el régimen jurídico de la invalidez), que permanece hoy inalterado.

A este respecto, es de reseñar la reducción del número de impedimentos para contraer matrimonio, suprimiéndose los de impotencia, orden sagrado, profesión religiosa y afinidad.

La regulación anterior a la Ley 30/1981, en particular, los números 2º y 3º del originario art. 101 CC, estaba imbuida del formalismo característico de las legislaciones matrimoniales decimonónicas: la rigurosa formalidad con que se concebía el acto de celebración del matrimonio conducía a la práctica irrelevancia de la voluntad real de las partes del negocio y a su “absorción” por la declaración formal de querer contraer matrimonio. Así, el originario art. 101 CC no contemplaba la ausencia de consentimiento matrimonial (simulación y reserva mental) entre las causas de nulidad; y el apartado segundo de dicho precepto restringía la eficacia invalidante del error al recayente sobre la persona del otro contrayente. Subyacía, evidentemente, el temor de fondo a que una más amplia regulación de las anomalías consensuales convirtiera la nulidad en un subterfugio para violar el principio (que se consideraba de orden público) de la indisolubilidad del matrimonio.

La Ley 30/1981 estableció una normativa protectora del consentimiento (actualmente vigente), que confirmó la calificación del matrimonio como un acto de autonomía privada, encaminado a actuar intereses personalísimos de los contrayentes.

Con ella, el legislador abandonó su tradicional posición, consistente en ignorar la “realidad” del consentimiento de los contrayentes: se proclamó expresamente el principio según el cual “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” (vigente art. 45 CC) y, consecuentemente, se consideró nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial (vigente art. 73.1º CC), con lo que la simulación y la

reserva mental encontraron encaje específico entre las causas de nulidad; como también las hipótesis, rarísimas en la práctica, de error obstáculo en la emisión o en el contenido de la declaración.

Digno de particular mención es, sin duda, el vigente art. 73.4° CC, con el que el ámbito del error invalidante se extendió al recaer sobre las cualidades personales del otro contrayente. La admisión del error en cualidad, como causa de nulidad, constituyó una importante novedad, fiel reflejo de la concepción “personalista” del matrimonio, que subyace en la reforma operada por la Ley 30/1981. La razón me parece evidente: dado que el error es un vicio de la voluntad subjetivo y relativo, cuyo carácter determinante depende de la particular apreciación de las partes en el caso concreto, será inevitable que, en este punto, afloren las diversas concepciones y sensibilidades existentes en la plural sociedad española en torno al matrimonio. Máxime desde el momento en que una lectura del art. 73.4° CC en clave de libre desarrollo de la personalidad permitirá calificar como cualidades personales de “entidad”, no sólo aquellas cualidades habitualmente determinantes de la prestación del consentimiento matrimonial en la opinión común, sino también en el concreto medio social de los contrayentes. En consecuencia, y a título de mero ejemplo, podrían considerarse cualidades personales de entidad las siguientes: la transexualidad, la enfermedad mental grave (por ejemplo, la esquizofrenia), la impotencia, la esterilidad, el embarazo ab alio, la toxicomanía, la condena penal e, incluso, la profesión.

2. El establecimiento de un sistema matrimonial de tipo facultativo.

El actual art. 49.1 CC, redactado por la Ley 30/1981, desarrollando el art. 32.2 CE, establece que el matrimonio podrá celebrarse de dos maneras distintas: la primera, “Ante el Juez, Alcalde o funcionario público señalado por este Código”; y la segunda, “En la forma religiosa legalmente prevista”.

Por lo tanto, se trata de un sistema matrimonial de tipo facultativo, en el que, conforme al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, se deja a las personas libertad para optar entre celebrar su matrimonio, civil o religiosamente: en este último caso, según resulta de los arts. 59 y 60 CC, podrán contraer matrimonio conforme a las normas del Derecho Canónico o en la forma prevista por las confesiones evangélicas, hebrea o islámica (art. VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede, de 15 de diciembre de 1979, y Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, respectivamente).

Ahora bien, el matrimonio canónico tiene una posición jurídica especial respecto de los demás matrimonios religiosos, diferencia que encuentra cobertura constitucional en el art. 16.3 CE, que prevé una colaboración de mayor intensidad de los poderes públicos con la confesión mayoritaria en nuestra sociedad. El Estado reconoce a la Iglesia Católica la facultad de regular, a través del Código de Derecho

Canónico, no sólo la forma de celebrar el matrimonio de sus fieles (como hace respecto al resto de las confesiones), sino también la de determinar los requisitos de capacidad y de consentimiento necesarios para la validez del mismo y, en consecuencia, reconoce efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad (así como a las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado), en los términos previstos en el art. 80 CC.

El art. 80 CC establece, en efecto, que “Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio [...] tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (la de 1881, que, en este punto permanece en vigor).

Por lo tanto, la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad se subordina a la concurrencia de los mismos requisitos que, con carácter general, se exigen para el reconocimiento u homologación en España de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros:

a) “Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia de una acción personal”, requisito éste, que no plantea ningún problema, ya que una acción entablada para pedir la nulidad de un matrimonio tiene un claro carácter personal.

b) “Que no haya sido dictada en rebeldía”.

Este requisito ha sido interpretado de manera distinta a lo largo del tiempo por parte de la jurisprudencia.

La STS 27 junio 2002 (ToI 178.201), en un principio, entendió que, en ningún caso, debía reconocerse efectos civiles a las sentencias de los Tribunales eclesiásticos dictadas en rebeldía de la parte demandada, fuera ésta voluntaria o involuntaria, con el argumento de que, dado el carácter aconfesional del Estado, no se podía obligar a nadie a “que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de la que la misma es consecuencia, ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés”.

Sin embargo, posteriormente ha variado dicha posición, como consecuencia de una nueva doctrina jurisprudencial, de carácter general, que postula “la interpretación restrictiva de la rebeldía como obstáculo al reconocimiento de una sentencia extranjera, ceñida a los casos en que ésta ha tenido lugar con carácter involuntario”, lo que “está en relación con la protección del derecho al proceso debido y, en nuestra Constitución, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio de la seguridad jurídica en el ámbito internacional”.

En particular, la STS 24 octubre 2007 (ToI 1.229.944), afirma que, por sí misma, la rebeldía voluntaria no es causa suficiente para denegar efectos civiles a las sentencias eclesiásticas, sino, exclusivamente, cuando, examinadas las circunstancias del caso concreto, se llegue a la conclusión de que se “ha alegado de manera razonable la existencia de unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparecencia ante el tribunal eclesiástico con su libertad ideológica o religiosa”. Pero, teniendo en cuenta, entre dichas circunstancias, “que la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos tribunales”.

En definitiva, por lo que al concreto tema que nos atañe, hoy es comúnmente admitido que una rebeldía voluntaria del demandado, de mera conveniencia, no impide la homologación de la sentencia canónica.

c) “Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España”.

Este requisito se corresponde con lo que el art. 80 CC llama “declaración de ajuste” al Derecho del Estado, habiendo precisado la jurisprudencia que ello “comporta un examen de fondo que sólo se extiende a constar si las declaraciones de la sentencia, conforme al Derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal, de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español”.

No se exige, pues, la identidad de la causa de nulidad canónica con alguna de las reguladas en el CC. Por ello, se han homologado sentencias basadas en causas de nulidad canónica, que no son causas de nulidad civil, como, por ejemplo, el dolo o la incapacidad para asumir obligaciones conyugales.

d) “Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España”.

Se trata aquí de un control puramente procesal, que se une al anterior; con el fin de determinar “la autenticidad de la sentencia firme, esto es, comprobación o verificación de su validez extrínseca o, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado”.

La SSTS 5 marzo 2001 (Tol 26.742) y 23 marzo 2005 (Tol 619.452) han admitido que pueda concederse efectos civiles a una sentencia de nulidad canónica de un matrimonio, previamente disuelto por divorcio por la jurisdicción del Estado, pero precisando que dicha declaración de nulidad no deja sin efecto la pensión compensatoria, que, en el caso, se hubiera fijado.

3. La admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio.

La "personalización" del matrimonio se hizo especialmente evidente en el régimen jurídico de disolución del matrimonio nacido de la reforma de 1981, el cual no se caracterizará ya por la nota de la indisolubilidad, sino tan sólo por la de permanencia o estabilidad. El art. 85 CC admitiría la disolución del matrimonio por divorcio, en virtud de sentencia judicial, lo que, sin duda, era una manifestación de lo que he denominado "personalización" del matrimonio, en la medida en que la tutela de la libertad de la persona adquiriría preeminencia sobre la exigencia de estabilidad del vínculo.

El concreto matrimonio solo subsistiría, pues, en tanto no se demostrara que era inadecuado para cumplir la función de ser cauce de desarrollo de la propia y específica personalidad de los cónyuges.

Ahora bien, no se admitía el divorcio por la mera voluntad de los cónyuges, sino que se hacía necesario demostrar la concurrencia de alguna de las causas establecidas en el anterior art. 86 CC, en la redacción dada por la Ley 30/1981, cuyo centro de gravedad estaba constituido por el "cese efectivo de la convivencia conyugal", a través del cual tenía lugar la constatación objetiva de la quiebra del matrimonio, exigiéndose, a este respecto, el transcurso de una serie de plazos, de duración variable, que podían llegar hasta los cinco años, en ausencia de una previa demanda de separación, si lo que había existido era una separación de hecho, impuesta por uno de los cónyuges al otro.

Esta regulación del divorcio, aunque matizada por doctrinas jurisprudenciales, como la de la quiebra de la afectio maritalis, acabó siendo objeto de críticas razonables, ya que se obligaba a cónyuges, que tenían una clara voluntad de disolver su matrimonio, a esperar un plazo de tiempo, excesivamente largo, para poder solicitar el divorcio, obligándoles, en la práctica, a demandar previamente la separación, con lo que se producía una duplicidad de procedimientos judiciales (primero, de separación, y luego, de divorcio). En consecuencia, se fue abriendo camino la tesis de que el mutuo consentimiento de los cónyuges debía ser causa de divorcio, pero, como veremos, tras las reformas de 2005, se ha ido más lejos.

IV. LA EXACERBACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD POR LAS LEYES 13/2005 Y 15/2005.

Las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que han operado una de las más profundas reformas del Derecho de familia en nuestro Ordenamiento jurídico, tienen, sin duda, un hilo conductor, consistente en la "personalización" del matrimonio.

Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, al que expresamente se refieren en sus Exposiciones de Motivos, una importancia hasta ahora desconocida.

Así, la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, así, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del "establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquéllos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad".

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio, basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges de disolver el matrimonio, y desconectado de cualquier idea de culpa, afirma que "se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.I de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación".

I. La supresión del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes.

El vigente art. 44.2 CC, redactado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, suprime, en efecto, el requisito tradicional de la heterosexualidad del matrimonio, afirmando que "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

Se ha suscitado la duda de si dicha solución legal es conforme a la Constitución, cuyo art. 32.I reconoce el derecho a contraer matrimonio al "hombre" y a la "mujer". Es claro que el precepto presupone la diversidad de sexos de los contrayentes. Ahora bien, parece ser que una cosa es que la norma se refiera, exclusivamente, al matrimonio entre personas de distinto sexo, y otra diversa, que el legislador ordinario no pueda extender el derecho a contraerlo a personas de idéntico sexo.

La constitucionalidad de la ley dependerá, pues, de si se considera que el requisito de la heterosexualidad forma, o no, parte del contenido esencial del derecho.

La STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 198, 2012), ha entendido que el requisito tradicional de la diversidad de sexos no forma parte del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. Dice, así que “lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido”.

Desde este punto de vista, tan constitucional es que el legislador ordinario admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, como que lo rechace.

2. La admisión del divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges.

La Ley 15/2005 ha establecido como única causa de divorcio la voluntad de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos, con tal de que ésta se manifieste, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, plazo, que no es necesario que se cumpla, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad o indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, según resulta de la actual redacción del art. 86 CC.

Se ha admitido, pues, no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por mera voluntad de uno sólo de los cónyuges, el cual podrá imponer al otro su decisión de disolver el matrimonio, en cualquier momento, sin necesidad de acreditar ninguna situación objetiva de cese efectivo de la convivencia, consagrándose, así, un “divorcio por sorpresa”.

En mi opinión, esta solución, aunque sea eficaz en el orden procesal, en el sentido de que, sin duda, agiliza los juicios de divorcio, tiene sus inconvenientes, porque da lugar a una total desvalorización de la idea de estabilidad del matrimonio; y me pregunto si, en la práctica, no se estará consagrandose una especie de repudio, colocando al cónyuge abandonado en una situación de indefensión frente a un mero cambio de voluntad del que, unilateral y sorpresivamente, decide divorciarse.

Según vimos, en la Exposición de Motivos de la Ley, se justifica esta nueva regulación del divorcio en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y en la idea de que cuando una persona ha llegado a la convicción de que su matrimonio ya no es cauce de desarrollo de su personalidad, se le debe permitir acudir al divorcio de manera inmediata.

Ahora bien, esta manera de razonar parece olvidar que la estabilidad del matrimonio es todavía un valor social, no absoluto, pero sí digno de protección,

que queda totalmente desatendido con la nueva regulación; y asimismo, que el matrimonio no sólo es cauce de desarrollo de la personalidad del cónyuge que se pretende divorciar, sino también del cónyuge a quien se impone el divorcio, contra su voluntad y sin ninguna constatación objetiva de la quiebra de la convivencia.

Quizás hubiera sido preferible que el legislador español hubiese admitido el divorcio por mutuo consentimiento, pero no, el divorcio por mera voluntad de uno solo de los cónyuges.

V. EL MATRIMONIO DEL TRANSEXUAL.

El matrimonio del transexual plantea un problema diverso al del contraído entre personas del mismo sexo, que tiene que ver con el criterio legal seguido para atribuir el sexo a las personas.

En el pasado, ante la ausencia de una norma que contemplara el supuesto, la jurisprudencia, con apoyo en el art. 10.1 CE, admitió que los transexuales, quirúrgicamente operados, pudieran cambiar su mención de sexo en el Registro Civil, pero excluyó que pudieran casarse con personas de su mismo sexo cromosómico, por considerar que se trataba de un matrimonio homosexual (hay que tener en cuenta que dicha jurisprudencia recayó con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio).

En este sentido se manifestaron las SSTS 2 julio 1987 (Tol 409.977), 15 julio 1988 (Tol 1.735.745), 3 marzo 1989 (Tol 1.731.668) y 19 abril 1991 (Tol 1.728.846). La STS 6 septiembre 2002 (Tol 212.780) no accedió, así, al cambio solicitado (de mujer a varón, en el caso), porque no se había llegado, ni a la resección del útero y los ovarios, ni a la reconstrucción del pene.

En la actualidad, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite la rectificación registral de la mención del sexo, a través de un expediente gubernativo, que se tramitará ante el Registro Civil del domicilio del solicitante.

En dicho expediente hay que acreditar la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, que el solicitante acredite, mediante la presentación de un informe médico o psicológico, que sufre una “disforia de género”, es decir, una disociación entre su sexo cromosómico y el que siente como propio, exigiéndose que dicho sentimiento sea permanente y no se deba a trastornos de la personalidad; y, en segundo lugar, que el solicitante pruebe que ha sido tratado médicamente durante, al menos, dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, salvo que “concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”. En cambio, no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

La STC 176/2008, de 22 de diciembre (Tol 1.416.108), consideró constitucional la restricción del régimen de visitas, inicialmente acordado en favor del padre, que posteriormente se sometió a una cirugía de reasignación sexual. Pero esta restricción se basó en los informes periciales psicológicos, que encontraban riesgos relevantes para la integridad psíquica del niño debido a la inestabilidad emocional del recurrente.

El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral (si el transexual estuviera casado, por este mero hecho, no se disolverá su matrimonio, ni tampoco perderá, salvo que así lo aconseje el interés de los menores, el derecho a relacionarse con sus hijos).

En realidad, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, es evidente que el matrimonio de los transexuales no plantea ningún problema de validez. Pero conviene precisar que el matrimonio contraído por un transexual (que, conforme a lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, hubiera cambiado la mención de su sexo en el Registro) con una persona, que, aunque tenga su mismo sexo cromosómico, legalmente sea de sexo diverso, no será homosexual, sino heterosexual. En cualquier caso, el contrayente que desconociera el cambio de sexo de su consorte podría pedir la nulidad del matrimonio al amparo del art. 73.4 CC (por error en cualidad personal).

El error es posible, desde el momento en que, recaída la resolución, "Se cambiará el nombre, imponiéndose uno acorde a su nuevo sexo. El cambio de sexo y nombre obligará a quien lo hubiere obtenido a solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificada. En todo caso se conservará el mismo número del documento nacional de identidad. No se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona".

VI. LA UNIÓN DE HECHO COMO ALTERNATIVA AL MATRIMONIO.

Un último aspecto en el que se manifiesta el principio de libre desarrollo de la personalidad tiene que ver con la paulatina consideración de la unión de hecho como una alternativa al matrimonio, merecedora de determinados efectos jurídicos.

Es más, aunque en España no existe una regulación orgánica de carácter estatal sobre la materia, sin embargo existe un gran número de leyes regionales, que, en mayor o menor medida, van realizando una parificación entre matrimonio y unión de hecho.

A saber, art. 234 del Código Civil de Cataluña; arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 3 de julio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”; la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”; la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre “uniones de hecho”; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”; la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”; la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”; la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”; la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las parejas de hecho”; la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, de “parejas de hecho”; la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; y la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, “de uniones de hecho formalizadas”.

I. La libertad nupcial, positiva y negativa.

El derecho a contraer matrimonio, consagrado en el art. 32 CE, es manifestación del principio de libertad nupcial, el cual, a su vez, tiene una evidente conexión con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que, a través de dicha libertad, se salvaguarda un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolverse en ella la propia personalidad.

Ahora bien, el principio de libertad nupcial tiene dos manifestaciones:

a) La libertad nupcial positiva o derecho a contraer matrimonio, el cual no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de existencia de impedimentos o de falta de capacidad; y, desde luego, no puede quedar indebidamente coartado por normas puramente administrativas, pues el art. 32.2 CE establece que “La ley regulará [...] la edad y capacidad para contraerlo”.

b) La libertad nupcial negativa, que comprende el derecho a no contraer matrimonio, es decir, el derecho que tiene todo individuo a permanecer soltero (sin sufrir, por ello, discriminaciones carentes de justificación objetiva y razonable, respecto de los que asumen el estado civil de casado), ya que, como recuerda la STC 47/1993, de 8 de febrero (RTC 1993, 47), la decisión de contraer, o no, matrimonio, “pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas”.

2. La protección constitucional de las uniones de hecho.

El art. 39.1 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

El precepto habla de “familia”, y no de “familia legítima” (o “matrimonial”), por lo que parece que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso.

Esta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos. Así, entre otras muchas, la STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (RTC 1999, 16), cuando afirma que “el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial”.

Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Como consecuencia de ello no cabe dudar de la licitud de los pactos por los que los convivientes, en ejercicio de su autonomía privada, determinan preventivamente el modo de liquidación de las relaciones económicas derivadas de la cesación de la vida en común. Cabe, pues, que los convivientes, conforme al principio de autonomía privada, pacten una comunidad de bienes o una sociedad, universal o particular, de ganancias.

Más discutible es la licitud de un pacto en que se previera que la mera ruptura unilateral de la unión de hecho (haciéndose abstracción de la idea de enriquecimiento injusto) obligara siempre a un conviviente, determinado inicialmente, a pagar cierta cantidad de dinero al otro, en concepto de indemnización. Quizás dicho pacto pudiera suponer un ataque a la libertad que tiene toda persona para poner fin a una convivencia de hecho, opción ésta, que, como se ha dicho, encuentra cobertura en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, del mismo modo que la encuentra la opción de formar una familia no basada en el matrimonio.

La jurisprudencia ha admitido, en cambio, sin ninguna duda, la aplicación de las normas de la comunidad de bienes, incluso, en defecto de pacto expreso, cuando existen circunstancias o hechos concluyentes que permiten deducir claramente que hubo una voluntad tácita de los convivientes de sujetarse a ellas. Sin embargo, como es lógico, la mera convivencia de hecho no establece ninguna presunción de comunidad, siendo necesaria la existencia de una voluntad, expresa o tácita, de los

convivientes, de hacer comunes los bienes adquiridos. Por ejemplo, si los plazos del préstamo hipotecario concedido para financiar la compra de la casa donde viven se pagan con cargo a una cuenta bancaria a nombre de los dos convivientes y en la que ambos realizan ingresos periódicos.

La STS 29 octubre 1997 (Tol 216.045) dedujo la existencia de una comunidad de bienes sobre una casa, en la que los convivientes habían fijado su residencia durante cinco años, cuyo precio había sido pagado con fondos de una cuenta corriente bancaria, que estaba a nombre de los dos y en la que se habían efectuado ingresos indistintamente por ambos.

En otras ocasiones, los Tribunales entienden que los integrantes de la unión de hecho pactaron tácitamente una sociedad irregular o una comunidad de bienes en torno a la actividad profesional o empresarial, a cuya disolución, debe procederse a su liquidación, atribuyéndose a cada uno de ellos una parte de las ganancias de la referida sociedad.

La STS 22 febrero 2006 (Tol 846.265) dedujo la existencia de una comunidad de bienes sobre los ingresos obtenidos por los convivientes en un negocio de venta de artesanía, basándose en la duración de la unión (diez años) y en la explotación comercial conjunta, “con todo un juego de cuentas bancarias en común”.

En el caso resuelto por la STS 8 mayo 2008 (Tol 1.324.496), el litigio giraba en torno a la cuestión de si existía, o no, una comunidad sobre una clínica veterinaria, que constaba exclusivamente a nombre del demandado y en la que la demandada había colaborado en tareas administrativas y de funcionamiento. El dato decisivo para decidir el litigio fue la existencia de un contrato de trabajo a favor de la demandada, lo que llevó al Supremo a la conclusión de que de dicha colaboración no podía deducirse una voluntad tácita de constituir la comunidad.

3. El diverso grado de protección constitucional entre matrimonio y uniones de hecho.

Según se ha dicho, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.I CE, hay que incluir las uniones constituidas por dos individuos, caracterizadas por las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Ahora bien, no todos los tipos de familia tienen el mismo grado de protección constitucional: no cabe diferencia de trato en las relaciones “verticales”, pero sí, en las “horizontales”. La Constitución garantiza, así, la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquéllos por razón de su filiación (matrimonial o no matrimonial) o a éstas por su estado civil (casadas o solteras). Sin embargo, la Constitución no exige una protección uniforme para todo tipo

de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho).

La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184), entre otras muchas, afirma que “lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 [que consagra el principio de igualdad] sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”.

Por lo tanto, las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio, no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual.

Cuestión distinta es que, tal y como ha hecho el legislador estatal en algunas ocasiones (por ejemplo, en materia de pensión de viudedad) o tienden hacer los legisladores regionales, se extiendan a las uniones de hecho determinados beneficios del matrimonio: ello es fruto de una decisión de política legislativa que, en general, no viene reclamada por el principio de igualdad.

Es, por ello, que, entre otras muchas, las SSTS 23 julio 1998 (Tol 7.276), 22 enero 2001 (Tol 9.9617) y 23 noviembre 2004 (Tol 538.271), afirman que, dado que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes (no hay identidad de razón entre ellas), es improcedente aplicar analógicamente a estas últimas las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el art. 1344 CC, conforme al cual los cónyuges hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad.

Pero es más, la aplicación de la normas de la sociedad de gananciales a personas que, libremente, han decidido no casarse, parece contraria a la opción de los convivientes de no vincularse por medio del matrimonio.

Tal es la posición que actualmente mantiene la jurisprudencia respecto a la pensión compensatoria. En efecto, la STS 12 septiembre 2005 (Tol 719.651), con buen criterio, ha venido a excluir la aplicación analógica del art. 97 CC en este ámbito, sobre la base de que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes. Dice, así, que “es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio [...] aunque las dos estén dentro del derecho de familia”. Y añade: “Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que

la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”.

Ello no impide acudir a la aplicación del principio de prohibición de enriquecimiento injusto en supuestos en que ha existido una larga convivencia de hecho, con dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas o colaboración en las actividades económicas de su compañero sin recibir ninguna retribución (a no ser que tácitamente se haya constituido entre ambos una sociedad irregular o una comunidad de bienes); y ello, con independencia de que la ruptura de la unión de hecho haya tenido lugar por voluntad unilateral del varón o por el hecho de su muerte, lo que es perfectamente lógico, ya que no se trata aquí de sancionar a quien rompe la vida en común, sino de compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su compañero.

La STS 11 diciembre 1992 (Tol I.654.941) condenó al varón, que voluntariamente había roto la convivencia de hecho, que había durado seis años, a pagar a la mujer abandonada la cantidad de catorce millones de pesetas, al entender que esta última había sufrido un empobrecimiento, derivado de su dedicación desinteresada a las relaciones sociales de su compañero y a su atención doméstica, con el consiguiente enriquecimiento injustificado de éste.

La STS 17 junio 2003 (Tol 285.652) reconoció a la mujer, integrante de una unión de hecho, disuelta por muerte del varón, el derecho a obtener una indemnización equivalente al veinticinco por ciento del valor de los bienes adquiridos por aquél durante el tiempo en que había durado la convivencia con los ingresos obtenidos con su trabajo y por la explotación de una farmacia de la que era titular. La sentencia evidenció que la mujer se había dedicado, en exclusiva, durante cincuenta y tres años al cuidado de su compañero y del hogar familiar; “prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio”.



**MEDIACIÓN FAMILIAR.
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TEMA**

FAMILY MEDIATION. SOME REFLECTIONS ON THE MATTER

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.32-51



María Elena
COBAS
COBIELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 2 de agosto de 2013

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo presentar algunas ideas esenciales sobre un tema de moda en España y Europa, la mediación familiar, como una de las fórmulas más destacadas en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos. En estas ideas preliminares se analiza el marco conceptual de la mediación familiar, con especial incidencia en algunas cuestiones metodológicas en relación a la normativa vigente en España.

PALABRAS CLAVE: Mediación familiar, resolución extrajudicial de conflictos, interés del menor.

ABSTRACT: This article aims to present some essential ideas on a hot topic in Spain and Europe, the family mediation, as one of the most important formulas in the field of dispute resolution. In these preliminary ideas, it is analyzed the conceptual framework of the family mediation, with special emphasis on some methodological issues related to the current regulation in Spain.

KEY WORDS: Family mediation, extrajudicial conflict resolution, child's interests.

SUMARIO: Presentando el tema.- II. Cuestiones metodológicas de importancia en relación a la mediación.-. I. Inclusión de la mediación familiar en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.- 2. Mediación familiar y otras figuras relacionadas.- III.- Mediación familiar. Algunas notas.- 1. Concepto.- 2. Objeto y finalidad de la mediación familiar.- 3. Notas acerca de la mediación familiar.- 4. Ventajas e importancia de la mediación familiar.- 5. Mediación familiar e interés superior del menor. Ideas preliminares. IV. A manera de conclusión.

I. PRESENTANDO EL TEMA

La familia ha cambiado, su naturaleza de institución social viva es una de las consecuencias de su continuo cambio. Esto no constituye un gran descubrimiento, pero si cabe señalar que ello ha incidido en las transformaciones del Derecho de Familia, y los derroteros que ha tomado en estas últimas décadas.

Este panorama sigue en evolución. La independencia de la mujer del marido, la admisión del divorcio, y la ruptura del mito de hasta que la muerte nos separe, el nuevo concepto de familia visto desde muchos puntos de vista, la aparición del matrimonio entre personas del mismo sexo, el divorcio exprés, la custodia compartida en el tapete legislativo, sin contar con los cambios que para la vieja estructura familiar ha producido la bioética, con la fertilización in vitro, la inseminación post mortem, hasta el hijo del fantasma y recientemente los rumores del divorcio notarial y su posibilidad de que se tramite ante Notario, ha hecho desde mi modesto punto de vista que se haya producido la evolución del Derecho de Familia, con un giro en su marco conceptual¹.

Por mucho tiempo el Derecho de Familia ha estado impregnado de una fuerte carga pública, por el interés del Estado en proteger determinados sectores, sin embargo en esta última década, quizás por la crisis económica, política y social, ha hecho que el Estado no pueda asumir y hacerse cargo de todos los frentes; ello hace que exista un resurgir nuevamente del Derecho Privado, y de uno de sus principios más relevantes, la autonomía de la voluntad

1 Un análisis acertado del tema realiza Marín García de Leonardo, M^a T. "Derecho de Familia. Crisis Económica y Mediación", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^a E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 199, cuando al referirse a la familia advierte, que la concepción actual de la misma, lleva al planteamiento de un modelo legislativo que tutela los derechos de cada uno de sus miembros, desde la perspectiva de la persona como eje central de la regulación jurídica de las relaciones familiares.

• María Elena Cobas Cobiella

Nacionalidad española-cubana Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Valencia. Licenciada en Derecho en la Universidad de la Habana en 1983. Profesora de la Facultad de Derecho, Departamento Civil, Universidad de la Habana, Cuba: 1983-1999. Catedrática de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba. 1996. Notario en Cuba. 1992-1998. Catedrática de la Escuela de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública de Cuba en el área de master y postgrados. 2000- 2001. Dra. en Derecho Civil por la Universidad de Valencia, España (Master en Derecho Privado por la Fundación ADEIT y Universidad de Valencia, España. 2004. Autora de numerosos artículos y publicaciones a nivel nacional e internacional. Directora de diversos Proyectos de innovación educativa. Directora de Postgrado Diplomado Sucesiones Adeit, 2013.

Por ello, y con los límites que existen dado al carácter de interés público que ostentan muchos temas de la familia y el propio enfoque del Derecho de Familia, que según la doctrina y la jurisprudencia en la materia tiene un carácter especial o una naturaleza especial, pues participa tanto del Derecho Privado como del Derecho Público², comienza la balanza nuevamente a inclinarse de nuevo a un enfoque más iusprivatista.

A esto se unen factores tales como que la sociedad actual va en general demasiado deprisa, las nuevas tecnologías y la inmensa cantidad de información que éstas permiten obtener nos impiden pensar con tranquilidad y, en muchas ocasiones, impiden una comunicación fluida entre las personas. Esta situación ha provocado que en la mayor parte de las ocasiones sean terceras personas las que resuelvan nuestros conflictos, dentro de una cultura occidental impregnada de sentimientos y de culto de que las garantías únicas se encuentran en la vía judicial³.

Con la aparición de la figura del mediador y de la mediación, se abre un nuevo cauce, para la solución de los conflictos. Las partes buscan a un tercero experto que les ayude a hacer lo que ellos por sí solos no son capaces; ponerse de acuerdo⁴.

A lo que se une el panorama del Derecho de Familia actual, que incide directamente en el tema y desde mi punto de vista reconduce nuevamente el camino hacia la voluntad de las partes y la protección de sus intereses desde

- 2 Y que ha hecho imbatible lo previsto en el art. 39 CE, al decir que: los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, asegurando asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad o recalando que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.
- 3 Es importante que señale, como lo he hecho en otras ocasiones, que no se trata de una "cruzada contra la vía judicial", sino simplemente de establecer un sistema en que puedan coexistir varios caminos, para el ciudadano, que pueda ver agilidad en las soluciones de sus problemas. Así, en Cobas Cobiella, M^a E. "Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema". *Aranzadi* (2012). 29º, 153-172: "como he referido en alguna ocasión, no se trata tampoco de descartar otras vías que coadyuven a una mejor administración de la justicia, en definitiva el planteamiento va encaminado a la coexistencia de todos aquellos procedimientos y formulaciones jurídicas en aras de un fin común, la satisfacción del interés individual y social y la mejor solución de las pretensiones de aquellos que demandan y necesitan una respuesta jurídica, y, que permitan que el ciudadano goce de capacidad de elección para la solución jurídica de sus problemas, ante un abanico de posibilidades; bien ante el juez, o ante el Notario, o cualesquiera de los operadores jurídicos que puedan conocer de estos asuntos, «esta cierta desjudicialización» de la materia parece, a priori, beneficiosa para el ciudadano, que podrá optar por uno u otro administrador, en función de cuál le ofrezca más confianza, mayor rapidez de resolución de su problema y/ o menor coste económico o simplemente que prefiera más como parte de la autonomía de la voluntad, y dentro del referente normativo que se apruebe".
- 4 A esto hay que añadir el relevante papel que la resolución extrajudicial de conflictos juega en el marco de la agilización de la justicia y del ámbito de la modernización, cumpliendo así todas las exigencias comunitarias actuales, y con un nuevo modelo de justicia, incorporando las ADR o soluciones extrajudiciales de conflicto a la justicia, como nuevas piezas. Véase Barona Vilar, S. "¿Qué y por qué la Mediación?", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^a E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 18. Véase también Pérez Fuentes, G. y Cobas Cobiella, M^a E. "Mediación y Jurisdicción Voluntaria en el marco de la modernización de la Justicia. Una aproximación a la legislación española". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2012). 137. Mayo-agosto, 648-651, las cuales destacan la necesidad de modernizar la justicia por el colapso en la administración e impartición de la misma y la mediación como uno de los instrumentos más adaptado para ello.

adentro, desde la intimidad y desde la persona el conflicto, marginando un poco la idea de que alguien extraño, o ajeno a nuestro entorno, nos va a resolver nuestros propios problemas, ya que en la mediación, el mediador no decide, simplemente acompaña a los mediados y los guía en la busca de su propio camino para la solución del conflicto⁵.

La autonomía de la voluntad reaparece nuevamente, siendo el presupuesto esencial de cualquier modalidad de mediación, y en el caso de la mediación familiar, uno de los pilares que la sustentan⁶.

El Derecho civil acompaña a las personas antes de nacer, durante su vida e incluso luego de la muerte, por ello constituye una disciplina vinculada a la persona. Los conflictos en relación a la persona, y a la familia son eternos y no hay viso de que esto cambie en las últimas décadas, a ello se une, la situación de la justicia, que está siendo insuficiente para poder dar satisfacer todos los requerimientos de los ciudadanos. Va siendo ya el momento de comenzar a emplear a fondo todos los instrumentos que el derecho ofrece, y dentro de ellos es la mediación es uno de los de más relevancia, por su frescura y flexibilidad⁷.

II. CUESTIONES METODOLÓGICAS EN RELACIÓN A LA MEDIACIÓN.

I. Inclusión de la mediación familiar en la Ley 5/2012, de 6 de julio, Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La ley 5/2012, de 6 de julio⁸, tiene un corte generalista, que permita flexibilidad y adaptación de la misma a cualquier desarrollo que tenga de futuro la mediación⁹.

5 En la mediación todo es cuestión de la manifestación de voluntad: "ya que son los participantes en la mediación (las partes) los propios actores del acuerdo y de las decisiones porque el Mediador no tiene otra intervención que acompañar a éstas en la búsqueda de su propio camino y del entendimiento sobre los puntos que les han llevado al conflicto". Cobas Cobiella, M^a E. "Autonomía de la voluntad y Mediación. Algunas Notas sobre la cuestión", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^a E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 93.

6 Cobas Cobiella, M^a E. "Autonomía de la voluntad y Mediación", cit., 92.

7 "Corren tiempos peligrosos. Ya no nos podemos permitir dejar el tema de la resolución de los conflictos en manos del Pentágono del departamento de policía o de las fuerzas de pacificación. No tenemos ni el derecho ni los recursos suficientes para utilizar la fuerza cada vez que se produzca un caso de violencia local o en una guerra tribal. Nuestros sistemas judiciales han llegado al límite de su capacidad para procesar nuestras querrelas, y otras instituciones se desplomarán si los cambios continúan creciendo a un ritmo exponencial. Todos y cada uno de nosotros debemos asumir la responsabilidad de resolver los conflictos presentes en nuestras propias vidas. Sencillamente, ya no podemos esperar que otra persona se ocupe de ellos". Muldoon B. *El corazón del conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, Barcelona (1998): Paidós, 21.

8 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Publicado en: BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

9 Al analizar la ley, se advierte que la norma es flexible y sencilla, permitiendo a los sujetos implicados, ser los que determinen libremente sus fases fundamentales. El tiempo dirá si la ley es suficiente, aunque cabe decir que tiene un enfoque bastante general, es clara y concreta y fija un ámbito de actuación para el mediador, cosa que ya es de agradecer, porque una de las características de la mediación es la flexibilidad. Véase Cobas Cobiella, M^a E. "La mediación y la jurisdicción voluntaria. Dos aristas de una misma cuestión", en *Tiempo de mediación y liderazgo. Acción para el cambio* (VIII Conferencia Internacional, Foro Mundial de Mediación), III (2012): Centro de

Esto es una de sus fortalezas y a su vez ha permitido que algún sector de la doctrina, al hacer referencia a las modalidades de la mediación, no acaba de ver lo suficientemente claro la inclusión de la mediación familiar; en la norma que regula la mediación. Sin embargo, al vincularse la mediación con los derechos subjetivos de las personas, resulta que son susceptibles de ir a un proceso de mediación todas aquellas materias disponibles por las partes, aquellas en las que pueden libremente renunciar, allanarse y llegar a acuerdos transaccionales (art. 751 LEC) siempre que el acuerdo que alcancen no sea contrario a la ley ni al orden público y no perjudique a terceros (art. 6 CC)¹⁰.

Esto que parece tan claro, no lo ha sido para la doctrina en la materia ya que al analizar la Ley 5/ 2012, observa que extrañamente la misma no contemple la mediación familiar; y no la mencione en sus preceptos, lo cual puede llevar a la idea que no está incluida¹¹. Igualmente algún procesalista al analizar vocación generalista de la ley; realidad innegable, pone en el mismo plano en el tratamiento jurídico a la mediación familiar y a la penal, señalando: "No en vano, y a mayor abundamiento, la vocación de generalidad de esta norma se ha visto avalada recientemente por la previsión futura (art. 144 del Borrador de Código Procesal Penal, presentado hace unos meses por el Ministerio de Justicia) de que diecisiete de los veintisiete artículos que la componen resulten de aplicación a la mediación penal, a pesar de haber sido ésta excluida del ámbito de dicha Ley".

La mediación penal aparece dentro de las materias excluidas dentro de la ley, con independencia de que en la práctica jurídica se esté aplicando, pero la comparativa es desafortunada; habida cuenta que la mediación familiar; en ningún momento ha quedado excluida de la norma¹².

Los argumentos que señalan para llegar a esta conclusión, no dejan de tener cierta razón, pero me inclino por apartar a un lado, estas disquisiciones doctrinales, y me apoyo en la propia redacción de la ley, en su contenido, y en el curso que ha llevado la mediación en España, donde la familiar encabeza la lista de todas las modalidades, teniendo un importante desarrollo en el ámbito autonómico, incluso más que en el estatal; señal de ello son las diversas leyes que regulan y dan cabida a esta modalidad de resolución extrajudicial de conflictos.

Los criterios que se esgrimen en contrario, son precisamente los que me hace sostener la idea de que la mediación familiar es una modalidad de mediación,

Resoluciones de conflicto. Colegio de Abogados de Venezuela, 92-97.

10 Valero Llorca, J. y Cobas Cobiella, M^o E. "La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión". *LL* (2012). 7987^o, 8-13.

11 Lafuente Torralba, A. J. "La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles". *AJA* (2013). 863^o, 1.

12 Véase Garcandía González, P.M. "La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles". *AJA* (2013). 863^o, 1-2.

permitida por la Ley 5/2012 de 6 de julio, tal como he desarrollado anteriormente, porque en la redacción del artículo 2 de la ley se hace referencia a la mediación civil¹³ y el derecho de familia, que a pesar de su autonomía e independencia conceptual, sigue siendo una de las disciplinas que integran el ámbito civil, por lo que cuando hace referencia la norma a las materias que quedan excluida de la misma, no hace mención en modo alguno al ámbito familiar, como he señalado anteriormente¹⁴.

Para mayor abundamiento, efectivamente las materias que alcanza la mediación familiar; en casi toda su magnitud requieren que el acuerdo sea homologado en vía judicial, pero por el propio contenido tan privado, que la materia de familia conoce, la función del mediador y de la mediación, lejos de ser un producto descafeinado¹⁵, es precisamente una importante herramienta, para que el interés del menor y de la familia en general, pueda ir por cauces más pacíficos y se obtengan soluciones favorables. También cabe señalar en este sentido, la importancia que están ofreciendo cada vez más los jueces, a la mediación intrajudicial.

Finalmente, hay que recordar que la obtención del acuerdo no suele ser lo único que se espera de la mediación, esto sería darle un sentido muy limitado y no tomar en cuenta las diversas escuelas de mediación que existen y que son válidas en este ámbito. Con independencia está claro, que la idea de llevar a buen puerto un conflicto y solucionarlo, sigue siendo por lo menos, para los juristas, lo esencialmente válido y la recompensa final, al igual que para las partes inmersas en la mediación.

2. Mediación familiar y otras figuras relacionadas.

La mediación tiende a confundirse con otras instituciones, quizás por su reciente utilización y joven desarrollo en España¹⁶.

13 Ar. 2. Ámbito de aplicación. "1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español".

14 "2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral. d) La mediación en materia de consumo".

15 Expresión que emplea el autor al decir: "Como mucho cabría defender la inclusión de una mediación familiar descafeinada, por así decir, reducida a las pocas cuestiones que resultan estrictamente disponibles en el contexto de una crisis conyugal: básicamente, cuestiones de puro carácter patrimonial como serían la cuantificación de la pensión compensatoria o la liquidación del régimen económico matrimonial". Lafuente Torralba, A. J. "La mediación familiar en la Ley de mediación", cit., 2.

16 Con independencia de que se conoce la misma desde hace mucho tiempo, España no ha sido de los más desarrollados en la resolución extrajudicial de conflictos, por lo menos en esta modalidad, por la cultura tradicional y el fuerte desarrollo del ámbito judicial y jurisdiccional español. Como dice Barona Vilar, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Valencia (2013); Tirant, 22, al referirse a lo que ha caracterizado al ordenamiento jurídico español es "el paisaje del litigio y ello implicaba usar y en muchos casos abusar de lo que el Estado ha venido poniendo y pone ante nuestras manos en el marco de un reconocido derecho a la tutela judicial efectiva".

La mediación ostenta una naturaleza interdisciplinaria, se nutre de diversas fuentes y ello hace que tenga su propio cuerpo teórico, pero guardando distancias con estas disciplinas que inciden en ella, pero no la agotan¹⁷. Lo que no evita que exista confusión en lo relativo a la naturaleza y contenido de la mediación.

Especial confusión se produce en relación a la mediación familiar y a los procesos de terapia familiar u orientación, pero debe señalar que se tratan de procedimientos diferentes, con finalidades diferentes. Así la terapia familiar intenta ayudar a la pareja en la ruptura, para que no se produzca o en la búsqueda de alguna solución para ello, mientras que en la mediación familiar no se cuestiona la ruptura de la pareja, sino como señala alguna autor, "que lo que se busca es la mejor redefinición de la nueva situación creada"¹⁸.

El papel del mediador también resulta distinto al que pueden realizar los psicólogos, trabajadores sociales e incluso abogados o juristas, de ahí que cuando se actúa como mediador, la posición en relación a los mediados es imparcial y neutral, no actúa como protagonista del proceso de mediación. Si las partes ven al mediador como terapeuta, psicólogo o jurista por ejemplo¹⁹ pedirán opiniones, y eso desvirtúa la esencia de mediar, que es darle el poder a la pareja de hallar una solución a su problema, por tanto si realizamos terapia de pareja u orientación familiar, no estaremos realizando mediación²⁰.

En lo que respecta al arbitraje o a otras fórmulas como la jurisdicción voluntaria, existe más consenso en cuanto a las diferencias; las que vienen dadas por la naturaleza de estos procedimientos o expedientes, que suelen ser distintos a la mediación²¹.

17 En este sentido opina lo mismo Romero Navarro, F. "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales* (2002). 40º, 31-54.

18 Gómez Cabello, M. C. "Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. Particularidades (II)". *Noticias jurídicas, Artículos Doctrinales* (2007). <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200706-8956523521245-4.html>, 2.

19 La mediación parte de una concepción un tanto diferente a la filosofía de los litigios judiciales: el conflicto es una oportunidad que puede provocar la aparición de nuevas construcciones, diferentes de las iniciales, pero viables y aceptables para todas las partes, en la medida en que son ellas mismas quienes las elaboran. El mediador simplemente ofrece el contexto adecuado para que las reacciones positivas puedan producirse. Es un catalizador que provoca la consideración de realidades alternativas, con la difícil habilidad de permitir que éstas surjan de las propias personas implicadas en el conflicto, como respuestas comunes a todas las necesidades e intereses de cada una de ellas. Esto hace que se distinga del ejercicio de la abogacía, por ejemplo. Bolaños Cartujo, I. "La Mediación en los procedimientos matrimoniales". http://www.uhu.es/TE_mediacionfamiliar/archivos/ARTICULOS2.pdf 4733-4764.

20 Apunta en relación a esto Ripoll-Millet, A. "La mediación familiar en procesos de separación y divorcio: ¿cuándo está específicamente indicada?". *Revista de servicios sociales y política social* (1994). 33º, 32: que hay que diferenciar la mediación familiar, por un lado, del servicio de asesoramiento a las parejas que se plantean una ruptura, y en concreto de la terapia de divorcio, entendida ésta como "un tratamiento relacional centrado en el decrecimiento del vínculo matrimonial y con el eventual objetivo de disolverlo". En igual sentido lo explica Chaparros Matamoros, P. "Una aproximación a la mediación familiar: Etapas del procedimiento y técnicas empleadas por el mediador" en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y Mº E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 219- 243.

21 La literatura en la materia ha desarrollado las diferencias entre el arbitraje y la mediación fundamentalmente porque el primero pertenece a los métodos heterocompositivos. Véase Pérez Vallejo, A. M. "Resolución

III. MEDIACIÓN FAMILIAR. ALGUNAS NOTAS.

La mediación familiar dentro de todas las modalidades de mediación ocupa un lugar destacado, de ahí que ha sido una constante protección por parte de los legisladores y en especial de las legislaciones autonómicas que suplieron el vacío dejado por la ausencia de una legislación estatal, hasta fecha reciente²².

I. Concepto.

La definición de la mediación familiar es complicada, por la constante evolución de la familia, así como el alcance privado de las cuestiones que se suscitan en el ámbito familiar; lo que incide en la casuística en las relaciones familiares²³. No obstante se puede señalar que la mediación familiar constituye “el proceso de construcción y reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar”²⁴.

De este concepto se pueden extraer algunas palabras claves que identifican a la mediación, como conflicto, autonomía de la voluntad, presencia de un tercero independiente de las partes, que de manera cualificada y confidencial facilita la comunicación entre los mediados, con vistas a la búsqueda de acuerdos en el ámbito donde se plantea el conflicto, en este caso dentro de la familia. A estas peculiaridades se pueden agregar algunas cuestiones como que ha de producirse extrajudicialmente, que constituye un método o fórmula de corte autocompositivo, siendo fundamentalmente un instrumento de gestión y/o resolución de problemas que nacen de los conflictos familiares²⁵.

extrajudicial de conflictos: Mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales”, en *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Mediación* (dir. L. García Villaluenga, J. Tomillo Urbina y E. Vázquez de Castro; coord. C. Fernández Canales). Madrid (2010): Reus, 87-119. En cuanto a la jurisdicción voluntaria, a pesar que se enmarca dentro de fórmulas de modernización de la justicia, son marcadas las diferencias, véase Cobas Cobiella, M^a E.: “Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema”, cit., 153-172.

- 22 Señala en cuanto a ello Barona Vilar, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., 76: “En la mayor parte de las Comunidades Autónomas se venía trabajando sobre la adaptación de sus normas reguladoras de mediación a la norma común que se encontraba como proyecto de ley en fase de tramitación parlamentaria, de manera que permitiera avanzar algo más en las diversas incorporaciones de la mediación en el ordenamiento jurídico español”.
- 23 “Se puede decir, no obstante, que doctrinalmente no hay una idea consensuada en torno al concepto de mediación familiar, tal vez sea su complejidad la que impide subsumirla totalmente en una definición”. Pérez Giménez, M.T.: “La mediación familiar: perspectiva contractual”. *Aranzadi Civil-Mercantil*, Parte Estudio (2006). 22°, 3.
- 24 Gómez Cabello, M. C.: “Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. Particularidades”, cit., 2.
- 25 Véase Luquin Bergareche, R. *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. (2007): Civitas, 73-74.

La Ley 5 de 6 de julio de 2012, regula en el artículo 1 el concepto de la misma, entendiendo por mediación “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”²⁶. Este concepto, aunque no hace referencia a los tipos de mediación, se ajusta a los parámetros de cualquier mediación y, por tanto a la mediación familiar:

Algunos autores señalan que la mediación no constituye una institución jurídica²⁷. Este planteamiento es interesante, sin embargo dada la evolución que ha seguido la misma, más que una institución jurídica, se asemeja más a un método o un procedimiento si cabe²⁸, porque carece de la exactitud de los elementos que identifican una institución jurídica²⁹, lo que no significa que la norma no le ofrezca una regulación legal.

Otro sector de la doctrina entiende que la mediación familiar ostenta un carácter contractual, y desarrollan esta idea³⁰. En cualquier caso me inclino por verla más, como un método de resolución extrajudicial de conflictos, porque esta tesis se relaciona más con su naturaleza, dotada de independencia total del resto de las disciplinas con las que se interrelaciona.

La mediación familiar está basada en determinados principios, que son los mismos que la Ley 5/2012, prevé para la mediación en sus artículos 6 al 9. Estos principios son la neutralidad, confidencialidad, libertad, y la voluntariedad, y que según la doctrina en la materia son los principios que informan la mediación y le otorgan su esencia, al ser como las proposiciones esenciales, que marcan el desarrollo de éstas³¹.

26 La Directiva 2008/52/CE en su art. 3 que sirve de base a todo el marco jurídico interno, la define como: “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con ayuda del mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”.

27 Véase Gómez Cabello, M^a C. “Los aspectos jurídicos de la mediación. Mediación y el acuerdo de mediación. Conclusiones y Capítulo IV”. *Noticias jurídicas*, Artículos Doctrinales (2007). <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200706-8956523521245-4.html>, 5.

28 Desarrolla la cuestión exhaustivamente Barona Vilar, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., 104-105, afirmando que: “en la mediación no hay proceso ni jurisdicción. Es un procedimiento extrajudicial, en virtud de lo cual los sujetos en conflicto deciden voluntariamente reconocerse capacidad para participar en la resolución de un conflicto, con intervención del mediador, buscando una solución que deberá suscribirse en un acuerdo que implicará cesiones por ambas partes y un restablecimiento de la situación previa al conflicto, ora solucionándola ora aprendiendo a gestionar el mismo”.

29 Véase Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I. Madrid (1984): Reus, 21-22, en cuya obra desarrolla el concepto de institución jurídica.

30 “La constitución de la relación jurídica entre las partes y el mediador ha de llevarse a cabo a través de un contrato en el que aquéllas acuerdan el inicio de la mediación y se comprometen a realizar todas las actuaciones necesarias con el fin de solucionar la crisis planteada. Su naturaleza jurídica es la de un contrato atípico e innominado, carente de regulación actual en nuestro Ordenamiento jurídico pero posible en atención al principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil, del que a un tiempo se deduce la libertad de contratar o no, que se traduce en la libertad de acudir o no a la mediación y la libertad de definir el contenido del contrato que se celebre”, Pérez Giménez. M.T. “La mediación familiar: perspectiva contractual”, cit., 1-14.

31 La voluntariedad de la mediación familiar además de un principio rector de la mediación, es una garantía para

Tampoco escapa la mediación familiar de la regulación que la ley hace en cuanto al procedimiento y etapas por la que ha de pasar, desde la iniciación de la misma con la solicitud hasta la finalización en el caso de que hubiera acuerdo³², sin embargo existe una peculiaridad, que dada la especial naturaleza de las cuestiones que conoce la mediación familiar; siempre es indispensable la intervención judicial para homologar el acuerdo si lo existiere, a diferencia de otros tipos de mediación, en que puede bastar el documento firmado ante Notario, de acuerdo a la preceptiva de la ley³³.

La mediación familiar por tanto, nunca sustituye la intervención del juez, aunque cabe decir, que comienzan los propios jueces a recomendar y a emplear la mediación y, en especial comienza a ganar partidarios, la mediación intrajudicial³⁴. La que tiene entre sus ventajas la de minimizar en cierta forma la tensión que se produce cuando hay conflictos potenciando dos cuestiones importantes, por una parte la paz y el intento de limar asperezas que se generan en este tipo de conflicto familiar; como por ejemplo sucede en los divorcios cuando existen hijos fundamentalmente, y por otra parte, con la seguridad jurídica que innegablemente brinda la presencia del juez y tutela judicial efectiva, que regula la CE en su art. 24.

Conceptualmente por tanto, constituye una fórmula o método de resolución de conflictos, que se aplica a las relaciones jurídicas familiares actuales.

2. Objeto y finalidad de la mediación familiar.

La Mediación familiar se ha configurado tradicionalmente en el derecho español, con la finalidad de poder ofrecer un espacio neutral en el marco de los conflictos en las relaciones familiares, basado en la cooperación, y en la escucha mutua entre los miembros de la familia, sobre la base del respeto, que es la clave para que una familia

el desarrollo futuro de la misma, dentro del conjunto de fórmulas que el Derecho permite. Como dice Barona Vilar: S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., 100 y 157-158. "en ese marco de libertad que se traduce en el ejercicio jurídico de la autonomía de la voluntad aparece la mediación, como cauce independiente pero a la vez posible dependiente de otros cauces de tutela". En la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles se establece la función que cumple esta norma, dentro de un Estado de Derecho, que no es más que la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, a través de una justicia de calidad. En este contexto aparece la mediación como una de las fórmulas para ofrecer una tutela jurídica efectiva, fuera del ámbito jurisdiccional. Igualmente se destaca como instrumento complementario de la Administración de Justicia como recoge el citado Real Decreto-ley. Véase Cobas Cobiella, M. E. "La mediación y la jurisdicción voluntaria. Dos aristas de una misma cuestión", cit., 92-97.

32 Sobre ello existe una profusa literatura que desarrolla con exactitud las cuestiones más relevantes en relación a la mediación, y que son de aplicación a las relaciones familiares. Véase Barona Vilar, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles de España*, cit., 368- 453.

33 Cfr. art. 25 de la Ley 5/2012, en relación a la ejecución de los Acuerdos.

34 Vid. Cobas Cobiella, M.E. y Valero Llorca, J. "A propósito de la mediación familiar intrajudicial: una sentencia pionera, Comentario a la Sentencia de Apelación 390/2011, de 27 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid". *RdP* (2013), 30º, 339-348. Actualmente se habla también de mediación intrajudicial, que es aquella que surge en el contexto judicial como una alternativa para modificar el intento de resolver el conflicto mediante el enfrentamiento. En sentido amplio la señala la doctrina como "aquella que se produce una vez que se ha iniciado un procedimiento legal contencioso, independientemente de que se realice dentro o fuera de las sedes judiciales". Bolaños Cartujo, I. "La mediación en los procedimientos matrimoniales", cit., 4753.

funcione. Igualmente es extensivo a intervenir en las dificultades que puedan surgir en la convivencia familiar (padres-hijos, la pareja, entre hermanos, con los abuelos), identificando los intereses reales de los mediados, con vistas a lograr un acuerdo sólido y que pueda abarcar los intereses de todos los miembros de la familia³⁵.

La mediación familiar tiene connotación tanto personal, como de extensión al ámbito patrimonial, que es otra de las esferas de interés en la familia y que refrenda el CC español, tales como regímenes matrimoniales, pensión compensatoria, pactos en las uniones de hecho en referencia a los bienes etc.

La Ley 5/2012, de 6 de julio no ofrece una definición exhaustiva del ámbito específico en que es posible aplicar la mediación en familia³⁶, sin embargo tal, como señala la doctrina en la materia y alguna de las legislaciones autonómicas como la catalana³⁷, - que aboga por la uniformidad en cuanto a la regulación de la materia de la mediación familiar, el contenido y objeto de la misma-, es amplio y abarca un conjunto de supuestos de conflicto en el marco de las relaciones familiares, tales como las separaciones, la custodia compartida, la nulidad matrimonial, separación y divorcio, la liquidación de los regímenes económicos.

Igualmente en mediación se puede conocer de las cuestiones que se generan en materia de filiación, adopción y acogida, así como las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos. Así como los conflictos que se derivan del ejercicio de la patria potestad y que inciden en la custodia compartida, los relativos a la obligación de alimentos entre parientes, los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o

35 Casado Román, J. e Isábal Ordoñez, E. M. "La Mediación Familiar en el Derecho Español". *Revista Aranzadi Doctrinal*, Parte Estudio (2010), 7º, 5- 6.

36 El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, plantea modificaciones a la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en su art. 5, que regula específicamente la mediación familiar, quedando en principio de esta forma. Uno.- Se añade un artículo 2 bis con la siguiente redacción: "Artículo 2 bis. La mediación familiar. 1.- La mediación familiar, en el ámbito de aplicación de esta Ley y como modalidad de la mediación civil, únicamente podrá realizarse sobre conflictos que tengan por objeto materias que sean legalmente disponibles para las partes o que, en su caso, sean susceptibles de ser homologadas judicialmente. 2.- Los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley son los surgidos: a) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas. b) En los supuestos de sustracción internacional de menores. c) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar. d) Entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho. e) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia. f) Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores. g) En relación con la obligación de alimentos entre parientes".

37 Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado. DOGC núm. 5432 de 30 de Julio de 2009 y BOE núm. 198 de 17 de Agosto de 2009.

dependientes con las que exista una relación de parentesco, son otras materias que se pueden tratar en mediación³⁸.

3. Notas acerca de la mediación familiar.

Constituye un mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos que se aplica en el marco de las relaciones familiares, que nace de los propios recursos que tienen la familia y las partes para tomar sus propias decisiones, apreciándose como un método autocompositivo; habida cuenta que los propios particulares son los que deciden sobre el conflicto, sin que la solución sea tomada por una tercera persona³⁹.

En segundo lugar ostenta autonomía propia que la diferencia de otras figuras que pueden parecer como afines, el arbitraje por ejemplo, o la terapia familiar, por ejemplo.

La mediación familiar se ocupa de los llamados conflictos estructurales, de lealtades, de ausencia fundamentalmente, que son los desacuerdos tópicos en las parejas, que afectan la patria potestad, el reparto de bienes, etc., cuando hay nuevas parejas, nuevos hijos, custodia etc., así como el conocido como conflicto de lealtad muy típico en situaciones de divorcio, en que los hijos se ven presionados por los padres a asumir la lealtad de uno en detrimento del otro. Este tipo de situaciones conflictivas se presentan con mucha frecuencia, en estos casos se emplea una mediación terapéutica donde además de logran los acuerdos y se modifican las pautas relacionales.

En mediación, igualmente se puede conocer de otro tipo de conflicto, que es el llamado por ausencia, que se produce cuando hay abandono parental, finalmente se habla también, de conflictos de invalidación, que se produce en situaciones de violencia de género, malos tratos, etc., más vinculado a la mediación penal, que a la familiar; aunque han de tratarse de forma pareja por la interrelación entre ambas⁴⁰.

38 Otros asuntos que se pueden llevar a mediación versan sobre: extranjería vinculado con la mediación intercultural y los conflictos familiares entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en el Estado Español, los conflictos familiares entre personas de la misma nacionalidad pero diferente de la española residentes en el Estado Español, los conflictos familiares entre personas de diferentes nacionalidades distintas a la española residentes en el Estado Español, los requerimientos de cooperación internacional en materia de derecho de familia. Así como la liquidación de bienes en situación de comunidad entre los miembros de una familia, los conflictos derivados de la empresa familiar, los aspectos convivenciales en las acogidas de ancianos, también se pueden conocer los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho, tal como refiere la doctrina en la materia. Véase Casado Román, J. e Isábal Ordoñez, E.M. "La Mediación Familiar en el Derecho Español", cit., 4-5.

39 Véase Pérez Fuentes G. M. y Cantoral Domínguez, K. "Los principios de la Mediación Civil en México", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^o E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 257.

40 Bolaños Cartujo. "La mediación en los procedimientos matrimoniales", cit., p. 4755 y siguientes. Otros autores recrean también las tipologías del conflicto, estableciendo dos grupos de conflictos, los originados por la ruptura de la pareja y los familiares, dentro de los primeros se incluyen los originados por la ruptura, bien al momento de producirse o en cualquier etapa, abarcan la guarda y cuidado, pensiones, atribución de la vivienda familiar,

4. Ventajas e importancia de la mediación familiar.

La mediación familiar puede ser tal vez, uno de los mecanismos más interesantes, dentro de la modernización de la justicia, para ayudar el entorno familiar y las partes en conflicto, desde su autonomía de la voluntad a arribar a la solución que anhelan. Como señala la doctrina en la materia acertadamente, se trataría de “un sistema casi-alternativo al proceso contencioso para la solución de conflictos familiares y de una nueva vía que trata de facilitar a las parejas en litigio las crisis que conllevan las separaciones y divorcios con los evidentes perjuicios para los hijos menores de edad de las mismas, pues es evidente que la situación personal, familiar, afectiva y económica cambia radicalmente para todos; evitando en la medida de lo posible, la profunda insatisfacción que el resultado final de los procesos contenciosos genera en aquellos que los protagonizan⁴¹”.

La mediación familiar goza de todas las ventajas que cualquier tipo de mediación, permitiendo que los mediados, actúen con mayor relajación, decidiendo lo que es más conveniente, sin la tensión que pueden producir los plazos del derecho, y sin ningún tipo de contaminación, que en ocasiones se generan por la intervención de letrados, que en su exceso de celo, por satisfacer a sus clientes, pueden perjudicar el diálogo y empeorar el conflicto⁴².

La mediación crea un espacio cooperativo y de retroalimentación entre los mediados, que permite avanzar en el diálogo y a reestablecer la paz o por lo menos un nivel de entendimiento, como advierte la literatura especializada en la materia, “el mediador ayuda a redefinir el conflicto en términos familiares. Cada uno de los componentes anteriormente identificados tiene un referente familiar que puede ser rescatado en términos de interés eso necesidades legítimas. Este proceso implica, de una parte, la recuperación de términos propios de la familia a la hora de denominar conceptos extraños que han invadido su lenguaje (como los legales)”⁴³.

etc., dentro del otro grupo se incluyen situaciones en relación al resto de la familia, discapacitados, relaciones con abuelos, etc. Vid. Merino Ortiz, C. “Gestión de conflictos familiares desde un servicio público de mediación familiar, 1996-2009”, en *Resolución extrajudicial de conflictos: Mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales*, en *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Mediación*, Co directores. García Villaluenga, L, Tomillo Urbina, J, y Vázquez de Castro, E. Coordinadora. Fernández Canales, C Madrid (2010): Reus, 169- 192. Sobre conflicto de lealtades se recomienda Solbes Valero, S y Valero LLorca, J. “Principios psicológicos de la mediación”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^a E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 190-191.

41 Pérez Giménez. M.T. “ La mediación familiar: perspectiva contractual”, cit., 2.

42 Como ya he afirmado en alguna ocasión que no siempre todos los conflictos sean susceptibles de ir a mediación, ni siquiera resolverse, ni siquiera que todas las mediaciones terminen en un buen acuerdo, y en ocasiones pueden darse buenas mediaciones sin que se llegue a solución consensuada, porque se fortalece el diálogo en el marco de la familia, y “ si los participantes en la mediación van rompiendo las barreras en lo que concierne a su comunicación, puede decirse que la mediación ha llegado a un puerto aceptable”. Cobas Cobiella, M. E. “Autonomía de la voluntad y Mediación. Algunas notas sobre la cuestión”, cit., 98.

43 Bolaños Cartujo, I. “La mediación en los procedimientos matrimoniales”, cit., 4739- 4740. Este autor señala cuestiones que son de interés como la necesidad de evitar inicialmente el conflicto, porque muchas familias están acostumbradas a este tipo de dinámica, como forma habitual de actuar, de ahí que al llegar a la mediación hacen lo que suelen habitualmente realizar, interaccionan de la forma que hacen de normal, si desde el primer

En sede de mediación familiar hay que partir de varias premisas, como la aceptación de que las partes tienen recursos suficientes para enfrentar y poder solucionar sus problemas, debiendo el mediador por su parte, de ser capaz de identificarlos y ayudarlos a que los pongan en marcha, siendo además éstos no sólo los protagonistas de sus decisiones, sino también de elegir los problemas y los objetivos que quieren llevar a mediación, haciéndoles comprender que no existen puntos de vista correctos ni incorrectos, ni verdades absolutas; todo es útil para ayudar a las personas a solucionar la situación en que se encuentran. Esta es una nota de la autonomía, libertad y voluntariedad que marcan la mediación.

La Mediación devuelve a los participantes en conflicto el control sobre sus propias decisiones, porque ellos son los que más saben sobre sus propias vidas, de ahí que con la ayuda de un tercero neutral, serán capaces de llegar al mejor acuerdo posible, todo es cuestión de voluntad, como ya he expuesto. Además se desactiva la escalada de la confrontación y se restablece el diálogo, mejorando la comunicación y haciendo partícipe a los mediados en los acuerdos que son suyos y como tal los ven, significa un ahorro de tiempo, disgustos y es más económica. Es flexible y más rápida que otras fórmulas.

Y lo que resulta más importante, no cierra el camino a otras vía de resolución de conflictos y como se advierte del texto de la Ley 5/2012: "como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia".

5. Mediación familiar e interés superior del menor. Ideas preliminares.

A la hora de iniciar el proceso de mediación familiar tendremos muy en cuenta a las partes que se encuentran en conflicto, pero en los casos de mediación en separaciones y divorcios, el interés del menor será el criterio prevalente en la mediación familiar:

El interés del menor es una constante en el derecho español y encuentra su apoyo en el respeto a los derechos fundamentales, y especialmente a los de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, sin olvidar que la protección de los

encuentro el mediador no cambia la forma de interactuar, la posibilidad de solución es escasa, hay que cambiar esa dinámica, y hacer que los mediados, identifiquen el espacio de mediación como un lugar donde puede darse el cambio, creando un entorno favorable y menos agresivo. También se habla de la técnica de reencadre, que es muy interesante, significa cambiar el propio marco conceptual o emocional, en el cual se experimenta una situación, es crear un tono emocional menos agresivo, no se trata de resaltar los valores individuales de cada uno, simplemente identificar elementos comunes.

menores, a su vez, se encuentra regulado en las leyes nacionales e internacionales, constituyendo un derecho y a la vez un principio internacional y nacional, que se encuentra dentro de los llamados conceptos jurídicos indeterminados.

Este interés en el ámbito familiar alcanza connotaciones especiales, y se manifiesta en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que concibe a las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad para modificar su propio medio personal y social, así como de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las de los demás⁴⁴.

El interés del menor y la protección del mismo como superior dentro del ordenamiento jurídico español es una constante en el ámbito jurisprudencia y en la abundante literatura que existe⁴⁵. Su connotación como concepto jurídico indeterminado permite flexibilidad en cuanto al tema, pero a la vez, como señala algún sector de la doctrina provoca cierta e indeseable inseguridad jurídica, especialmente en un derecho que, como el español, a diferencia de otros, carece de criterios normativos preestablecidos para la concreción de este concepto⁴⁶.

El interés del menor desde mi punto de vista, no ha de emplearse como un cajón de sastre para esgrimir y argumentar pretensiones, en muchas ocasiones que nacen de las relaciones conflictivas, de los progenitores y sólo enfocado al aspecto material de la cuestión, ni tampoco debe ser apreciado como un castigo⁴⁷.

44 SAP Islas Baleares 27 febrero 2013 (JUR 2013, 136869), que al hacer referencia a este principio desvela que: "el interés de dicho menor debe prevalecer por encima de cualquier otro interés legítimo, incluido el de sus progenitores, conforme al contenido de la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959, en la CE (art. 39), en diversos preceptos del CC (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170) y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

45 STS 21 febrero 2011 (RAJ 2011, 2362), en la que se advierte que "la protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. Y destaca que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (STS 31 julio 2009)".

46 Díaz Martínez, A. "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional". *Aranzadi Civil-Mercantil*, Parte Comentario (2013). 1º, I. En este sentido resulta relevante la posición de la jurisprudencia: cuando señala que "el interés del menor es un concepto jurídico relativamente indeterminado, los padres biológicos lo esgrimen para pedir el retorno de sus hijos, los acogedores para no devolverlos, la administración para intervenir, los jueces para admitir o desestimar pretensiones en uno u otro sentido, la fiscalía como apoyo de sus informes, la opinión pública para decantarse sentimentalmente por una u otra parte en pugna por unos niños...; todos usan el concepto y todos apoyan (apoyamos) nuestras pretensiones en él. Por tal motivo, y para que no se convierta en un concepto vacío, es preciso delimitarlo. Existen unos criterios objetivos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de ser valorado, pero también habrán de ponderarse aspectos subjetivos que individualizarán cada caso concreto. Puede ser determinado discrecionalmente (que no arbitrariamente) por el Juez o Tribunal, evitándose todo perjuicio para el bienestar espiritual y material del menor y, de manera más general y en primer término, por las personas que están a cargo del menor (padres en el ejercicio de la patria potestad, en la mayoría de los supuestos)". Véase SAP León 6 junio 2007 (JUR 2007, 337878).

47 STS 18 noviembre 2011 (RAJ 2012, 1633): "El interés del menor no debe verse como un castigo. El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida, lo que por sí solo lleva a la desestimación de este motivo del recurso. El recurso de casación debería haber examinado los argumentos utilizados en la sentencia recurrida para atribuir la guarda y custodia compartida, puesto que como se ha dicho en otras SSTs, este sistema está concebido en el art. 92 CC como una forma de protección

Por ello coincido con algún sector de la doctrina cuando advierte y cito textualmente que: “más controvertida resulta, sin embargo, a mi juicio, la aplicación del criterio del interés superior del menor, entendido estrictamente como protección de su estabilidad en un determinado hábitat o medio vital, para solucionar los conflictos derivados del incumplimiento de las medidas judicialmente acordadas, cuando ello impide completamente las relaciones del menor con uno de los progenitores, desde luego dignas de protección no sólo desde la perspectiva del padre o la madre, sino principalmente desde la del propio menor. Quizá debiera ponerse más énfasis en la valoración del interés del menor ante los primeros incumplimientos de uno de los progenitores y no realizar únicamente ex post la valoración de tal interés, centrándolo entonces tan solo en no alterar su alteración al medio”⁴⁸.

En este sentido, y sin por ello, dejar de enfatizar la importancia que tiene la protección de la infancia y de los menores porque constituyen el relevo del futuro, si creo que el interés del menor debe ser ponderado, y que cada caso debe ser sopesado partiendo del propio entorno familiar. Nada hace más daño a los menores que los propios conflictos internos de su familia, que no cesan, aun cuando el juez o el fiscal quiera ofrecer las mejores soluciones.

Cabría preguntarse entonces, ¿podría la mediación en el ámbito familiar constituir un apoyo a la protección de los menores, inmersos en campos de batalla familiares? Desde mi punto de vista, la respuesta ha de ser afirmativa; ya que pocos son los esfuerzos para reestablecer el fondo de la armonía familiar; que no se logra sólo por la vía judicial, o porque un juez, ajeno a la verdadera razón del conflicto trabaje con las pruebas y argumentos que ofrecen los letrados y, con el debido respeto que merece la judicatura y el Ministerio Fiscal, y el trabajo que realizan en aras de los derechos de los menores y discapacitados⁴⁹.

La mediación familiar puede ser el primer paso para encauzar la toma de soluciones en el conflicto al apoyo de una protección “real y objetiva del interés del

del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda). En el presente caso, no se ha ni tan solo alegado en el recurso de casación la vulneración del interés de las hijas del recurrente, ambas menores de edad, en cuyo único beneficio debe acordarse”. En igual sentido SSTS 7 julio 2011 (RAJ 2011, 5008), 21 febrero 2011 (RAJ 2011, 2362) y 11 marzo 2010 (RAJ 2010, 2340).

48 Díaz Martínez, A. “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional”, cit., 3.

49 En este sentido se comienza a vislumbrar una mayor incidencia de la mediación familiar, a tenor de lo que parece ser la próxima reforma en materia de familia. Cfr. Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Modificaciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles donde se incorpora expresamente la posibilidad, no la obligación, de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de su ruptura, debiendo ser aprobado judicialmente el acuerdo al que lleguen, lo que lleva a introducir ciertas precisiones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ello, sin perjuicio de mantener la prohibición de la mediación en los supuestos en los que una de las partes del proceso sea víctima de actos de violencia de género o doméstica. La mediación familiar resulta así un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, tras la ruptura.

menor”, porque el mediador,⁵⁰ puede facilitar, acompañar y lograr que en definitiva los mediados adopten las soluciones más acertadas para la protección de sus hijos, si los hubiere. Nadie puede estar más capacitado que los padres para querer y proteger a sus hijos, y si lo olvidarán, cosa que puede suceder y que sucede a menudo, el Derecho cuenta con los mecanismos necesarios para reestablecer e imponer todas las garantías, sin contar que como advierte la doctrina en la materia: “la mediación familiar es un procedimiento a través del cual, en cierta medida, se desjudicializan los conflictos en la familia pues corresponde a los miembros de la misma, ayudados por el mediador; autorresolver su propia crisis sin necesidad de acudir en vía contenciosa al Juez correspondiente, evitando en definitiva, la actuación de los Tribunales de Justicia, en el sentido por todos conocido, pues es cierto que la complejidad de la mediación requiere de manera prácticamente constante la interrelación entre la mediación y el tribunal competente, quien deberá homologar, en su caso, el acuerdo al que hayan llegado los interesados”⁵¹.

Esta garantía nos permite ampliar el marco de la solución de los conflictos; habida cuenta que si empleamos a fondo la mediación, con todo el conjunto de requerimientos que le son inherentes, haciendo una buena mediación, las soluciones, aun habiendo menores, pueden ser más favorables, que cualquier intervención externa, la cual siempre será un requisito esencial, porque hay materias en el ámbito de familia, que aunque sean tratadas en mediación, el acuerdo debe ser presentado ante el tribunal para su ratificación⁵².

Finalmente existe una problemática que trata la doctrina y la práctica en la materia, y es la participación de los menores en las cuestiones familiares, en el ámbito de la mediación. ¿y se cuestiona si deben estar los hijos presentes y formar parte activa en un proceso de mediación o si deben permanecer al margen?

La doctrina en esta cuestión no es unánime, una parte entiende que no han de formar parte del proceso porque ello puede revertir negativamente en el proceso, que han de ser los progenitores. Otro sector entiende que los menores deben

50 Parto del presupuesto, de que ser mediador, no es tan simple, como me parece y no ha de ser visto, como una mera salida profesional, en estos tiempos de crisis. Un mediador debe tener muchos requisitos personales y profesionales. La formación del mismo debe ser vista con toda la objetividad que requiere y al decir en este tema, el famoso mediador en asuntos laborales William Simkin entiende que el mediador debe tener, entre otras, las siguientes cualidades: la paciencia de Job, la sinceridad de un inglés, el ingenio de un irlandés, la astucia de Maquiavelo, la sabiduría de Salomón, la resistencia de un corredor de maratón y la piel de un rinoceronte

51 Casado Román, J. e Isábal Ordóñez, E.M. “La Mediación Familiar en el Derecho Español”, cit., 1-20.

52 Existe abundante literatura acerca del valor del acuerdo en sede de mediación, así como de las situaciones que se pueden producir, y en las que mediación ostenta un papel fundamental, así tenemos que las partes pueden ser remitidas a la mediación desde la vía judicial, en segundo lugar que las partes hayan trabajado con el mediador y logrado un acuerdo, en cuyo caso puede si es adecuado a derecho, ser homologado por el juez, incorporándolo al proceso mediante una resolución que reviste la forma de auto (art 206. 2 .º LEC), o que las partes incorporen el acuerdo al proceso judicial del que salieron para acudir a mediación. Se recomienda Barona Vilar, S. “Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, cit., 492-493. La cuestión cambia cuando se pretende que sea el Notario quien proceda; habida cuenta que en sede de familia, como ya se ha dicho hay materias en que ello no es posible, por lo menos, por ahora, y de acuerdo a la normativa vigente.

participar activamente, ya que finalmente se verán involucrados por las decisiones que se tomen en el proceso.

En este sentido hay que tener en cuenta que en los procesos de divorcio uno de los derechos del menor es ser oído, dentro de los límites de la norma. Por ello comparto en este sentido el planteamiento de la doctrina en la materia que aprecia que la intervención del menor es aconsejable pero con determinadas limitaciones, no desde el inicio ni desde el comienzo de la mediación.

Pasadas estas fases pueden intervenir, pero en dependencia de la edad y de las cuestiones, incluso en las fases finales se recomienda que puedan participar la familia extensa⁵³.

Pero con estas consideraciones no se cierra el tema, la cuestión del interés del menor en sede de mediación familiar resulta atractiva, y abrirá el camino a futuros debates.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

La mediación familiar es la más conocida y la que de alguna forma ha gozado de un mayor esplendor como método de resolución extrajudicial de conflictos. Ello constituye más que una conclusión una realidad en el ámbito social y jurídico, con independencia de la relevancia que comienzan a tener otras modalidades de mediación.

La mediación evidentemente constituye un apoyo a la modernización de la justicia, una oda a la cultura de la paz, y una apertura a otros cauces de solución del conflicto, conjuntamente con el proceso judicial, y con otros procedimientos que la ley regula. Esto es algo innegable, sin embargo el destino de esta fórmula dependerá de muchos factores, de la formación adecuada para poder ejercer como mediador, de la aplicación de los principios que informan la misma, y fundamentalmente de la concientización por parte de todos, de que no todos podemos mediar, ni todos los conflictos pueden solucionarse mediante este método. De esto dependerá gran parte del éxito de la mediación en general y de la familiar en concreto.

La incorporación de la mediación familiar, a un ámbito tan privado como es la familia, constituye desde mi apreciación un logro. Y aunque pueda parecer extremadamente osado, y sin por ello dejar de considerar la importancia que tiene la tutela de los hijos, de los menores, y de los incapacitados, creo que la existencia histórica de conceptos jurídicos muchos indeterminados como el interés del menor, la diligencia del buen padre de familia, por sólo mencionar algunos, han llevado a la

53 Gómez Cabello, M del C. "Los aspectos jurídicos de la mediación. Mediación y el acuerdo de mediación. Conclusiones y Capítulo IV". cit., 1-5.

idea, y a la formación de una cultura, de que sólo las mejores y acertadas decisiones son las que se ofrecen en la vía judicial para los conflictos familiares. Sin embargo, confío en que de alguna manera, la mediación familiar romperá ese mito; porque ayudará a las familias y a los mediados a comprender el conflicto y a encontrar ellos mismos sus propias soluciones, que serán plasmadas jurídicamente; habida cuenta que el acuerdo deberá ser homologado por el juez.

Esta comienza a ser el momento de ir privatizando nuevamente, por llamarlo de alguna forma, el Derecho de Familia, y ampliando horizontes jurídicos, como la mediación familiar.

La vía judicial siempre está abierta, y la protección que ofrece la normativa española a los más débiles también, pero hay que confiar, en que todos los mecanismos pueden servir y que la Mediación familiar, sin ser la panacea, constituye un buen instrumento que coadyuve al fortalecimiento de la familia y del entorno familiar, en la solución de los conflictos. Como dijo Newton: “Los hombres construimos demasiados muros y no suficientes puentes”. Es hora de pensar en hacer más puentes.

EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LA LREMV

THE SEPARATION OF PROPERTY IN VALENCIA LAW

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.52-73



M^a Pilar
MONTES
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de junio de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 28 de agosto de 2013

RESUMEN: El presente artículo versa sobre la nueva Ley valenciana de régimen económico matrimonial y su régimen económico supletorio: la separación de bienes. En él se discute la constitucionalidad de la ley, se analiza su ámbito de aplicación, se examina el régimen jurídico de separación de bienes como régimen supletorio así como la obligación de los cónyuges de levantamiento de las cargas del matrimonio, especialmente importantes cuando aquel sea de aplicación, dada la separación de patrimonios.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Régimen económico matrimonial valenciano. Constitucionalidad de la ley valenciana. Separación de bienes. Levantamiento de las cargas del matrimonio.

ABSTRACT: This article is about the new law of matrimonial property regime in Valencia and supplementary economic system: the separation of property. It discusses the constitutionality of the law, discusses its scope, it examines the legal regime of separation of property as default regime and the obligation of spouses to lift the burdens of marriage, especially important when one is in implementation, given the separation of assets. In this context, the paper explains the concept of general conditions and unfair terms. Also, it highlights the importance of double checking–inclusion test and unfairness test– in order to guarantee the protection of consumer's interests.

KEY WORDS: Marriage. The matrimonial property regime in Valencia. Constitutionality of the Valencian law. Separation of ownership. Lifting the burdens of marriage.

SUMARIO: I. Introducción. La Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.- II. Competencia de la CCAA valenciana para dictar una ley reguladora del régimen económico matrimonial.- III. Ámbito de aplicación de la LREMV.- IV. El régimen de separación de bienes como régimen económico supletorio.- V. El levantamiento de las cargas del matrimonio sujeto a régimen de separación de bienes.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. LA LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL VALENCIANO.

Desde mediados de 2008 se encuentra vigente la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat valenciana, de Régimen económico matrimonial valenciano (en adelante LREMV), con las modificaciones introducidas en su texto por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre. Ello supone que la Comunidad Valenciana dispone, en la actualidad y tras siglos de vigencia de aplicación del Derecho común, de una específica regulación de su régimen económico matrimonial. Su efecto práctico más conocido es la aplicación, en defecto de pacto y como régimen legal supletorio, del régimen económico de separación de bienes a los matrimonios celebrados a partir de dicha fecha entre valencianos.

II. COMPETENCIA DE LA CCAA VALENCIANA PARA DICTAR UNA LEY REGULADORA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

A la entrada en vigor de la CE de 1978, Valencia carecía de derecho escrito propio pues su *Furs* habían sido derogados en 1707 con el Decreto de Nueva Planta dictado por Felipe V.¹ En nuestra tierras se aplicaba desde entonces el derecho castellano, ahora estatal. En la CE de 1978, la competencia sobre Derecho civil se delimita en el art 149.1.8º. En él se afirma que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de:

I Sobre els *Furs*, y su derogación, Montes Rodríguez, Mª P. “La competencia de la Comunidad Valenciana para legislar sobre régimen económico matrimonial”, en *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. Mª D. Mas Badía). Madrid (2010): Tecnos, 437-439, y la bibliografía en ella citada.

• Mª Pilar Montes Rodríguez

Es Licenciada en Derecho en la Universidad de Valencia (1988). Becaria FPI de la Generalitat Valenciana. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (1998) con la calificación de sobresaliente *Cum Laude*. En la actualidad es profesora TEU del Departamento de Derecho civil de la Universidad de Valencia. Con más de 50 publicaciones ha dirigido su interés a diversas líneas y proyectos de investigación entre los que cabe destacar el Derecho del consumo y en concreto la protección de los usuarios bancarios y la lucha contra el fraude electrónico y la competencia legislativa sobre Derecho civil, especialmente, en el caso valenciano, participando en 4 de los capítulos del libro “El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana, coordinado por la Dra. Mas Badía, publicado por Tecnos en 2010, que en 2012 fue galardonado con el primer premio “Savis en Dret”, en la categoría de mejor trabajo sobre derecho positivo valenciano concedido por la Catedra Institucional de Derecho foral.

“Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.»

Tras la aprobación de la CE de 1978, la Comunidad Autónoma Valenciana aprueba su Estatuto de Autonomía por la LO 5/1982, de 1 de julio. Aunque el acceso de la Comunidad Valenciana al autogobierno se produjo a través de la vía del art. 143 CE, su art. 31.2 atribuía competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano, justificada por la existencia de la Ley Orgánica de Transferencias 12/1982, de 10 de agosto (LOTRAVA).

Frente a esta atribución competencial se mantuvieron en la doctrina posiciones encontradas, unas ² que negaban que la Comunidad Autónoma Valenciana tuviera a la entrada en vigor de la Constitución un Derecho civil que pudiera ser objeto de conservación, modificación y desarrollo³, y otras que defendían tal atribución competencial de forma general⁴ o limitada respecto del derecho consuetudinario⁵. En cualquier caso no se interpuso recurso de inconstitucionalidad sobre el mismo. Las objeciones aumentaron todavía más cuando se dictó la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, sobre regulación de los Arrendamientos Históricos Valencianos, frente a la que el Gobierno de la nación sí planteó recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Éste se resolvió en la STC 121/1992, de 28 de septiembre (la STC 121/1992, de 28 de septiembre (Tol 80.731) en la que, en relación con la existencia en esta Comunidad autónoma de Derecho civil especial de carácter consuetudinario afirmó el Alto Tribunal:

“El amplio enunciado de esta última salvedad («Derechos civiles forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias

2 De Elizalde y De Aymerich, P. “El Derecho civil en los Estatutos de autonomía”. *ADC* (1984), 422.

3 Bércovitz Rodríguez-Cano, R. “La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. *Derecho privado y Constitución* (1993). I, 30 y ss.

4 Domínguez Calatayud, V. “Desde los fueros de Jaime I al Derecho civil valenciano”. *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*. 72, 11 y ss.

5 Montes Penadés, V. L. *La competencia de la Generalitat valenciana para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano*. Valencia (1993): Tirant lo Blanch, 1-8: Clemente Meoro, M. E. “Las competencias de la comunidad autónoma valenciana en materia de Derecho civil”. *RGD* (1994). Mayo, 4923.

del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos. Este entendimiento amplio del precepto consuetudinario es el que quedó plasmado, por lo demás, en el art. 31.2 EACV, pues la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano» no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros, y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier institución civil de modo especial respecto al Derecho común”.

Por tanto, hasta ese momento parecía claro que en la Comunidad Autónoma valenciana existía un derecho consuetudinario que justificaba la atribución competencial y que podía ser conservado, modificado y desarrollado

Con posterioridad, la LO 1/2006 de 10 abril, reformó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana, aprobado por LO 5/1982, de 1 de julio. En el Preámbulo se apuntaban sus más significativas novedades que se materializaron en los arts. 7, 49.1.2ª y Disposición Transitoria 3ª. En el primero de ellos se formularon las intenciones:

“1. El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del histórico Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución española y de este Estatuto de Autonomía.

2. Las normas y disposiciones de la Generalitat y las que integran el Derecho foral Valenciano tendrán eficacia territorial excepto en los casos en los que legalmente sea aplicable el estatuto personal y otras normas de extraterritorialidad.”

En el segundo, el art. 49.1.2ª, situado dentro del Título IV dedicado a las competencias, se concretó ese interés en recuperar el tiempo perdido al asumir competencia para la “**conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano.**” La única diferencia aparente entre este precepto y el art. 31.2 del primitivo Estatuto era el adjetivo “foral” añadido al Derecho civil valenciano.

Y en la tercera y última de las normas apuntadas, la Disposición Transitoria 3ª, se intentó justificar:

“la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa

foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española.”

Tras la entrada en vigor del nuevo texto del Estatuto, el legislador valenciano se dio prisa en hacer efectivas las competencias asumidas y en el año 2007 aprobó y publicó la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (en adelante LREMV), aunque pospuso su entrada en vigor hasta el 25 de abril de 2008⁶. El 21 de diciembre de 2007, el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno interpuso el Recurso de inconstitucionalidad núm. 9888-2007, contra todos los preceptos de la Ley. El Pleno del TC, por Providencia de 17 de abril de 2008, admitió a trámite el recurso y ordenó la suspensión de la entrada en vigor de la ley. Con posterioridad, el Auto de 12 de junio de 2008 acordó levantar la suspensión, lo que supuso la entrada en vigor de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. A mediados de 2009 el conflicto apuntó visos de solución, al producirse un acuerdo entre el Gobierno de la Nación y la Generalitat Valenciana que consistía en que la Comunidad suprimiría los artículos de la Ley, inicialmente objeto de conflicto y con posterioridad el Gobierno retiraría el recurso de inconstitucionalidad. Siguiendo el camino pactado, el día 10 de noviembre se publicó en el DOGV la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de la Generalitat, de modificación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de Régimen Económico Matrimonial, en la que se derogaban los arts. 30, 37, 47, 48 y Disposición Transitoria 2ª de la Ley y se modificaba la redacción del Preámbulo y de los arts. 15.2, 17.2, 27.2, 33.1, 39, 42.2 y 46. Por el contrario, y hasta la fecha, el Gobierno de la Nación no ha retirado el recurso de inconstitucionalidad.

Pues bien, planteada la duda entorno a la constitucionalidad de la LREMV, cabe analizar si hay o había normas, escritas o consuetudinarias sobre régimen económico matrimonial que conservar, modificar o desarrollar en la CCAA Valenciana. Tanto el art. 1.2 como la Disposición Final primera LREMV justifican la competencia en la recuperación del Derecho foral valenciano sobre la materia, adaptado a los valores y principios constitucionales y a la realidad social y económica valenciana.

Frente a ello, buena parte de la doctrina ha defendido la inconstitucionalidad de la LREMV⁷ porque no existía con anterioridad a la entrada en vigor de la CE,

6 Sobre la tramitación de la LREMV, Montes Rodríguez, Mª P: “La competencia de la Comunidad Valenciana para legislar sobre régimen económico matrimonial”, cit., 443-445.

7 Blasco Gascó, F.P. “La recuperación de la competencia legislativa en materia de Derecho civil”. *RJCV* (2007). 21, 9, y en parecidos términos, en “Despropósitos de la proposición de ley de régimen económico matrimonial valenciano”. *RJCV* (2008). 24, 21. se muestra al respecto contundente: “pretender recuperar los fueros o el derecho foral en el marco constitucional es un claro despropósito jurídico. En primer lugar, habría que determinar exactamente qué normas estaban vigentes el 29 de junio de 1707, lo cual no sé ciertamente si es posible saberlo pero, si lo es, es un trabajo formidable. Obviamente no basta con decir que queda restablecido el derecho foral valenciano porque decir eso, de tanto decir, es no decir nada. Si consiguiéramos determinar exactamente los fueros y normas y privilegios vigentes en el momento de derogación dels Furs, se debería proceder a su pertinente juicio y contraste de constitucionalidad (por el cual, por cierto, no pasaron las compilaciones forales vigentes en el momento de aprobación de la constitución). Y al ser norma post constitucional deberá

derecho escrito que conservar, modificar o desarrollar, pues la normativa sobre régimen económico matrimonial de *els Furs* (Libro 5º) había sido derogada por los Decretos de Nueva Planta, hace 300 años.⁸

Tampoco existían costumbres al respecto que hubieran surgido en la sociedad valenciana adaptándose a los nuevos tiempos. En efecto, si existiera una costumbre en la Comunidad autónoma valenciana sobre REM, ya podríamos conservarla, modificarla y desarrollarla porque tal, como señalaban las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre (Tol 80.731), y 182/1992, de 16 de noviembre (RTC 1992, 182), la expresión derecho civil foral o especial no sólo se refería a normas escritas sino también consuetudinarias. Pero el resultado fue infructuoso por cuanto ni el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 2340/2007, de 19 de diciembre ni el propio Abogado del Estado encontraron costumbres valencianas en materia de régimen económico matrimonial. Evidentemente, el sometimiento al Derecho común desde principios del siglo XVIII, y tras la aprobación del CC, la aplicación de su art. 1317 (en la redacción anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo) impedía tal nacimiento, por configurarlas como costumbre *contra legem*: "se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a fueros o costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código."⁹

hacerlo el Tribunal constitucional. ¿Qué sucede entonces en el interín? Y si el Tribunal Constitucional sale con vida de dicho trabajo ¿qué sucede con las instituciones cuya regulación foral fuera declarada inconstitucional? La pretensión es un desatino de gran tamaño." Rubio Torrano, E. "Constitución, Estatuto de autonomía y régimen económico matrimonial". *Tribuna AC* (2007). Mayo 4, quien concluyó un análisis rápido de la LREMV diciendo: "En fin, si viviéramos mejores tiempos para el Derecho, y si no importara demasiado salirse de guion de lo "políticamente correcto" se podría decir que la Ley recién aprobada interpela -¡y de qué manera a la Constitución de 1.978!"

- 8 En este sentido, Montes Rodríguez, M^a P. "Competencia legislativa de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil". *RJCV* (2008). 25, 5: "Por tanto, y atendiendo estrictamente a criterios jurídicos y no de justicia histórica, ni tan siquiera de oportunidad o equivalencia política respecto a lo realizado en otras Comunidades, cabe concluir que la Comunidad Autónoma Valenciana se ha excedido del marco prefijado en el art. 149.1.8ª CE respecto a sus competencias sobre la recuperación del derecho civil foral derogado, y por tanto, no existente a la entrada en vigor de la Carta Magna. Y por ello, a lo que creo, no resulta conforme a la Constitución. En consecuencia tampoco lo será la normativa que en ejercicio de esa competencia se dicte para conservar, modificar o desarrollar ese derecho recuperado, hasta el momento la LREMV. De acuerdo con la Constitución Española de 1978, mientras se mantengan los términos actuales de su art. 149.1. 8ª y la interpretación realizada por el T.C hasta el momento, no corresponde a las Comunidades Autónomas la facultad de recuperar el derecho foral derogado por una Ley estatal, sino tan sólo conservar, modificar o desarrollar el existente." También se pronuncia en la misma línea Castillo Martínez, C. "Breve revisión crítica de la Ley de Régimen económico matrimonial valenciano". *RJCV* (2008). 26, 50: "Aunque la omisión de cualquier mención a la materia en la expresión "allí donde existan" permite extender ampliamente las posibilidades legislativas de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil sirviendo de fundamento para poder legislar sobre régimen económico matrimonial, parece claro que debe existir una base mínima, legal o consuetudinaria, de orden material, que sirva de justificación para ello. Pues bien, por lo que se refiere a la existencia de Derecho escrito, cabría señalar que difícilmente puede "conservarse, modificarse o desarrollarse" un Derecho valenciano que fue abolido hace trescientos años, careciendo Valencia de Derecho civil compilado desde la derogación de sus Fueros por Felipe V por Decreto de 29 de junio de 1707."
- 9 El Dictamen 2340/2007, de 19 de diciembre de 2007, señala que "tras casi tres siglos de vigencia del Derecho civil común, a la entrada en vigor de la Constitución de 1.978, el Derecho civil valenciano vigente es, como se ha dicho y ha reconocido el Tribunal Constitucional de carácter consuetudinario. Cabe recordar ciertos contratos de venta de cosechas de cítricos como la venta a ull o per alfarrassada (venta a ojo), venta a peso o arrovat; el espigueo o espigolar; el herbatge; usos en materia de riegos y la jurisdicción especial del Tribunal

Además, y desde un punto de vista material, es cuestionable que sea útil resucitar 300 años después, una normativa caduca porque procede del siglo XVII, y que resulta ineficaz para resolver problemas que se plantean en el matrimonio del siglo XXI, cuando no conculcan directamente mandatos constitucionales. De hecho en la propia Exposición de Motivos se hace reiterada referencia a la necesidad de adaptar a la Constitución. Porque esa normativa era propia de una época en la que el hombre gozaba de preeminencia sobre la mujer. Pero lo cierto es que, de momento y hasta que se pronuncie el TC o se retire el recurso (algo que parece no va ocurrir porque el Presidente del Gobierno ha recurrido también la nueva Ley Valenciana de parejas de hecho), se trata de una norma en vigor que debemos conocer y aplicar.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LREMV.

En primer lugar debemos determinar a qué matrimonios es de aplicación la Ley valenciana. El art. 2 de la LREMV dispone que

“se aplicará a los matrimonios cuyos efectos deban regirse por la ley valenciana, conforme al artículo 3 del Estatuto de autonomía y a las normas para resolver los conflictos de leyes aprobadas por el Estado, en ejercicio de la competencia exclusiva que le reconoce la Constitución”

Y el nuevo art. 3 EACV dispone, en su apartado 1, que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. Y en el apartado 4 establece que “el Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes.”

En los preceptos anteriores se hace referencia a dos conceptos distintos que conviene delimitar claramente desde ahora y que son imprescindibles para delimitar el ámbito de aplicación de una ley: Por una parte, la vecindad administrativa, categoría propia del Derecho administrativo, a la que se asocia la condición política de ciudadano de una Comunidad Autónoma; en este sentido, los diferentes Estatutos de Autonomía definen al conjunto de sujetos a quienes reconocen los derechos políticos descritos en los mismos, y a quienes se aplicarán las leyes por ellos dictadas. Por otra, la vecindad civil¹⁰, que determina la aplicación, bien del Derecho común,

de las Aguas.” Por su parte el Abogado del Estado en el R.I. 204/2007 señala al respecto que el Derecho histórico que ha sobrevivido en Valencia se halla relacionado con materias agrarias o pesqueras. Además de los arrendamientos rústicos, cabe destacar los aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia, que iniciados por algunos Privilegios concedidos por diferentes reyes (Jaume I, Pedro I y II...) han llegado hasta la actualidad. Las costumbres regulan la participación del aprovechamiento pesquero y la forma de constitución de las comunidades de Pescadores

10 En palabras de Delgado Echevarría J. “Comentario al art 14”, en *Comentarios al Código civil* (coord. J. Rams Albesa y R. M. Moreno Florez), I. Barcelona (2000): Bosch, 393: la vecindad civil es la circunstancia personal de

bien del Derecho foral o especial que corresponda, cuando la materia de que se trate se rija por el estatuto personal (art. 9 CC), en el que se incluye la capacidad, estado civil, derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. Es, como ha señalado la STC 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993, 156), el punto de conexión para la determinación del estatuto personal

Es el art. 14 CC el que establece, como criterio para determinar la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral, la vecindad civil, y fija las reglas para establecerla: tienen vecindad civil en territorio de derecho común o en uno de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Añade que el matrimonio no altera la vecindad civil, aunque cualquiera de los cónyuges no separados puede optar, en cualquier momento, por la vecindad civil del otro; que cabe el cambio de vecindad civil por adquisición de una nueva por residencia (con o sin declaración de voluntad); y, como cláusula de cierre, que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del nacimiento. Esto significa que la vecindad civil de cada cónyuge puede ser distinta, lo que genera un conflicto, pues será necesario determinar cuál es la vecindad civil de los hijos comunes y la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio. Este conflicto debe resolverse de acuerdo con las reglas del art.9.2.1 (Derecho internacional privado) al que remite el art. 16.3.

El art. 16.3 CC establece:

“Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte de aplicación según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil. En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.”

Y en efecto, el art. 9.2.1 redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, ofrece una serie de puntos de conexión para resolver el conflicto:

“Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección,

los nacionales españoles que determina la aplicabilidad, en cuanto ley personal suya, del Derecho del Código civil o de uno de los Derechos civiles autonómicos o forales. En parecidos términos se pronuncia Bércovitz Rodríguez-Cano, R. “Comentario al art 14”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), 1-2ª, 2ª ed. Madrid (1995): Edersa, 1210: “La vecindad civil determina el estatuto personal de los españoles con respecto a los diversos ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país. Determina un estatuto personal de segundo grado en relación con la nacionalidad española (arts. 9.1º, y 16.11º CC) desde el momento en que el estatuto personal de los españoles no es uniforme como consecuencia de esa diversidad de Derechos civiles coexistentes en España.”

por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

Y el apartado 3 del citado precepto –cuya redacción es debida, igualmente, a la ley antes citada - añade, en relación con las capitulaciones matrimoniales:

“Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.”

El supuesto de hecho conflictivo resulta fácil de definir; pero las reglas de solución necesitan una ordenación lógica. Pensemos en un matrimonio entre un sujeto con vecindad civil valenciana y otro con vecindad civil común o foral distinta de la de aquél.¹¹ En primer lugar, cabe el pacto atendiendo a lo que dispone el art. 9.3 CC. El propio precepto delimita el alcance de este pacto: los cónyuges pueden elegir entre la ley que rija los efectos del matrimonio o la ley correspondiente a la nacionalidad (en nuestro caso, vecindad civil) o a la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento. Y al respecto hay que apuntar a la generosa amplitud con que el CC y la LREM regulan la libertad de pacto capitular; siempre que se respeten los límites de la autonomía de la voluntad en esta materia.

Si no existe pacto, debe aplicarse el art. 9.2 CC, cuyos criterios, de acuerdo con la doctrina, están ordenados jerárquicamente. Todos sus puntos de conexión, salvo la elección por los cónyuges previa a la celebración del matrimonio, están fijados temporalmente por referencia al momento de celebración del matrimonio, por lo que la ley aplicable no cambiará aunque, posteriormente, cambie la vecindad civil común o la residencia.¹²

La primera de las reglas formuladas por el art. 9.2 supone precisamente la ausencia de conflicto. Si los cónyuges tienen la misma vecindad civil (ley personal común) al tiempo de contraer matrimonio, se les aplicará ésta. Si ambos ostentan vecindad civil valenciana, se les aplicará, como a continuación veremos, el art. 6 del LREM, y su régimen económico matrimonial será el de separación de bienes, en tanto no pacten en carta de nupcias otra cosa.

Pero si existe conflicto (provocado por la diversidad de vecindades civiles), debemos pasar necesariamente a la segunda regla: la ley personal o de la residencia

11 Al respecto Montes Rodríguez, M^a P. “Ámbito de aplicación de la LREM” en *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. M^a D. Mas Badía). Madrid (2010): Tecnos, 43-61.

12 Marín López, MJ. “Comentario al art. 9.2 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bércovitz Rodríguez-Cano). Pamplona (2001): Aranzadi, 52: “La ley aplicable a los efectos del matrimonio se determina mediante cuatro criterios de conexión, uno principal y tres subsidiarios. Los criterios están ordenados jerárquicamente, de modo que sólo la ausencia de uno de ellos implica la aplicación del siguiente”.

habitual de cualquiera de ellos que haya sido elegida por ambos en documento auténtico antes del matrimonio. El pacto es la solución, pero en este caso los límites aumentan, porque aquél ha de formalizarse en documento auténtico necesariamente anterior al matrimonio. Como podemos observar, tanto el art. 9.2.1, como el 9.3, aluden al pacto. Ahora bien, mientras el art. 9.2 está enfocado a determinar la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, el art. 9.3 se refiere a las normas a las que atender para determinar la validez de las capitulaciones matrimoniales. El apartado 3, en relación con la cuestión que trata (validez de las capitulaciones matrimoniales) supone una excepción al 9.2, pues pueden resultar válidas, aunque no se ajusten a la ley prevalente según el 9.2, si lo hacen a otra de las aludidas en el 9.3. Sea como sea, la importancia práctica de esta cuestión se diluye si tenemos en cuenta que los requisitos de validez de las capitulaciones son muy semejantes en el ordenamiento común y en las diferentes normativas forales. Por otra parte, en cuanto al contenido del pacto, como antes decía, en unas capitulaciones válidas los cónyuges pueden hacer suyo, perfectamente, cualquier régimen económico matrimonial, extrayéndolo incluso de un ordenamiento ajeno al suyo, siempre que su contenido no vulnere los límites que a la autonomía de la voluntad capitular establezca el ordenamiento vinculado a su estatuto personal. Por ejemplo, los cónyuges con vecindad civil valenciana pueden acogerse en capitulaciones matrimoniales a un régimen de sociedad de conquistas tal y como lo regula el Derecho navarro, o a un consorcio conyugal aragonés, o a un régimen de participación según las reglas del BGB, siempre con respeto a los límites que la LREMV establece respecto al contenido de las capitulaciones en los arts. 3, 5 y 22 y ss.

Si no se produce la elección a la que se refiere el art. 9.2, los dos últimos criterios son objetivos. El primero es el de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, que puede ser coincidente con la vecindad civil de uno u otro cónyuge o no serlo. En la mayoría de supuestos, ésta será la regla definitiva, pues como los cónyuges están obligados a vivir juntos (art. 68 CC), se presume, salvo prueba en contrario, que así lo hacen y la fijación del domicilio conyugal se hará de común acuerdo, y en caso de discrepancia, resolverá el juez.

Si no existiera tampoco residencia común o ésta estuviera fuera de España, el criterio subsidiario será el del lugar de la celebración del matrimonio.

En aquellos casos en que tampoco esta última regla resulte de utilidad, porque se ha celebrado el matrimonio fuera de España, donde los cónyuges no han fijado residencia común y tampoco han elegido antes del matrimonio la ley aplicable, habrá que acudir al art. 16.3 CC – apartado introducido por Ley 15-X-90 -, según el cual, en defecto de ley española determinada por los criterios del art. 9, se aplicará el CC. Matizando, añade que “en este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una u otra ley personal de los contrayentes

hubiera de regir un sistema de separación." De modo que si, p.ej., el conflicto se planteara entre un cónyuge catalán y otro valenciano (y lo mismo si uno de los dos tuviera vecindad civil aragonesa), el régimen aplicable sería el de separación de bienes (regulado por el CC) – art. 16.3.II -, mientras que si uno de los cónyuges tuviera vecindad civil común, se aplicaría la sociedad de gananciales – art. 16.3.I -. En el primer caso, la solución parece pecar de incoherencia, porque se aplica un régimen económico matrimonial distinto del propio de la vecindad de uno u otro cónyuge y con el que no tienen ninguna relación¹³; en el segundo supuesto, aparece de nuevo la tendencia del legislador central a ampliar el ámbito de aplicación del CC en detrimento de los demás Derechos civiles españoles. Por ello esta última regla, introducida por la Ley de 15 de octubre de 1990 ha sido muy criticada por la doctrina¹⁴ y fue objeto de impugnación ante el TC que, declaró su constitucionalidad en la STC 226/1993.

IV. EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES COMO RÉGIMEN ECONÓMICO SUPLETORIO.

Volviendo al supuesto de hecho planteado, tenemos dos sujetos de vecindad civil valenciana que contraen matrimonio. El art. 4 LREMV formula las reglas generales para determinar el régimen económico aplicable a un matrimonio. La regla básica es el pacto¹⁵ entre los cónyuges en carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales, a semejanza de lo establecido en el art. 1315 CC¹⁶. La carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales aparece regulada en el Capítulo IV del Título I de la LREMV (arts. 22 a 29), aunque el Capítulo I de la misma, hace referencia a las mismas en los arts. 4 y 5 al nacimiento del régimen económico matrimonial. En efecto, el art. 4 dedicado a la génesis del régimen económico matrimonial valenciano señala:

“El régimen económico matrimonial valenciano, con los objetivos y el fundamento señalados en el artículo anterior, se acordará por los cónyuges con total y entera libertad civil en la carta de nupcias que otorguen a este efecto sin otras

13 Delgado Echevarría, J. “Comentario al art 16 CC”, cit., 435.

14 Delgado Echevarría, J. “Comentario al art 16”, cit., 435, y “Comentario al art 16.3 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), I-2º. Madrid (1995): Edersa, 1310.

15 Para Saiz García, C. “La carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales” en *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. Mª D. Mas Badía). Madrid (2010): Tecnos, 190, se trata de una concreta aplicación del principio general de autonomía privada, toda vez que el régimen económico matrimonial, a diferencia de las relaciones personales entre cónyuges, es una cuestión que, preservando la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, atañe casi exclusivamente a los interesados.

16 El art. 1315 del CC señala: “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.” A juicio de Martínez de Aguirre Aldaz, C. “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”, en *Curso de Derecho civil (IV), Derecho de familia* (coord. C. Martínez Aguirre Aldaz), 3ª ed. Madrid (2011): Colex, 197, de este precepto se desprende que el principio general es, pues, el de libertad de los cónyuges para determinar el régimen económico al que van a someter su matrimonio; conforme a esto, los cónyuges pueden pactar cualquiera de los regímenes legales, introducir en ellos modificaciones más o menos significativas, o diseñar su propio régimen económico.

limitaciones que las establecidas en esta ley, anteriormente al matrimonio o bien con posterioridad, constante el mismo”.

Esta libertad no sólo se produce al celebrarse el matrimonio sino que perdura durante toda la vida de éste. En este sentido, el art. 5 LREMV, permite la modificación del régimen económico matrimonial valenciano, atendiendo a los posibles efectos frente a terceros:

“1. Los cónyuges podrán modificar su régimen económico matrimonial con la misma libertad con que lo configuraron.

2. La modificación del régimen económico matrimonial valenciano en ningún caso perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros antes de su efectivo conocimiento o, en todo caso, de la publicación oficial en el registro público competente.”¹⁷

Por último, la Disposición Final 3ª afirma que “en ejercicio de la libertad de pactos que consagra esta ley, los cónyuges podrán acogerse en bloque a cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales que regula el Código civil en lo que no sea incompatible con las disposiciones imperativas contenidas en esta ley.”

Pues bien, si los cónyuges valencianos no han hecho uso del pacto, algo que ocurrirá en la mayor parte de las ocasiones¹⁸, la ley establece un régimen económico matrimonial supletorio, por defecto: La separación de bienes.

Hay que señalar que la Ley valenciana tan sólo fija un único¹⁹ régimen legal supletorio, a diferencia del CC, que fija un régimen legal supletorio de segundo grado (la separación de bienes, art. 1435.2 y 3 CC) para los casos en que los cónyuges

17 Este segundo apartado del art. 5 es sustancialmente semejante al contenido del art. 1317 CC: “La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.”

18 Moliner Navarro, R. “La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano. Presupuestos, principios y constitucionalidad”, en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández* (coord. Mª L. Atienza Navarro, R. Evangelio Llorca, Mª D. Mas Badía y Mª P. Montes Rodríguez). Valencia (2009): SPUV, 656, señala al respecto que debemos tener en cuenta que, en España, los cónyuges raramente suelen pactar capitulaciones, sea cual sea el territorio (foral o común) en que contraigan el matrimonio; de manera que, en una comunidad autónoma como la valenciana, sin tradición capitular en este sentido y con más de tres siglos de vigencia del Derecho común (por tanto de aplicación general del régimen de gananciales), el acceso generalizado al régimen supletorio de separación de bienes, supondrá un cambio jurídico y sociológico de envergadura, difícilmente evaluable a día de hoy.

19 Moliner Navarro, R. “La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano. Presupuestos, principios y constitucionalidad”, cit., 657, se ha mostrado crítica con tal omisión: “Se ha suscitado con razón, que la regulación establecida por la LREMV para el régimen legal subsidiario plantea el problema del pacto negativo. ¿Qué ocurre cuando los cónyuges o futuros cónyuges pactan en capitulaciones la exclusión del régimen de separación pero no especifican cuál debe regirles? Debería haberse previsto, en efecto, un régimen legal subsidiario de segundo grado (a imagen de lo que en el Derecho común es el de separación cuando se extingue la sociedad de gananciales constante matrimonio o ésta se excluye en capitulaciones sin indicar régimen –art. 1435 CC-). En este caso, y por aplicación subsidiaria del código civil, acabaría siendo el de gananciales, cuando seguramente no es ésta la voluntad del legislador ni es coherente con la propia *ratio* de la ley.”

hayan excluido por pacto el régimen supletorio de primer grado (la sociedad de gananciales), pero no hayan pactado un régimen específico, o cuando se extinga el régimen supletorio de primer grado u otros, sin que por voluntad de las partes fuese sustituido por otro régimen distinto. En el primero de los supuestos parece que la aplicación supletoria del CC (Disposición Final 2ª LREMV) llevará a la sociedad de gananciales²⁰. En el segundo de los supuestos, si lo que se disuelve es la germanía pero no se ha pactado otro sistema, parece razonable, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43.2, aplicar el régimen supletorio, la separación de bienes. Más dudoso lo es en otros regímenes aunque haya sido defendido por la doctrina, por ser el régimen supletorio.²¹

La inclusión del régimen de separación de bienes como régimen legal supletorio, a semejanza de Cataluña y Baleares, no deriva directamente del derecho foral puesto que en *els Furs* se contemplaba un régimen dotal.²²

En cualquier caso, se trata de un cambio sustancial²³ respecto del anterior régimen legal subsidiario aplicable a los valencianos, la sociedad de gananciales, y de acuerdo con una buena parte de la doctrina resulta más adecuado en una sociedad en la que hombres y mujeres trabajan y ostentan patrimonios independientes (aunque en la situación actual de crisis económica tal criterio pudiera ser, al menos, criticable por insolidario). Este régimen mantiene la separación de patrimonios sin crear uno común, lo que lo hace más flexible y contribuye a agilizar el tráfico. No obstante, como cómo resulta inevitable, los cónyuges deberán poner en común, compartir un mínimo de bienes para afrontar las cargas del matrimonio.

20 Así lo entienden. Moliner Navarro, R. "La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano. Presupuestos, principios y constitucionalidad", cit., 657; y Mas Badía, Mª D. "El régimen legal supletorio: La separación de bienes", en *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. Mª D. Mas Badía). Madrid (2010): Tecnos, 404-405.

21 Defiende esta postura Mas Badía, MD. "El régimen legal supletorio: La separación de bienes", cit., 405.

22 En este sentido, Moliner Navarro, R. "La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano. Presupuestos, principios y constitucionalidad", cit., 657, al señalar: "no puede hablarse en rigor de la existencia de un verdadero régimen de separación de bienes en la Valencia foral con el que se pretenda conectar el establecimiento de este régimen supletorio, que acaba con más de tres siglos de vigencia del régimen supletorio de gananciales y que consagra un giro copernicano en las relaciones patrimoniales de los cónyuges valencianos. El Derecho foral valenciano, al igual que el catalán, contempló sobre todo un régimen dotal tendente a la protección económica de la mujer: cada cónyuge conservaba la propiedad de sus bienes, y el levantamiento de las cargas matrimoniales y la estabilidad económica se conseguía con la institución del *eixovar* o dote y el *creix*." En la misma línea Mas Badía, Mª D. "El régimen legal supletorio: La separación de bienes", cit., 398-402.

23 Muy crítico se ha mostrado al respecto Díez Picazo, L. "A vueltas con el Derecho civil valenciano ¿una milagrosa resurrección?", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. F. P. Blasco Gascó, M. E. Clemente Meoro, F. J. Orduña Moreno, L. Prats Albentosa y R. Verdera Server), Valencia (2011): Tirant lo Blanch, 878: "Añádase a ello que en la Comunidad valenciana muchas de las normas de un Derecho civil común, que lo ha sido durante tantos decenios, aparecen interiorizadas por una gran parte de la población, como las que establecen (o establecían) la sociedad de gananciales o el sistema de legítimas entre los ascendientes, de manera que esta amenaza de un Derecho nuevo surgido únicamente de la cabeza de los juristas puede suponer un fraude de la confianza de los ciudadanos cuando, además, se puede intuir que no mejorará su suerte ni les atribuirá una vida mejor.

El art. 6 LREMV establece el Régimen legal supletorio valenciano: "A falta de carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales, o cuando estas sean ineficaces, el régimen económico aplicable será el de separación de bienes, sin que la celebración del matrimonio tenga otra trascendencia económica para los consortes que la de afectar a sus respectivas rentas y patrimonios al levantamiento de las cargas del matrimonio."

El Título III se dedica al régimen legal supletorio valenciano: el régimen de separación de bienes. Sólo contiene 3 artículos, tras la derogación de los arts. 47 y 48 por la Ley 8/2009. Es, por tanto, mucho más reducido que el correspondiente del CC (arts. 1435 a 1444) aunque muy semejante en cuanto a su contenido.

El primero de ellos, el art. 44 LREMV dispone, tras la rúbrica *el régimen legal supletorio del matrimonio* dispone:

"Si no hay pacto entre los cónyuges respecto del régimen económico al que debe sujetarse su matrimonio o si tal pacto es o deviene ineficaz, el régimen económico matrimonial será el de separación de bienes, de manera que la celebración de las nupcias, excepto lo que resulte de las normas imperativas de esta ley y de lo que se ha convenido por los contrayentes, no afectará, por sí sola, ni a la composición de sus patrimonios respectivos ni a los derechos ni facultades que ostenten sobre los mismos, que quedarán, sin perjuicio del principio de responsabilidad patrimonial universal, afectos especialmente al levantamiento de las cargas del matrimonio en la proporción que los cónyuges convengan y, a falta de acuerdo, en proporción a la cuantía de sus patrimonios y rentas que los formen."

El artículo siguiente, el 45 LREMV perfila, a semejanza del art 1440 CC²⁴, la responsabilidad patrimonial individual de cada cónyuge: "De las obligaciones y responsabilidades que contraiga cada cónyuge en el ejercicio de su libertad civil patrimonial y sin relación con el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, responderá el mismo exclusivamente con todos sus bienes presentes y futuros".

A lo que creo, el fin de estas normas es que el matrimonio no afecte más allá de lo imprescindible²⁵ a la esfera patrimonial de los cónyuges (ambos esposos mantienen su propio patrimonio) sin perjuicio de que los bienes, derechos y facultades incluidos en los mismos estarán afectos, sujetos al levantamiento de las cargas del patrimonio, cuestión la que haremos referencia a continuación. Ello supondrá que cada uno

24 El art. 1440 CC señala: "Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este Código."

25 En este sentido Moliner Navarro, R. "La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano. Presupuestos, principios y constitucionalidad", cit., 657.

de los cónyuges seguirá siendo titular de los bienes y derechos que integren su patrimonio, disponiendo de su administración, goce y disfrute²⁶, con las limitaciones relativas al levantamiento de las cargas, y responsabilidad patrimonial individual de cada cónyuge respecto de su patrimonio.

Por último, el art. 46, en paralelo al art. 1441 CC²⁷, regula la atribución por mitad de los bienes poseídos por los cónyuges sin título, estableciendo una serie de presunciones. En efecto, cuando no se pueda acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho poseído por ellos, les corresponderá por mitad, respetando siempre el mejor derecho que sobre el citado bien pueda corresponder a terceras personas. Si se trata de bienes muebles que sean de uso personal o estén directamente destinados al desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges y no sean de extraordinario valor; teniendo en cuenta las circunstancias económicas del cónyuge usuario, se presume que pertenecen a este.

V. EL LEVANTAMIENTO DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO SUJETO A RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

En la actualidad, el levantamiento de las cargas del matrimonio, respecto del cual se encuentran afectos los patrimonios de ambos cónyuges, aparece regulado en la LREMV exclusivamente en el Capítulo II de su Título I. No ocurrió así en la versión original de la misma, que incluía dos preceptos dedicados a esta cuestión, los arts. 47 y 48, en el Título III, que se ocupa de la separación de bienes. Ambos fueron derogados por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre

Es precisamente a esta afección a la que hace referencia el primero de sus preceptos, el art. 8: "1. Con independencia del régimen económico matrimonial, los cónyuges están obligados a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

2. La forma y medida en la que cada uno de los cónyuges contribuya al levantamiento de las cargas del matrimonio será la que resulte del acuerdo entre los dos, y en defecto de tal acuerdo, en la forma y medida que resulte proporcional a sus respectivas rentas y patrimonio.

3. Los bienes agermanados y, en su caso, las donaciones por razón del matrimonio están especialmente afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de los cónyuges".

²⁶ En esta línea Mas Badía, M^a D. "El régimen legal supletorio: La separación de bienes" cit., 406-411.

²⁷ El art. 1441 CC dispone: "Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá ambos por mitad."

Parece claro que ambos cónyuges están obligados imperativamente²⁸ al levantamiento de las cargas del matrimonio. En qué medida lo estén puede fijarse, en primer lugar, mediante el pacto. Tal acuerdo debe tener como límite el principio de igualdad de los cónyuges (arts. 3 y 25 LREMV) y eso parece que impediría la admisión de un pacto que exonerara a una de las partes de tal obligación²⁹

En defecto del acuerdo, la ley da una solución semejante a la del CC (art. 1348) y a mi juicio justa: reparto de la contribución no por mitad, sino en proporción a sus rentas y patrimonio (el CC habla de recursos económicos).

La obligación de contribuir al levantamiento de las cargas va unida, en la LREMV y a diferencia del CC, a un deber recíproco de información económica, contemplado en su art. 10. En el apartado primero de este precepto se afirma que “a los efectos de cumplir con la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, los cónyuges deberán informarse recíprocamente sobre la composición de sus respectivos patrimonios y sobre los rendimientos de sus respectivas actividades. No obstante lo anterior, los cónyuges podrán dispensarse expresamente de dicha obligación de información patrimonial.”

Además su apartado 2 añade que “en todo caso, los cónyuges están obligados a informarse recíprocamente sobre los actos de administración que, en su caso, lleven a cabo sobre el patrimonio común, si lo hay, y sobre los gastos que lleven a cabo para satisfacer las cargas del matrimonio.”

Esta obligación de información sí parece eludible por pacto expreso,³⁰ excepto en las materias contempladas en el apartado 2, aunque si la dispensa es previa puede plantear problema en los supuestos de crisis familiares, cuando con posterioridad se pierda la confianza entre los cónyuges.

El concepto de cargas del matrimonio³¹ aparece en el art. 9 LREMV: “Tienen la consideración de cargas del matrimonio, los gastos necesarios para el mantenimiento de la familia, con la adecuación a los usos y el nivel de la vida familiar; y en especial:

28 Así lo entiende Monfort Ferrero, M^o J. “El levantamiento de las cargas del matrimonio”, en *El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Valenciana* (coord. M^o D. Mas Badía). Madrid (2010): Tecnos, 89.

29 En este sentido Clemente Meoro, M. E. “La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano”, en *www.derechocivilvalenciano.com*, 3.

30 Monfort Ferrero, M.J. “El levantamiento de las cargas del matrimonio”, cit., 108, afirma al respecto que: “curiosamente la Ley hace hincapié en que la dispensa debe ser expresa, cuando más lógico sería una dispensa tácita e incluso debería exigirse que la dispensa fuera *a posteriori*. Es decir, cuando las cosas funcionan bien entre los cónyuges, persona y económicamente, quizá no se exijan información de este tipo, al haber confianza entre ellos, y se dispensen tácitamente. Ahora bien, debe ser posible exigir la información en cualquier momento.

31 Para Monfort Ferrero, M.J. “El levantamiento de las cargas del matrimonio”, cit., 91, las cargas del matrimonio incluirá en todo caso la atención de las necesidades primarias, las del art. 142 CC, la atención a las necesidades secundarias, es decir, aquellos gastos que sin ser objetivamente necesarios la familia los considera como tales y, otros gastos de la familia no necesarios pero sobre los que haya acuerdo. En cualquier caso, no todo gasto contraído de común acuerdo debe ser considerado carga del matrimonio. No lo será cuando se da prioridad al aspecto inversor frente al de uso o consumo.

1. Los gastos necesarios para cumplir el deber alimenticio entre los cónyuges y de éstos para con sus hijos comunes o los de cualquiera de ellos que convivan con el matrimonio, los hijos discapacitados, así como para con los ascendientes que, conviviendo o no con la familia, estén bajo su dependencia económica y/o asistencial, o cuyos propios recursos sean insuficientes a tal fin.

2. Las atenciones de previsión, adecuadas a los usos y circunstancias de la familia, referidas a las personas relacionadas en el párrafo anterior.

3. Los gastos de adquisición, conservación y mejora de los bienes y derechos de titularidad conjunta y los mismos gastos en relación con los bienes de titularidad privativa de alguno de los miembros de la familia, pero sólo en proporción al valor de su uso, cuando este corresponda a la familia y se ejercite efectivamente por ella.

4. No tienen la consideración de cargas familiares los gastos derivados de la gestión y la defensa de los bienes privativos, exceptuando los establecidos en el apartado anterior. Tampoco serán consideradas cargas familiares los gastos que corresponden al interés exclusivo de uno de los cónyuges."

Algunas cuestiones cabe plantearse en relación al concepto legal de cargas del matrimonio. El precepto habla de deber alimenticio, sin especificar en qué consiste. Parece lógico entender que hace referencia a la obligación recíproca de alimentos entre parientes, en concreto entre cónyuges, hijos y ascendientes a la que alude el art. 143 CC. Por tanto cabrá incluir en tal denominación, a tenor de lo dispuesto en el art. 142 CC, "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica." Además, añade su segundo inciso, "los alimentos comprenden también la educación del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo."

El art. 9 diferencia, en relación con los hijos, entre comunes y no comunes. En principio cubre todos los gastos necesarios de los hijos comunes, pero respecto de los de cualquiera de uno de ellos, tan sólo si conviven con el matrimonio. En otro caso será el cónyuge progenitor el que se haga cargo de los mismos. También menciona el precepto a los hijos discapacitados, sin distinguir entre comunes o de uno de ellos y tanto si conviven como si no, lo que sin duda supone una mejora para los mismos.

En cuanto a los ascendientes, se incluyen los gastos necesarios dedicados a los mismos, convivan o no con la familia, pero bajo su dependencia económica y/ o asistencial, o cuando sus propios recursos sean insuficientes. Por tanto si el ascendiente se encuentra en una residencia geriátrica pero sus ingresos son insuficientes para

cubrir sus gastos, lo aportado por el hijo miembro del matrimonio se incluirá entre las cargas del matrimonio.

Dentro del concepto de carga del matrimonio se incluyen, en el apartado 2 las atenciones de previsión, adecuadas a los usos y circunstancias de la familia (referidas a las personas mencionadas en el primer apartado). Clemente Meoro entiende por tales la contratación de seguros (vivienda, enseres) como los seguros de daños, seguros de vida, médicos escolares, etc.³²

También se incluyen como cargas del matrimonio, no sólo los gastos de adquisición, conservación, y mejora de los bienes y derechos de titularidad conjunta, como es lógico y ya señalaba el art. 1362.2 CC, sino también los mismos gastos en relación con bienes de titularidad privativa, aunque sólo en proporción al valor de su uso, cuando éste corresponda a la familia y se ejercite efectivamente por ella. Por el contrario no se considerarán cargas familiares los gastos de interés exclusivo de uno de los cónyuges.

Por su parte el art. 11 regula lo que se denomina el ejercicio de la potestad doméstica, a semejanza de lo dispuesto en el art. 1319 CC, con una diferencia, pues el precepto valenciano sólo habla de la responsabilidad sin atribuir de forma expresa la facultad como hace el Código: "Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma."

El art. 11 LREMV afirma, por su lado: "1. De los actos del cónyuge dirigidos a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, según los usos del lugar y las circunstancias de esta, responderán frente a terceros, en primer lugar y solidariamente, los bienes del cónyuge que contrajo la deuda, los bienes agermanados y, en su caso, las donaciones por razón del matrimonio a que se refiere el art. 31, subsidiariamente los del otro cónyuge.

2. En las relaciones internas entre los cónyuges, el que haya satisfecho más cantidad de la que le correspondía, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 de la presente ley, tendrá derecho a ser reembolsado por el otro cónyuge".

Evidentemente se trata de un precepto dirigido, al igual que el art. 1319 CC³³, a asegurar la posición de los terceros que contratan con uno sólo de los cónyuges, aunque estos, en la relación interna, se rijan por el pacto o en proporción a sus respectivos patrimonios. Pero este sistema de responsabilidad tan sólo es aplicable cuando el cónyuge contrate con el tercero para atender las necesidades ordinarias³⁴

32 Clemente Meoro, M E. "La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano", cit., 5.

33 Martínez de Aguirre Aldaz, C. "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", cit., 202.

34 Monfort Ferrero, M^a J. "El levantamiento de las cargas del matrimonio", cit., 114, entiende que las necesidades

(no extraordinarias) de la familia, entendidas de acuerdo con los usos del lugar y las circunstancias de la misma.

Además los arts. 12 y 13 delimitan el concepto de trabajo para casa, lo que constituye una interesante novedad, aunque en el CC ya aparecía en el art. 97.4 a la hora de fijar la cuantía de la pensión compensatoria, o para dar una compensación al concluir el régimen de separación de bienes (art. 1438). Es especialmente en este régimen, como sabemos supletorio en la LREMV, cuando son más importantes estas medidas que reajusten los posibles desequilibrios o injusticias que la dedicación en exclusiva de uno de los cónyuges a la familia puede generar. Sobre todo en épocas como la actual, en la que como consecuencia de la crisis económica, cada vez es más frecuente que uno de los cónyuges se encuentre desempleado.

El art. 12 se dedica al trabajo para la casa y conceptos asimilados:

“1. El trabajo para la casa será considerado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio.

2. La misma consideración tendrá la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial, en su caso, del matrimonio.

3. También se considerará trabajo para la casa la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional”.

El precepto transcrito considera, a nuestro juicio acertadamente, como contribución al levantamiento de las cargas, tanto el trabajo para la casa (en su ejecución material como en la organización del mismo), como la dedicación a los hijos, discapacitados o ascendientes así como la colaboración no retribuida en la actividad empresarial o profesional ejercida por el otro cónyuge. Además el art. 13 establece una serie de criterios para la valoración del trabajo para la casa así como un derecho de compensación económica:

“1. Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio

ordinarias se caracterizan, frente a las extraordinarias, por dos notas: la periodicidad o previsibilidad y la escasa o módica cuantía. Son las que, o bien se producen día a día en la vida de una familia o con cierta periodicidad que hace que el gasto sea previsible.

de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos.

2. La consideración de los servicios previstos en este artículo como colaboración para el levantamiento de las cargas del matrimonio determina la obligación de compensarlos al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, atendiendo a los criterios de valoración señalados en el apartado anterior”.

El derecho de compensación por el trabajo en la casa ya aparecía en el art. 1438 del CC y ha sido discutido en la doctrina. Cierto es que su acomodo natural se encuentra en los casos en que el matrimonio se rige por la separación de bienes y uno de los dos se dedica en exclusiva o en gran medida al trabajo del hogar y la crianza de los hijos³⁵. Con ellos parece que se persigue evitar un enriquecimiento injusto del otro cónyuge, tal y como señalaba el art. 41 del Código de Familia Catalán.

Para facilitar su aplicación el art. 15.1 establece una serie de reglas para la compensación del trabajo doméstico y asimilados: “El pago de la compensación por el trabajo para el hogar se hará en la cuantía, forma, plazos y con las garantías, en su caso, que acuerden las partes, cumpliendo siempre lo establecido en el artículo 13.1 de la presente ley. Todo ello sin perjuicio de lo que, a falta de acuerdo, decida el juez”.

La compensación a la que se refiere la LREMV será compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge que pueda exigir aquella y que tengan causa jurídica diferente de la del derecho a obtener esta compensación, como es el caso de la pensión compensatoria (art. 14.2).

No obstante el art. 14, en su apartado 1 establece una serie de excepciones a la compensación económica del trabajo para la casa:

“1. Salvo pacto en contrario, la compensación a que se refiere el artículo anterior no tendrá lugar cuando, de otra forma, el cónyuge con derecho a ella haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables a tal compensación, como consecuencia precisamente del régimen económico que ordenó su matrimonio.”

Por último cabe señalar que, de acuerdo con el art. 15.2 LREMV, la acción para reclamar el pago de la compensación prescribe en el plazo de cinco años. Este plazo comenzará a correr desde que se pudo exigir el pago de la compensación.

35 Clemente Meoro, M. E. “La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano”, cit., 7.

VI. CONCLUSIONES.

De lo expuesto con anterioridad se desprenden algunas de las luces y sombras de la LREM. Entre las primeras cabe destacar la muy interesante regulación del levantamiento de cargas con inclusión del trabajo de casa, la dedicación a los hijos o la colaboración no retribuida en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge como criterios para obtener una compensación económica, especialmente interesante cuando el régimen económico del matrimonio sea, en defecto de pacto, la separación de bienes, y uno de los cónyuges se encuentre en situación de desempleo y se dedique en exclusiva a la familia.

Por el contrario no figurarán entre las mismas la colocación del régimen de separación de bienes como régimen supletorio en una época de crisis económica en la que el creciente desempleo requiere de medidas solidarias entre los cónyuges y parece hacer más aconsejables regímenes de comunidad.

Entre las sombras destacaríamos desde luego, no sólo la posible inconstitucionalidad de la ley sino sobre todo la descarada copia del CC, a veces fragmentada y siempre peligrosa.

ESPAÑA: EL PROBLEMA DE LOS DENOMINADOS
“MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA”

*SPAIN: THE PROBLEM OF SO-CALLED
“MARRIAGES OF CONVENIENCE”*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.74-93



Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 1 de septiembre de 2013

RESUMEN: Este artículo es un análisis del problema de los denominados “matrimonios de conveniencia”, fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener bastante importancia en España. De esta forma, en el presente trabajo trataremos de, tras concretar qué se entiende por “matrimonio de conveniencia”, analizar la verdadera razón de ser de esta práctica, para así, poder detenernos en el examen de los indicios de todo “matrimonio de conveniencia”, las posibles formas de combatirlos, así como el control registral y judicial (deseable) de la legalidad de estos matrimonios; finalmente, haremos hincapié en los efectos de estos matrimonios, y la actual Ley de Extranjería española.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio, conveniencia, inmigración, nacionalidad española.

ABSTRACT: This paper is an analysis of the problem of so-called “marriages of convenience” very common phenomenon in countries undergoing strong immigration and starting to be quite important in Spain. Thus, in this paper try after forming what is meant by “marriage of convenience”, analyze the real reason for this practice, thus, be able to stop in reviewing all the evidence “marriage of convenience” possible ways to combat and control and judicial registrar (desirable) the legality of these marriages, and finally, we will focus on the effects of these marriages, and the current Spanish Immigration Law.

KEY WORDS: Marriage, convenience, immigration, Spanish nationality.

SUMARIO.- I. Planteamiento: el auge de los matrimonios de conveniencia.- II. Concepto de matrimonio de conveniencia.- III. Matrimonio y nacionalidad española.- IV. Matrimonio y Registro Civil español.- V. Indicios de matrimonio de conveniencia.- VI. Formas de combatir los matrimonios de conveniencia.- VII. El control registral de la legalidad del matrimonio.- I. Las presunciones como medio para acreditar un matrimonio de complacencia. - 2. La prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio.- 3. La prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero.- VII. El control judicial de la legalidad del matrimonio.- IX. Los efectos del matrimonio y la ley de extranjería.- X Reflexiones finales.

I. PLANTEAMIENTO: EL AUGE DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA.

Un 6 de junio, Antonia se casó enamorada de Eduardo, un joven uruguayo que le prometió amor eterno. Tres meses más tarde, y a la siete de la mañana, el “esposo” salió del domicilio conyugal para recoger su autorización de residencia y de trabajo. No volvió nunca más...Y es que la idea que más ha calado en la sociedad sobre estas uniones es el aprovechamiento que el extranjero hace del matrimonio para conseguir los papeles. No obstante, es justo reconocer que el otro cónyuge también se aprovecha. ¿Cómo? Recibe un beneficio económico o disfruta de una relación que puede ser de amistad, amorosa, o simplemente sexual.

Un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener bastante importancia en España, —que ha pasado de ser un país de emigración al extranjero, a ser un país receptor de ciudadanos que llegan de otros países para vivir aquí—, es el problema de los denominados “matrimonios de conveniencia”.

Mediante este tipo de enlaces, no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, asumir los derechos y las obligaciones que derivan del matrimonio, fundar una familia basada en el matrimonio, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y, generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos de regularizar su estancia en el

• Alfonso Ortega Giménez

Es Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche y Subdirector Académico del Master en Comercio Internacional, organizado por la Universidad de Alicante. Consultor de Derecho Internacional Privado de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Director del Observatorio de Inmigración de la ciudad de Elche y Vocal del Observatorio Valenciano de la Inmigración. Miembro del Consejo Asesor de la Revista *Economist & Jurist*. Ponente habitual en numerosos cursos organizados en España y en el extranjero en materia de Derecho Internacional Privado, Derecho de la Nacionalidad y la Extranjería, Derecho del Comercio Internacional, Contratación Internacional y Protección de datos de carácter personal, entre otras. Además, es autor de diferentes artículos, notas, reseñas y comentarios publicados en Revistas científicas, técnicas y de divulgación, españolas y extranjeras, y ha participado, como coordinador y/o autor, en más de una treintena de libros, relacionados con dichas materias.

país o de obtener de forma más fácil la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge.

El verdadero objetivo de estos "matrimonios" es obtener determinados "beneficios" en materia de nacionalidad y extranjería (=adquisición veloz y privilegiada de la nacionalidad española, obtención de un permiso de residencia en España, reagrupamiento familiar, etc.). En este sentido, los jueces creen que mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende y, generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la entrada o regulación en territorio nacional u obtener con facilidad la nacionalidad del contrayente.

De esta forma, en el presente trabajo trataremos de, tras concretar qué se entiende por "matrimonio de conveniencia", para así, poder detenernos en el examen de los indicios de todo "matrimonio de conveniencia", las posibles formas de combatirlos, así como el control registral y judicial (deseable) de la validez de estos matrimonios; finalmente, haremos hincapié en los efectos de estos matrimonios, y la actual Ley de Extranjería española.

II. CONCEPTO DE MATRIMONIO DE CONVENIENCIA.

El crecimiento de los denominados "matrimonios de conveniencia" –aunque podemos hablar también de "matrimonios de complacencia" o de "matrimonios blancos", como hace la doctrina francesa, ya que con ello se indica no que el matrimonio se ha celebrado "por conveniencia", sino que estos matrimonios son, realmente, matrimonios simulados–, llevó a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN) ha dictar una Instrucción [de la DGRN], de 9 de enero de 1995, sobre el Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el Extranjero¹. Con esta Instrucción, el instructor del expediente practica un interrogatorio por separado, y de modo reservado, para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial o, en su caso, para descubrir posibles fraudes. Es, en sí, un medio de control preventivo, pero que no permite erradicar todo matrimonio de conveniencia.

Ahora bien, si queremos dar un concepto de "matrimonio de conveniencia", debemos esperar un par de años, a que el Consejo de la Unión Europea (en adelante, UE), en 1997, se ocupara de este fenómeno, mediante la Resolución del Consejo, de 4 de Diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra matrimonios fraudulentos². Con arreglo a la presente Resolución

¹ BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995.

² DOCE C 382, de 16 de Diciembre de 1997.

se estableció que se entenderá por “matrimonio fraudulento”, el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro³.

Además, se señalaban como factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento, en particular, los siguientes: a) el no mantenimiento de la vida en común; b) la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; c) el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; d) el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos personales y profesionales –nombre, dirección, nacionalidad, trabajo–, sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; e) el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos; f) el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio –a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal–; o, g) el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

En este contexto, dichos factores, según señalaba, el Consejo de la UE, pueden desprenderse de declaraciones de los interesados o de terceras personas, informaciones

que procedan de documentos escritos, o de datos obtenidos durante una investigación.

Así, cuando existieran factores que hicieran presuponer que nos encontrábamos ante un “matrimonio fraudulento”, sólo se expedirá una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes, según el Derecho nacional, que el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y, que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia.

Cuando las autoridades competentes según el Derecho nacional establezcan que el matrimonio es un matrimonio fraudulento, se retirará, revocará o no se renovará la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero.

3 Este concepto de “matrimonio de conveniencia” ha sido seguido por la Fiscalía General del Estado, que, mediante la Circular 1/2002, define los “matrimonios de conveniencia” como “aquellos matrimonios celebrados con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con español o con quien ya se encuentra legalmente en el país”.

Con el fin de luchar contra el fraude en esta materia, y erradicar los "matrimonios fraudulentos", la DGRN, recientemente, ha dictado una Instrucción [de la DGRN], de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia⁴. Ahora bien, no se trata de una situación de reciente creación, y es que ya existía una Instrucción anterior, de 9 de enero de 1995, aprobada por el mismo Centro Directivo, en este caso sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. En dicha Instrucción ya se refiere el aumento de matrimonios entre españoles domiciliado en España y extranjero domiciliado fuera de España, contraídos exclusivamente para facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros.

De esta forma, la DGRN ha dado a conocer una serie de orientaciones y reglas con el fin de evitar la proliferación de "matrimonios de conveniencia". A los Encargados de los Registros Civiles españoles se les indica, por ejemplo, que "debe considerarse y presumirse que existe auténtico consentimiento matrimonial", cuando un contrayente conoce "los datos personales y/o familiares básicos del otro". Eso sí, teniendo en cuenta ciertas reglas, como que el desconocimiento "debe ser claro, evidente y flagrante", que no es preciso "descender a los detalles más concretos posibles" y que no puede fijarse una "lista cerrada" de datos básicos de obligado conocimiento. Además, la DGRN considera que para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes deben tenerse en cuenta seis reglas, como tiempo y tipo de relaciones de convivencia, idioma común, matrimonios simulados anteriores y prueba indubitable de entrega de una cantidad económica.

Señala la DGRN, que los llamados "matrimonios complacencia" se celebran, frecuentemente, a cambio de un precio: un sujeto –frecuentemente, aunque no siempre, un ciudadano extranjero–, paga una cantidad a otro sujeto –normalmente, aunque no siempre, un ciudadano español–, para que éste último acceda a contraer matrimonio con él, con el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá "convivencia matrimonial auténtica" ni "voluntad de fundar y formar una familia", y de que, pasado un año u otro plazo convenido, se instará la separación judicial o el divorcio.

El verdadero objetivo de estos matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería. Los objetivos más usuales de estos matrimonios son los siguientes: a) adquirir de modo acelerado la nacionalidad española, en la medida en que el cónyuge del ciudadano español goza de una posición privilegiada para la adquisición de la nacionalidad española (art. 22.2 CC): basta un año de residencia en España por parte del sujeto extranjero (art. 22.2 CC), siempre que sea una residencia "legal, continuada e inmediatamente anterior a la Petición" (art. 22.3 CC); b) lograr una autorización de residencia en España, ya que

4 BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la UE ni del EEE y que sea cónyuge o pareja de hecho de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, como indica el art. 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁵ (en adelante, Real Decreto 240/2007), no siendo preciso que tales extranjeros “mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente” con sus cónyuges españoles –tal y como señaló el TS, Sala Tercera, en su Sentencia de 10 de junio de 2004–; o, c) lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. En efecto, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero puede ser “reagrupado”, pues el art. 39.I del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, 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 (en adelante, Real Decreto 2393/2004)⁶.

Por tanto, en España, conforme a las previsiones de las DGRN y de la Fiscalía General del Estado, se presumen “matrimonios de conveniencia”, los siguientes:

a) Aquellos matrimonios celebrados en España entre nacionales de Estados miembros de la UE, con nacionales de terceros Estados en situación irregular;

b) Aquellos matrimonios celebrados en España entre nacionales de Estados no miembros de la UE, cuando uno de los contrayentes se encuentra legalmente en el país y el otro contrayente está en situación irregular; y,

c) Aquellos matrimonios celebrados en un país extranjero conforme a la ley del lugar de celebración cuando uno de los contrayentes es español y el otro contrayente es nacional de un tercer Estado no miembro de la UE.

La respuesta jurídica a estos “matrimonios blancos” es la de declararlos nulos, ante la falta de consentimiento matrimonial.

III. MATRIMONIO Y NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

Nuestro CC prevé, en los arts. 17 y ss., diferentes formas de adquisición de la nacionalidad española; una de ellas, la prevista en su art. 22, permite la concesión de la nacionalidad por residencia. Se establece un plazo general de diez años, que puede reducirse a cinco –*para los que hayan obtenido la condición de refugiado*–, dos –*cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes*– o, incluso, bajo determinados condicionantes, puede bastar un solo año de residencia para ello –en este sentido,

5 BOE núm. 51 de 28 febrero de 2007.

6 BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005; corrección de errores en BOE núm. 130, de 1 de junio de 2005.

en virtud del art. 22.2.d) de nuestro CC, podrá adquirir la nacionalidad española, **el que al tiempo de la solicitud llevaré un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho**-. Parece ser que para el legislador español, son suficientes vínculos con el foro español, el hecho de que un extranjero/a esté casado/a con español/a.

Quizás, el arraigo con el territorio español, la voluntad del sujeto de ser español, y el favorecimiento de la "unidad jurídica de la familia", sean argumentos suficientes para justificar la forma de adquisición de la nacionalidad española prevista en el mencionado art. 22.2.d) de nuestro CC⁷.

Ahora bien, debe tratarse de vínculo matrimonial real, esto es, tal y como señaló, en su día, la Instrucción de la DGRN, de 20 de marzo de 1991⁸, **habrá de cerciorarse el Encargado de si el matrimonio del casado o viudo de español corresponde o ha correspondido a una situación de convivencia en el tiempo a que la Ley se refiere**. Aunque, nuestro CC parte de la presunción a favor de que los cónyuges viven juntos.

IV. MATRIMONIO Y REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.

Hemos tenido que esperar hasta el año 1993 para que la DGRN comenzara a pronunciarse sobre los efectos de los denominados "matrimonios de conveniencia". Pues bien, para que el matrimonio tenga plena validez, se hace necesario que "el Encargado del Registro Civil llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor nulo por simulación.

En cualquier caso, existe un trámite esencial y del que no debe prescindirse, ni cumplirlo formulariamente, como es la audiencia que el instructor, asistido por el secretario, debe realizar de cada contrayente, reservadamente y por separado, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración. Esta audiencia, que en caso del contrayente domiciliado en otro lugar puede efectuarse ante el Registro Civil del domicilio del mismo, puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial.

7 Vid. en sentido amplio, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española", citado, pp. 7-34.

8 BOE de 26 de marzo; corrección de errores en BOE de 27 de marzo.

Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración. Así, hechos objetivos comprobados tales como, p. ej., que “...los contrayentes se conocieron personalmente unos días antes de la boda; ella no habla español y él no habla chino y se comunican por medio de una hermana de aquella que actúa como interprete; sus contactos anteriores por teléfono son, pues, difícilmente comprensibles...”; que “...ambos contrayentes se conocieron por teléfono y sólo se vieron tres días antes de la celebración del matrimonio en forma local; que uno y otro ignoran datos elementales sobre la vida de cada uno; que ella nunca ha viajado a España; que él es la primera vez que ha viajado a la República Dominicana y, sin conocer a la interesada, vino provisto de certificado de nacimiento y de la fe de soltería, y que el mismo no recuerda incluso cuándo y dónde ha sido celebrado el matrimonio...”¹⁰; o, que “...él es un soltero español, nacido en 1974 y ella una viuda cubana nacida en 1934; y, que ésta ha declarado que no recuerda cuándo ni dónde conoció a su esposo; que ignora lo que hacía éste en La Habana cuando lo conoció, así como las aficiones de su esposo y sus estudios o profesión, y que desconoce también el empleo del mismo y si dispone de medios económicos...”¹¹, permite constatar la ausencia de consentimiento matrimonial, descubrir la voluntad encubierta de las partes y, por tanto, declarar nulo dicho matrimonio.

V. INDICIOS DE MATRIMONIO DE CONVENIENCIA.

Son varios los indicios a señalar que pueden probar la existencia de un “matrimonio de conveniencia”:

- El desconocimiento de circunstancias personales y familiares del otro contrayente, deducidas de la audiencia por separado ante el Encargado del Registro Civil¹².

- Las discrepancias entre las declaraciones de ambos contrayentes, en la audiencia por separado ante el Encargado del Registro Civil, sobre hechos tales como el día en que conocieron, la forma en que se conocieron, la profesión, la existencia de hijos anteriores al matrimonio u otras circunstancias personales y familiares¹³.

9 RDGRN 22 noviembre 1995.

10 RDGRN 23 marzo 1996.

11 RDGRN 18 julio 1996.

12 Así, p. ej., la RDGRN 18 julio 1996, en la que se declaró la conveniencia entre un soltero español, nacido en 1974 y una viuda cubana nacida en 1934, que no recordaba cuándo ni dónde conoció a su esposo; que ignoraba lo que hacía éste en La Habana (Cuba) cuando lo conoció, así como las aficiones de su esposo y sus estudios o profesión, y que desconocía también el empleo del mismo y si dispone de medios económicos suficientes.

13 Así, p. ej., la RDGRN 19 junio 1999, en la que se probó que los contrayentes se conocieron personalmente cuatro días antes de la boda y antes por medio de unas amigas de ella que viven en España; antes de conocerse personalmente ya habían decidido la boda por teléfono; ella desconoce el domicilio de su esposo, cuál fue su profesión, el lugar de su nacimiento, el nombre de su madre y los nombres y edades de sus hermanos; él por su

- La superficialidad de la relación, consecuencia de haberse conocido a través de un intermediario, o unos días antes de la celebración del matrimonio¹⁴.

- La imposibilidad de comunicación a través de una lengua común¹⁵.

- La situación de irregularidad del contrayente extranjero¹⁶.

- La diferencia notable de edad¹⁷.

- Las confesiones de los contrayentes, que supongan una confesión de la simulación del matrimonio¹⁸.

Por otro lado, indicios tales como los siguientes, pueden probar la validez del matrimonio:

- La existencia de hijos comunes, o el hecho de que la mujer esté embarazada¹⁹.

- La residencia legal del contrayente extranjero en España o en cualquier otro país de la UE²⁰.

- El conocimiento de circunstancias personales y familiares del otro contrayente.

- Las concordancias entre las declaraciones de ambos contrayentes.

- La posibilidad de comunicación a través de una lengua común.

parte tampoco supo decir el nombre de su suegra, el domicilio de su esposa y su número de teléfono.

14 Así, p. ej., la RDGRN 23 marzo 1996, en la que se consideró "matrimonio de conveniencia" el caso de aquellos contrayentes que se conocieron por teléfono y sólo se vieron tres días antes de la celebración del matrimonio; que uno y otro ignoraban datos elementales sobre la vida de cada uno; que ella nunca había viajado a España; que él era la primera vez que había viajado a la República Dominicana y, sin conocer a la interesada, vino provisto de certificado de nacimiento y de la fe de soltería, y que el mismo no recuerda incluso cuándo y dónde había sido celebrado el matrimonio.

15 Así, p. ej., la RDGRN 22 noviembre 1995, en la que se deniega la inscripción de un matrimonio celebrado en China entre un español y una china, en el que "...los contrayentes se conocieron personalmente unos días antes de la boda; ella no habla español y él no habla chino y se comunican por medio de una hermana de aquella que actúa como interprete; sus contactos anteriores por teléfono son, pues, difícilmente comprensibles...".

16 Así, p. ej., la RDGRN 5 diciembre 1996, relativa a un expediente para contraer matrimonio civil entre cubano y española, cuya celebración fue denegada por el Encargado del Registro Civil, por entender que no existe verdadero consentimiento matrimonial sino la intención de obtener por parte del contrayente la residencia española.

17 Así, p. ej., la RDGRN 8 enero 1996, por la que se declara nulo el matrimonio celebrado en Cuba, el 5 de octubre de 1995 entre una cubana de quince años de edad y un ciudadano español soltero; éste no se desplazó a Cuba, sino que se casó por poderes a favor de otro ciudadano español casado para que éste en su nombre contrajera matrimonio con la joven cubana.

18 Así, p. ej., en la RDGRN 25 junio 1997, se señala que el contrayente extranjero, al conocer que la contrayente española era invidente, le participa al Encargado del Registro Civil "que era igual, aunque fuese una vieja, que lo que deseaba era salir de su país".

19 Así, p. ej. las RRDGRN 18 enero 1999, 15 junio 1999, 18 octubre 1999, 13 enero 2000 y 3 julio 2001.

20 Así, p. ej., las RDGRN 27 septiembre 2000 y 25 octubre 2000.

Además, deben considerarse intrascendentes circunstancias tales como “que el contrayente extranjero se encuentre en prisión²¹, haberse conocido a través de internet²², tener preparada la documentación para el expediente matrimonial antes de que el contrayente extranjero venga a España y conozca al contrayente español²³, o el hecho de contraer matrimonio por poderes²⁴”.

Si bien es cierto que, en ocasiones los indicios nos llevan a afirmar que nos encontramos (o nos podemos encontrar) ante un “matrimonio blanco”, será el Encargado del Registro Civil, la autoridad competente para decidir sobre la celebración o inscripción de un matrimonio.

VI. FORMAS DE COMBATIR LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA.

Para luchar contra los “matrimonios de conveniencia”, las medidas a adoptar pasan por las siguientes: a) las presunciones como medio para acreditar un matrimonio de complacencia; b) la prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio; y, c) la prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero.

I. Las presunciones como medio para acreditar un matrimonio de complacencia.

Para evitar que se celebren matrimonios de complacencia debe aplicarse la mencionada Instrucción de la DGRN, de 9 de enero de 1995. La celebración del matrimonio civil, o en las formas religiosas de las iglesias evangélicas –Ley 24/1992, de 10 de noviembre–, la forma hebrea –Ley 25/1992– y la forma islámica –Ley 26/1992–, exige, cuando uno de los contrayentes es español y el consentimiento se va a prestar ante autoridad española, un expediente previo para acreditar la capacidad nupcial del mismo y su verdadera intención de contraer matrimonio, expediente que tiene por objeto verificar la concurrencia de todos los requisitos legales necesarios para la validez del matrimonio y, entre ellos, la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial²⁵. Se prevé la realización de un trámite de

21 RDGRN 11 enero 2000.

22 RDGRN 3 marzo 2000.

23 RDGRN 3 marzo 2000.

24 RDGRN 19 octubre 1998.

25 Así, p. ej., la SAP Barcelona (Sección 18ª) 8 noviembre 1999, al tratar la nulidad de un matrimonio entre española y uruguayo, considera que hay muy poco espacio de tiempo entre la fecha del matrimonio, y el abandono del domicilio conyugal por parte del marido, poco más de tres meses, lo que no delata, dice el Tribunal, una verdadera causa de separación matrimonial, y sí delata en cambio la ausencia de consentimiento matrimonial, además el demandado abandona el que fuera domicilio conyugal, precisamente el mismo día que debía acudir a la Oficina de Extranjeros del Gobierno Civil a recoger su permiso de residencia en España. Se utiliza el juego de las presunciones dada la imposibilidad de conocer con exactitud la voluntad interna de una persona, sin embargo se puede deducir la falta de consentimiento del análisis de los hechos previos, coetáneos y posteriores y del comportamiento del contrayente. Sigue diciendo la sentencia que las presunciones permiten deducir la existencia de reserva mental en el consentimiento de uno de los contrayentes mediante hechos externos y circunstancias objetivas.

audiencia de cada uno de los contrayentes por separado y "de modo reservado" en el que el instructor del expediente puede y debe interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la "verdadera intención matrimonial" de los mismos o, en su caso, descubrir posibles fraudes²⁶.

En el mismo sentido, no debemos olvidar que cuando un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales, siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, incluida la eventual simulación del consentimiento.

Para deducir la simulación del consentimiento matrimonial hay que tener en cuenta dos datos básicos, a saber: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y/o familiares básicos del otro...; b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes...; c) los datos o hechos relativos al matrimonio, que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los mismos, pero que pueden, con los elementos anteriores ayudar a formar la convicción adecuada...

2. La prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio.

Señala la DGRN, en su Instrucción de 2006, que cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, se puede proceder a su inscripción en el Registro Civil español a través de dos mecanismos registrales alternativos: a) a través de la certificación extranjera en la que conste la celebración del matrimonio; o, b) en su defecto, a través de un expediente registral para acreditar la legalidad del matrimonio y la certeza de su celebración. No obstante, en ambos casos, el Encargado del Registro Civil en cuestión ha de realizar un control de la "legalidad del hecho con arreglo a la ley española", ya que sólo así se garantiza que accedan al Registro Civil actos válidos y eficaces.

26 La importancia de este trámite fue subrayada por la citada Instrucción de la DGRN, de 9 de enero de 1995, en la que se señaló que "un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes", de modo que dicho interrogatorio "debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de verdadero consentimiento matrimonial". El instructor podrá preguntar, por ejemplo, sobre las intenciones de vida en común de los contrayentes, hijos que desearían tener, desde cuándo dura la relación, cómo piensan organizar la convivencia común, etc. Son datos que permiten revelar si los contrayentes desean "formar una familia" o, con otras palabras, "asumir los derechos y deberes del matrimonio". El interrogatorio efectuado por la Autoridad española debe ser lo más completo posible. Un interrogatorio puramente formulario, de escasa entidad cuantitativa y cualitativa no es suficiente para inferir la existencia de un matrimonio simulado.

Nos encontramos ante un control a priori, el trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes, por separado y de modo reservado, con el fin de *certificarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración.*

3. La prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero.

En estos casos, los Encargados del Registro Civil deben controlar la legalidad y autenticidad del consentimiento matrimonial con arreglo a la Ley española cuando uno de los contrayentes sea español o, cuando siendo extranjeros ambos, deba igualmente ser aplicada en ejecución de la cláusula de orden público por admitir la Ley extranjera los matrimonios simulados. Así, con la finalidad de facilitar la consecución de este doble objetivo por parte de los Encargados de los Registros, la DGRN, en la Instrucción comentada de 2006, ha dado las siguientes orientaciones prácticas:

Primera. Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los datos personales y/o familiares básicos del otro; y, b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes. En cuanto a la valoración de ambos elementos se han de tomar en cuenta los siguientes criterios prácticos: a) debe considerarse y presumirse que existe auténtico consentimiento matrimonial cuando un contrayente conoce los datos personales y familiares básicos del otro contrayente. Si los contrayentes demuestran conocer suficientemente los datos básicos personales y familiares mutuos, debe presumirse, conforme al principio general de presunción de la buena fe, que el matrimonio no es simulado y debe autorizarse o inscribirse, según los casos.

Para acreditar la existencia de un conocimiento suficiente de los datos personales básicos mutuos de los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1ª) El Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas; 2ª) No puede fijarse una "lista cerrada" de datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento es exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto. Sí puede, sin embargo, proporcionarse una "lista de aproximación" con los datos básicos personales y familiares mutuos más frecuentes que los contrayentes deberían conocer el uno del otro; 3ª) El conocimiento de los datos básicos personales de un contrayente por el otro contrayente debe ser un conocimiento del núcleo conceptual de dichos datos, sin que sea preciso descender a los detalles más concretos posibles; 4ª) En su caso, el desconocimiento de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro, evidente

y flagrante; y, 5ª) La existencia de otros datos personales del contrayente que son meramente accesorios o secundarios.

Para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1ª) Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio; 2ª) Las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales, o bien relaciones epistolares o telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet; 3ª) El hecho probado de que los contrayentes conviven juntos en el momento presente o tienen un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de relaciones personales; 4ª) El hecho de que los contrayentes no hablen una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles. Por tanto, de ese mero dato no cabe inferir, por sí solo, que las relaciones personales no existen o no han existido. Será un dato más que el Encargado del Registro Civil español tendrá presente para valorar, junto con otros datos y hechos, la presencia o ausencia de relaciones personales» entre ambos contrayentes; 5ª) El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio de que no existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, sino relaciones meramente figuradas. 6ª) El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un poderoso indicio de que no existen relaciones personales entre los contrayentes, ni verdadera voluntad matrimonial.

Además, de forma complementaria a lo anterior; señala la DGRN, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, sin perjuicio de que en concurrencia con las circunstancias antes enumeradas pueda coadyuvar a formar la convicción del Encargado en sentido positivo o negativo respecto de la existencia de verdadera voluntad matrimonial.²⁷

27 Así, se pueden enumerarse los más frecuentes de entre ellos: a) el hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería; b) el hecho de que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas; c) el hecho de que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que aporte el cien por cien de tales recursos, pues en sí mismo, este dato nada dice de una posible intención simulatoria de los contrayentes o de la autenticidad del consentimiento matrimonial; d) el hecho de que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace tampoco dice nada, en sí mismo, sobre la intención simulatoria de los contrayentes; e) el hecho de que exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes tampoco dice nada por sí sólo acerca de la autenticidad y realidad del consentimiento matrimonial, por lo que es un dato que no puede utilizarse, de ningún modo, para inferir nada al respecto, salvo que concurra con otras circunstancias, ya enumeradas, de desconocimiento o falta de relación personal.

Segunda. De forma adicional, la DGRN, en la mencionada Instrucción de 31 de enero de 2006, ha señalado que: a) el Encargado del Registro Civil debe alcanzar una “certeza moral plena” de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción; b) el Encargado del Registro Civil que aplica las presunciones judiciales debe incluir en su resolución, de modo expreso, el razonamiento en virtud del cual dicha Autoridad ha establecido la presunción, evitando la utilización de modelos formularios que, por su generalidad y falta de referencia a las concretas circunstancias particulares del caso concreto, no alcanzan a llenar el requisito imprescindible de la motivación de la resolución; y, finalmente, c) frente a la formulación de una presunción judicial, cualquiera de los contrayentes u otra persona legitimada puede practicar una prueba en contrario, la cual puede estar dirigida a demostrar la inexistencia del indicio tomado en cuenta por la Autoridad española y/o demostrar la inexistencia del nexo de inferencia entre tal indicio y la situación de matrimonio simulado.

Tercera. Finalmente, nos recuerda la propia DGRN que, si se rechaza la autorización o la inscripción del matrimonio al existir sospechas de simulación en el matrimonio, siempre es posible instar posteriormente la inscripción del matrimonio si surgen nuevos datos relevantes, pues en el ámbito del Registro Civil no rige el principio de “cosa juzgada”.

VII. EL CONTROL REGISTRAL DE LA LEGALIDAD DEL MATRIMONIO.

En virtud del ordenamiento jurídico español, son matrimonios inscribibles en el Registro Civil español, a saber:

a) Todos aquellos matrimonios celebrados en forma civil cuya celebración fue autorizada por el propio Encargado del Registro Civil español, en el que los contrayentes son nacionales o extranjeros²⁸.

b) Todos aquellos matrimonios celebrados en España, sin expediente registral previo, sea en forma religiosa católica o islámica, o en forma consular por dos extranjeros, en aplicación de su ley personal, deben inscribirse en el Registro Civil correspondiente al lugar de su celebración para el pleno reconocimiento de sus efectos civiles²⁹.

c) Todos aquellos matrimonios celebrados fuera de España conforme a la ley del lugar de celebración del mismo, cuando uno de los contrayentes sea nacional

28 Dicho control pasa, en virtud de los arts. 49.1º y 56 de nuestro CC, por la realización de un expediente registral previo.

29 Así lo establecen los arts. 60, 61, 63 y 65 CC; y 15 y 16 LRC.

español, se exige la previa calificación del Encargado del Registro Civil competente, Registro Consular o registro Central.³⁰

Y, son dos los supuestos de control registral de la legalidad de matrimonios inscribibles por parte del Encargado del Registro Civil competente, a saber:

a) Control registral previo a la celebración del matrimonio. Cuando un nacional español o extranjero pretenda contraer matrimonio, en España o en el extranjero, es necesario tramitar un expediente registral previo a la autorización del matrimonio, con el fin de controlar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la validez del matrimonio que se quiere celebrar: capacidad matrimonial, consentimiento y forma.

b) Control registral posterior a la celebración del matrimonio. Una vez celebrado el matrimonio, sean contrayentes españoles o extranjeros, para alcanzar la plena validez, se hace necesaria su inscripción en el Registro Civil; en ese momento, es donde la autoridad competente, al igual que el supuesto del expediente registral previo, deberá examinar la concurrencia de los requisitos legales exigidos para la validez del matrimonio.

La negativa a la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio, abriría la reclamación en sede judicial, con el fin de que el órgano judicial competente se pronuncie sobre la validez y eficacia del matrimonio celebrado, y, en su caso, acuerde la inscripción del mismo en el Registro Civil español.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

Por su parte, respecto del control judicial de la validez del matrimonio, debemos distinguir tres supuestos también:

a) Ante la denegación del Encargado del Registro Civil competente para la autorización del matrimonio, sólo queda acudir a la vía judicial ordinaria para la tutela judicial del derecho fundamental a contraer matrimonio libremente.

b) Si el matrimonio ya se ha celebrado e inscrito en un Registro Civil español, éste sólo podrá ser cancelado a través de la correspondiente acción judicial de nulidad.

c) Respecto de los matrimonios celebrados que deben ser inscritos en el Registro Civil español y dicha inscripción es denegada en vía registral, procede la vía judicial ordinaria, con el fin de declarar la validez de un matrimonio ya celebrado e inscribirlo en el Registro Civil.

³⁰ Así lo establecen los arts. 65 de nuestro CC; y 256.3° RRC.

IX. LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO Y LA LEY DE EXTRANJERÍA.

La celebración, y posterior inscripción en el registro Civil español de un matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes es extranjero tiene sus consecuencias desde la perspectiva del derecho de Extranjería, y que podríamos resumir en las siguientes:

a) El matrimonio por sí solo no regulariza de forma automática la situación del cónyuge extranjero que se encuentra en España en situación irregular o, en el extranjero esperando la regularización de su situación para poder entrar en España.

b) El matrimonio no es una circunstancia por sí sola determinante para el otorgamiento de un visado o para la concesión de una autorización de residencia y de trabajo.

c) El matrimonio permite la obtención de una autorización de residencia en España, ya que el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la UE ni del EEE y que sea cónyuge o pareja de hecho de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, en virtud del art. 2 del RD 240/2007.

d) El matrimonio permite lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. En efecto, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero puede ser "reagrupado", pues el art. 39.1 del Real Decreto 2393/2004, señala que "el extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley...".

e) A partir de la última reforma de la Ley de Extranjería³¹, el "contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor; cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito"³² es considerada infracción grave sancionada por la Ley de Extranjería con multa de 501 a 10.000 euros.

X. REFLEXIONES FINALES.

Llegados a este punto, a modo de conclusión, podríamos destacar las siguientes ideas:

31 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

32 Art. 53.2.c) de la Ley de Extranjería.

Primera. La nacionalidad española es el nexo jurídico de unión entre las personas con el Estado; se configura como un derecho que tienen los ciudadanos que otorga derechos y deberes de capital importancia. En este sentido, una de las formas más utilizadas de adquisición de la nacionalidad española es la vía del matrimonio –art. 22 de nuestro CC–, ya que el cónyuge de español o española puede adquirir la nacionalidad española al cumplir un año de residencia en España.

Así, frente a los diez años de residencia que se prevén con carácter general, los cinco que han de residir los refugiados o los dos que se establecen para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o sefardíes³⁴. De esta forma, puede resultar interesante para el extranjero contraer matrimonio con un español con el fin de obtener alguna de estas ventajas. El español, por su parte, puede acceder a la solicitud por dinero, por altruismo o por cualquier otra circunstancia. En cualquier caso lo que convierte el matrimonio en un matrimonio blanco es que los contrayentes no pretenden cumplir con los fines del matrimonio, tal como vienen definidos en los arts. 67 y 68 CC.

Segunda. Los llamados "matrimonios de conveniencia" son una realidad en creciente aumento en nuestro país³³. Se trata de enlaces matrimoniales donde lo que se pretende es exclusivamente facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros.

Las instrucciones dadas por el Ministerio de Justicia al personal de los Registros Civiles para detectar estos "matrimonios de conveniencia" no dejan de ser medidas de sentido común, que difícilmente garantizan que disminuyan el número de estos "matrimonios fraudulentos". Nos encontramos ante medidas desproporcionadas para atajar este fenómeno, desproporción en el sentido de que son los Encargados de los Registros Civiles –órganos administrativos– quienes deciden sobre la conveniencia o no de un matrimonio, su celebración, inscripción y validez, pudiendo sus decisiones ser atacadas en vía judicial.

Si el Juez Encargado del Registro Civil llega a la convicción de que los interesados están actuando en fraude a la ley, beneficiándose de las consecuencias legales del matrimonio, ante la falta de verdadero consentimiento matrimonial, dicho matrimonio será declarado nulo por simulación, y al extranjero, en cuestión, se le aplicará la sanción correspondiente, prevista en la legislación de extranjería.

En definitiva, independientemente de la denominación –matrimonios de complacencia, "matrimonios de conveniencia" o "matrimonios blancos"–, nos encontramos ante matrimonios simulados celebrados normalmente entre

³³ Así, p. ej., el número de resoluciones dictadas por la DGRN, en relación con tales matrimonios, es incontable, especialmente desde el año 1995.

extranjeros y españoles, o entre extranjeros. Son “matrimonios” en los que no concurre un verdadero “consentimiento matrimonial”. Por tanto, no son “verdaderos matrimonios”, sino negocios jurídicos simulados o “matrimonios meramente aparentes”, como señala la DGRN, pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial, ya que son sólo el medio a través del cual se procuran obtener ventajas legales en el sector del Derecho de Extranjería y de la Nacionalidad.

Tercera. La preocupación ante la extensión de este fenómeno –cuyo propósito, en claro fraude de ley, no es sino el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial en el campo de la nacionalidad y de la extranjería–, en el plano internacional, ha llevado a la Comisión Internacional del Estado Civil la constitución de un Grupo de Trabajo específico para intercambiar las experiencias y medidas adoptadas para combatir tal fenómeno en los distintos países miembros, que pretende complementar en el ámbito de los matrimonios de complacencia la Recomendación (n.º 9), adoptada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil.

Además, de las medidas adoptadas en Bélgica con la aprobación del nuevo Código de Derecho Internacional Privado, en Holanda con el establecimiento de un nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros, o en Suiza con la atribución de mayores poderes a los Encargados de los Registros Civiles para poder denegar las inscripciones de documentos que consideren fraudulentos.

Cuarta. La DGRN, en su Instrucción de 31 de enero de 2006, se refiere a las dos vías de lucha contra los “matrimonios blancos”: a) una *a posteriori*, que consiste a la acción de nulidad matrimonial instada por el Ministerio Fiscal; y, b) la conveniencia de adoptar medidas *a priori*, en especial con el trámite fundamental de la audiencia reservada y por separado, y ello para que *el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos del real consentimiento matrimonial. Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración.*

Quinta. El nuevo panorama en el que nos encontramos exige acometer algunas reformas, que permitan afrontar la nueva realidad de una forma global. Varios caminos se vislumbran, a nuestro modo de ver: a) por un lado, acometer la reforma del “generoso” art. 22 de nuestro CC, de forma que se amplíen los plazos de adquisición de la nacionalidad española por matrimonio, hasta que el ciudadano extranjero pruebe que está totalmente integrado en España;³⁴ y/o, b) por otro lado, acometer

34 En sentido contrario pensó el legislador español, cuando acometió la reforma del art. 22 CC, a través de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil, al pensar que la integración se produce más rápidamente si hay matrimonio, incluso aunque el cónyuge haya fallecido.

la reforma de la legislación de extranjería –en particular del RD 2393/2004 y del RD 240/2007–, de forma que para la concesión de una autorización de residencia y de trabajo no baste sólo con acreditar el matrimonio con un ciudadano nacional de un estado miembro de la UE, ampliándose los plazos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar:

En definitiva, *¡Ponga usted un extranjero o una extranjera en su vida!, abandone el caparazón del miedo al desconocido, salte las barreras de clase, etnia, raza y religión y déjese contaminar por él, por ella.*

DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES TRAS LA RUPTURA DE LA
UNIÓN DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

*PROPERTY CONSEQUENCES OF A COMMON LAW
PARTNERSHIP IN CHILEAN LAW*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.94-113

David G.
VARGAS y
Juan Carlos
RIFFO

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de agosto de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 6 de septiembre de 2013

RESUMEN: Las uniones de hecho son una realidad social creciente en nuestro país, no obstante nuestro ordenamiento jurídico no ha efectuado un reconocimiento expreso a estas relaciones, constatando la existencia de diversas disposiciones que aisladamente le reconocen, de modo más o menos explícito, ciertos efectos jurídicos. Sin embargo, ninguno de dichos preceptos legales entrega un concepto de unión de hecho, ni de sus requisitos, ni permite configurar la existencia de un supuesto estado civil de conviviente. Ante tal vacío, ha sido la doctrina y principalmente la jurisprudencia quienes han venido a encargarse de delimitar el concepto y los requisitos de las uniones de hecho, así como de la regulación de los efectos patrimoniales de las mismas una vez que se produce el término del concubinato. Con todo, creemos que no resulta posible regular sus efectos patrimoniales mediante la aplicación de la compensación económica establecida en la Ley de Matrimonio Civil Chilena para el caso de divorcio o nulidad matrimonial.

PALABRAS CLAVE: Uniones de hecho, ruptura, efectos patrimoniales.

ABSTRACT: De facto unions are a growing social reality in our country, however our legal system has not made an express recognition to these relationships, confirming the existence of various provisions alone will recognize, more or less explicit, certain legal effects. However, none of these legal precepts delivers a concept union, or its requirements, or to configure the existence of an alleged status of partner. Given this vacuum, has been the doctrine and jurisprudence mainly those who have come to take charge of defining the concept and requirements of domestic partnerships as well as the regulation of the property consequences thereof occurs once the term of the concubinage. However, we believe that it is not possible to regulate its economic effects by applying the compensation established in the Chilean Civil Marriage Act in the case of divorce or annulment.

KEY WORDS: De facto unions, rupture, economics effects.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Concepto de unión de hecho.- III. La constitución política de la república de 1980 protege tanto a la familia matrimonial como a la familia derivada de la simple unión de hecho.- IV. Causales de disolución de las uniones de hecho y sus consecuencias.- V. De los efectos patrimoniales ocurridos a la ruptura de la unión de hecho.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Según los resultados arrojados por el censo poblacional practicado por el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile en el año 2012, son 2.078.727 el número de personas heterosexuales que han optado por vivir en pareja a través de la convivencia de hecho¹. Esta cifra demuestra que alrededor de un 15% de la población chilena optó por la unión de hecho antes que la conyugal, lo cual constituye un aumento significativo del número de convivencias en relación a los anteriores empadronamientos demográficos, ya que en el censo realizado el año 2002 el porcentaje de uniones de hecho alcanzaba un 8,9%², y en la misma medición realizada en 1992 se registraba tan sólo un 5,7%³. Como se puede apreciar, las relaciones mantenidas al margen del régimen matrimonial han aumentado sostenidamente en las últimas dos décadas. De esta forma, nuestra sociedad tiende a ampliar el concepto tradicional de familia hacia las uniones de hecho, sin que puedan plantearse dudas sobre la legitimidad o aceptación social de estas relaciones⁴. En el ámbito normativo, esta situación se refleja, primeramente en la propia Constitución Política de la República de 1980 que, al consagrar a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, no nos entrega un concepto de ésta de modo tal que pueda adaptarse a los diversos cambios que van afectando a nuestra sociedad. El CC que entró en vigencia el 1° de enero de 1857, tampoco otorgó un concepto de

1 Instituto Nacional de Estadísticas. Síntesis de resultado Censo 2012. En www.censo.cl. Sitio web visitado el 30 de septiembre de 2013.

2 Instituto Nacional de Estadísticas.. XVII Censo Nacional de población y VI de vivienda. Santiago, Chile, 2002.

3 En <http://www.ine.cl/cd2002/poblacion.pdf>. Sitio web visitado el 30 de septiembre de 2013.

4 De la Barra Suma de Villa, M° A. "Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: Posibilidad de aplicación a parejas homosexuales". *Revista de Derecho y Humanidades* (2010). 16, 101.

• David G. Vargas Aravena

Licenciado en Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción de Chile, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca en España. Se halla en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de dicha Universidad. Profesor de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y del Magister de la Universidad de San Sebastián (sede Concepción). Autor de numerosas publicaciones en prestigiosas revistas científicas, siendo autor de la monografía "Daños civiles en el matrimonio", La Ley, 2009. Ha sido ponente en diversos congresos internacionales relacionados con el Derecho de Familia.

• Juan Carlos Riffo Chávez

Actualmente Abogado, Egresado de la Universidad Católica de la Santísima Concepción de Chile, Diplomado en Legislación Tributaria, Licenciado en Educación de la Universidad Católica del Norte, Diplomado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad La República Universidad Nacional de Rosario y Magister (c) en Derecho Privado.

familia o una regulación orgánica al concubinato o barraganía, sin embargo, atendió implícitamente esta realidad al reconocer la existencia de hijos naturales que se originaban de una relación de concubinato.

Sin embargo, aun cuando el CC no sancionaba estas relaciones como sí lo hacía la legislación anterior, la jurisprudencia siguió castigándolas cuando causaban un escándalo público, en lo que se reflejaba que, pese a la posición abstencionista del legislador en torno al tema, la sociedad continuaba reprochándolas. Ahora bien, el CP de 1875, tipificó el delito de amancebamiento respecto del marido que mantenía una cierta relación de convivencia con una persona casada, ya sea dentro de la casa conyugal o fuera de ésta con escándalo. Junto a esto, se contemplaba el delito de adulterio respecto de la *mujer que yacía con hombre* distinto del marido, con una penalidad más elevada que el delito de amancebamiento. Estos delitos fueron derogados por la Ley N°19.335 de 23 de septiembre de 1994. Además, la jurisprudencia tendía a castigar otros tipos de relaciones de convivencias que no se encontraban contempladas por el tipo penal anterior, aduciendo la infracción al pudor o las buenas costumbres, aplicando el tipo residual del art. 373 CP, aún en vigor⁵. Así, se evidencia una reticencia del legislador a regular las uniones de hecho a lo largo del siglo XIX. Esta tendencia se mantiene hasta mediados del siglo XX, cuando distintas leyes comienzan a reconocer algunos efectos aislados a estas relaciones, sin entregar un estatuto uniforme que las regule. De esta forma, podemos encontrar normas que se refieren a ellas en el derecho de familia, en sede procesal penal, en derecho laboral, en materias de seguridad social y en derecho penal⁶.

En la actualidad, la nueva Ley de Matrimonio Civil, promulgada en mayo de 2004, establece en su art. 1° que “El matrimonio es la base principal de la familia”, donde se admite –en la expresión *principal*– la posibilidad de que las familias se generen de una forma diversa al matrimonio, como será el caso de las uniones de hecho. Sin embargo, el art. 61 de este cuerpo legal ha establecido en Chile la institución de la “compensación económica” como una regla común a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio. El precepto en comento señala lo siguiente: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”. Del tenor de la disposición resulta absolutamente claro que la compensación económica es un instituto que opera en el caso de divorcio o de nulidad matrimonial.

5 Barrientos Grandon, J. *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. Santiago (2008): Lexis Nexis, 8.

6 De la Barra Suma de Villa, M^a A. “Breve análisis”, cit., 104.

Sin embargo, el 07 de marzo de 2012, se produjo un hecho inédito en la jurisprudencia chilena, ya que la Excelentísima Corte Suprema de Justicia⁷, rechazando los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en contra de la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 04 de noviembre de 2010, acogió la demanda interpuesta por una concubina en contra de la sucesión hereditaria quedada al fallecimiento de su pareja, donde se reconoció su derecho a percibir una “compensación económica” fundándose para ello en los elementos esenciales de la equidad.

Dicho lo anterior, la sentencia referida ha puesto de relieve nuevamente uno de los muchos problemas que presentan en nuestro ordenamiento jurídico las uniones de hecho, a saber; cómo resolver la situación patrimonial de los convivientes cuando se produce su disolución, cuestión que nuestra jurisprudencia ha resuelto aplicando diversas instituciones al caso en particular; las que van desde las reglas de la comunidad de bienes, de la sociedad de hecho, de los servicios remunerados, o reconociendo el derecho a una compensación económica fundada en la equidad como se previene en la sentencia citada.

Es precisamente sobre estos puntos que versarán las siguientes líneas. Para el desarrollo de esta exposición se analizarán, brevemente, los aspectos generales sobre las uniones de hecho en nuestro país, de modo tal de entregar un marco teórico que permita una mejor comprensión del tema. Seguido a esto, se intentará esbozar un concepto de unión de hecho y sus requisitos fundamentales, a partir de los planteamientos de la doctrina nacional.

II. CONCEPTO DE UNIÓN DE HECHO.

Un hombre y una mujer pueden unirse de hecho, sin que entre ellos medie vínculo matrimonial. Esta unión recibe el nombre de “*concubinato*”, término que proviene de la expresión latina *cum cubare*, comunidad de lecho, lo que evoca una idea más o menos exacta de lo que es la institución. La doctrina chilena y comparada ha formulado diversas definiciones de concubinato. En sus enseñanzas don Manuel Somarriva Undurraga lo ha definido como “la unión de un hombre y de una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común”⁸. El civilista español Federico Puig Peña lo define como “la unión verdadera y estable de dos personas del sexo opuestos, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”⁹. La doctrina nacional agrega que “la unión de hecho no matrimonial entre personas de distinto sexo puede ser entendida como una unión lícita entre un hombre y una mujer; fundada en un hecho que consiste en la

7 Causa rol N°337-2011.

8 Somarriva Undurraga, M. *Derecho de Familia*, t I. Santiago (1983): Ediar Editores Ltda., 169.

9 Citado por Donoso Vergara, F. y Ríos López, A. *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*. Santiago (2008): Legal Publishing Chile, 13.

convivencia afectiva y a la que el derecho reconoce ciertos efectos"¹⁰. Otros explican que "se entiende por pareja de hecho la situación de aquellas personas que conviven en forma libre y pública, y se encuentren vinculadas en forma estable por un periodo de tiempo determinado"¹¹. A su turno, René Ramos Pazos expresa al respecto "lo que caracteriza al concubinato es el hecho de que la pareja mantenga relaciones sexuales fuera del matrimonio, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial"¹². Pronunciándose al respecto, nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de señalar que el concubinato o amancebamiento es "la situación que se produce entre dos personas por haber hecho vida en común sin estar ligados por vínculo matrimonial"¹³. Un fallo más reciente lo ha conceptualizado como "la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común"¹⁴.

De lo que se viene diciendo, podemos señalar que los requisitos que configuran una unión de hecho son los siguientes:

a) **Vivir juntos y cohabitar:** La convivencia se genera a partir de un hecho concreto cual es, vivir juntos. Solo en la medida que la pareja comparte un hogar común, durante cierto tiempo, se puede entender que **conviven**. Además, a partir de la convivencia, viene dado otro rasgo esencial: la mantención de relaciones sexuales. Estos rasgos, sin duda, distinguen a las uniones de hecho de meras relaciones circunstanciales.

b) **Estabilidad y permanencia en el tiempo:** Para que la cohabitación genere una relación de convivencia se requiere que esta se mantenga por cierto tiempo y con algún grado de estabilidad. No es dable sostener que estamos frente a una relación de hecho si dos personas viven juntas durante algunos días o lo hacen solo de forma accidental. Su relación debe ser duradera, solo de esta forma se generan los efectos propios del hecho de la convivencia.

c) **Publicidad o notoriedad:** El hecho de la convivencia debe ser manifestado externamente. El derecho solo puede atribuir efectos en la medida que esta relación se conoce. Si se mantiene en la clandestinidad el derecho no puede, ni debe, ocuparse de ella¹⁵.

10 Barrientos Grandon, J. *De las uniones*, cit., 28.

11 Arancibia, K. *Parejas de hecho y matrimonios homosexuales. Legislación comparada*. Valdivia (2006): Unidad de análisis jurídicos Congreso Nacional, I.

12 Ramos Pazos, R. *Derecho de Familia*, t. II, 3ª ed. Santiago (2000): Editorial Jurídica de Chile, 594.

13 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. T. LIV, Sección Primera, 73.

14 Corte de Apelaciones de Valparaíso. *Bejarano y otros con Araya*. Sentencia pronunciada el 15 de septiembre de 1997. *Gaceta Jurídica*, N°206, 90.

15 Barrientos Grandon, J. *De las uniones*, cit., 44.

d) **Relación entre un hombre y una mujer:** La doctrina mayoritaria estima que las uniones de hecho solo pueden generarse cuando la relación se da entre personas de diferente sexo. En Chile, esto se sustenta por analogía con el estatuto matrimonial, ya que al no permitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, y las uniones de hecho son relaciones que tienen una **apariencia de matrimonio**, entonces las uniones de hecho deben respetar ese requisito. Sin embargo, este requisito hoy en día está siendo cuestionado por una doctrina que crece día a día y en la cual se le reconocen efectos jurídicos a las uniones de hecho con independencia de la diferencia de sexo, cuestión que inclusive ha sido recogida por los diversos proyectos de ley que se tramitan actualmente en el Congreso Nacional y que tienen por finalidad la regulación de los efectos jurídicos de la unión de hecho.

e) **Comunidad de vida:** Este es el elemento fundamental de las uniones de hecho, que nos permite diferenciarlo de otro tipo de relaciones, viene dado por la comunidad de vida. Entenderemos, siguiendo a Barrientos, que la convivencia no se trata solo de vivir juntos bajo un mismo techo, cohabitar; sino que implica “hacer una vida en común con el otro”¹⁶. Esta comunidad de vida nace a raíz de las relaciones de afectividad que se generan y que se encaminan, como su nombre lo indica, a tener una vida en común, planes de vida que convergen para alcanzar los fines que la pareja se proponga, diversos a los queridos por cada uno de sus integrantes. En este sentido, existe un ánimo de mantenerse en una relación de convivencia, que implica la “voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir el mismo proyecto de vida”¹⁷. Nuestra jurisprudencia refiriéndose a este elemento, ha tenido ocasión de señalar que “la relación de pareja o convivencia, si bien no está unida por el vínculo matrimonial, significa una vida en común”¹⁸.

En Chile, la convivencia o unión de hecho constituye una institución de muy larga data que en el período de la codificación decimonónica fue dejada fuera del campo legal¹⁹, pese a que se trata de un hecho absolutamente lícito y suficientemente institucionalizado a nivel constitucional, legal y jurisprudencial²⁰. Esta situación se

16 Barrientos Grandon, J. *De las uniones*, cit., 46.

17 Figueroa Yáñez, G. “El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio”, en *Estudios de Derecho civil. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valdivia*. Santiago (2005): LexisNexis, 446.

18 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 28 de octubre de 1999.

19 Tapia Rodríguez, M. *Código Civil. 1855-2005. Evolución y Perspectivas*. Santiago (2005): Editorial Jurídica de Chile, 112.

20 La Constitución Política de la República de Chile establece que la familia que provenga de dichas relaciones es un núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento (art. 1). Por su parte, el adulterio y amancebamiento fueron despenalizados por la Ley N° 19.335 de 1994, reconociéndose la libertad sexual de las personas adultas por parte del CP. El CC establece una serie de disposiciones que reconocen la existencia de las relaciones de convivencia en materia de filiación o de posesión notoria del estado civil. Por su parte, la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias contempla las relaciones de convivencia cuando hace solidariamente responsable del pago de la obligación alimenticia “a quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge sobreviviente” (art. 18). A su turno el art. 815 CC ch. señala que “la familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existen al momento de la constitución (del derecho de uso y habitación) como los que sobreviven después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de

mantiene hasta el día de hoy en nuestro país, de forma tal que asuntos tan importantes como las relaciones patrimoniales entre los concubinos deben sujetarse a las reglas y principios del derecho patrimonial común, soslayando las particulares problemáticas que plantea esta realidad social. La creciente multiplicación de las uniones de hecho las ha transformado en una realidad social, representan un tipo de familia y pareja de relevancia cuantitativa, lo cual unido a la ausencia de una legislación estatal que las regule adecuadamente, ha motivado que la doctrina y jurisprudencia nacional se hayan preocupado particularmente por esta nueva realidad, desarrollando diversas soluciones para la multiplicidad de problemas que ésta presenta.

Ahora, del sinnúmero de dificultades que se pueden presentar, nos vamos a centrar en aquellas que vienen motivadas con ocasión de su disolución; las parejas felices no tienen problemas.

Si bien, la ruptura no produce en general ninguna obligación alimenticia, compensatoria o indemnizatoria entre los convivientes, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que la disolución de esta familia de hecho tiene consecuencias patrimoniales que de alguna forma deben ser resueltas, al igual que ciertos menoscabos patrimoniales del conviviente abandonado, que bajo determinadas circunstancias, deben ser reparados.

Es por ello, que verificada la ruptura, los convivientes pueden plantear diversas reclamaciones, que dependiendo del objetivo que por medio de ella pretendan, podemos separarlas en dos grupos: uno, liquidación del régimen de bienes existente entre ellos; y dos, pretensiones compensatorias por la prestación de servicios realizados por uno en beneficio del otro durante la convivencia.

Para dar respuesta a estos objetivos, la doctrina y jurisprudencia, han recurrido a diversas soluciones del Derecho patrimonial, que van desde la aplicación de las normas que expresamente hayan estipulado los convivientes, de las que se deduzcan de hechos o circunstancias demostrativas de su voluntad tácita, o de las que resulten de los principios generales del Derecho.

No obstante, antes de entrar al estudio de las soluciones planteadas, debemos determinar qué lugar ocupan las uniones de hecho en el Derecho de familia en general, y en particular con el matrimonio.

III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980 PROTEGE TANTO A LA FAMILIA MATRIMONIAL COMO A LA FAMILIA DERIVADA DE LA SIMPLE UNIÓN DE HECHO.

la constitución”.

Pese a que las uniones de hecho carecen hasta el día de hoy de una regulación estatal orgánica, ello no es obstáculo para defender su reconocimiento constitucional por medio del art. I de la Constitución Política de la República, dictada en 1980. En efecto, el art. I, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental dispone que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. A continuación, el inciso quinto del mismo artículo establece como deber del Estado “dar protección a la población y a la familia, propender el fortalecimiento de ésta...”. La referencia que efectúa la Carta Fundamental a la familia y la protección que luego le otorga, debe entenderse hecha tanto a la que proviene del matrimonio de los padres como a la que procede de la simple convivencia de los mismos.

IV. CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO Y SUS CONSECUENCIAS.

Las uniones de hecho pueden disolverse por tres modos distintos, a saber, por muerte de uno de los partícipes, por quiebre o ruptura de la pareja, y finalmente por matrimonio. Analizaremos brevemente cada una de las situaciones antes enunciadas:

a) **Muerte:** La muerte de uno de los partícipes pone fin a la unión de hecho, sin embargo, esta misma circunstancia es el causante de una serie de conflictos patrimoniales que se suscitan al término del concubinato toda vez que el concubino sobreviviente queda sin titularidad formal respecto de los bienes que han sido adquiridos con el esfuerzo común. A raíz de lo anterior, luego de la muerte de uno de los miembros de la unión de hecho, aquel que le sobrevive normalmente entablará una demanda con la finalidad de que el juez de la instancia declare la existencia de una comunidad o de una sociedad de hecho entre el demandante y el miembro de la unión de hecho fallecido, y, ocurrido lo anterior, se establezca la cuota que al actor le corresponde en dicha comunidad o sociedad de hecho, ordenando la restitución de su cuota o parte al demandante.

b) **Quiebre o ruptura:** La desavenencia del concubinato es un hecho que provoca su disolución, y por ende, cesan sus efectos patrimoniales. La ruptura puede verificarse por la voluntad común de ambos convivientes o por la voluntad unilateral de uno de ellos. En este caso, de existir un conflicto patrimonial relativo a la suerte que correrán los bienes adquiridos con el esfuerzo común, el partícipe afectado dirigirá su demanda contra el otro copartícipe por la cuota que le corresponda en los bienes de los que se ha visto desposeído.

c) **Matrimonio:** La unión de hecho puede terminar por el matrimonio de los partícipes²¹. Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.447 que estableció el divorcio como forma de disolución del matrimonio, ha permitido regularizar su situación

21 Donoso Vergara, F. y Ríoseco López, A. *El concubinato*, cit., 21.

a muchas uniones de hecho que no podían acceder al matrimonio precisamente porque uno o ambos partícipes se encontraban unidos en matrimonio anterior; pero ahora, al obtener el divorcio, han podido contraer nuevamente matrimonio.

V. DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES OCURRIDOS A LA RUPTURA DE LA UNIÓN DE HECHO.

La legislación chilena no contempla ninguna disciplina singular y propia a la cual sujete la diversidad de relaciones patrimoniales que pueden derivarse de una unión de hecho no matrimonial entre las personas que la forman²², sin embargo se han propuesto diferentes respuestas jurisprudenciales a fin de solucionar los efectos patrimoniales ocasionados a la disolución de una unión de hecho. La finalidad de cada una de estas propuestas es la de proteger adecuadamente a aquel partícipe de la unión de hecho que luego de la ruptura queda en una situación más precaria. Estas respuestas jurisprudenciales han recibido cierto grado de apoyo por parte de la doctrina²³.

a) **Remuneración de los servicios prestados:** Históricamente, esta fue la primera solución dada por nuestra judicatura para resolver los efectos patrimoniales ocasionados a la disolución de la unión de hecho considerando que la concubina había prestado servicios personales a su pareja, por los cuales no había sido remunerada, y le correspondía, en consecuencia una remuneración admitiéndose una demanda entablada para obtener el pago de los mismos. En tal sentido se pronunció el Juez de Letras de Quillota en sentencia del 13 de enero de 1904, en autos caratulados *Díaz con Carvajal* que acogió la demanda de la concubina por el pago de los servicios personales y positivos, que había prestado a su conviviente, durante 38 años dedicada a la atención del servicio doméstico, de modo no interrumpido y que indudablemente contribuyeron a enriquecer a su conviviente el Sr. Díaz. Además, la actora desempeñó algunas funciones en la exploración de las tierras de propiedad del demandado. En igual sentido, el Juez de Letras de Curicó en sentencia del 16 de agosto de 1918, confirmada en alzada y en casación, declaró: "Que los servicios son por naturaleza remunerados, ya que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro; y por eso la ley cuando en casos excepcionales, como en la agencia oficiosa ha querido exceptuarlos de remuneración, lo ha dicho expresamente"²⁴. En este mismo sentido se pronuncia en Alarcón con Galdames (1920).

b) **Sociedad de hecho:** Otra postura adoptada por la jurisprudencia nacional, ha sido declarar la existencia de una sociedad de hecho entre los partícipes de una

22 Barrientos Grandon, J. *De las uniones*, cit. pág. 57.

23 Al respecto, el fallecido profesor Ramos Pazos, R. *Derecho de Familia*, cit., 643, observaba acertadamente que en todas las soluciones otorgadas por los tribunales de justicia chilenos subyacía la intención de evitar que uno de los partícipes se enriquezca en perjuicio del otro.

24 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. T. XIX, 2° Parte, Sec. I, 258.

unión, en virtud de los aportes de cada uno destinados a la producción de utilidades en común, pero sin que se hayan cumplido las formalidades de constitución de una sociedad.

Esta solución tuvo amplia acogida en la jurisprudencia nacional de las primeras décadas del siglo XX, en muchos de los casos de concubinato indirecto derivado de matrimonios religiosos. Así se falló, por ejemplo, en *Brenza con Gerbino* (1907), *Bernal con Chidemi* (1932), *Gutiérrez con Parraguez* (1934) y *Hernández con Guzmán* (1937).

Humberto Pinto explica esta situación señalando que “la sociedad regular de hecho entre concubinos tiene lugar cuando, sin haber pactado expresamente una sociedad, surgen de la actividad de los concubinos los elementos esenciales que supone el contrato social, éstos son: la existencia de los asociados (concubinos), el aporte de cada uno de ellos y la intención de obtener beneficios, compartirlos y soportar las pérdidas que la sociedad produjera. Cuando la sociedad no requiere de solemnidad y concurren los demás requisitos esenciales a ella, se habrá formado entre los concubinos una sociedad perfecta en derecho, nacida de los hechos, nacida del concubinato. Esta sociedad estará sujeta en todo a las reglas generales de las sociedades”²⁵.

Por su parte, Manuel Somarriva señala que es muy frecuente encontrarse con que los concubinos tenían un negocio mercantil, sin haber cumplido con las formalidades que exigen las sociedades mercantiles; y que nuestra jurisprudencia ha reconocido la existencia de una sociedad entre los concubinos derivada, precisamente, de la sociedad de hecho²⁶.

c) *Enriquecimiento sin causa*: Alguna doctrina moderna ha sostenido que los efectos patrimoniales de las uniones de hecho deben ser tratados desde la perspectiva del enriquecimiento injustificado de uno de los partícipes, que se ve favorecido por la titularidad formal exclusiva de los bienes adquiridos con esfuerzo común, por lo que se genera un crédito a favor del partícipe empobrecido hasta la concurrencia de ese empobrecimiento con el enriquecimiento de la otra parte. Ello supone acreditar que uno de los partícipes se ha enriquecido a costa del empobrecimiento del otro, sin que exista una causa contractual o cuasicontractual que lo justifique.

25 Pinto Rogers, H. *El concubinato y sus efectos jurídicos*. Santiago (1942): Editorial Nascimento, 42.

26 Somarriva Undurraga, M. *Indivisión y Partición*, 5ª ed. Santiago (2002): Editorial Jurídica de Chile, 74.

Esta tesis no ha tenido acogida en la jurisprudencia nacional, pero ha sido aplicada a la materia por tribunales extranjeros, como la Corte de Casación francesa²⁷ el Tribunal Supremo español²⁸.

d) **Comunidad:** La gran mayoría de los fallos dictados por nuestra jurisprudencia en materia de efectos patrimoniales de las uniones de hecho, establecen la existencia de una comunidad entre los partícipes derivada de los aportes y esfuerzos en común efectuados por los partícipes en el marco del concubinato, lo cual constituye un hecho voluntario lícito que da lugar a un cuasicontrato de comunidad. En virtud de dicho cuasicontrato, los bienes que aparentemente adquiera uno de los partícipes a su nombre son en realidad adquiridos por los dos, ya que se presume la voluntad de los partícipes de adquirir de manera conjunta²⁹.

La fundamentación utilizada por los tribunales está especialmente explicitada en Mordini con Masari (1917), en que se declara la existencia de la comunidad “por cuanto la ley ha establecido que el hecho voluntario es fuente de obligaciones; y los hechos acreditados en autos revelan la voluntad de los dos de formar una comunidad relativa a los bienes que tenían y que pudieran adquirir más tarde”.

Asimismo, en Asvisio con Sirandoni (1953), “el hecho fundamental que sirve de basamento a la demanda no ha sido el concubinato que hubo entre la actora y el señor Sirandoni, sino el haber acordado trabajar ambos con el objeto de aumentar sus recursos, y que el fallo ha dado por establecida la existencia de una comunidad en razón de estimar acreditado que los bienes, no obstante aparecer a nombre del señor Sirandoni, fueron efectivamente adquiridos por éste y la señora Asvisio con el producto del trabajo realizado conjuntamente por ellos”.

27 Por sentencia del 19 de mayo de 1969, la Corte de Casación francesa acogió la demanda interpuesta por una concubina al término del concubinato, que durante cinco años había colaborado en la explotación de un café del concubinato. Se accedió a la demanda teniendo en cuenta que con su trabajo no remunerado se había evitado el demandado contratar con otro asalariado, contribuyendo de esta forma a la prosperidad del negocio. (citado por Ramos Pazos, R. *Derecho de Familia*, cit., 636).

28 El TS español ha recurrido “a la figura del enriquecimiento sin causa para obtener una condena indemnizatoria, siempre que el aumento patrimonial obtenido durante los años de convivencia se deba, al menos en parte, a la colaboración del compañero, mientras que el empobrecimiento de éste derive de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales y en la atención doméstica del mismo (RAJ 2001, 4770); y, en otro caso, que “tras una larga convivencia no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes que hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de la casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación” (RAJ 2003, 4). En este último caso, sin embargo, se decretó una compensación equivalente a un tercio del valor de los bienes del otro partícipe, lo que acerca bastante la solución a una comunidad.

29 “Los fallos sobre la materia ponen de relieve el hecho de que el cuasicontrato de comunidad no se produce por el hecho de la convivencia, sino por la adquisición de bienes con el ‘esfuerzo común’. Este esfuerzo común da lugar a la presunción judicial de que existe la voluntad conjunta de los partícipes para adquirir los bienes, aunque en el acto de adquisición intervenga sólo uno de ellos”. Donoso Vergara, F. y Ríosco López, A. *El concubinato*, cit., 48.

La solicitud de declaración de comunidad como efecto patrimonial de las uniones de hecho ha sido acogida por ejemplo en Bejarano con Araya (1997), Pávez con Céspedes (1994), Contreras con Rachet (1970), y Villela con Crespo (1970).

En cuanto a los elementos que configuran la comunidad como efecto patrimonial de las uniones de hecho, podemos señalar que serían los siguientes: 1°) Un cuasicontrato; 2°) A título universal; 3°) Procede de la adquisiciones de bienes a través del esfuerzo común de los partícipes.

1°) Un cuasicontrato³⁰: Conforme a los arts. 1437 y 2284 CC ch., los cuasicontratos son una de las fuentes de las obligaciones que se contraen sin convención. A partir de las disposiciones legales citadas, se les ha definido habitualmente como el acto lícito, voluntario y no convencional que genera obligaciones³¹.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 2304 CC ch., la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato.

Luego, la comunidad que se configura por la adquisición de bienes a través del esfuerzo común de los partícipes en las uniones de hecho está concebida por la jurisprudencia como un hecho voluntario con las características del señalado art. 2304, esto es, como una especie de cuasicontrato de comunidad. Ello, porque se trata de un hecho voluntario, lícito y no convencional que configura esta comunidad, siempre que los bienes se adquieran con el esfuerzo común. La jurisprudencia hace hincapié en que el hecho que configura la comunicada no es la mera convivencia sino el denominado "esfuerzo común"³².

2°) A título universal: Según se desprende del art. 2304, la comunidad puede existir sobre una cosa universal. En opinión del profesor Carlos Álvarez, "la orientación jurisprudencial en orden a enmarcar a los concubinos dentro del cuasicontrato de comunidad ha posibilitado el reconocimiento de los derechos de la mujer sobre los bienes adquiridos durante la vida en común y, por otro lado, ha servido para que los tribunales, en aquellos casos en que los convivientes han deducido sus pretensiones sobre bienes sin especificarlos, hayan desestimados las alegaciones de los demandados quienes -apoyados en la regla del artículo 2056 del Código Civil Chileno que prohíbe toda sociedad a título universal- se han opuesto a las acciones de las demandantes"³³.

30 Donoso Vergara, F. y Ríosco López, A. *El concubinato*, cit., 49.

31 Abeliuk Manasevich, R. *Las obligaciones*, t. I. 3°. Santiago (1993): Edición. Editorial Jurídica de Chile, 150.

32 Así por ejemplo. Contreras con Rachet (1970).

33 Álvarez Núñez, C. "Algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción*. (1968). 143, 24.

De este modo, la comunidad de bienes que se configuraría en caso de uniones de hecho tendría los caracteres de una comunidad universal, similar a la sociedad conyugal en cuanto a la forma de producción o al origen de los bienes que ingresan a su haber. Así, en *Contreras con Rachet* (1970), la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago declaró que “es acertada, en consecuencia, la conclusión del fallo en el sentido de que ambos fueron copropietarios por partes iguales de los bienes obtenidos, máxime cuando la comunidad concubinaria no es, en la realidad de las cosas, sustancialmente diferentes de la sociedad conyugal en cuanto a la forma de producción o al origen de los bienes que ingresan a su haber”. Por su parte, en *Gutiérrez con Parraguez* (1934), la Excelentísima Corte Suprema de Chile declaró expresamente que la comunidad a título universal ni pugna con el art. 2304 CC ch., sino por el contrario, éste la recoge categóricamente.

Esta comunidad a título universal deberá liquidarse conforme a las reglas generales, pues conforme al art. 2313 CC ch., la división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ellas resulten se sujetaran a las mismas reglas que en la partición de la herencia. Sin embargo, como señala la citada sentencia *Contreras con Rachet* (1970), la asignación de las cuotas que a cada partícipe se asigne en la comunidad podrá fallarse por la justicia ordinaria de acuerdo a los arts. 1330 y 1331 CC ch.

En la mayoría de los casos el demandante ha individualizado los bienes respecto de los cuales se alega la existencia de una comunidad. Así por ejemplo, ha ocurrido en *Duhalde con Moreira* (1989), *Pavez con Céspedes* (1994), *Navarro con Arias* (1996) y *Grez con Álvarez* (2005), entre otros. Luego, debemos entender que el carácter universal de esta comunidad, únicamente supone que la integran todos los bienes singulares adquiridos con el esfuerzo común y sus frutos, aumentos y mejoras.

Así lo establece la Excelentísima Corte Suprema en *Pavez con Céspedes* (1994) al señalar que la materia de fondo discutida es la existencia de la comunidad sobre determinados bienes y que se basa en el hecho de la convivencia sin que medie entre los convivientes contrato de sociedad u otra convención respecto de las cosas singulares demandadas³⁴.

3º). Esfuerzo común: el hecho voluntario que configura el cuasicontrato de comunidad entre los partícipes de las uniones de hecho es el esfuerzo común en la adquisición de los bienes. La jurisprudencia ha explicado en reiteradas ocasiones que el sólo hecho de la convivencia no genera una comunidad, si no es por la adquisición de bienes con el denominado esfuerzo común. Incluso la Excelentísima Corte Suprema en *Firedly con Rodríguez* (1964) ha ido más allá, al señalar que la existencia del concubinato no interesa para resolver las cuestiones patrimoniales

34 Donoso Vergara, F y Ríoseco López, A. *El concubinato*, cit., 50 y 51

planteadas y lo que origina la comunidad es la adquisición de los bienes en común y la voluntad de las partes.

En este sentido, en *Avisio con Sirandoni* (1953) se estableció que los bienes que integran una comunidad por haber sido adquiridos por ambos y para ambos partícipes.

En *Sotelo con Cuevas* (1892) se señala que “este matrimonio (religioso) no es causal bastante para privar a los que se pretenden asociados de los bienes que pueden haber aportado a la sociedad o comunidad ni del incremento del mismo, producto de su industria o esfuerzo; y que no se ha negado que haya entre don Servando y la señora Sotelo una comunidad de bienes”.

En *Mordini con Massari* (1917) se declara la existencia de una comunidad “por cuanto la ley ha establecido que el hecho voluntario de una de las partes es fuente de obligaciones; y, los hechos acreditados en autos revelan la voluntad de los dos de formar una comunidad relativa a los bienes que tenían y pudieran adquirir más tarde”.

Generalmente, el esfuerzo común ha sido entendido como un trabajo conjunto o a favor del otro partícipe, o la actividad en un negocio en común, aunque también la jurisprudencia ha reconocido, como por ejemplo en *Friedly con Rodríguez* (1961) que el trabajo doméstico es una contribución a la adquisición de los bienes de modo que éstos pueden considerarse adquiridos mediante el esfuerzo común. En otros casos, se ha exigido acreditar la existencia de una unión con caracteres externos de un matrimonio, en la que los partícipes hayan forjado juntos una situación patrimonial determinada. Así, en *Duhalde con Moreira* (1989), se rechazó la demanda por no haberse acreditado una actividad o la formación de un patrimonio conjunto. Por último, la Excelentísima Corte Suprema en *Pérez con Martínez y otros* (1943), consideró la compañía y el apoyo moral y espiritual como parte del esfuerzo común que da origen a la comunidad.

Por el contrario cuando se ha acreditado que cada uno de los partícipes tenía bienes, adquiridos e incorporados a su patrimonio con medios propios, y administrados separadamente, o se trata de una persona económicamente independiente con ingresos propios, provenientes de su trabajo personal o heredados que le permitieron adquirir los bienes que conforman su patrimonio, no se ha dado lugar a la existencia de una comunidad.

Este es el análisis que se efectúan en las sentencias *Grez con Álvarez* (2005) y *Duhalde con Moreira* (1989), aunque en ambos casos uno de los partícipes se encontraba casado bajo el régimen de sociedad conyugal, elemento que tuvo influencia decisiva en que se haya rechazado la existencia de la comunidad.

Finalmente, en Navarro con Arias (1996) se rechaza la solicitud de declaración de comunidad ya que “la sola existencia de concubinato no puede traer aparejado como necesaria consecuencia el que entre los concubinos se forme una comunidad de bienes; lo anterior especialmente si los concubinos han contado con ingresos propios y han adquirido durante la vida en común bienes a su nombre. Lo contrario significaría que en el aspecto patrimonial la convivencia obligatoriamente daría lugar a una especie de sociedad conyugal, con la agravante de que los concubinos no podrían pactar separación legal de bienes”³⁵.

e) **La compensación económica:** Como señalamos, el 07 de marzo de 2012, se produjo un hecho inédito en la jurisprudencia chilena, ya que la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, rechazando los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en contra de la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 04 de noviembre de 2010, acogió la demanda interpuesta por una concubina en contra de la sucesión hereditaria quedada al fallecimiento de su pareja, donde se reconoció su derecho a percibir una “compensación económica” fundándose para ello en los elementos esenciales de la equidad, pese a que se trata de una prestación regulada cuando se produce la disolución del matrimonio por divorcio o nulidad.

Nuestro máximo Tribunal señaló que la gestión patrimonial de los concubinos, derivada de una larga convivencia, configura una realidad que no puede soslayarse bajo el mecanismo judicial de la ausencia de ley, que hace necesario e impone al juez la obligación de buscar soluciones jurisprudenciales basadas en la equidad, con miras a evitar injusticias tras la culminación de una vida en común; que frente a esta ausencia de ley, el juzgador confirió una solución para el caso concreto, mediante la creación directa de la norma para el caso particular; ajustándose a la equidad natural, reconociendo el derecho a compensación económica y solucionando los efectos patrimoniales de los concubinos.

Que en todo caso, el reconocimiento del derecho de la concubina a percibir una compensación económica no significa que se valore y otorgue efectos a la compensación económica fuera del ámbito que la rige (el matrimonial), sino que sólo es el reconocimiento de un derecho a quien no ha sido excluido necesariamente por el alcance de la ley, a fin de amparar beneficios patrimoniales, pero en tutela de especiales intereses de orden social.

Dicho lo anterior, nos permitimos señalar que no compartimos el criterio seguido por el máximo Tribunal, en consideración a que la compensación económica es una institución que ha sido establecida a fin de recomponer el desequilibrio patrimonial ocasionado a uno de los cónyuges por la declaración de divorcio o de

35 Donoso Vergara, F y Ríoseco López, A. *El concubinato*, cit., 52 y 53.

nulidad del matrimonio. Recordemos que el art. 60 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil dispone que: "El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo I del capítulo siguiente". Luego, para que proceda el instituto de la compensación económica es necesaria la terminación del matrimonio por una causa distinta de la muerte natural o presunta de uno de los cónyuges, es decir por sentencia firme de nulidad o de divorcio.

Como puede apreciarse, la compensación económica no puede ser aplicada como una vía de solución a los conflictos de orden patrimonial que se suscitan al término de una unión de hecho, toda vez que la compensación presupone la existencia de un matrimonio, institución de suyo diversa a la unión de hecho. Es más, de aceptarse la aplicación de la compensación económica a las uniones de hecho significaría que los tribunales de justicia terminarían otorgando a las uniones de hecho el mismo trato que se le otorga actualmente al matrimonio. Debemos recordar además que la sola convivencia no confiere derecho alguno al partícipe del concubinato, de modo tal que no resulta procedente reconocerle un derecho de orden patrimonial que es propio de la disolución del matrimonio por nulidad o divorcio.

Por otra parte, no puede soslayarse el hecho de que la compensación económica se aplica sólo en el caso de divorcio o nulidad del matrimonio, más no en el caso de la muerte de uno de los cónyuges; sin embargo en el caso resuelto por la Excelentísima Corte Suprema, los sentenciadores aplicaron esta institución a la situación de fallecimiento de uno de los partícipes de la unión de hecho, con lo que fueron más allá del texto de la propia ley pues hicieron aplicable la institución a un supuesto no previsto ni siquiera para el matrimonio.

En cuanto al menoscabo económico que debe verificarse para que tenga aplicación el instituto de la compensación económica, en la sentencia de la Corte Suprema de 7 de marzo de 2012, su causa no proviene de la declaración de divorcio o nulidad del matrimonio, sino que emana de la muerte de uno de los convivientes, supuesto que no se encuentra reconocido por la Nueva Ley de Matrimonio Civil como generador de una compensación para el cónyuge sobreviviente.

Desde hace tiempo la jurisprudencia le ha reconocido derechos patrimoniales a las uniones de hecho, haciendo uso de institutos tales como la remuneración por los servicios prestados, la sociedad de hecho, el enriquecimiento sin causa y el cuasicontrato de comunidad, figuras que han permitido solucionar una serie de situaciones relativas a la suerte que deben correr los bienes adquiridos por los copartícipes una vez terminado el concubinato, por lo que no resulta apropiado

desconocer estas soluciones jurisprudenciales intentando aplicar la compensación económica para resolver estos mismos conflictos.

VI. CONCLUSIONES.

a) Las uniones de hecho constituyen una realidad social que ha venido adquiriendo especial relevancia, pues se puede constatar su aumento progresivo, así como su permanente aceptación y validación social. Se trata de un fenómeno que produce efectos a los cuales el derecho no puede desatender.

b) La legislación chilena no establece un estatuto regulatorio para las uniones de hecho. Tampoco nos entrega un concepto legal de estas uniones ni los requisitos para configurarla, pese a existir diversas normas que atribuyen efectos jurídicos determinados a la calidad de conviviente.

c) Tampoco la doctrina ha logrado un consenso en torno al concepto que debe otorgarse a las uniones de hecho, sin embargo la generalidad de los autores están contestes en los requisitos que deben concurrir para la configuración de una unión de hecho: Cohabitación, comunidad de vida, estabilidad, permanencia, publicidad y diversidad de sexos.

d) La comunidad de vida que se genera a partir de la relación afectiva se transforma en el carácter distintivo de las uniones de hecho respecto de otro tipo de relaciones.

e) La sola convivencia no otorga derecho alguno, ya que si bien la jurisprudencia de nuestros tribunales les ha reconocido ciertos derechos patrimoniales a los concubinos, ello ha sido sólo en el evento de acreditarse que entre ellos ha mediado una causa concreta de obligaciones.

f) La revisión efectuada nos ha permitido conocer cuáles son las diversas soluciones que la doctrina y jurisprudencia chilena han adoptado para dar remedio a la situación patrimonial de las uniones de hecho.

g) En el caso particular de la aplicación de la compensación económica como herramienta para solucionar la situación patrimonial de las uniones de hecho, vemos que la sentencia de 07 de marzo de 2012 de la Excelentísima Corte Suprema y que reconoció el derecho a una conviviente a percibir una compensación económica, contiene una opinión que no compartimos desde el momento en que pretende aplicar a la unión de hecho una institución que ha sido establecida para regular los efectos jurídicos patrimoniales de la disolución del matrimonio.

h) Resulta injusto aplicar de modo igualitario a las uniones de hecho una institución que se ha establecido únicamente para el matrimonio, la cual goza de un reconocimiento jurídico que hasta el momento la convivencia de hecho no detenta. Es más, resulta absolutamente paradójico que se apliquen instituciones propias del matrimonio a aquellas parejas que precisamente no lo han contraído con la finalidad de evitar la aplicación de sus efectos.

i) Finalmente, estimamos que se hace cada vez más imperioso el establecimiento de un pacto de convivencia efectiva para aquellas parejas que mantengan una convivencia afectiva, sexual y pública, que alcance cierta estabilidad en el tiempo pero que no llegue a su formalización jurídica. Esta institución de seguro permitirá solucionar de manera más adecuada y justa aquellas situaciones como las planteadas en la sentencia con que iniciamos este trabajo.



LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL
Y SU EFICACIA EN OTROS ESTADOS

*LEGAL EFFECTS OF THE DISSOLUTION OF A MARRIAGE FOR
OTHERS FOREIGN COUNTRIES*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.114-147



Juan Enrique
MEDINA
PABÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de agosto de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 20 de septiembre de 2013

RESUMEN: Mientras el matrimonio celebrado en el extranjero es aceptado sin mayor oposición y pocas formalidades por los otros Estados; la disolución del matrimonio consolidada bajo las reglas de una Nación, requiere de su adopción formal del país receptor a través de un exequátur. Con todo, por no ser divisible el estado civil, la aceptación de la disolución del matrimonio en algunos lugares y en otros no, genera personalidades jurídicas “esquizoides”, socialmente patológicas y perjudiciales para los ex-cónyuges y familiares, por lo que se requiere un remedio uniforme, eficaz, y de fácil aplicación, como se propone en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Estado civil, registro civil, divorcio, anulación del matrimonio, ley personal, estatuto personal, exequátur, situación jurídica, relación jurídica, Derecho privado internacional.

ABSTRACT: While a marriage celebrated in a foreign country, is accepted by other states without major opposition and few formalities; the dissolution of a marriage performed under the Law of one country, requires the exequatur of the recipient country in order to be formally adopted. So, being the marital status not divisible and the dissolution of the marriage being accepted by some places and not by others, all this results in “schizoid” legal personalities, socially pathological and harmful for the ex-spouses and family members; therefore, it is required a uniform, effective an easy to apply remedy, such as the one proposed in this paper.

KEY WORDS: Civil status, civil registry, divorce, marriage annulations, personal law, personal statute, exequatur, legal status, legal relationship, private international law.

SUMARIO: I. Introducción.- II- Hechos y actos que conducen a la extinción del vínculo matrimonial y las diferencias de tratamiento.- III. Adopción o rechazo de las decisiones de terminación del vínculo matrimonial por otros Estados.- IV. Consecuencias jurídicas del rechazo de una decisión sobre estado civil. Una visión empírica de la problemática que se plantea.- V. El estatuto personal y su alcance. ¿Existe un reconocimiento de este estatuto? - VI. Posesión (notoria) del estado civil ante el Derecho internacional privado. 6. Una propuesta, a manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

El matrimonio, entendido como la unión heterosexual¹ de adultos procreativos, excluyente y pública, es una institución creación estrictamente político-jurídica, que a pesar de ajustarse a una tendencia de buena parte de la humanidad, nadie sabe, y posiblemente nunca llegue a saber, cuál es la conducta natural en estas materias, porque no acababa de gestarse la civilización cuando aparecieron los primeros condicionamientos sociales y cada cultura le imprimió sus propias características, en materia de generación de la vínculo, calidades de las partes, número de sujetos, fidelidad y efectos económicos.

El régimen jurídico de la institución matrimonial comenzó como todas las instituciones del Derecho privado influida por el misticismo y la consagración religiosa propia de cada pueblo, lo que hacía que el mundo quedara dividido dos: los propios, es decir aquellos que están sometidos a las reglas particulares del Estado y sus deidades y los extraños que ni siquiera podían acercarse a esas normas, porque terminarían ofendiendo a los creyentes. En esas épocas pretéritas cada pueblo se encerraba en su propio nicho (era su forma de garantizar la supervivencia) y para pasar de un lugar a otro de manera voluntaria tenían que mediar poderosas fuerzas que se tenían por épicas.

Luego llega Roma a la escena mundial y si bien empezó en el campo del Derecho de la misma manera que los demás pueblos, relativamente pronto pasa a ser una ciudad abierta y llena de extranjeros por lo que las instituciones empiezan a ser moldeadas por prácticas ajenas que los llevan a abandonar las consagraciones religiosas para buena parte de las relaciones jurídicas interpersonales. En el matrimonio esto se

1 El reconocimiento de la unión homosexual tiene menos tiempo que los ordenadores personales.

• Juan Enrique Medina Pabón

Abogado egresado y Profesor Emérito de la Universidad del Rosario en Bogotá. Catedrático de "Introducción al Derecho; Derecho romano, Derecho civil personas y familia, obligaciones y acto jurídico". Entre sus publicaciones están: "Aproximación al Derecho y Derecho de Personas", 3ª ed., 2011; "Derecho de Familia", 3ª ed., 2011; "Régimen de personas con discapacidad", 2006. En el campo profesional ha ejercido como asesor de diversas entidades públicas y privadas por más de 35 años. Premio docencia de excelencia Juan Agustín Uricoechea.

dio por una vía indirecta y posiblemente sin que mediara la influencia extranjera, al abandonarse las formas primarias en las que el *paterfamilias* obtenía la *manus* sobre su esposa y dar pleno reconocimiento a las uniones *sine manu*, exentas de ritual, generadas con base en acuerdos sencillos de tipo contractual (contratos de matrimonio, promesas o entregas de dote) y alguna ceremonia de ingreso a la familia del marido (*deductio in domo*) haciendo universal esa modalidad de matrimonio.

Caído el Imperio, la civilización entró en el retroceso medieval, y la religión, en este caso la cristiana, imprimió su peculiar sello al matrimonio y a renglón seguido los prosélitos de las diversas religiones y sectas hicieron otro tanto, llevando que cada Estado tuviera la forma matrimonial de la convicción religiosa del gobernante tanto en la conformación y efectos, como en la disolución, que no coincide e incluso choca, con el sistema jurídico de otra parte. Ya para la época de La Ilustración, se propone una reglamentación laica del matrimonio decidida por cada Estado lo que acentúa aún más la distancia que ya venía presentándose en materia de régimen de los matrimonios y sus efectos, para aquellas personas que tienen un vínculo matrimonial establecido y regulado por otras disposiciones.

Correspondió a la doctrina jurídica ocuparse, sin llegar a una solución, del tratamiento a aquellos matrimonios que de una manera que contradicen el Derecho o la moral social de otro, como sucede hoy con el matrimonio de impúberes o impuesto contra la voluntad de los contrayentes, buscando soluciones que tienen un alcance más práctico que jurídico. Bástenos hacer referencia a la tolerancia que tuvo Francia con el matrimonio poligámico de los argelinos que en una época en que estos eran su colonia y todavía más interesante el matrimonio “teatral” que se celebra en Las Vegas entre dispación y banalidad.

En otro aspecto, una persona por el simple hecho de ser tiene ciertas calidades jurídicas, con el carácter de elementos esenciales o *atributos de la personalidad*, que lo habilitan para ser receptor de las reglas de Derecho (capacidad de goce) o incluso para llegar a ser actor poniendo en ejercicio directo la norma (capacidad de ejercicio); una de cuyas manifestaciones es el *estado civil* que determina la situación de un sujeto en su familia ante la sociedad, que lo habilita para tener ciertos derechos y le impone cargas, obligaciones y restricciones de actuación². Determinan el estado civil el nacimiento, el matrimonio y la muerte, así como todo otro hecho o acto que incorpore a un individuo a una familia o lo sustraiga de ella.

2 En diferentes legislaciones dentro del estado civil las condiciones de capacidad, e incluso nacionalidad y domicilio. En este escrito, siguiendo la doctrina colombiana, el estado civil se toma en su sentido más restringido de la “situación de un sujeto en su familia” ante la sociedad (art. 1º, Dec. 1260/70) porque, individualidad, capacidad, nacionalidad y domicilio se consideran atributos autónomos de la personalidad. Medina, J. E. *Aproximación al Derecho, Derecho de Personas*. Bogotá (2011): Editorial Universidad del Rosario, 720.

Ahora bien, celebrado un matrimonio bajo cualquier modalidad la pareja queda *casada* ante todos y los demás pueblos acogen sus efectos de modo directo³; y así debe ser porque un matrimonio es un tipo de unión que imprime en el individuo una condición familiar particular, *oponible* ante todos, para lo favorable o lo desfavorable y gráficamente hablando, “lo sigue como su sombra”; luego, consolidada una situación relativa al estado civil no debe ser interferida:

“El estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto” (inc. 2°, art. 1649 CC Co).

Como el estado civil del individuo tiene una considerable trascendencia para la sociedad, poco a poco fueron estableciéndose algunos sistemas confiables de prueba, exigiendo ciertas formalidades para los actos que generen o modifiquen ese estado; con participación de la autoridad religiosa o secular de manera directa o indirecta en la constatación de los hechos. A la par se generó, prácticamente todas partes, un sistema de “archivo y difusión” de la información con los principales datos del individuo y su familia que conocemos como el *Registro Civil*, a cargo de funcionarios públicos y de libre consulta, de modo que la información oficial puede transferirse a diversos documentos que sirven para acreditar el estado civil de una manera más o menos ágil, según las disposiciones propias de cada régimen (Dec. 1260/70 Co.; L. de 25 Nov. 1898 Bo.; arts. 325–332 CC y L. de 17 Jun. 1870 Es.).

El Derecho local, decíamos, ha adoptado diversas fórmulas para el reconocimiento y prueba de los atributos de la personalidad e incluso no tiene inconveniente en dar pleno reconocimiento a la mayoría de las situaciones de estado civil que alguien nacional o foráneo adquiera de acuerdo con otro régimen, siempre que se cumplan algunos requisitos burocráticos tendientes a constatar la situación. El estado civil de casado proviene de un acto formal que se puede realizar en un país o en otro, y luego de la inscripción en los registros respectivos, la pareja pasa por casada ante todos los demás países del orbe, y si decide viajar sea por turismo o en alguna forma de radicación permanente, se aceptará su condición sin mayor discusión, y podrá obtener las ventajas o cargas que un determinado país reconozca para los casados sin requerir más que la prueba de su condición y por eso si va a tributar lo

3 El asunto no es tan pacífico como aquí aparece y por eso no es raro que algunos Estados puedan desconocer el matrimonio celebrado en otro, como sucede incluso en Colombia que puede ampararse en el art. 11 del Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo 1889, cuando se violen reglas sobre edad, parentesco, bigamia y crimen. Similar regla se contempla en el Código de Bustamante (art. 40), adoptado por buena parte de los países latinoamericanos (no Colombia).

hará como casado, pero también tendrá derecho a las ventajas consagradas en la legislación local para la familia.

Repasemos someramente los efectos generales que se derivan del estado civil de casado, poniendo nuestra mirada en un matrimonio "occidental" como unión pública, singular y excluyente, de apoyo y auxilio mutuos, encaminado a satisfacción sexual; aunque, con esta modernidad que nos aqueja, empieza a ser atrevido sostener su vocación de permanencia y el propósito natural de la procreación.

a) Forma una estructura jurídica de pareja que, en general, se toma en muchos aspectos como un único elemento social, con transferencia y comunicación de derechos y cargas, la vivienda es común y tienen el deber de recibirse uno al otro en el hogar. También aparece en algunas legislaciones el apellido familiar que se compondrá en la forma que lo determine la ley o la costumbre.

b) Cada cónyuge se integra a la familia del otro, en la generación del parentesco afín o político, que se refleja en reglas sobre impedimentos matrimoniales o inhabilidades para la celebración de otros actos jurídicos.

c) Se generan deberes de auxilio y socorro mutuos y a la prole, incluyendo el deber de trato comedido y solidario.

d) Hay exclusión de los demás sujetos en materia sexual y si algún tercero accede a los miembros de la pareja infringe la norma jurídica⁴.

e) El vínculo jurídico de la pareja permanece aun cuando de hecho o de Derecho exista una separación de cuerpos temporal o definitiva de los cónyuges.

f) Se conforma una masa patrimonial de diverso alcance por la transferencia indiscriminada de elementos económicos entre los miembros de la pareja.

g) Da origen a la presunción de filiación paterna respecto de los hijos concebidos o nacidos durante la vigencia de la unión⁵.

Disuelto el vínculo, el grueso de esas relaciones desaparecen y los sujetos vuelven a tomar su camino autónomo que bien podemos llamar un "antiestado civil" de casado. La mayor parte de estos efectos desaparecen y nada impide el establecimiento de una nueva relación marital.

4 Ciertamente en ésta época no es fácil sostener que existe el deber de fidelidad, pero sí existe y tiene consecuencias jurídicas porque todavía la infidelidad es causal de divorcio en muchas partes.

5 También tienen derecho de adoptar hijos, sin tener que cumplir requisitos de permanencia de la condición de pareja.

La disolución del matrimonio, consolidada bajo las reglas del país en que se celebró el matrimonio, no presenta mayores dificultades en materia de aceptación a nivel internacional, pero cuando la disolución se produce por disposición judicial u otros actos, bajo las reglas de un Estado diferente al de la celebración, la situación es a otro precio, porque en esta materia impera la visión “egocéntrica” de aplicación del Derecho local, que plantea la libertad del Estado de los contrayentes o del lugar dónde se celebró el matrimonio de negarse a aceptar la disolución del vínculo.

El problema radica en que, independientemente de la teoría jurídica o política, en el asunto del estado civil no caben los “medios tonos” porque como se indicó arriba se trata de un elemento inherente a la condición de persona, de modo que sencillamente es o no es. La escisión del estado civil, además de dejar al sujeto inestable balancín jurídico, puede traer serias repercusiones para los intereses de las personas e incluso lesionar los derechos fundamentales de los interesados.

Cualquiera imagina que el estado civil podría adquirirse y modificarse en cualquier parte del universo y una vez establecido debería serlo para todos y ante todos (nacimiento y muerte, los principales hechos determinantes de estado civil no conocen fronteras), pero se lleva la sorpresa de que la legislación positiva no sigue esta lógica y se preguntará: ¿Porqué no se aplica en la disolución del matrimonio el principio de a hechos iguales igual Derecho?

II. HECHOS Y ACTOS QUE CONDUCEN A LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIO Y LAS DIFERENCIAS DE TRATAMIENTO.

El matrimonio nace de un acuerdo de voluntades del que deriva una relación jurídica *sui generis*, tanto en lo personal como en lo patrimonial, de tracto sucesivo y término indefinido, que termina por un considerable número de circunstancias, y sí hay un tema complejo, discutido y cambiante en cada Derecho local es precisamente éste de la extinción del vínculo matrimonial, por lo que al llevar la cuestión al plano de la multiplicidad de concepciones y regímenes jurídicos, hay para rato⁶. Mucho nos gustaría hacer un estudio comparativo sobre el tema, pero en estos trabajos hay que ser concretos y por eso tenemos que hacer un bosquejo rápido de la problemática.

El matrimonio termina por los hechos (la *muerte real*) que cambia el estado civil de manera incuestionable y ni siquiera hay que pensar en que haya colisión de normas, muerto un cónyuge en un Estado y probada (registrada) esa circunstancia, muerto para todos Estados. Pero también existe la posibilidad de tomar por fallecido a un

6 Por razones que desconozco, buena parte de las legislaciones positivas y los tratados de Derecho internacional privado reducen el tema de la terminación del matrimonio al divorcio o cuando más a la nulidad, pero no puedo menos que atribuirlo a una condenable falta de inquietud científica ya que si estaban metidos en el tema, la lógica mandaba que hicieran cuando menos el elemental ejercicio que aquí hacemos.

individuo cuando lleva mucho tiempo desaparecido –**muerte presunta** por ausencia– y no todas las legislaciones admiten que la declaración disuelva el matrimonio.

Por otra parte cuando se presentan fallas o vicios en el acto que da origen al matrimonio, se aplican las reglas de la ineficacia y la invalidez que en estas materias y que tienen como resultado la terminación del vínculo existente debemos distinguir entre varias figuras cercanas pero de diverso alcance.

La **inexistencia** del matrimonio que se presenta cuando en la celebración del matrimonio se presentan fallas tan protuberantes en los aspectos esenciales que no permiten dar por sentado que hubo acto, ni reconocer efecto alguno⁷. Un matrimonio inexistente no produce efecto jurídico alguno y en teoría no habría necesidad de declaración judicial, pero no pocas veces se requiere, porque su apariencia da pie a que el Estado o terceros de buena fe realizaran actuaciones, que hacen imprescindible la declaración.

Se tiene también la figura de la **nulidad**, que presupone un matrimonio que se realizó contra las prescripciones del Derecho y por eso está afectado en su legitimidad, que en un asunto tan importante como el matrimonio, requiere su consagración legal expresa⁸. En esto los regímenes jurídicos se dividen entre aquellos que pregonan nulidades matrimoniales de pleno Derecho, que impiden que tomar el acto como válido –**nulidad absoluta o simple nulidad**– y otras fallas que solamente pueden ponerse de presente mediante la declaración judicial –**nulidad relativa o anulabilidad**–⁹, mientras que otros regímenes jurídicos se inclinan por que todas las fallas que se puedan presentar al momento de celebración del matrimonio requieren siempre declaración judicial, de modo que todo matrimonio queda cobijado por una validez provisional (acto putativamente válido) hasta tanto se produzca la decisión judicial de anulación y por ende la nulidad solo tendrá efectos hacia el futuro –**ex nunc**–.

También existe la posibilidad de poner fin al matrimonio válido mediante el **divorcio** y cada sistema jurídico establece de modo positivo cuáles son las causas que lo justifican. Así, hay sistemas jurídicos que sólo permiten el **divorcio sanción**, es decir, cuando alguno de los cónyuges actúa de manera tan cuestionable que es preferible

7 Esta teoría fue propuesta por el profesor de la Universidad de Heidelberg Karl Salomo Zachariä (1769-1843) quien encontró que el matrimonio entre personas del mismo sexo no se incluía en la lista de nulidades, de modo que propuso que cuando un acto no cumpliera con sus características esenciales se tuviera como ineficaz para todos los efectos jurídicos. AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XV. Buenos Aires (1961): Editorial Bibliográfica Argentina, 641- 642

8 Buena parte de los tratadistas clásicos franceses, con Laurent a la cabeza, acuñaron el principio no hay nulidad (matrimonial) sin texto, que luego fue combatida por juristas posteriores, que trataron de imponer teoría de las nulidades matrimoniales virtuales sin ningún éxito, toda vez que nada es ilegal si no está prohibido, como se sostiene desde la Revolución francesa. Ripert, G y Boulanger J. *Derecho Civil*, t. II, vol. 1°. Buenos Aires (1963): Ediciones La Ley, 284-287. Trad. Delia García Daireaux.

9 Para los chilenos y colombianos, no se puede hablar de nulidades absolutas o relativas en el matrimonio ni se aplican las reglas generales de invalidez de los actos jurídicos. Somarriva Undurraga M. *Derecho de Familia*, Santiago (1963), Editorial Nascimento, 78 - 79.

aceptar la ruptura y otras legislaciones en las que se admite, además, que hechos meramente accidentales den lugar a la terminación –**divorcio remedio**–, y en ocasiones se permite que las partes determinen cuándo ponen fin al matrimonio procediendo de común acuerdo –**disenso**–, o incluso de manera unilateral por solicitud de cualquiera de los cónyuges –**repudio**–¹⁰.

Excepcionalmente algunas legislaciones contemplan la pérdida de efectos, cuando el matrimonio está supeditado a una condición extintiva en el evento de no ser ratificado en cierto plazo, como en el evento de ser celebrado de urgencia –**in extremis**–, y no se produce la muerte que se temía del cónyuge.

Aunque, en lo personal no soy amigo de los cuadros comparativos, el que sigue permite visualizar como tres regímenes muy próximos como el boliviano, el español y el colombiano divergen considerablemente.

En materia de muerte real o declarada por virtud de la ausencia prolongada no encontramos diferencias porque en los tres sistemas jurídicos estos hechos extinguen el vínculo matrimonial¹¹.

Inexistencia del matrimonio

De la **inexistencia** hay que decir que las legislaciones no se ocupan de este tema y ha sido la doctrina la que hace el planteamiento con diversos matices y soluciones, pero en general un matrimonio es inexistente cuando no se dan los elementos esenciales. Estimo que estos elementos son acuerdo real de voluntades, diferencia de sexos cuando se trate de un matrimonio heterosexual (supongo que cuando se celebre uno homosexual, la falla sería precisamente que los sexos no sean coincidentes), singularidad del acto matrimonial, unión personal, forma solemne aceptada por la ley¹².

En el Derecho Boliviano el matrimonio que no ha sido celebrado ante el funcionario del registro o por personas del mismo sexo, es nulo absolutamente, y su declaración puede declararse de oficio por el juez, o por solicitud del ministerio público o cualquier persona (Art. 78 C. de Fam. Bo.).

En España el consentimiento matrimonial es requisito esencial (art. 45 CC Es.), y por eso la ausencia de dicho consentimiento la tomo como inexistente¹³, con todo si lo que se presenta es una falla que lo afecte el matrimonio es nulo (n° 1°, art. 73 CC Es.).

10 Véase Mizrahi, M. L. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires (2006): Editorial Astrea, 313 - 361.

11 En Colombia lo dispone el actual art. 152 CC (art. 5° L. 25/92), en España el actual art. 85 CC y en Bolivia, si bien no encuentro una norma expresa, las consultas que he realizado me permiten concluir que el matrimonio termina con la declaración de fallecimiento presunto.

12 Medina, J. E. *Derecho de Familia*. Bogotá (2011): Editorial Universidad del Rosario, 62-64

13 Díez Picazo L. y Gullón A. *Sistema de Derecho Civil*, IV. Madrid (1988): Tecnos, 76

En cuanto a la nulidad, todos los regímenes de Derecho escrito tienen un completo listado de vicios que afectan la legitimidad del acto. En muchas legislaciones, incluida la Canónica, se acostumbra mencionarlas como impedimentos, ya que quienes se encuentran en estas circunstancias no pueden contraer matrimonio, con todo, no todos los impedimentos tienen la misma entidad por lo que los hay **dirimentes** (su infracción origina la nulidad del acto) y otros son apenas **impedientes**, respecto de los cuales la nulidad (anulación) sólo se produce a petición de parte, pueden sanearse con dispensa y eventualmente por el paso del tiempo o la ratificación. El Derecho positivo colombiano no se utiliza esa clasificación, aunque es corriente entre los doctrinarios hacerlo por remembranza del matrimonio canónico, que por muchos años rigió el matrimonio para la mayoría de la población.

Sin embargo, el Derecho positivo distingue entre la nulidad insaneable o insubsanable que de presentarse conduce forzosamente a la nulidad y la nulidad saneable que puede eliminarse por diversos modos.

Son causales de nulidad insaneable en Colombia (anulabilidad absoluta en Bolivia).

Nulidades insubsanables (impedimentos matrimoniales)		
Colombia	España	Bolivia
<p>1.- Parentesco consanguíneo: Se impide el matrimonio en toda la línea recta y hasta el segundo grado en la línea colateral (hermanos). Se extiende a los consanguíneos que han salido de la familia (núm. 9°, art. 140 C.C Co.).</p>	<p>Consanguinidad: Igual para la línea recta y se extiende hasta el tercer grado en la línea colateral (hermanos, tíos-sobrinos). En el grado tercero de consanguinidad, puede haber dispensa, ya ab initio o durante el matrimonio (núm. ° 1°, art. 47 CC Es.).</p>	<p>Consanguinidad: Toda la línea recta y la colateral hasta el segundo grado (art. 47 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>2.- Parentesco afín o político en el primer grado en la línea recta (suegros y yernos-nueras) (núm. 2°, art. 13 L. 153/1887 Co.).</p>	<p>Afinidad: No es impedimento matrimonial¹⁴.</p>	<p>Afinidad: Es impedimento en toda la línea recta, pero puede ser dispensada por el juez con conocimiento de causa (art. 48 C. de Fam. Bo.).</p>

14 Esta causal fue eliminada por la ley 21 de 1981.

<p>3.- Parentesco por adopción que impide el matrimonio entre el (la) adoptante y el adoptivo (a) o la que fue esposa del adoptante¹⁵ (núm. 11, art. 140 CC Co.).</p>	<p>Adopción: Impedimento en toda la línea recta¹⁶ (núm. 1°, art. 47 CC Es.).</p>	<p>Adopción: Tiene un preciso listado de impedimentos – Adoptante, adoptivo y sus descendientes; hijos adoptivos de una persona; adoptado y los eventuales hijos del adoptante; y adoptivo y ex cónyuge del adoptante o adoptante y ex cónyuge del adoptivo–. El juez puede dispensar algunos impedimentos (art. 49 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>4.- Matrimonio precedente vigente. (impedimento de bigamia), mientras uno o ambos tengan matrimonio precedente vigente, así ese primero sea nulo pero no se haya declarado la nulidad (núm. 12, art. 140 C.. Co.).</p>	<p>Bigamia: Se da el mismo tratamiento a la bigamia (núm. 2°, art. 46 CC Es.).</p>	<p>Bigamia: Se da el mismo tratamiento a la bigamia, pero el juez podrá pronunciarse sobre la validez del matrimonio anterior (arts. 46 y 82 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>5.- Crimen. Se predica para el <i>conyugida</i> y por eso es nulo el matrimonio con cualquier persona¹⁷ (núm. 8°, art. 140 CC Co.).</p>	<p>Conyugicidio: Aunque es causal de nulidad, este impedimento es dispensable judicialmente (núm. 3°, art. 47 CC Es.).</p>	<p>Conyugicidio: Esta causal es especial porque se predica de quien “ha sido condenada por homicidio consumado contra el cónyuge de la otra”, planteando una presunción de complicidad (art. 50 C. de Fam. Bo.).</p>

15 Aunque se discute si al haberse asimilado el parentesco por adopción al consanguineo por el Código de Infancia y Adolescencia (núm. 2, art. 64 L. 1098/06), el impedimento matrimonial derivado de la adopción se extiende a la línea recta y los hermanos adoptivos.

16 Al igual que en Colombia no queda claro si por la asimilación del adoptivo a la familia de sangre quedaron cobijados los colaterales adoptivos. Albaladejo M. *Curso de Derecho Civil* (T. IV), Barcelona (1997). J. M. Bosch editor, 95.

17 La Corte Constitucional colombiana dejó este impedimento parcialmente subsanable, porque el cónyuge de buena

Nulidades subsanables		
Colombia	España	Bolivia
<p>1.- Edad. No pueden contraer matrimonio los menores de 14 años, pero si, llegando a esta edad se mantiene la convivencia por más de 3 meses, se valida el matrimonio¹⁸. La nulidad la pueden pedir los contrayentes cuando adquieran capacidad) o sus representantes legales (núm. 2, art. 140 CC Co.)</p>	<p>Edad. Están impedidos de casarse los menores no emancipados, pero puede dispensarse para mayores de 14 años¹⁹. Mientras dura la minoría de edad la nulidad la pueden pedir sus representantes legales. Se subsana por la convivencia de un año luego de cumplida la mayoría de edad (núm. 4º, art. 73 y art 76 CC Es.)</p>	<p>Edad. No puede contraer matrimonio el varón menor de 16 años o la mujer menor de 14. Puede dispensarse por causas graves (art. 44 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>2.- Sanidad mental. Cobia las personas con discapacidad mental absoluta al momento de celebrar el acto (demencia) o los interdictos²⁰. No se indica cómo se convalida a pesar de la clase de nulidad, pero se estima que es ratificable o se sana por la convivencia, cesando el impedimento²¹ núm. 8º, art. 140 CC Co.)</p>	<p>Demencia Se predica de los contrayentes afectados en su capacidad al momento de celebrar el acto. No se extiende automáticamente a los interdictos (núm. 4º, art. 73 y art 76 CC Es.).</p>	<p>Demencia Se predica de los contrayentes interdictos por enfermedad mental. Los afectados mentalmente al momento de contraer, afectarían la voluntad exigida para la validez del matrimonio. Se sana con la cohabitación si se revoca la interdicción (art. 85 C. de Fam. Bo.)</p>

fe que se casa con el conyugida solamente puede promover la acción nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que se enteró del crimen cometido por su pareja y además no sería declarable de oficio por el juez –Sent C-271 de 2003–.

- 18 Por sentencia C-08 de 2010 de la Corte Constitucional, el embarazo de la mujer ya no sana el matrimonio de menores de 14 años.
- 19 La emancipación puede darse en España desde los 16 años, pero se produce *ipso iure* a los 18.
- 20 En Colombia las personas con discapacidad mental absoluta interdictas, pueden contraer matrimonio, siempre que lo hagan ante un Juez de Familia y luego de determinada pericialmente su aptitud mental (art. 50 Ley 1306/09 Co.). Esta posibilidad se abrió pensando en sujetos con deficiencias mentales que no les impidan comprender o tienen en intervalos lúcidos, respondiendo de esta manera a las recomendaciones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU – 2006).
- 21 Desde 1936 en Colombia las nulidades absolutas por incapacidad absoluta son saneables por ratificación y prescripción, lo que sumado a que esta causal no está en la lista de las insubsanables permite esta apreciación.

<p>3.- Error. Se trata de error <i>in persona</i>. Se subsana con la convivencia luego de percatado el error y no puede alegarse sino por el que padeció el error (n° 1°, art. 140 C. C. Co.).</p>	<p>Error. Cobija tanto el error in persona como en las calidades esenciales del contrayente, y se subsana por la convivencia de un año después de percatado el error (núm. 4°, art. 73 y art 76 CC Es.).</p>	<p>Error. Es error <i>in persona</i>. Se subsana con la convivencia luego de percatado el error y no puede alegarse sino por quien sufrió el error (art. 86 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>4.- Fuerza y raptó. El matrimonio afectado con estas fallas puede sanearse con la convivencia por un término de 3 meses una vez ha cesado. Solo puede alegarse por el afectado (núm. 5° y 6°, art. 140 CC Co.)</p>	<p>Fuerza o violencia. Es vicio de la voluntad y se subsana por la convivencia de un año después de percatado el error (n° 5°, art. 73 y art 76 CC Es.).</p>	<p>Fuerza. El matrimonio afectado con estas fallas puede sanearse con la convivencia por un término de 3 meses una vez ha cesado. Solo puede alegarse por el afectado (art. 86 C. de Fam. Bo.)</p>
<p>5.- Juez y testigos incompetentes Esta causal de nulidad se predica del matrimonio celebrado ante un juez que no sea competente para celebrar estos matrimonios, pero siempre que sea juez o notario público (porque de no serlo el matrimonio se toma como inexistente por ausencia de forma). Se sana cumpliendo la ceremonia, lo que hace el matrimonio eficaz desde el primer momento (núm. 1°, art. 13 L. 153/1887 Co.).</p>	<p>F u n c i o n a r i o h a b i l i t a d o Esta causal se refiere a todo matrimonio celebrado ante funcionario incompetente y testigos inhábiles, pero no se prevé saneamiento de la causal (núm. 3°, art. 73 CC Es.).</p>	<p>Funcionario habilitado esta causal es de nulidad (no de anulación) y es insaneable, como anotamos al hablar de la inexistencia (art. 83 C. de Fam. Bo.).</p>

En Bolivia la impotencia –*coeundi*– previa al matrimonio y la esterilidad – *impotencia generandi*– por carencia de órganos reproductivos puede dar lugar a la nulidad el matrimonio, a petición de la parte no afectada. En caso de carencia de órganos reproductivos la nulidad solo puede proponerse dentro de los 3 meses siguientes al momento en que esa parte conoció del defecto (art. 88 C. de Fam. Bo.), pero no se indica si la supresión voluntaria de los órganos reproductivos para control de la fecundación o como medio terapéutico se incluyen dentro de las causales de nulidad a posteriori y tampoco si el consentimiento previo del cónyuge subsana la causal.

Causales de divorcio		
Colombia	España	Bolivia
<p>1.- Sexo extramatrimonial. Pluralidad de relaciones sexuales que implique quebrantar el deber de fidelidad (núm. 1º, art. 154 CC Co.).</p>	<p>Luego de la vigencia de ley 15 de 2005 el divorcio puede ser solicitado unilateralmente o de común acuerdo, sin aducir causa alguna. Si el divorcio unilateral se solicita antes de finalizar los 3 meses de celebrado el matrimonio, se deberá justificar el divorcio, como riesgo para integridad, seguridad o sanidad que afecte gravemente a uno de los miembros de la pareja (art. 86 CC Es.).</p>	<p>Adulterio. De cualquiera de los miembros de la pareja e incluye expresamente el homosexualismo (núm. 1º, art. 130 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>2.- Incumplimiento de los deberes maritales, siempre que sea grave e injustificado, aunque doctrinariamente no se acepta la compensación de culpas (núm. 2º, art. 154 CC Co.).</p>		<p>Abandono del hogar injustificado (malicioso) que se mantenga por más de 6 meses luego del requerimiento formulado por el otro cónyuge, o se reitere (núm. 5º, art. 130 C. de Fam. Bo.).</p>

<p>3.- Maltrato físico o psicológico, si con ellos se impide la paz y el sosiego domésticos (núm. 3, art. 154 CC Co.)</p>		<p>Intento de conyugicidio; daños morales o materiales; maltrato, sevicia o injurias graves que hagan intolerable la vida en común (núms. 2° y 4°, art. 130 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>4.- Adicción a las drogas psicoactivas. Esta causal se encuentra dividida en Colombia entre alcoholismo y las demás drogas, por razón de la ilegitimidad del consumo de las demás drogas (núm. 4° y 5°, art. 154 CC Co.)</p>		<p>No es causal directa.</p>
<p>5.- Enfermedades o lesiones permanentes, tanto físicas como mentales, que pongan en peligro al otro cónyuge e imposibiliten la vida en común (núm. 6°, art. 154 CC Co.).</p>		<p>No es causal.</p>
<p>6.- Promoción de la corrupción entre cónyuges o con la familia nuclear (núm. 7°, art. 154 CC Co.).</p>		<p>Corrupción y prostitución. Incluye la tolerancia con esas actitudes adoptadas <i>motu proprio</i> por los familiares (núm. 5°, art. 130 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>7.- Separación de cuerpos, por más de dos años, de haber sido declarada judicialmente o de hecho (núm. 8°, art. 154 CC Co.).</p>		<p>Separación de cuerpos, consentida por las partes y continua por más de dos años (art. 131 C. de Fam. Bo.).</p>

<p>8.- Mutuo disenso, manifestado ante juez o notario (núm. 9º, art. 154 CC. y art. 34 L. 962 Co.).</p>		<p>No es causal</p>
--	--	---------------------

Ni en Colombia ni en Bolivia se contempla el divorcio por petición unilateral como en España.

Finalmente están las escasas disposiciones sobre matrimonios de vigencia condicional²² como nuestro matrimonio *in extremis*:

“Cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, y no hubiere por esto tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130, podrá procederse a la celebración del matrimonio sin tales formalidades, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallan en ninguno de los casos del artículo 140. Pero si pasados cuarenta días, no hubiere acontecido la muerte que se temía, el matrimonio no surtirá efectos, si no se revalida observándose las formalidades legales” (art. 164 CC Co., texto del art. 14 L. 1ª/76).

La inexistencia y las nulidades de pleno derecho en el matrimonio, en teoría, no permiten la ocurrencia jurídica del acto, operan de pleno Derecho y no tendrían que ser declaradas por el juez –el acto es inoponible a partes y terceros–, lo que no evita que en muchos casos sea necesaria una actuación judicial que permita constatar la realidad y retirar del mundo jurídico efectos tanto a futuro, como algunos pasados que eventualmente se hayan producido.

La nulidad o anulación, requiere en todos los casos la decisión judicial mediante sentencia de carácter declarativo y que pone fin a la relación, hacia futuro, como es lo propio en toda relación jurídica de tracto sucesivo.

El divorcio vincular establecido en prácticamente todas las legislaciones modernas, inicialmente con cierto resquemor, pero cada vez con más fuerza y aceptación, por lo general requiere una declaración judicial, especialmente cuando hay una atribución de culpabilidad o no hay acuerdo entre los cónyuges, pero las legislaciones que nos sirven de base para este estudio permiten el divorcio por mutuo acuerdo ya ante

22 Veo que en Chile el matrimonio religioso, parece haber quedado condicionado a la ratificación de la voluntad matrimonial ante el funcionario del Registro Civil (debe hacerse dentro de los 8 días siguientes a la ceremonia religiosa), aunque existen dudas sobre las consecuencias jurídicas de la falta de la ratificación por olvido, fuerza mayor o la negativa directa a hacerlo de uno o ambos cónyuges. Ramos, R. *Derecho de Familia*, t. I. Santiago (2011): Editorial Jurídica de Chile, 64-65.

un juez (es regla general) o ante un funcionario administrativo, con un carácter contractual.

Retomando el Derecho colombiano (y avergonzado de confesar mi débil manejo del régimen jurídico de los amables anfitriones) se tiene que los jueces deciden: a) la declaración de muerte presunta; b) todas las nulidades del matrimonio²³, que no se hayan saneado, cuando ello sea posible) y c) El divorcio vincular incluido el de común acuerdo, pero es de recordar que los cónyuges pueden declarar este último ante notario por medio de escritura pública.

No hay disposiciones procesales relativas a la inexistencia del matrimonio, en parte porque no es imprescindible tal declaración, pero de requerirse el único competente para constatar la situación es el juez (de familia) y se sometería al proceso ordinario. La resolución del matrimonio celebrado *in articulo mortis*, no requiere declaración judicial y basta probar que la muerte que se esperaba no ocurrió y no hubo ratificación del matrimonio.

Pero aquí hay que hacer notar que las sentencias no tienen la misma connotación, porque mientras algunas se limitan a constatar alguna circunstancia (inexistencia, nulidades de pleno Derecho, condición resolutoria) y declarar formalmente su ocurrencia, otras sí son constitutivas de la disolución (declaración de las nulidades saneables o anulabilidades relativas, divorcio contencioso) y en otras el juez apenas se limita a dar la eficacia requerida a los acuerdos que ponen fin al matrimonio, más cerca de una *auctoritas*, que a un fallo (divorcios de común acuerdo).

Por otra parte, en Colombia se admiten y producen plenos efectos los matrimonios celebrados ante algunas confesiones religiosas, según lo autoriza la Constitución Política (art. 42) siempre que éstas hayan celebrado "tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano". La regla general es que los efectos civiles de estos matrimonios son regidos por la ley civil, de modo que en materia de disolución del vínculo se aplicarían las mismas reglas del matrimonio civil, pero las nulidades y su declaración están sometidas reglas propias de cada religión (art. 146 CC Co., en el texto del art. 3 de la Ley 25/92)²⁴.

Según el Concordato vigente con la Santa Sede, la nulidad del matrimonio canónico quedó de competencia de los tribunales eclesiásticos²⁵ y las decisiones

23 La norma colombiana sobre declaración de nulidades insaneables se limita a facultar al juez para decretar la nulidad de oficio, pero no deja claro si esta declaración la puede hacer cualquier juez y algunos piensan que si se puede (porque las nulidades absolutas las declara cualquier juez), pero ello daría lugar a que la declaración de nulidad que se decretara por un juez que no sea de familia, sólo tendría efectos *inter partes* y no *erga omnes*, como es imperativo tratándose de un tema de estado civil.

24 Aun cuando en Bolivia tiene validez el matrimonio religioso que se realiza en regiones apartadas (art. 43 C. de Fam. Bol.), no se indica si la nulidad de este matrimonio la pueden declarar las autoridades del culto.

25 Algunas confesiones religiosas cristianas celebraron un convenio de Derecho público con el Estado colombiano con el objeto de ser habilitadas para celebrar matrimonios civilmente eficaces, y con ellas se acordó que las

que se tomen en estas materias terminan siendo Derecho interno colombiano, por lo que no hay requisitos de recepción o ratificación por parte de los jueces o autoridades civiles que se limitan a proceder a ordenar la ejecución de aquellos efectos civiles. En estas materias se ha aceptado que el matrimonio canónico celebrado en Colombia pueda ser anulado por cualquier autoridad eclesiástica católica de cualquier país, sin necesidad de exequátur bastando solicitar a los tribunales civiles su ejecución ya que se aplican en su integridad las disposiciones canónicas.

Aunque no tenemos reglas internas generales sobre la competencia de los tribunales locales para pronunciarse respecto sobre todos los eventos que llevan a la disolución del matrimonio celebrado en el extranjero, la jurisprudencia ha considerado que los jueces colombianos son competentes para decidir sobre la existencia y validez de tales matrimonios sirviéndose, del principio *au contraire* y extensión de la regla sobre los divorcios decretados en el exterior sobre matrimonios celebrados en Colombia, que al respecto dispone:

“El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se registrará por la ley del domicilio conyugal.

Para estos efectos, entiéndese por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como tal el del cónyuge demandado”²⁶ (art. 163 CC, texto del art. 13 L. 1.^ª/76).

“El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se registrará por la ley del domicilio conyugal y no producirá los efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana y de que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio. Con todo, cumpliendo los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la separación de cuerpos” (art. 164 CC Co., texto del art. 14 L. 1.^ª/76).

De conformidad con las reglas procesales colombianas el juez competente para decidir el divorcio es el juez de familia del domicilio conyugal (fijado por las partes de común acuerdo) pero en el evento de separación legal o de hecho de la pareja, será competente el juez del domicilio del demandado. Por analogía esta regla se aplica a todos los procesos en los que un juez deba declarar el divorcio, por otra

nulidades de tales matrimonio se ventilaran ante los jueces de familia y bajo las reglas civiles; pero no se cayó en cuenta que los matrimonios religiosos están sometidos a la forma religiosa, y un matrimonio confesional puede fallar por ese aspecto (ministro de culto competente, condición de prosélito de la religión, cumplimiento del ritual, presencia de testigos calificados, etc.) y por eso ser nulo, pero no habría como declararlos nulos con base en la ley civil que tiene requisitos formales diferentes.

26 El inciso primero del art. 107 del CC español: “La separación y el divorcio se registrarán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes”.

parte, el divorcio que se tramita ante notario (igual que en España lo califican de **express** por su celeridad) no tiene reglas sobre la radicación o las condiciones del matrimonio, de modo que la respectiva escritura puede otorgarse en cualquier lugar de Colombia o ante el funcionario que haga las veces de notario en el exterior (el cónsul).

Mientras las causales divorcio en derecho colombiano son de tipo abierto, lo que lleva a que la valoración de la conducta que produce la terminación quede en la mayoría de los casos a discreción del juez en lo cualitativo como en lo cuantitativo, las otras causales de extinción del vínculo matrimonial (nulidad, muerte presunta, caducidad del matrimonio *in extremis*) son menos amplias y en buena parte se limitan al reconocimiento de hechos.

2. Adopción o rechazo de las decisiones de terminación del vínculo matrimonial por otros Estados.

Cuando el matrimonio se celebra bajo las disposiciones de un Estado, pero se disuelve bajo las reglas de otro, en cualquiera de las modalidades anotadas puede ser necesario que el país del matrimonio acoja la decisión y seguramente otros Estados cuando haya factores de conexión que así lo exijan por razón de las partes o por los efectos de la decisión²⁷.

Como la mayoría de los actos que ponen fin a un matrimonio provienen de una declaración judicial, para que esta decisión llegue a ser aplicable en otro país, principalmente en el lugar en que se celebró el matrimonio, debe procederse al exequátur, que se concederá en Colombia si existen tratados con el Estado en que se originó la providencia²⁸ o en su defecto por el principio de la reciprocidad dando cabida al exequátur con aquellos países que aceptan las sentencias proferidas por tribunales colombianos (art. 606 Código General del Proceso, Co.).

“Para que la sentencia extranjera surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

27 El Código De Bustamante, declara en su art. 53: “Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal”.

28 Colombia tiene un tratado con España sobre aplicación de sentencias (1909) y ha adherido a las convenciones de Montevideo (1889 y 1979) y el Tratado de Caracas (1911) sobre ejecución de sentencias en los países adherentes y tiene otros bilaterales. Monroy Cabra, M. G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá (2012): Editorial Temis, 296.

2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.

3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente legalizada.

4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

6. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.

7. Que se cumpla el requisito del exequátur” (art. 606 Código General del Proceso, Co.).

La autoridad judicial local, en este caso la Corte Suprema de Justicia puede abstenerse de aceptar la sentencia proferida en el extranjero por diversas razones, entre las que se encuentran haber producido la sentencia con causales de disolución del matrimonio que el país no acepta o, incluso si las acepta, el nivel de exigencia sea diferente en otro país; estimaciones sobre competencia del juez que tomó la decisión o que se incumplieron las reglas del foro aplicables al caso, acatamiento de los demás elementos del debido proceso y derecho de defensa, problemas relativos a la práctica y análisis de la prueba, cumplimiento de formalidades para la recepción del documento como traducciones, apostillamientos, tránsito a través de las vías diplomáticas o consulares.

Con la negativa a conceder el exequátur o acoger la decisión de terminación del matrimonio tomada en otro país el individuo que casado ante algunos Estados, pero en el que se disolvió el vínculo quedaron libres, es decir que para el país que declaró la terminación el sujeto puede casarse o formalizar una unión marital de hecho con otra persona, los hijos que tenga la mujer no serán atribuidos al marido, no se deben alimentos mutuos, y no se le comunicarán las ventajas que obtenga como trabajador para beneficio familiar; pero en el Estado que se negó a recibir la decisión, será todo lo contrario; lo que alguna parte de la doctrina denomina *matrimonio claudicante*²⁹.

Por otra parte y como se vio, la disolución matrimonial puede no ser objeto de decisión judicial por ser automática (matrimonios condicionales) o porque es un

29 Encuentro esta denominación en: Wolff, M. *Derecho Internacional Privado*. Barcelona (1958): Bosch, 334–335. Trad. Antonio Marín López

acuerdo formal de voluntades que se formaliza ante alguna autoridad administrativa y no conduce a una sentencia, lo que impide de plano esa recepción.

3. Consecuencias jurídicas del rechazo de una decisión sobre estado civil. Una visión empírica de la problemática que se plantea.

Al estudioso de las ciencias humanas todavía le parece apropiado el método de la que puede abstraer la cuestión y permitir una serie de formulaciones generales que permitirían resolver los casos directamente (un método deductivo) y esa forma escolástica de reflexión se proyectó con fuerza en el Derecho internacional privado, que en gran medida tuvo su génesis en la época en que el sistema estaba en su apogeo, pero no es el más apropiado de los métodos para intentar obtener soluciones alguna problemática jurídica y quizá toque aquí hacer el ejercicio de ver algún caso ideal y ajustable según nos parezca útil para la explicación³⁰.

El primero podría ser: Luisa y Javier –colombianos–, contrajeron matrimonio en Colombia. Viven en el país en una condición regular y luego se domicilian en Madrid y pasados unos años, Luisa promueve un proceso de divorcio unilateral bajo las reglas de la citada ley 15 de 2005 y aunque su marido no le satisface esa actuación, el juez decreta el divorcio. Luego de esto Luisa, se traslada a Bogotá y pretende obtener el reconocimiento a esta situación para poder contraer un nuevo matrimonio pero la Corte Suprema local le niega el exequátur porque esa forma de divorcio no está contemplada en la ley interna, por lo que se devuelve a España y contrae allí matrimonio con Paul un ciudadano francés. Procrea luego un hijo en ese segundo matrimonio, que a la luz del Derecho español tiene a Paul su consorte como padre, pero para el Derecho colombiano el padre será de Javier y seguirá siéndolo hasta que se impugne la paternidad, proceso que tendría por fuerza que adelantarse en Colombia, porque es aquí donde todavía está vigente y operando la presunción de paternidad.

Por su parte, Javier volvió a su Colombia, hizo una fortuna y falleció, sin herederos por lo que el “Instituto de Bienestar Familiar” (heredero residual en este país), reclama la herencia y ya adelantado el proceso aparece Luisa reclamando esa herencia para su hijo, para lo cual le basta registrarlo como hijo de Javier (para Colombia lo es porque fue la autoridad colombiana la que la mantuvo casada al no conceder el exequátur) y si el Instituto de la familia no se apresura a impugnar la paternidad³¹ ese muchacho se queda con la herencia como hijo. Si seguimos con la truculenta novela, tenemos que una vez consolidada la condición de heredero y en firme la sucesión, Luisa en

30 Uno de los más reconocidos gestores del Derecho internacional privado moderno, el juez norteamericano y profesor de la Universidad de Harvard, Joseph Story, hizo su exposición –*Commentaries on the Conflict of Laws* (1834)– de manera casuística y le enseñó al mundo lo útil para el Derecho internacional abandonar las formulas y teorías y tomar las realidades como método de apoyo para la solución de los problemas jurídicos.

31 Solo puede presentar la demanda dentro de los 180 días siguientes a la fecha en que se enteró de la existencia del heredero (inc. 1.º, art. 7, L. 1060/06 Co.); pero primero tendría que enterarse de la existencia de Paul y demás pormenores del asunto.

representación de su hijo, impugna la paternidad presunta de Javier (lo puede hacer en cualquier tiempo), arregla en Colombia la situación filial y todo concluido.

En este ejemplo se perjudicó un eventual heredero de Javier; pero veamos otra posible situación. Esta vez pensemos en que la suerte sonrió a Luisa y que al morir sin herederos (el niño había muerto), tiene bienes en Colombia donde figura como casada con Javier³² que reclama su herencia como esposo compartiéndola con ascendientes de Luisa si los llegase a haber; pero Paul el marido, se tendría que enfrentar a un complejísimo proceso, a fin de obtener que los jueces colombianos le reconozcan, como mucho, una unión marital de hecho derivada de la convivencia con Luisa y le asignen algo de los recursos a título de gananciales de la sociedad patrimonial derivada de la unión.

Pero ahora imaginemos a Camila y Manuel, una pareja de bolivianos que se encontraron en Colombia, aquí se casaron, registraron su matrimonio tanto en este país como en el de origen. Pasado un tiempo se divorcian de mutuo acuerdo ante notario público en Colombia y cada uno por su lado termina otra vez viviendo en su patria y Manuel demanda su divorcio de Camila ante los jueces bolivianos probando que no hay convivencia (porque el divorcio en Colombia no tendría cómo ser reconocido por no ser sentencia judicial). Aparece, por una parte, la duda sobre desde cuándo se debe tomar por disuelto el vínculo de la pareja y qué pasa con los efectos matrimoniales que pudieron producirse en ese tiempo intermedio entre los “dos” divorcios. Años después Manuel llega a España con Cecilia la hija de Camila y allá se casa con ella (no lo podría hacer en Bolivia, a menos que obtuviera dispensa, tampoco en Colombia y aquí no existe tal dispensa). Pasados unos años Martín pretende ese matrimonio sea anulado y no lo podrá hacer bajo las reglas españolas, pero como en Colombia y en Bolivia esa situación es irregular le bastaría intentar la nulidad aquí y la obtendría seguramente porque se casó con su antigua hijastra.

Como se nota, no aceptar la disolución del matrimonio directamente lleva a que se presente una serie de distorsiones de la situación jurídica de los propios casados, que los puede afectar a ellos, pero también a terceros y aún más a la institucionalidad.

4. El estatuto personal y su alcance. ¿Existe un reconocimiento de este estatuto?

El casado que se encuentra fuera del lugar donde contrajo matrimonio y pretenda cuestionar la existencia, validez, o terminación de la relación intentará que la autoridad local le defina su situación, (al fin y al cabo está sometido a sus reglas). Esa autoridad deberá resolver si es competente para decidir sobre este asunto y, de llegar a la conclusión de tener competencia, se preguntara ¿Bajo qué reglas se toma

32 Si Luisa fue cautelosa, ha debido intentar (como pretensión subsidiaria del proceso de exequátur) que se le reconociera esa sentencia Española como de simple separación de cuerpos y con ello la sociedad conyugal se habría extinguido.

la decisión? Tomada la decisión, aparece el asunto de cómo hacer para que el lugar donde se celebró el matrimonio (u otro Estado) acepte que ya no tiene vínculo jurídico matrimonial con esa persona.

Cuando la Europa continental y buena parte de las regiones periféricas estuvo bajo el dominio imperial romano, el régimen jurídico era común y la autoridad una sola, pero con las invasiones bárbaras, cada pueblo trajo su propio Derecho y fue necesario procurar dar una respuesta al tratamiento que debía darse a las situaciones jurídicas que, siendo establecidas bajo un determinado régimen, iban a producir efecto en otro país o región cuyo régimen difiriera sustancialmente.

Con la arrogancia que le es propia, cada soberano local se negó a aceptar que su autoridad o incluso “su verdad” fuese contradicha por nadie, de lo que se deriva el principio de que todos los que se encuentren las fronteras jurídicas del príncipe quedaran sometido a sus disposiciones, sin importar su origen o sus apreciaciones, y de eso no queda duda respecto de esas actuaciones potencialmente aptas para lesionar el interés colectivo, el orden público u otro asunto que estime importante el gobernante de turno. El soberano colombiano tiene esta regla: “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades” (inc. 2°, art. 1649 C. N. Co.)

En cuanto a aquellas materias que no tienen aptitud para afectar el interés general ya no es necesario tanto rigor y podría aceptarse que algunas situaciones jurídicas o actos de carácter privado que provengan del exterior tengan eficacia, siempre que se puedan probar y se cumplan otros requisitos exigidos por la norma interna. Habrá que decidir si el Estado receptor impone la norma local en toda su extensión o admite que las reglas extranjeras que dieron origen a la situación jurídica regulen los efectos de la situación.

La doctrina jurídica de los albores del Renacimiento identificó un difuso método que toma el nombre de *estatutos* jurídicos³³ encaminado a dar una solución a esos interrogantes y que procuran establecer cómo y en qué condiciones una situación jurídica establecida conforme a las reglas de un Estado puede ser aceptada o rechazada por otro, entre los que distinguía un “*estatuto real*” relativo a esas actuaciones que afectan la propiedad y otros derechos sobre bienes ubicados en los países y un “*estatuto contractual*” denominado por muchos “mixto” que pretende determinar las reglas aplicables a la formación o disolución de los contratos o actos jurídicos realizados en un Estado, pero cuyos efectos (obligaciones) se darán en otros países.

33 Se atribuye a los glosadores italianos en especial a Bartolo de Sassoferrato la estructuración de la “teoría estatutaria”. De Orue y Arregui. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid (1952): Reus, 352.

El asunto del estado civil quedó cobijado por un *estatuto personal*, que en general propone que todo individuo tiene aquel estado civil adquirido de manera legítima bajo las reglas de una nación y tendrá plenos efectos en otro. A pesar de lo combatida que está actualmente la teoría "estatutaria", el jurista nunca olvida esta fórmula, porque un sujeto de Derecho es en buena medida su estado civil y allá donde va, se lo lleva.

Al llegar las modernas codificaciones, esos estatutos tuvieron algún reconocimiento positivo. El Código Napoleón en su artículo 3º, dispuso: "Las leyes relativas al estado y la capacidad de las personas rigen a los franceses, aunque residan en país extranjero", lo que contrario sensu, permite concluir que las autoridades y jueces franceses aceptan que, en materia de estado civil, los extranjeros se regirán por su ley nacional.

La norma positiva colombiana acoge ese sistema:

"Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la unión.

2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior" (inc. 2º, art. 1649 CC Co.).

La proposición colombiana (o la francesa) es clara, pero necesariamente está incompleta porque omite la conclusión de cómo enfrentar un asunto en la práctica. Podríamos obviar ese problema haciendo de improvisados legisladores, aunque habría que optar entre dos soluciones: "en consecuencia, la constitución, modificación y extinción del estado civil de los colombianos, se someterá exclusivamente la ley colombiana y solamente son competentes para decidir la materia los jueces y otras autoridades nacionales según lo disponga la ley" o, si se acepta que las autoridades de aquellos países en los que se encuentre radicado el nacional, adopten decisiones en la materia, se diría: "las decisiones tomadas por autoridades extranjeras que afecten el estado civil de los colombianos, sólo serán eficaces cuando tales autoridades hayan aplicado las disposiciones de este Código. En caso contrario, tales decisiones son ineficaces de pleno Derecho y por ende el nacional mantendrá su estado civil anterior".

Un extranjero radicado en nuestro país no podría someter sus cuestiones de estado civil a autoridades nacionales o administrativas (en el primer caso) o de llegar a admitirse que pudieran acudir a las autoridades competentes colombianas en materia de estado civil, estas tendrían que decidir con base en la legislación nacional de ese

extranjero (la segunda opción). Las decisiones que no se ajustaran a esos preceptos no serían tomadas en cuenta³⁴.

Aunque localista y excluyente, la aplicación rigurosa de la *ley personal* soluciona el problema porque fija la norma aplicable y el juez competente, que no da lugar a conflictos serios al someter el matrimonio a un único régimen oponible a todos y aunque a los demás países no les parezca elegante, quedarían facultados para adoptar unas reglas similares y todos sabrían precisamente cuándo sus jueces son competentes y qué normas aplicarían en un caso dado y no habría discusión en ninguna parte, porque se sigue rigurosamente el principio de incorporar a los negocios jurídicos las reglas vigentes en el momento de celebrar el acto³⁵.

Ahora bien, esa regla no lo resuelve todo ya que se basa en el sujeto individual, pero al trasladar la regla al matrimonio, que tiene dos sujetos (¿o más?) que pueden tener nacionalidades diferentes y tocaría decidir el régimen aplicable a ese matrimonio. Sigamos con nuestro papel de legislador tratando de dar una sana respuesta para el régimen matrimonial lo que nos lleva a indicar a renglón seguido de cualquiera de las dos proposiciones anteriores: "En el evento de situaciones que afecten el matrimonio, cuando los contrayentes sean de dos nacionalidades diferentes, se tomará como nacionalidad de los contrayentes, para efectos de determinar la autoridad y la norma aplicable, la del lugar de celebración del matrimonio, a menos que la nacionalidad de alguno de los contrayentes sea tomada como la del matrimonio, por disposición legal o por acuerdo formal celebrado de acuerdo con las reglas de constitución de dicho matrimonio"³⁶. Para completar el cuadro normativo, nos faltaría enfocarnos en la pérdida de la nacionalidad, con un pequeño párrafo que dijera "la pérdida de la nacionalidad no afecta la situación de estado civil, pero los actos futuros que afecten tal estado se someterán al régimen de su nueva nacionalidad según lo consagrado en los incisos anteriores". Y pongamos algo de equilibrio al sistema: "Los extranjeros tendrán un tratamiento recíproco por parte de las autoridades administrativas y judiciales de la Nación".

34 Si seguimos la farragosa exposición de Savigny tendríamos que la ley aplicable al caso sería la *lex originis* que determina el *forum originis*, y que solo se encuentra en algunos países que, según el autor, no se distinguen por su calidad jurídica (Francia, algunos cantones suizos y quizá Prusia). SAVIGNY, F. K. *Sistema del Derecho Romano actual*. Granada (2005): Comares, 1368-1372. Trad. Jacinto Masía y Manuel Poley

35 No serían estrictamente contrarias al sistema, porque en el estatuto real en cierta medida funciona así, ya que los actos y decisiones judiciales que puedan afectar la situación jurídica de bienes ubicados en el país se someten a las leyes nacionales, no importa el lugar donde se produzcan esos actos. Además se ajusta al sistema general, porque los Estados manejan los asuntos de los nacionales, y así, como cuando un sujeto pierde su pasaporte no tiene otro remedio que recurrir a sus autoridades para que se lo repongan, de igual manera cuando pierde el estado civil hará lo propio, pero en otros casos, cuando quiere reclamar alimentos tendrá que ir a la autoridad local, porque esa necesidad no da espera.

36 Salvo algunas escasas legislaciones que consagran algún tipo de patriarcado, hoy no será posible atribuir a uno de los contrayentes la nacionalidad del matrimonio, pero se puede admitir que los contrayentes previsivos puedan fijar en el contrato de matrimonio (o capitulaciones) escoger entre la nacionalidad de cualquiera o el régimen del lugar de celebración del matrimonio.

Con lo anterior se tendría una solución sustancial y procesal con aplicación del estatuto personal, que remite a la ley nacional (personal), tanto en la constitución del estado civil como para la modificación de ese estado, en lo relativo al matrimonio.

El estatuto personal basado exclusivamente en la ley nacional del sujeto, dejando por fuera la aplicación de cualquier regla de las autoridades locales del resto del mundo implicaría una especie de radicación jurídica que haría que la ley nacional rigiera estas materias por siempre; pero no por viable deja de tener reparos en la práctica. Si se adopta la primera fórmula, se obliga a los sujetos a trasladarse a al lugar de la nacionalidad para ejercer sus derechos con posible sacrificio de sus intereses si no se cuenta con los recursos necesarios (recuerdan a los bíblicos José y María y el asunto del censo), aunque se podría paliar en algo llevando el Derecho nacional al país extranjero por intermedio de agentes consulares.

Pero si se admite que ventilen sus asuntos sobre estado civil ante la autoridad del lugar donde se encuentran radicados, la aplicación de la regla extranjera de los casados puede chocar con el régimen interno, ya que la autoridad quizá le toque adoptar una decisión contraria a su Derecho local, en temas en los que quizá no puede claudicar; por ser contrarios a su “modo de ser” jurídico; eso sin contar con lo difícil de aceptar que un juez o autoridad pueda tomar decisiones con base en leyes extranjeras, que objetivamente desconoce, porque su experticia funcional y especialmente cualificada se predica únicamente respecto de la normatividad nacional, y en cuanto a leyes y costumbres extranjeras, interpretación y fijación de su alcance, es tan novicio que no aprobaría el examen que lo habilitaría para el foro³⁷.

Por ello, la doctrina posterior; muchos tribunales y luego algunas normas positivas de Derecho internacional privado, se inclinaron por recortar la utilización de la ley nacional del sujeto en la constitución y régimen y modificación del estado civil, admitiendo la aplicación de la ley local en casos que involucren extranjeros, con lo que aparece el concepto de *lex fori* (*lex domicilii –forum domicilii*, en la explicación de Savigni), que algunos países acogen como única opción y otros como método para corregir las eventuales injusticias derivadas de normas personales contrarias a la moral o el Derecho locales. La aplicación de la ley del país receptor en materia de estado civil, frente a la ley personal del sujeto, obvia el problema de la aplicación de reglas extranjeras y elimina tratamientos discriminatorios entre locales y extranjeros, pero puede contradecir frontalmente las reglas propias del matrimonio que celebraron los interesados e incluso derechos adquiridos.

Nótese lo variada y variable aplicación del estatuto personal:

37 El juez no podría tomar la ley extranjera como base de su decisión sino apenas tomarla como elemento de juicio o prueba del conflicto, como hace con las normas que establecen las partes en el contrato, y para fallar tomaría su propio Derecho. Y por cierto, si la cuestión a decidir es compleja o dudosa tendría que apoyarse en un perito en la disposición jurídica foránea.

Alemania pasó en 1900 con la L. I. C. C., del *principio* del *domicilio* al de *la nacionalidad*, que antes sólo había regido en Baden, y, en medida limitada, en Sajonia. Este principio, en cuya adopción *Francia* se adelantó todos los demás estados (art 3° CC), impera en *la mayoría de los países de Europa* y en algunos *Estados de la India occidental*. Obsérvese sin embargo, que en Francia, y Bélgica rige sólo con limitaciones, pues no se aplica a las sucesiones ni al sistema económico matrimonial. El *principio del domicilio* se encuentra en *Inglaterra* y las demás partes del British Commonwealth of Nations, incluso en Escocia y Sudáfrica a pesar de sus bases jurídicas romanas, lo mismo que en la jurídico-francesa Quebec; luego en *Irlanda*, los *Estados Unidos* y dentro del continente europeo Dinamarca y Noruega; también *Islandia*, en los Estados latinoamericanos del Plata: *Argentina* (que de 1857 a 1869 anudó la nacionalidad), *Uruguay* y *Paraguay*; después en *Brasil* (que tuvo el principio de la nacionalidad de 1916 a 1942), *Nicaragua* y *Guatemala* (que se atuvo a la nacionalidad de 1894 a 1916). Hay también tipos mixtos. Por ejemplo *Suiza* aplica el principio del domicilio a los extranjeros en el interior; pero aplica el derecho nacional a los suizos que se hallan en el extranjero aunque con la salvedad de que si el estado de domicilio les aplica el derecho local Suiza hace lo mismo (art. 28 NAG) Algunos estados latinoamericanos chauvinistas jurídicos (W. Goldschmidt) juzgan a los extranjeros en el interior por el derecho del domicilio y a los nacionales en el extranjero por su derecho nacional obre como obrare el Estado del Domicilio, así en especial *Chile*, *Bolivia*, *Perú*, *Ecuador*, *Colombia* (en controversia permanente) y Méjico” (destacados originales)³⁸.

La teoría de los estatutos trata de ser ajustada en el Derecho internacional con un, todavía más impreciso, método que permite al juez escoger una *ley del conflicto*, sirviéndose de ciertos *factores de conexión* (domicilio, nacionalidad, asunto debatido, repercusiones del mismo en otros Estados), que propone que en el evento de colisión entre la norma extranjera y la local se busque la regla aplicable al caso según unos criterios conformidad entre la ley extranjera y la local buscando un mayor calidad en la decisiones, cuya valoración depende, desafortunadamente, del juez de turno y sus propios prejuicios jurídicos³⁹.

Dejar a cada estado adoptar la norma para el conflicto que se considera es la más apropiada y esperar que los demás Estados comulguen con esa solución es utópico, pero existen medios que permitirían acercamientos, como el consagrar que al extranjero se le dará el mismo tratamiento que en su país de origen le den en la misma situación a un nacional –*reciprocidad*–, e incluso uno mejorado que consiste en pactar por anticipado cuál tratamiento que se dará al respectivo caso en los Estados

38 Kegel, G. *Derecho Internacional Privado*. Bogotá (1982): Ediciones Rosaristas, 260-261. Trad. Miguel Betancourt R. Esto, por supuesto, está parcialmente modificado por reglas posteriores, especialmente las de la Unión Europea.

39 Dice el profesor mexicano Rojas Amandy, V. M. *El Método de las Normas de Conflicto* en González N. *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano* México D. F. (2007): Editorial Porrúa – UNAM, 228: “Como bien se advierte, según Savigny, existe un sistema nacional (local o extranjero) que resulta más adecuado, idóneo o razonable para regir una relación jurídica. En consecuencia, la norma de conflicto debe declarar la validez exclusiva de dicho sistema para solucionar el conflicto”.

suscriptores del acuerdo –*tratados o convenciones de Derecho internacional privado*– o producir un sistema normativo común a los asuntos que tengan que involucrar relaciones entre sujetos extranjeros y locales creando organismos supranacionales con capacidad legislativa y de obligatoria aceptación en los países miembros del acuerdo de integración –*comunidades o uniones*–, soluciones todas que se han explorado y consagrado para tratar de superar la dificultad planteada.

Pero el problema no es sólo reconocer cuál es el juez y la regla foral que se aplica en un determinado caso, sino conseguir que, una vez consolidado un determinado estado civil todos lo tengan como tal, de manera automática (con los requisitos de prueba o de registro que se estimen apropiados). Hagamos un contraste, en estas materias y veamos la diferencia. Un individuo oriundo de un Estado cambia su nacionalidad –sin sumar la nueva a la anterior como se ha vuelto moda– y al regularizar su condición de nacional de otro lugar, pasa ante todos los demás estados como ex nacional de su país de origen y si decide pasar por su antigua patria, llegará exhibiendo el pasaporte expedido por su nuevo soberano. Ahora bien, si ese mismo sujeto que perdió su nacionalidad anterior, tenía un matrimonio y en su nueva Nación ocurrió la disolución de su matrimonio tendrá que esperar a que los demás países, especialmente aquel en el que celebró el matrimonio (o el de su nacionalidad) le dé un *agrément* jurídico para que se acepte que ya no está casado.

5. Posesión (notoria) del estado civil ante el Derecho internacional privado.

Rodear los actos de formalidades y establecer un amplio sistema de publicidad de los actos y hechos jurídicos de especial trascendencia social, no fueron garantía de la conservación de la información, por lo que el Derecho se vio en la necesidad de respaldar algunas situaciones que podían aparecer como constituidas conforme a Derecho aunque en realidad no lo fueran y hasta admitirse que pudieran adquirir la necesaria firmeza jurídica si en el curso de varios años nadie se había tomado la molestia de discutir las controvirtiendo con los respectivos soportes probatorios la imagen legítima que se presentaba.

Esta concepción que lleva a reconocer y defender la posesión de bienes y otros derechos, así como la prescripción adquisitiva, se extiende también a las situaciones personales del sujeto en toda esa amplísima variedad de condiciones que se exigían en las culturas primarias para poder tener acceso al sistema jurídico, en especial el *estatus libertatis*, el *estatus civitatis* y el *estatus familiae*, de modo que quien pasaba por libre, por romano, por hijo se tenía por tal siempre que su condición fuera pública, no controvertida y perdurara en el tiempo⁴⁰.

40 La convivencia *more uxorio* entre varón y mujer libres y célibes daba lugar a la usucapión de la mujer, que terminaba bajo potestad o *manus* del marido al cabo de un año ininterrumpido de convivencia: “*usu in manu conueniebat quae anno continuo nupta perseuerabat; quia enim ueluti annua possessione usucapiebatur*” (Gayo, Inst. I, 111).

Del Derecho romano y por intermedio del Derecho francés, llegó hasta nuestros días el concepto de la posesión notoria del estado civil que permite dar por cierta la condición de casados (o la de padre e hijo) cuando existe el trato y la fama de tales –*nomen, tractatus et fama*–⁴¹, que en materia de matrimonio aparece así en el actual Código Civil colombiano.

“La posesión notoria del estado de matrimonio consiste, principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general (art. 396 CC Co.).

A pesar del restringido efecto que hoy tiene la posesión notoria (tanto la de casado, como de hijo) y que ha perdido prácticamente toda importancia en el Derecho interno con la mejora sustancial del sistema de registro civil, encuentro que en las relaciones de Derecho internacional privado este concepto puede ser de mucha utilidad, especialmente para un Estado que se haya abstenido de aceptar una determinada decisión relativa al estado de la persona, pero no puede impedir que esta asuma su condición adquirida.

Así ese Javier que nos sirvió antes de ejemplo llega a Colombia desde España como divorciado unilateralmente, pero nadie podrá exigirle que se comporte como el marido de su antigua esposa que pretende este país, (además de que no lo va a hacer) y se comportará como célibe y si no puede llegar a casarse en estas tierras lo hará en otro país y ahora sí vendrá con su nuevo estado civil. En pocas palabras va a actuar de hecho en su nueva condición y será necesario tolerar esa situación y seguramente tendrá que aceptarse que produzca efectos, como sería la inscripción de su nueva cónyuge (como compañera permanente) en los programas de seguridad social y no habrá como obligarlo a compartir con su antigua esposa los bienes adquiridos después del pronunciamiento de las decisiones judiciales de terminación del vínculo⁴².

Tal como un individuo rara vez requiere probar la titularidad jurídica de sus bienes o su condición de casado o padre; al presentarse la terminación de su vínculo matrimonial, que no es formalmente aceptado en otro Estado, le bastaría poder comportarse como “no casado”, es decir tener la posesión notoria de ese estado y se

41 Desde el Derecho romano estos son los elementos de la posesión notoria del Estado Civil. “El apellido, *nomen*, que hace considerar a quien lo lleva como miembro en determinada familia; el tratamiento recíproco *tractatus*, como marido y mujer o como padres e hijos legítimos y la reputación, reconocimiento o aceptación, fama, de los deudos y amigos y del vecindario de su domicilio que los han tenido como tales marido y mujer o como tales padres e hijos legítimos”. Claro Solar, L. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. II, tomo IV. Santiago (1979): Editorial Jurídica de Chile (edición facsimilar), 98.

42 Esto también permitiría dar solución al tema de los matrimonios informales que todavía subsisten en algunas legislaciones. Porque estos matrimonios si no fueron reales, por falta de convivencia y publicidad, no se debían tomar en cuenta por el Derecho, pero cuando hay *tractatus et fama*, deben tener todo el respaldo jurídico. Ver el caso *Darlymple vs. Darlymple*, citado en Arechederra L. *Los Matrimonios Irregulares en Escocia*. Madrid (2004): Dykinson, 37-40.

aceptaría es condición, con lo cual la decisión jurídica y formal de rechazar la disolución de su primer matrimonio cae al vacío.

Y porqué no pensar en que el matrimonio (válido a la luz del sistema jurídico local, pero inaplicable en la práctica) sea declarado en suspenso por el transcurso de un tiempo prudencial, sustituyendo de facto la negativa formal a aceptar la decisión proferida en el exterior⁴³.

Claro, para no alarmar a los juristas ortodoxos, habría que dejar claro que la posesión notoria y el paso del tiempo no sanean aquellas situaciones contrarias a derecho que puedan calificarse de objeto ilícito y por eso no podría legitimar matrimonios incestuosos o con impúberes, porque habría un estado civil *contra legem* y en algunos casos con el carácter de conducta punible y tocaría dejar al Estado receptor una vía de escape tendiente a impedir la regularización de esa situación o incluso para poder modificarla.

6. Una propuesta, a manera de conclusión.

El estatuto personal con todas sus dificultades intentaba dar unos criterios para solucionar el conflicto de situaciones de estado civil, e incluso las teorías modernas sobre la regla del conflicto tiene ese objetivo, pero para los creemos que el Derecho no está para resolver los conflictos sino para evitarlos, generando principios generales que puedan aplicarse sin mayor "información oficial" tanto por autoridades como por particulares, me parece imprescindible fijar un criterio general de aceptación inmediata y automática de la disolución del matrimonio .

La única solución que se me ocurre es promover a nivel doctrinario y normativo un sistema –cercano al de los estatutos, por cierto⁴⁴, que permita el reconocimiento y aceptación de la *situación jurídica consolidada*, que se pueda contrastar con la *relación jurídica actual* y, más aún, con la *configuración jurídica futura*.

La *situación jurídica consolidada*, aunque no lejana del concepto de *derecho adquirido*⁴⁵, parte de la base de que una vez que se produzca un hecho o un acto o una decisión judicial que genere una relación jurídica oponible de manera general y

43 En el Derecho colombiano encuentro un caso que se asemeja a lo que aquí se propone, porque se permite el establecimiento de una unión marital de hecho para aquel individuo casado pero separado de bienes (arts. 2° y 4° L. 54/90 Co.) Una vez establecida la unión de hecho, el matrimonio queda "congelado" en sus efectos jurídicos y solo tiene relevancia esta unión de hecho (en lo económico, laboral, de régimen familiar, presunción de filiación, etc.).

44 Buena parte de los juristas modernos tienen serios reparos a la teoría estatutaria, lo cual académicamente puede ser defendible, pero en mi criterio, cambiar una herramienta para afrontar una problemática jurídica, así no sea la mejor, por ninguna herramienta, lo único que hace es empeorar la situación y si actualmente hay desconcierto aplicando esas fórmulas, sin ellas sería el caos.

45 Los derechos adquiridos son factores de conexión para la determinación la regla del conflicto, pero incluyen las obligaciones, que no se podrían tomar como situaciones jurídicas consolidadas, porque están supeditadas al cumplimiento por el deudor y por eso las pasamos al "saco" de las relaciones jurídicas actuales.

con vocación de permanencia, se tome por la comunidad internacional como **hechos jurídicos** y por ende no sea valorables bajo la óptica de su propio Derecho, menos aún para descalificarlo⁴⁶; salvo que llegue a ser intolerable respecto de la norma de orden público, o la moral social interpretada a la luz del desarrollo cultural generalmente aceptado por la comunidad internacional.

Son situaciones jurídicas consolidadas, entre otras, las que se refieren a la existencia jurídica (identidad y denominación, vida, muerte, edad), nacionalidad, estado civil constituido formalmente: matrimonio y su disolución, filiación (por procreación natural o asistida⁴⁷ y adopción), interdicción por discapacidad mental, representación legal de incapaces⁴⁸. Salvo lo relativo al matrimonio y su disolución, es seguro que así no lo diga el derecho internacional, las demás situaciones son aceptadas por un país extranjero, bastando algún tipo de prueba que pueden aceptar hasta los funcionarios administrativos de menor rango.

Pero claro, al sentar el principio y fijar su alcance, la situación jurídica consolidada abarcaría los derechos de propiedad y demás derechos reales (“absolutos” y “perpetuos” por definición), así como la propiedad intelectual. Aunque con algo de duda, incluyo dentro de las situaciones jurídicas consolidadas las disposiciones testamentarias del individuo que ya ha muerto, al quedar como irrevocables.

Y para no quedarnos cortos, entrarían en el carácter de situaciones jurídicas consolidadas, aquellas que se poseen ostensible y públicamente, con lo cual se daría cabida a la posesión notoria del estado civil (matrimonial o filial), a las uniones maritales de hecho (aún las homosexuales), a las figuras familiares no establecidas formalmente, como el acogimiento familiar o por solidaridad y otras formas de protección de infancia y adolescencia; así como la posesión de la propiedad.

Las **relaciones jurídicas actuales** que son efecto de situaciones jurídicas consolidadas o provengan de actos o negocios jurídicos (ejercicio de los derechos y todas las obligaciones), tendrán que regirse por el derecho local ya que ponen en ejercicio

46 En el sistema de adopción internacional, de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 se sigue ese mecanismo. Todo lo relacionado con la adopción se regula por el Estado de Origen o sea aquel en que producirá la adopción (configuración) (arts. 20, 21, 28), y una vez establecida la filiación con los adoptantes, el país receptor y todos los demás se acogen a ella (arts. 23 y 24) (situación jurídica consolidada), pero los efectos la relación filial se regirán necesariamente por la ley local (relación jurídica actual), y aunque la convención de La Haya no lo hiciera expreso, en la Convención Interamericana de la Paz, de 1984 sobre esta materia, si se consagró (art. 9).

47 Pocos países han regulado la procreación asistida, en el campo puro de la filiación, pero es claro que una fecundación completamente heteróloga (en la que se utilizan embriones o gametos provenientes de terceros) o derivada de la maternidad subrogada o locación de vientres, debe ser aceptada país receptor como llegue, pero si se pone en controversia ante ese Estado se hará bajo sus normas.

48 Me parece dicente en esta materia la relación que trae la ley colombiana sobre hechos que se deben inscribir en el de registro civil:“(...) nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimo, manifestaciones de acercamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte (...)”.

directo la regla y sería difícil permitir la aplicación de la regla de origen no sólo por las características de cada régimen como por la extensión y variedad de estas relaciones. Así, el régimen de visitas a los hijos, o la obligación de alimentos se determinaría por las reglas del domicilio e incluso de la residencia actual permanente de los cónyuges o del demandado en caso de no ser común la residencia, la ejecución de los contratos se daría según la ley del lugar en que se hayan de producir sus efectos. Las obligaciones emanadas del contrato también se regirán por la ley local.

Por último, toda modificación o extinción de una situación jurídica consolidada –algo que bauticé como **configuración jurídica**– se regirá por la ley del lugar en que se genera la modificación. Quien se encuentre domiciliado o residenciado permanentemente en un Estado pretenda se anule su matrimonio o se decrete el divorcio o se declare alguna situación de extinción definitiva del vínculo planteará ante los jueces locales una acción para la **configuración** de esa situación jurídica consolidada, a fin de que los jueces se pronuncien y lo harán siguiendo sus propias reglas, de modo que una vez se pronuncie definitivamente el juez o la autoridad competente y su decisión quede firme llegue a tener el carácter de situación jurídica consolidada oponible a todos.

V. Gr: el juez español al que se le plantea la nulidad del matrimonio de bolivianos que se celebró con la hijastra política en España (afín en segundo grado línea directa) no lo decretaría, pero se le puede pedir el divorcio unilateral y lo concede, con lo que generó la nueva situación jurídica que al estar consolidada todos tendrían que aceptar. Como ese divorcio se aceptaría **ipso facto**, en cualquier otro país se tendrían como divorciados (si la extinción del vínculo hubiera sido por muerte, habría viudez sin discusión), pero al llegar a otro país pretende reclamar indemnizaciones o la custodia de los hijos o solicitar la pérdida de la patria potestad o dar sus hijos en adopción y aquí el juez aplica el derecho local en toda su integridad porque se trata de relaciones jurídicas actuales cuyo ejercicio se someterá al país receptor cuando se presente esa ocasión⁴⁹.

Cuando un Estado reciba una situación jurídica consolidada inaceptable –dos niños de 12 años casados contra su voluntad en Nepal–, el juez a petición de parte o de oficio, plantea una cuestión de configuración de esa situación, por razones de orden público y el juez entra a considerarla en la forma prevista para toda configuración jurídica en su propio sistema jurídico.

Si la situación jurídica que se pretende modificar está relacionada con derechos patrimoniales de amplia oposición (absolutos) la **configuración** se regirá por la regla del

49 Aquí operaría un fenómeno que ocurre con la fijación judicial de alimentos y custodia de menores, que está en posibilidad de modificarse, cuando cambian las condiciones que sirvieron de causa de la decisión (aumento o reducciones de capacidad económica del alimentante, modificación de las necesidades, inhabilitación del custodio etc.).

lugar (*lex loci*) dónde se produjo el acto jurídico, o dispongan la *lex mercatoria*, las reglas de internet, las bolsas de valores o productos dando origen a una situación consolidada (dominio) que será acatada por todos, hasta que alguien la intente modificar; es decir, sometiéndola a configuración, que se someterá a los jueces y leyes del lugar donde se plantea la cuestión.

Tratándose de propiedad inmueble se cumplirán las formalidades establecidas por el país en que se encuentre situados (*lex rei sitæ*) por su inamovilidad.

En ese orden de ideas no habría para qué pensar en ley del conflicto. Un Estado con sus autoridades de policía, administrativas o judiciales, aceptaría, respetaría y respaldaría la situación jurídica consolidada real o simplemente notoria. Si esa situación se pone en configuración aplicaría la ley local, cuando por cualquier circunstancia se traba la *litis* en algún país diferente a lugar en que se generó.

Cerremos nuestro ejercicio, retomando la función de legislador internacional, por más veras (es una predisposición genética de los que nos interesamos por el Derecho).

Artículo Primero: "Toda situación jurídica consolidada tiene plena eficacia en cualquier Estado, para lo cual bastará probarla. Los Estados establecerán los medios de prueba hábiles para el efecto y de no consagrarlos utilizarán los mecanismos previstos en el sistema de relaciones exteriores para probar hechos de interés entre Estados.

En el campo personal son situaciones jurídicas consolidadas, entre otras, las que generan, modifican o extinguen el estado civil de las personas, así como las que se refieran a interdicción de personas con discapacidad mental, y representación de incapaces. Igualmente son situaciones jurídicas consolidadas las que establecen relaciones jurídicas de amplia oponibilidad jurídica, tales como la propiedad y los demás derechos reales.

La posesión notoria del estado civil, la posesión de la propiedad y demás derechos reales y cualquier situación fáctica, pública y no controvertida se tomará como situación jurídica consolidada, sin perjuicio del derecho de terceros que estén legitimados para desvirtuarla. Las actuaciones tendientes a desvirtuar las posesiones y situaciones fácticas, se regirán por las reglas de la configuración jurídica futura".

Artículo segundo: "Las actuaciones judiciales y administrativas que conduzcan a una configuración jurídica futura, por generación, modificación o extinción de las situaciones jurídicas consolidadas, se someterá a consideración de los funcionarios del domicilio o residencia permanente de los actores y se decidirá conforme a las disposiciones que regulen la materia en dicho lugar. Cuando los actores se

encuentren domiciliados o residan permanentemente en dos lugares diferentes, el juez o autoridad competente será del domicilio o residencia habitual del demandado.

En toda actuación en la que uno de los actores sea menor, interdicto o persona especialmente protegida tendrá competencia exclusiva para conocer el asunto la autoridad donde esté radicada, jurídicamente o de facto, esta persona”.

Artículo Tercero: “Cuando un Estado, por razones de orden público, interés nacional o protección de poblaciones vulnerables, se vea en la necesidad de abstenerse de reconocer una situación jurídica consolidada de un extranjero domiciliado o con residencia permanente en su territorio, procederá, a petición de parte o del ministerio público, a configurar la nueva situación jurídica conforme a su propio régimen jurídico”.

Artículo Cuarto: “Las relaciones jurídicas que emanan de las situaciones jurídicas consolidadas y en general el ejercicio de los derechos derivados de éstas se someterán las autoridades y normas del lugar en que hayan de tener efecto”.

Artículo Quinto: “Los actos jurídicos encaminados a generar relaciones jurídicas se someten a las disposiciones del lugar donde se celebran o lo establezcan las reglas comerciales aceptadas por la comunidad internacional, pero si se refieren a inmuebles, se someterán a las disposiciones previstas en el Estado en que se encuentren”.

Artículo Sexto: “En los conflictos que puedan derivarse de las relaciones jurídicas emanadas de una situación jurídica consolidada o la configuración jurídica futura, las autoridades administrativas o judiciales competentes tendrán especial diligencia en evitar el fraude por parte de los interesados y en todo caso procurarán prevenir la lesión de terceros que no participen en la actuación, para lo cual admitirán, con la mayor amplitud, la participación de esos terceros en la respectiva actuación incluyendo los representantes de los Estados que dieron origen a una situación jurídica.

Y bienvenida la crítica”.

LOS EFECTOS DERIVADOS DE LAS CRISIS CONYUGALES: UN
ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA MATERIA

*THE CONSEQUENCES OF MARITAL CRISES: A STUDY OF
SPANISH JURISPRUDENCE ON THE MATTER*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.148-169



José Ramón
DE VERDAY
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de junio de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 10 de agosto de 2013

RESUMEN: El presente trabajo es un estudio práctico acerca de cómo la jurisprudencia española aplica las normas que establecen las consecuencias derivadas de las crisis conyugales, en caso de nulidad, separación o divorcio, flexibilizando o actualizando muchas de las soluciones establecidas en aquéllas. Se presta particular atención a la pensión compensatoria y a la atribución del uso de la vivienda familiar.

PALABRAS CLAVE: Divorcio, pensión compensatoria, vivienda familiar, relaciones paterno-filiales.

ABSTRACT: This paper is a case study about how the Spanish courts apply the rules that establish the consequences of marital crises, in case of annulment, separation or divorce, adapting or updating many of the solutions set out in those. Particular attention is paid to alimony and assignment of the use of the family home.

KEY WORDS: Divorce, alimony, family home, parent-child relationships.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. Causas de separación y divorcio.- III. Clases de separación o divorcio.- IV. Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.- 1. Efectos producidos por ministerio de la Ley.- 2. Efectos producidos como consecuencia de una resolución judicial (medidas provisionales y definitivas).- V. Relaciones paterno-filiales.- 1. Titularidad y ejercicio de la patria potestad.- 2. La custodia de los hijos.- 3. El régimen de visitas, comunicación y estancia en favor del progenitor no custodio.- 4. La prestación de alimentos.- VI. El régimen económico matrimonial.- VII. La compensación por desequilibrio.- 1. Requisitos para su concesión.- 2. Carácter temporal o vitalicio.- 3. Extinción.- VIII. La atribución del uso de la vivienda familiar.- 1. Régimen de Derecho común.- 2. La atribución del uso de la vivienda familiar, concurriendo hijos menores de edad.- A) La regla general de atribución.- B) La temporalidad de la atribución.- C) La posibilidad de ocupar otra vivienda como residencia familiar.- D) La compensación por la pérdida del uso de la vivienda.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Las crisis matrimoniales pueden ser resueltas jurídicamente a través de tres cauces: la nulidad, la separación y el divorcio.

a) La nulidad, según se explicó en el tema correspondiente, es una sanción jurídica ante un matrimonio que tiene su origen en un acto imperfecto (en el que concurren alguna de las causas previstas en el art. 73 CC) y, que, una vez constatada judicialmente, da lugar a la declaración de invalidez del matrimonio, que, por lo tanto, nunca habrá existido, ni desplegado propiamente sus efectos jurídicos típicos (dejando a salvo lo ya dicho al hablar del matrimonio putativo).

b) La separación no cuestiona la validez del matrimonio y, a diferencia del divorcio, tampoco lo disuelve, afectando, exclusivamente, a sus efectos, en particular, a la obligación de convivencia de los cónyuges, que queda suspendida. Así, a tenor del art. 83 CC, “La sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica” (exceptuándose, así, lo previsto en el art.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/ 1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; o “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012.

1319.I CC)¹. Igualmente, la separación judicial da lugar a la extinción automática de la sociedad de gananciales (art. 1392.3º CC)².

c) El divorcio, al igual que la muerte o la declaración de fallecimiento, no se limita a suspender los efectos del matrimonio, sino que lo disuelve, desde el momento de la firmeza de la sentencia que lo declara, aunque no produce efectos frente a terceros de buena fe, sino a partir de la fecha de inscripción de la resolución judicial en el Registro Civil (arts. 85 y 89 CC). Es, pues, clara la diferencia del divorcio, no sólo con la separación, sino también con la nulidad: la sentencia firme de divorcio produce la extinción sobrevenida de un vínculo matrimonial válido, que habrá existido y producido sus efectos típicos hasta ese momento.

La sentencia firme de divorcio produce la extinción definitiva del matrimonio y la pérdida de la condición de cónyuge, por lo que la reconciliación posterior “no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio” (art. 88.II CC). Por el contrario, dado que la sentencia de separación no disuelve el matrimonio, la reconciliación posterior de los cónyuges (que siguen estando casados) “deja sin efecto” sus consecuencias legales (recobra, pues, su vigencia la obligación de convivencia o la posibilidad de vincular bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica), “pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio” (art. 84 CC).

II. CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha reformado radicalmente las causas de separación y divorcio; y ello, en un doble sentido:

a) En primer lugar, las ha asimilado, con lo que ha privado a la separación de importancia práctica (si los motivos que permiten separarse o divorciarse son los mismos, los cónyuges que atraviesan una crisis matrimonial grave suelen acudir directamente al divorcio, sin pasar antes por una fase previa de separación judicial).

b) En segundo lugar, por aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, ha establecido como una única causa de separación y divorcio la mera voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos de no querer seguir

1 En realidad, el efecto de cesación de la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, se produce, por ministerio de la ley, salvo pacto en contrario, como consecuencia de la mera presentación de la demanda de separación, al igual que cuando se presenta una demanda de nulidad o de divorcio (art. 103.II CC).

2 No son éstas las únicas consecuencias jurídicas que produce la separación, pero dichas consecuencias sí son exclusivas de la separación judicial. Junto a ellas, existen otros efectos que no presuponen sentencia judicial y para los que basta una mera separación de hecho de los cónyuges, suficientemente probada, como son la cesación de la presunción de paternidad del marido (en los términos previstos en el art. 116 CC), la pérdida de los derechos legitimarios propios del cónyuge viudo (art. 834 CC) o la exclusión del llamamiento a la herencia del cónyuge premuerto, en defecto de descendientes y ascendientes, en la sucesión intestada del mismo (art. 945 CC).

conviviendo o de continuar causados (sin atribuir, pues, ninguna significación al posible incumplimiento de las obligaciones conyugales, ni exigir la acreditación de un período mínimo de cesación de la convivencia conyugal, como ocurría antes de la reforma). Ahora bien, si la separación o divorcio son solicitados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, la demanda sólo podrá interponerse pasados tres meses desde la celebración del matrimonio (salvo que medien malos tratos, en cuyo caso no será necesario esperar al transcurso de dicho plazo)³.

III. CLASES DE SEPARACIÓN O DIVORCIO.

La separación o el divorcio pueden ser de mutuo acuerdo o contenciosos⁴.

a) Serán de mutuo acuerdo, cuando la demanda en que se solicitan sea presentada por ambos cónyuges o por uno de ellos, con el consentimiento del otro, en cuyo caso deberá acompañarse a la misma una propuesta de convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio, la cual será aprobada por el Juez, salvo que sea dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (arts. 81.1º, 86 y 90.II CC).

b) Por el contrario, serán contenciosos, cuando la demanda sea presentada por uno solo de los cónyuges, sin el consentimiento del otro⁵: en este caso, no se adjuntará, lógicamente, convenio regulador (que presupone el acuerdo de las partes), sino que el demandante presentará un "propuesta fundada" de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o divorcio (art. 82.2º y 86 CC), de la cual se dará traslado a la parte demandada para que pueda contestar a la mismas, decidiendo el Juez lo que proceda, de no existir acuerdo de los cónyuges (art. 90.III CC)⁶.

- 3 Así, según resulta de los arts. 81 y 86 CC, se decretará judicialmente la separación o el divorcio:
1º) "A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio".
2º) "A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio".
- 4 La acción de separación o divorcio es personal de los cónyuges: son ellos quienes deberán interponer la demanda. En coherencia con esta idea, el art. 88 CC precisa que "La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges". Ahora bien, la jurisprudencia ha admitido que en casos excepcionales la demanda de separación o divorcio puede ser interpuesta por el representante legal de un cónyuge incapacitado en nombre de éste, cuando no pueda hacerlo por sí mismo y, así convenga para la defensa de sus intereses, por exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Véase en este sentido STC 311/2000, de 18 de diciembre (Tol 81.734), y STS (Pleno) 21 septiembre 2011 (Tol 2.248.621).
- 5 Véase a este respecto art. 774 LEC.
- 6 A tenor del art. 90 CC, dicho convenio regulador "deberá contener, al menos, los siguientes extremos: A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. F) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges".

IV. EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Más allá de sus efectos específicos, la separación y el divorcio producen una serie de efectos comunes, regulados en los arts. 90 y ss. CC.

Dichos preceptos son también aplicables a la nulidad, con la salvedad de lo dispuesto en los arts. 97 y concordantes CC sobre la pensión compensatoria, que sólo se refieren a la separación y al divorcio, pues la nulidad, en su caso, dará lugar a la indemnización prevista en el art. 98 CC.

Estos efectos comunes se producen, bien por ministerio de la ley, bien como consecuencia de una resolución judicial, que puede recaer en distintas fases del procedimiento.

1. Efectos producidos por ministerio de la Ley.

Hay un tipo de efectos que se producen automáticamente, esto es, por ministerio de la ley (sin necesidad de que las partes lo soliciten y de que una resolución judicial lo establezca), como consecuencia de la mera presentación de una demanda de nulidad, separación o divorcio.

Dichos efectos, establecidos en el art. 102 CC, son los siguientes:

1º. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro⁷.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica⁸.

2. Efectos producidos como consecuencia de una resolución judicial (medidas provisionales y definitivas)

Otros efectos requieren una resolución judicial que los establezca; por ello, se denominan “medidas judiciales”, las cuales pueden ser “provisionales” o “definitivas”, según que se acuerden al inicio del procedimiento o, por el contrario, en la sentencia que ponga fin al mismo.

7 El art. 106.11 CC precisa que dicha revocación es definitiva, manteniéndose tras la sentencia firme que ponga fin al juicio de nulidad, separación o divorcio.

8 “A estos efectos —continúa diciendo el precepto, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil”.

La necesidad de establecer “medidas provisionales” se justifica, porque hay temas de tal importancia, que han de ser resueltos cautelarmente mientras se tramita el juicio, sin poder esperar a la sentencia firme de nulidad separación o divorcio, con el que el mismo concluya. Entre otras cosas, habrá que decidir con qué progenitor se quedan los hijos menores de edad, el régimen de visitas del progenitor no custodio, quién continúa en el uso de la vivienda familiar o la contribución de cada uno de los cónyuges a la cargas del matrimonio.

Conforme al art. 103 CC, el Juez, tras admitir la demanda, decidirá sobre estos puntos (así como sobre otros contemplados en el precepto), teniendo en cuenta los acuerdos de las partes y, en caso de no existir dichos acuerdos o de no aprobarlos, previa audiencia de las mismas. Estas “medidas provisionales” podrán ser confirmadas o modificadas por las “definitivas”, esto es, por las establecidas en la sentencia firme con la que concluya el procedimiento (art. 106.I CC)⁹.

Según resulta del art. 90.II CC, el juez, al dictar las “medidas definitivas”, debe, en principio, respetar lo que las partes hayan pactado en el convenio regulador (en la separación o divorcio de mutuo acuerdo) o, si no lo hay (en la separación o divorcio contenciosos), los acuerdos que presenten en la vista del juicio¹⁰. No obstante, el juego del principio de autonomía privada en la materia no es absoluto, ya que el juez podrá rechazar, mediante resolución motivada, los acuerdos “dañosos” para los hijos o “gravemente perjudiciales” para uno de los cónyuges, en cuyo caso, éstos deberán presentar nueva propuesta para su aprobación judicial, si procede; en caso contrario, será el juez quien dicte las medidas que estime convenientes, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.

“Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias” (art. 90.III CC).

Pasaremos, a continuación al estudio las “medidas definitivas”, en atención al posible contenido de las mismas.

9 Además de las “medidas provisionales” existen las llamadas “provisionalísimas”, cuyo contenido coincide con el de aquéllas, pero que pueden ser solicitadas antes de iniciarse el juicio por el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio, las cuales, sin embargo, “sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptadas, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente” (art. 104 CC).

10 Véase en este sentido art. 774.I LEC. El precepto, aunque lo presupone, no dice que dichos acuerdos deban producirse, precisamente, en el curso del procedimiento, por lo que, aunque sea discutido, parece que no habría por qué negar validez y eficacia a los que sean anteriores al mismo, incluso, a los prenupciales. Ahora bien, tendrían que ser aprobados por el juez, quien, por aplicación analógica del art. 90.II CC, podría negarse a ello, si fueran dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

V. RELACIONES PATERNO-FILIALES

En el ámbito de las relaciones paterno-filiales, el art. 92.I CC establece el principio, según el cual “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

De este principio se extraen una serie de consecuencias, en relación con diversas materias.

I. Titularidad y ejercicio de la patria potestad

Respecto a la patria potestad, hay que distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la misma.

a) Como regla general, ambos progenitores conservan la titularidad de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad.

No obstante, el juez “acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello” (art. 92.3 CC), la cual consistirá en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma (art. 170.I CC).

Si se priva de la patria potestad a uno solo de los progenitores, la titularidad de la misma recaerá, exclusivamente, en el otro; si, por el contrario, la privación afecta a los dos progenitores, habrá que constituir una tutela (art. 222.I CC).

b) Por el contrario, respecto del ejercicio de la patria potestad, se establece una regla general distinta, presuponiendo que los progenitores viven separados y que los hijos conviven con uno de ellos.

El art. 156.V CC dispone, así, en su inciso primero, que “Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”¹¹.

“Sin embargo añade el precepto, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”¹².

11 Desde mi punto de vista, se trata de una previsión discutible, porque el hecho de que los padres para privar al otro del ejercicio de la patria potestad. De hecho, esta previsión es la que lleva a muchos progenitores a pedir una guardia o custodia compartida, que, en muchos casos, es difícil de llevar a cabo y que, posiblemente, no se pediría, si se diera al progenitor no custodio una participación activa en la adopción de las decisiones que afectan a los hijos comunes y se estableciera un régimen de visitas amplio y flexible.

12 Así mismo, a tenor del art 93.4 CC, “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente” por uno de ellos, lo que sucederá en el caso de existir desacuerdos reiterados que entorpezcan gravemente su funcionamiento (art. 156.II CC) o en los supuestos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los cónyuges (art. 156.IV CC).

2. La custodia de los hijos

Dado que, normalmente, tras la nulidad, separación o divorcio los progenitores dejarán de vivir juntos, es necesario decidir con quién permanecerán los hijos, teniendo en cuenta el principio de protección del interés superior del menor¹³.

Tradicionalmente, se ha considerado conveniente para los menores que éstos convivan con uno solo de los padres. De hecho, esta es la idea que subyace en nuestro Derecho común, en el que la custodia compartida, si bien es contemplada en el art. 94 CC¹⁴, sin embargo, no constituye la regla general, a no ser que exista acuerdo de ambos progenitores para establecerla.¹⁵

a) En efecto, el art. 94.5 CC dispone que, “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”¹⁶.

b) De no existir acuerdo de ambos progenitores en favor de la custodia compartida, ésta tendrá un claro carácter excepcional. No podrá ser establecida de

13 Véase a este respecto STC 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2.675.044).

14 En la redacción dada al precepto por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

15 El art. 4.1 y 2 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, establece, sin embargo, que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, el Juez establecerá, como regla general, el régimen de “convivencia compartida”. Por lo tanto, en Valencia, al igual que sucede en otras regiones que, como Aragón o Navarra, se apartan de la solución prevista en el art. 94 CC, la custodia compartida tiene carácter general, y no, excepcional.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, conforme al art. 5.3 de la Ley 5/2011, el Juez, antes de fijar el régimen de convivencia, “a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar” que cada uno de los progenitores deberá presentar, “tendrá en cuenta los siguientes factores: 1. La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. 2. La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años. 3. La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor: 4. Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. 5. Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. 6. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. 7. La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad. 8. Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos”.

La regla general es, pues, que, conforme al art. 5.2 de la Ley 5/2011, salvo que otra cosa haya acordado por los progenitores, el Juez atribuirá a ambos, “de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”, extremo, este último, importante, porque la razón más habitual para denegar la custodia compartida (antes de la entrada en vigor de la Ley) era, precisamente, la existencia de malas relaciones entre los padres, considerándose que dicha situación dificultaba extraordinariamente un régimen de este tipo.

16 No obstante existir un acuerdo de los progenitores en favor de la custodia compartida, el legislador establece una serie de cautelas en favor de los menores. Así, “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda” (art. 94.6 CC). “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o 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” (art. 94.7 CC).

oficio, sino que será necesario que la solicite, al menos, uno de los progenitores¹⁷; que se recabe informe del Ministerio Fiscal (aunque dicho informe no sea vinculante¹⁸) y que el Juez, al acordarla, fundamente “que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor” (art. 92.8 CC)¹⁹.

3. El régimen de visitas, comunicación y estancia en favor del progenitor no custodio.

En el caso de que no se acuerde la custodia compartida en favor de ambos progenitores, habrá que establecer un régimen de visitas en favor del no custodio y de estancia de los hijos en el domicilio de este último (que, por ejemplo, puede abarcar fines de semanas alternos o ciertos periodos de las vacaciones escolares).

A tenor del art. 94.I CC, “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

Se trata, aquí, fundamentalmente, de proteger el interés del menor; en este caso, a mantener sus vínculos afectivos con ambos progenitores. Ahora bien, el precepto, al igual que hace el art. 160.I CC, habla de “un derecho” del padre no custodio a relacionarse con sus hijos, derecho que también se establece en orden a la satisfacción de un interés legítimo propio. Es, por ello, que la conducta del progenitor custodio, tendente a obstaculizar injustificadamente las relaciones personales del no custodio con el hijo común, puede dar lugar a un daño moral indemnizable con apoyo en el art. 1902 CC²⁰.

17 Así lo dice el art. 92.8 CC, que exige que el juez actúe “a instancia de una de las partes”, por lo que “la jurisdicción no puede alcanzar a imponer una medida que la ley califica de excepcional”, ni siquiera, a pesar de la existencia de informes psicológicos y de la opinión favorable del Ministerio Fiscal en favor de la guardia y custodia compartida. Véase en este sentido STS 19 abril 2012 (Tol 2.532.886), como también STS 29 abril 2013 (Tol 3.711.046).

18 La STC 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2.675.044), declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el art. 94.8 CC, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE.

19 Del tenor del art. 93.8 CC resulta que la existencia de malas relaciones entre los padres, por sí solas, no excluye, necesariamente, la posibilidad de que el juez, a petición de una de las partes y con el informe favorable del Ministerio Fiscal, acordara la guardia y custodia compartida, cuando así lo exigiera el interés del menor. Así lo confirman las SSTS 22 julio 2011 (Tol 2.196.632) y 9 marzo 2012 (Tol 2.498.899), las cuales afirman que “las relaciones entre los cónyuges, por sí solas no son relevantes, ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”. Sin embargo, en la práctica, cuando existen malas relaciones entre los progenitores y una falta de comunicación entre ellos, no se suele conceder la guardia y custodia compartida, porque los informes psicológicos acostumbran a considerar que dichas circunstancias pueden obstaculizarla seriamente y perjudicar el interés superior del menor, sin que las sentencias que siguen dichos informes sean normalmente revocadas en casación, en las que se respeta la valoración de la prueba realizada en la instancia. Véase en este sentido, por ejemplo, SSTS 10 enero 2011 (Tol 3.436.850), 3 octubre 2011 (Tol 2.246.567) y 9 marzo 2012 (Tol 2.498.899).

20 Véase en este sentido STS 30 junio 2009 (Tol 1.570.770).

El art. 94.II CC se preocupa también de favorecer el mantenimiento de los vínculos afectivos entre abuelos y nietos, “teniendo siempre presente el interés del menor”²¹, aunque el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación con los abuelos exige el consentimiento de estos últimos (no se les puede, pues, imponer contra su voluntad). El art. 160.II CC establece que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes²² y allegados”²³.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que la mera existencia de conflictos y desencuentros entre los padres y los abuelos no debe impedir las relaciones personales de estos últimos con sus nietos, los cuales, sin embargo, han de ser oídos antes de tomar una decisión; y ello, siempre que no se advierta que los abuelos ejercen una influencia negativa sobre el menor, suscitando en él sentimientos de animadversión hacia sus progenitores²⁴.

4. La prestación de alimentos.

Conforme al art.93 CC, el juez, “en todo caso”, deberá determinar “la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos”²⁵, acomodando las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”²⁶. En el

21 Este párrafo fue introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

22 La mención específica de los abuelos, realizada en el precepto, no es casual. La STS 28 junio 2004 (Tol 483.310) observa que “Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular”, precisando la STS 27 julio 2009 (Tol 1.594.293) que, “si la relación con los abuelos es siempre enriquecedora [...] no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica una relación de especial afecto”.

23 La STS 12 mayo 2011 (Tol 2.124.714) ha considerado “allegado” del menor en el sentido del art. 160.II CC, a la ex conviviente de una madre soltera que tuvo un niño acudiendo a la reproducción asistida. Ha confirmado la resolución recurrida, la cual había establecido un amplio régimen de relaciones personales entre la excompañera de la madre y el hijo de ésta, teniendo en cuenta los informes de los psicólogos.

24 Véase en este sentido SSTS 20 septiembre 2002 (Tol 225.538), 28 junio 2004 (Tol 483.310), 27 julio 2009 (Tol 1.594.293) y 20 octubre 2011 (Tol 2.261.508).

Se ha descartado que los síntomas de ansiedad y depresión que uno de los progenitores decía experimentar tras los encuentros del menor con sus abuelos sean “justa causa” para impedir las relaciones personales entre ellos. La STS 20 octubre 2011 (Tol 2.261.508) afirma que “Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho-deber reconocido en el Código civil del que sólo se puede ser privado cuando exista causa y que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino para los menores cuyo interés es el protegido por el art. 160 CC”.

25 La jurisprudencia actual entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda común no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales y que éstas, en consecuencia, deben ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad. Así, la STS 28 marzo 2011 (Tol 2.082.300) revocó la sentencia apelada, la cual había dispuesto que el cónyuge no custodio debía pagar el 80% de las cuotas del préstamo hipotecario (frente al 20% del otro), habiendo argumentando que este mayor porcentaje se justificaba por su consideración como aportación al pago de la pensión alimenticia. Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habersele atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos.

26 El precepto dispone que el juez “adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad” de la prestación de alimentos. Por su parte, el art. 776 LEC prevé la imposición de medidas coercitivas contra quien no las haga efectivas. Existe, además, un “Fondo de Garantía del Pago de Alimentos” creado por la Ley 42/2006, de 28 de

caso de que la custodia de los hijos corresponda a uno de los progenitores, es usual considerar que su contribución se realiza mediante la atención personal que éste le presta, consistiendo la contribución del progenitor no custodio en el pago de una pensión mensual alimenticia en metálico²⁷.

Es necesario distinguir, según que los hijos sean menores o mayores de edad²⁸:

a) Si son menores de edad, la obligación de alimentos de los progenitores forma parte del contenido propio de la patria potestad²⁹, de modo que procede automáticamente, sin necesidad de demostrar que el hijo la necesite para subsistir³⁰.

b) Si, por el contrario, los hijos son mayores de edad o se encuentran emancipados, para que estos puedan percibir una pensión de alimentos³¹, es necesario demostrar que se encuentran en una situación objetiva de “necesidad” (por no tener bienes suficientes o no poder ejercer una profesión u oficio con el que ganarse la vida) y que dicha “necesidad” no proviene de su mala conducta o de su falta de aplicación al trabajo (arts. 93.2 y 152.3º y 5º CC)³².

VI. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Las medidas definitivas también se proyectan sobre los bienes de los cónyuges:

diciembre, y regulado por el RD 1618/2007, de 7 de diciembre, es un fondo carente de personalidad jurídica, que tiene como finalidad garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo.

- 27 Cabe, sin embargo, pactar en convenio regulador que la contribución de alimentos corra, exclusivamente, a cargo del progenitor con quien en cada momento los hijos convivan. Véase en este sentido STS 8 noviembre 2012 (Tol 2.675.996).

En la práctica se ha discutido si la pensión de alimentos fijada debe reducirse, en el caso de que el obligado a pagarla tenga nuevos hijos con otra persona distinta, existiendo criterios jurisprudenciales opuestos en esta materia. La reciente STS 30 abril 2013 (Tol 3.706.592) afirma que el nacimiento de un hijo puede “suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta” al tiempo de fijar los alimentos en favor de los anteriores. Ahora bien, matiza que el mero nacimiento de nuevos hijos fruto de la relación con una persona diversa, por sí solo, no determina una reducción de la pensión de los alimentos previamente determinada en favor de los otros, por lo que para decidir la cuestión, habrá que valorar, no sólo la capacidad económica del obligado a prestarlos, sino también la del otro progenitor, que igualmente está obligado a alimentar a los hijos comunes que tenga con aquél.

- 28 Véase en este sentido SSTS 5 octubre 1993 (Tol 1.655.748) y 16 julio 2002 (Tol 202.431).

- 29 La jurisprudencia ha precisado que un progenitor no puede eximirse del pago de la pensión alimenticia, alegando que carece de ingresos por trabajo, si posee un patrimonio que le permite hacer frente al cumplimiento de dicha obligación. Véase en este sentido STS 5 octubre 1993 (Tol 1.655.748), respecto a un padre que voluntariamente abandona su puesto de trabajo y posteriormente dedica su tiempo a la propia mejora de su formación profesional.

- 30 No obstante, la STS 24 octubre 2008 (Tol 1.393.347) suspendió temporalmente la pensión de alimentos de una hija menor de edad que, tras la sentencia de separación obtuvo una beca de la Federación Española de Gimnasia que cubría sus gastos de alojamiento y manutención y le proporcionaba ingresos suficientes para atender a sus gastos personales, asignándole 851,43 euros mensuales por este concepto.

- 31 La STS 24 abril 2000 (Tol 2.473.281) admite que los alimentos de los hijos mayores de edad puedan ser reclamados en el proceso matrimonial por el cónyuge con el aquéllos convivan. La STS 6 junio 2003 (Tol 276.121) le niega, sin embargo, dicha legitimación activa cuando no se trate de alimentos pactados voluntariamente entre los cónyuges al margen del proceso.

- 32 Véase en este sentido SSTS 23 febrero 2000 (Tol 2418) y 28 noviembre 2003 (Tol 332175).

a) Las sentencias firmes de nulidad y de divorcio provocan la “disolución del régimen económico matrimonial” (art. 95.I CC), cualquiera que fuera éste, lo que es lógico, ya que, si el matrimonio se declara inválido o se disuelve, desaparece la necesidad de regular las relaciones patrimoniales entre personas que ya no están casadas³³.

b) La sentencia firme de separación produce la extinción de la sociedad de gananciales y del régimen de participación³⁴, pero, dado que tras ella el matrimonio subsiste, sigue siendo necesario ordenar las relaciones patrimoniales entre los que todavía conservan la condición de cónyuges, pasando entonces a regir entre ellos el régimen de separación de bienes (a no ser que acuerden otra cosa)³⁵.

VII. LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO.

Según prevé el art. 97.I CC, “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”³⁶.

En esta materia, rige, con gran amplitud, el principio de autonomía privada³⁷: el juez no puede conceder de oficio la compensación, sino tan sólo a instancia de quien tenga derecho a reclamarla³⁸; y, respecto a la cuantía de la misma, deberá respetar, si lo hubiere, el acuerdo de las partes; en caso contrario, tendrá que determinar su importe, teniendo en cuenta los parámetros del art 97.II CC³⁹.

33 Véase en este sentido arts. 1392.1° y 2°, y 1415 CC.

“Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte” (art. 95.II CC).

34 O, en su caso, de las situaciones de comunidad o de sociedad que los cónyuges hubieran pactado en capitulaciones matrimoniales.

35 Véase en este sentido art. 1392.3°, 1415 y 1435.3° CC.

36 Hay que tener en cuenta que el establecimiento de una pensión compensatoria puede condicionar, en su momento, la posibilidad de percibir una pensión de viudedad. El art. 174.II LGSS supedita, así, la concesión de la pensión de viudedad al requisito de que el cónyuge separado o divorciado sea acreedor de una pensión compensatoria que se extinga por muerte del causante. El precepto establece, además, que la cuantía de la pensión de viudedad no puede superar a la de la pensión compensatoria.

37 Parece, pues, válida, aunque sujeta a moderación judicial, la estipulación por los que los contrayentes pactan anticipadamente en capitulaciones matrimoniales la exclusión de pensión compensatoria en caso de separación o divorcio, habiendo, sin embargo, precisado la jurisprudencia que el pacto contenido en capitulaciones otorgadas constante el matrimonio, por el cual los cónyuges acuerdan la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación, por sí mismo, no implica una renuncia implícita a la pensión compensatoria. Véase en este sentido STS 10 marzo 2009 (Tol 1.474.923).

38 Véase en este sentido SSTS 10 marzo 2009 (Tol 1.474.923) y 17 julio 2009 (Tol 1.577.965).

39 Esto es: “1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2. La edad y el estado de salud. 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4. La dedicación pasada y futura a la familia. 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.

I. Requisitos para su concesión.

El fundamento de la compensación es la existencia de una situación objetiva de “desequilibrio económico” entre los cónyuges⁴⁰, que la jurisprudencia reciente tiende a apreciar de manera cada vez más restrictiva⁴¹, habiendo elaborado a este respecto las siguientes reglas:

a) El desequilibrio que se trata de compensar debe estar estrictamente causado por la separación o por el divorcio; y no, por una inicial situación de desigualdad entre sus respectivos patrimonios o cualificaciones profesionales, previa a la celebración del matrimonio.

La STS 23 enero 2012 (Tol 2.407.043) afirma que no existe derecho a percibir una compensación, cuando el desequilibrio tenga su exclusivo origen en “la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja”. Concretamente, se la deniega a la mujer, de profesión enfermera, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria. Afirma, así, que una cosa es que “la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)”.

b) Se compensa, exclusivamente, el desequilibrio que tiene su origen en el empobrecimiento que sufre uno de los cónyuges por haberse dedicado durante el matrimonio, al cuidado de la familia, de manera exclusiva o prioritaria, o por

La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7. La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9. Cualquier otra circunstancia relevante”.

40 No tiene, pues, carácter alimenticio; por ello, el hecho de tener un salario, por sí mismo, no impide la obtención de una pensión compensatoria, habiendo declarado la jurisprudencia de manera reiterada que la pensión compensatoria, a diferencia de la pensión de alimentos, es independiente de la noción de “necesidad”. Véase en este sentido SSTS 9 febrero 2010 (Tol 1.790.763), 22 junio 2011 (Tol 2.227.659) y 27 junio 2011 (Tol 2.191.098). La STS 17 julio 2009 (Tol 1.577.965) observa que “no es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque, a pesar de ello, puede haber desequilibrio”, añadiendo que “Sólo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio, cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”.

41 En cualquier caso habrá que tener en cuenta, si existen otras compensaciones, que excluyan la posibilidad de pedir la reparación. P. ej., si, existiendo un régimen de separación de bienes, con apoyo en el art. 1438 CC, se ha pedido y concedido una alta compensación en favor del cónyuge que se dedicó, exclusivamente, al trabajo doméstico. Así mismo, puede haber compensaciones de carácter voluntario; p. ej., si se ha pactado un contrato voluntario de alimentos en los términos de los arts. 1791 y ss. CC, el cual, obviamente, no se extingue por la sentencia de divorcio, a pesar de que, tras ella, se pierda la condición de familiar. Véase en este sentido STS 4 noviembre 2011 (Tol 2.270.289).

haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para poder volver a acceder a un empleo⁴².

La STS 22 junio 2011 (Tol 2.227.659) confirmó la sentencia de divorcio recurrida, que había denegado a la mujer su pretensión de seguir recibiendo la pensión compensatoria concedida 2 años antes por la sentencia de separación. Para ello tuvo en cuenta que la mayor dedicación de la mujer a la familia no había sido “un obstáculo o impedimento para su actividad laboral” de auxiliar interina de biblioteca (con un sueldo mensual de 1.649 euros frente a los 2.900 euros percibidos por el marido, en su condición de profesor universitario), la cual había desarrollado durante el matrimonio, y que no había quedado probado que “su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo”, fuera “una consecuencia directa del matrimonio”, y no “de sus propias actitudes y capacidades”.

c) Para valorar si existe el desequilibrio hay también que tener en cuenta la situación en que quedarán los cónyuges como consecuencia de las otras medidas definitivas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio, en particular, sobre la asignación del uso de la vivienda familiar o el pago de pensiones alimenticias a los hijos: podría, así, resultar desmesurado imponer el pago de una pensión compensatoria al cónyuge que debe abandonar el uso del domicilio familiar (y, quizás, se ve obligado a alquilar o comprar otra vivienda) y pagar una elevada pensión alimenticia a los hijos comunes⁴³.

2. Carácter temporal o vitalicio.

Según se desprende de la actual redacción del art. 97.I CC (debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio), la compensación puede consistir, bien en el pago de una prestación única, bien (y éste es el supuesto más frecuente) en el pago de una pensión periódica⁴⁴, la cual, a su vez, puede ser temporal o vitalicia, lo que dependerá de las circunstancias del caso: no es, así, lo mismo que quien solicita la prestación compensatoria sea una mujer joven, con una alta cualificación profesional (o una funcionaria en situación de excedencia voluntaria⁴⁵), que, por el contrario, sea una persona mayor de edad, dedicada durante toda su vida al cuidado de la familia⁴⁶.

42 Véase en este sentido SSTS 14 marzo 2011 (Tol 2.080.803) y 16 noviembre 2012 (Tol 2.685.953), concediendo pensión compensatoria, y SSTS 22 junio 2011 (Tol 2.227.659) y 17 diciembre 2012 (RJ 2013, 377), rechazándola.

43 Véase en este sentido STS 22 junio 2011 (Tol 2227659).

44 El art. 99 CC establece que “En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente”, “por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”.

45 Véase en este sentido STS 23 enero 2012 (Tol 2.407.043).

46 Aunque el art. 97 CC prevé que la pensión compensatoria podrá ser “temporal o por tiempo indefinido”, nada impide al juez que la otorga establecer en la propia sentencia un plazo, transcurrido el cual, deba valorarse el esfuerzo del cónyuge que la perciba para superar la inicial situación de desequilibrio. Véase en este sentido STS

Por lo tanto, para decidir el carácter temporal o vitalicio de la pensión habrá que valorar la aptitud del perceptor de la misma “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”⁴⁷.

3. Extinción.

“Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge” (art. 100 CC)⁴⁸.

“El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona” (art. 101.I CC)⁴⁹.

Desaparece “la causa que lo motivó”, esto es, la situación de desequilibrio, cuando el perceptor hubiera mejorado sustancialmente su situación económica, como consecuencia, p. ej., de haber adquirido una herencia o de haber incrementado sus ingresos por el desempeño de su trabajo o profesión⁵⁰.

Por cuanto concierne a la extinción por convivencia marital, la jurisprudencia actual entiende que basta que se logre demostrar la existencia de un proyecto de vida común, socialmente reconocible, con una cierta vocación de continuidad,

15 junio 2011 (Tol 2.188.737).

- 47 Véase en este sentido STS (Pleno) 19 enero 2010 (Tol 1.790.759), la cual atribuye a las circunstancias enumeradas en el art. 97.2 CC (en particular, la contemplada en el número 3, es decir “La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo”) una doble función, esto es, por un lado, valorar la procedencia de la pensión; y, por otro, determinar (además de su cuantía) el carácter temporal o vitalicio de la misma. La STS 10 enero 2011 (Tol 3.436.850) consideró, así, pertinente atribuir la pensión compensatoria con carácter vitalicio a una mujer, teniendo en cuenta la duración del matrimonio, su edad (57 años) y su estado de salud, por sufrir síndromes depresivos. La STS 14 marzo 2011 (Tol 2.080.803) se decantó también en favor de la concesión vitalicia de la pensión, teniendo en cuenta la duración del matrimonio (26 años), la edad de la mujer (50 años), la exclusiva dedicación a la familia y el tiempo en que estuvo apartada del mundo laboral, lo que permite concluir “que son razonablemente escasas las posibilidades reales de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de manera que la función de restablecer el equilibrio consustancial a la pensión compensatoria sólo puede entenderse cumplida fiándola con carácter vitalicio”.
- 48 Hay que tener en cuenta que es posible una modificación del carácter vitalicio de la pensión, si sobrevienen circunstancias que aconsejan convertirla en temporal. Véase en este sentido STS 20 diciembre 2012 (Tol 2.722.893), que, no obstante, el caso concreto, rechazó la pretensión de conversión del acreedor de la pensión.
- 49 “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” (art. 101.II CC).
- 50 La STS 27 junio 2011 (Tol 2.191.098) precisa que “el criterio seguido por esta Sala es contrario a la posibilidad de poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, o por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial”. Ahora bien, dado que, como se ha dicho, la regulación de la materia tiene carácter eminentemente dispositivo, la STS 20 abril 2012 (Tol 2.532.595) admite la validez de un pacto, contenido en un convenio regulador, por el cual se acuerda que el marido satisfaga una pensión compensatoria a la mujer, aunque ésta acceda a un puesto de trabajo y, por lo tanto, no la necesite para subsistir.

aunque que el perceptor de la pensión mantenga un domicilio diferente del de su nuevo compañero sentimental⁵¹.

En particular, la pensión concedida temporalmente cesa cuando se cumple el plazo por el cual se asignó.

VIII. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La asignación del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la misma se rige, en primer lugar, por los acuerdos de los cónyuges⁵² y, en su defecto, por las reglas que, a continuación voy a precisar⁵³, las cuales se aplican con independencia del carácter común o privativo del inmueble y del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges⁵⁴.

I. Régimen de Derecho común.

Partiendo del art. 96 CC, cabe distinguir las siguientes hipótesis.

a) Si hay hijos menores de edad⁵⁵ o incapacitados⁵⁶, el uso de la vivienda familiar se les atribuirá a ellos, mientras persista su minoría de edad o su estado de incapacidad, y al progenitor en cuya compañía queden (art. 96.I CC)⁵⁷.

51 La STS 9 febrero 2012 (Tol 2.540.794) consideró procedente la extinción de la pensión compensatoria, porque aunque la exmujer no vivía de manera continuada con su compañero, resultó probada la existencia de “una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales”. Valoró que las relaciones habían sido “exclusivas” y que se había dado a entender “en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad”. Concretamente, se habían producido continuas visitas y pernoctaciones de cada uno de los convivientes en el domicilio del otro, así como en diversos establecimientos hoteleros. La STS 28 marzo 2012 (Tol 2.513.991) se pronunció en el mismo sentido, por considerar probada la existencia de una convivencia de 2 años de la mujer con otro hombre, porque aunque “no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo”, éste “había acudido habitualmente a la vivienda” de aquélla, “no sólo para visitarla, sino que también había residido allí muchos fines de semana”; y “el entorno” de la exmujer conocía esas relaciones.

52 Que, obviamente, habrán de ser aprobados judicialmente en los términos del art. 90.II CC.

53 Dichas reglas se aplican, exclusivamente, respecto de la vivienda familiar habitual, no respecto de otras viviendas o locales. Así lo declara, tajantemente, la STS 9 marzo 2012 (Tol 2.498.899), la cual consideró improcedente atribuir a la mujer el uso de un local, propiedad del marido, durante un período de 10 años, con el fin de que aquélla pudiera seguir ejerciendo en él su profesión de dentista.

54 En particular, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia actual, tras ciertas vacilaciones, excluye claramente que, teniendo la vivienda carácter ganancial, el uso de la misma pueda atribuirse a los hijos menores de edad de manera temporal, en tanto no se disuelva la sociedad de gananciales, lo que me parece pertinente, pues hay que asegurarse que, mientras persista su situación de minoría de edad, tengan satisfecha su necesidad de habitación, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la vivienda. Véase en este sentido SSTS 1 abril 2011 (Tol 2.093.031), 14 abril 2011 (Tol 2.124.703) y 21 junio 2011 (Tol 2.160.051).

55 El art. 96.I CC habla de hijos, en general, pero es evidente que hay que distinguir, según que los mismos sean menores o mayores de edad: en el primer caso, la atribución del uso de la vivienda será consecuencia del deber de asistencia que pesa sobre los titulares de la patria potestad; en el segundo caso, la atribución sólo procederá, si se demuestra que los hijos se hayan en una situación de necesidad, que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos, la habitación (art 142 CC).

56 Véase en este sentido STS 30 mayo 2012 (Tol 2.558.108).

57 No es necesaria una petición expresa del beneficiario de la asignación, debiendo el juez, en su caso, proceder de oficio, por así reclamarlo el principio constitucional de protección integral de los menores (art. 39.I CE). Véase en este sentido STS 21 mayo 2012 (Tol 2.538.700).

La idea que parece presidir la redacción del art. 96.I CC es la de que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable. No obstante, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del progenitor no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia. Es, por ello, que, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia, es posible realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta a la que había sido el domicilio conyugal, siempre que ésta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación⁵⁸.

Cabe también la división material de una casa unifamiliar, cuando ello sea lo más adecuado para la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad: p.ej., se atribuye a la madre y a los hijos el uso de la planta primera del edificio y al demandado el uso de la planta y del sótano del inmueble, con la finalidad de conservar su taller, allí instalado, y de poder habitarlo, con la obligación de este último de costear las obras necesarias para hacer independientes dichas plantas⁵⁹.

b) “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente” (art. 96.II CC), teniendo en cuenta todos los intereses implicados en el caso (incluidos los de los progenitores); y lo mismo, cuando la custodia sea compartida.

En los casos de custodia compartida, parece que, con mayor razón, habrá que relativizar la originaria idea, presente en el art. 96.I CC, de que los hijos menores de edad continúen viviendo de manera permanente, precisamente, en su vivienda originaria, porque, para ello, sería necesario que cada uno de los progenitores tuviera a su disposición una casa distinta en la que poder residir en los períodos en los que no les corresponda convivir con los hijos; se necesitaría, en definitiva, disponer de tres casas, lo que raramente se podrá permitir una familia con ingresos medios⁶⁰.

58 Así, la STS 29 marzo 2011 (Tol 2.078.863) se mostró favorable a negar la concesión del uso de la antigua vivienda familiar al progenitor, en cuya compañía habían quedado los menores, porque los mismos residían en otra vivienda, que aquél había adquirido en copropiedad con su nueva pareja. La STS 10 octubre 2011 (Tol 2.261.892) consideró pertinente que los menores pasaran a residir a otra vivienda, perteneciente en copropiedad a sus padres, debiendo abandonar aquélla en la que habían vivido, que pertenecía en copropiedad al marido y a los abuelos paternos (67% y 33% respectivamente).

No obstante, la STS 15 marzo 2013 (Tol 3.266.069) atribuyó justamente al cónyuge custodio y a los hijos menores el uso de la vivienda familiar, propiedad del marido, a pesar de que habían salido de ella, como consecuencia de una situación de vivienda familiar, habiendo habitado durante la tramitación del juicio en una casa unifamiliar perteneciente al abuelo materno.

59 Véase en este sentido STS 30 abril 2012 (Tol 2.538.858).

60 Esto lo evidencia la SAP Valencia 21 febrero 2011 (Tol 2.054.159), en un supuesto en que se había atribuido la custodia compartida a los dos progenitores por períodos alternos de dos semanas. La Audiencia estima que debe acordarse que deben proceder las partes a la liquidación de la vivienda, bien adjudicándose una de los esposos bien vendiéndola en un plazo de 15 meses, durante los cuales será usada por la madre, y transcurrido dicho plazo será usada alternativamente hasta su venta por ambos progenitores”.

c) “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular; siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección” (art. 96.III CC)⁶¹.

La atribución del uso de la vivienda (común o propiedad de uno solo de los cónyuges) al no titular es temporal y excepcional. El art. 96.III CC la prevé, exclusivamente, cuando “su interés sea el más necesitado de protección”. Sin embargo, no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que será necesario probar que, realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte⁶².

El art. 96.IV CC establece que “Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

La jurisprudencia considera, además, que el derecho de uso es oponible a los compradores de la vivienda, siempre que no estén protegidos por el art. 34 LH⁶³. Por lo tanto, si el asignatario del uso quiere evitar la aplicación de este precepto y asegurarse de que será plenamente oponible a terceros, es conveniente que lo inscriba en el Registro de la Propiedad⁶⁴.

2. La atribución del uso de la vivienda familiar; concurrendo hijos menores de edad.

Algunas legislaciones civiles regionales contemplan el problema que ahora nos ocupa de una manera más acorde con la nueva realidad social.

El art. 6 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, regula, así, la atribución del uso de la vivienda familiar habitual, concurrendo hijos menores, de manera más detallada y ajustada a la realidad social actual que el art. 96 CC, prestando mayor atención a todos los intereses en conflicto.

A) La regla general de atribución.

61 La STS 14 noviembre 2012 (Tol 2.686.919) estableció un uso alternativo de la vivienda familiar por periodos anuales en favor de ambos cónyuges, por apreciar que en “ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento”.

62 Véase a este respecto SAP Murcia 4 marzo 2010 (Tol 1.838.556).

63 Véase en este sentido SSTS 22 diciembre 1992 (Tol 1.654.942), 20 mayo 1993 (Tol 1.654.894), 18 octubre 1994 (Tol 1.665.543), 14 diciembre 2004 (Tol 526.529), 8 mayo 2006 (Tol 934.879) y 27 febrero 2012 (Tol 2.468.857).

64 Véase en este sentido RRDGRN 25 octubre 1999 (Tol 132.594), 31 marzo 2000 (Tol 133.003), 19 mayo 2000 (Tol 132.821) y 19 septiembre 2007 (Tol 1.155.088).

El art. 6.1 establece una regla general, que es subsidiaria respecto a los posibles acuerdos a que hubieren llegado los padres en esta materia.

Dice el precepto que “A falta de pacto entre los progenitores [...] la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”⁶⁵.

Dicha regla se aplica, tanto en los supuestos de régimen de convivencia compartida, como en los de convivencia atribuida en favor de uno solo de los progenitores⁶⁶, caso, éste último, en el que parece que lo más conveniente para los menores será permanecer en la vivienda familiar con el padre con el que convivan, a no ser que puedan usar otra vivienda apta para satisfacer sus necesidades.

B) La temporalidad de la atribución.

Según el art. 6.3 de la Ley 5/2011, “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”.

A mi parecer, la constitucionalidad de esta norma es dudosa, porque el principio de protección integral de los menores de edad consagrado en el art. 39.1 CE exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad⁶⁷. Por ello, el Juez no puede asignarles el uso la vivienda familiar con un límite temporal, sino que deberán permanecer en ella hasta que cumplan la mayoría de edad, a no ser que sus progenitores o aquél con el que convivan dispongan de otra vivienda en la que puedan habitar.

C) La posibilidad de ocupar otra vivienda como residencia familiar.

El art. 6.2 de la Ley 5/2011 dispone que, “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar”.

⁶⁵ Véase a este respecto SAP Alicante 5 diciembre 2012 (Tol 3415514).

⁶⁶ Así se desprende del último inciso del art. 6.1 de la Ley 5/2011.

⁶⁷ Véase a este respecto las consideraciones hechas por SSTS 1 abril 2011 (Tol 2.093.031), 14 abril 2011 (Tol 2.124.703) y 21 junio 2011 (Tol 2.160.051), si bien a propósito del art. 96 CC.

Esta norma, que se ajusta a la actual tendencia interpretativa del art. 96 CC, es completamente razonable: incluso, aun en el caso de que se haya establecido un régimen de convivencia en favor de uno solo de los progenitores, éste no puede pretender continuar en el uso de la vivienda familiar que sea común o privativa del otro, si dispone de otra vivienda que pueda ocupar y que satisface adecuadamente la necesidad de habitación de los menores.

Es también lógica la previsión que el mismo precepto realiza en su último inciso, según el cual, "Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos [los de ocupación de otra casa, que, p. ej., compra o hereda], éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento, salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso".

D) La compensación por la pérdida del uso de la vivienda.

Además, según el art. 6.1 de la Ley 5/2011, "En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso"⁶⁸.

68 "Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial".
La SAP Valencia 25 julio 2012 (Tol 2.676.734) precisa que dicha medida no puede ser aplicada de oficio, sino sólo a instancia de parte, debiendo probar quien la solicite cuál es "el precio de los alquileres de una vivienda de similares características".



LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN EL DERECHO
DE FAMILIA ALEMÁN

THE ALIMONY OBLIGATION IN GERMAN FAMILY LAW

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.170-189



Maria Pilar
**BOVER
CASTAÑO**

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de junio de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 10 de agosto de 2013

RESUMEN: El presente artículo pretende dar una visión general acerca de la obligación de alimentos en el derecho de Familia alemán, y su regulación en el Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán). Sintéticamente se exponen las obligaciones alimenticias entre los cónyuges durante el matrimonio y tras el divorcio, entre las parejas de hecho y entre los parientes en línea recta: de padres respecto a hijos, de hijos respecto a padres y de abuelos respecto a nietos.

PALABRAS CLAVE: Obligación, alimentos, derecho civil alemán, BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil alemán, matrimonio, divorcio, parentesco, parejas de hecho, manutención, sustento, hijos, derecho, padres, abuelos.

ABSTRACT: This paper aims to give an overall view about the maintenance obligation and its regulation within the German Civil Law and the Bürgerliches Gesetzbuch (German Civil Code). Therefore, the following kinds of maintenance obligations are briefly discussed: between spouses during the marriage and after its dissolution, between members of a “de facto” marriage, and between lineal relatives, parents towards their children, children towards their parents and grandparents towards their grandchildren.

KEY WORDS: Maintenance, german civil law, BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, marriage, relatives, de facto marriage, German Civil Code, children, right, spouses, divorce, right, parents, grandparents.

SUMARIO: I. La definición de la obligación de alimentos.- II. La obligación de alimentos entre los cónyuges.- 1. Introducción.- 2. Alcance.- 3. La obligación de alimentos entre los cónyuges tras la ruptura de la convivencia.- III. La obligación de alimentos tras el divorcio.- 1. Introducción.- 2. La prestación de alimentos por el cuidado de hijos comunes.- 3. La prestación de alimentos por razón de edad.- 4. La prestación de alimentos por razón de enfermedad.- 5. La prestación de alimentos por razón de pérdida del puesto de trabajo y por complemento a las rentas percibidas.- 6. La prestación de alimentos por formación profesional, formación complementaria o escolarización.- 7. La prestación de alimentos por razón de proporcionalidad.- 8. Alcance de la obligación.- 9. La duración de la obligación de alimentos entre los cónyuges divorciados.- 10. Especialidades en la obligación de alimentos entre los padres del niño nacido fuera del vínculo matrimonial.- IV. La obligación de alimentos entre los miembros de la pareja de hecho.- V. La obligación de alimentos entre los parientes en línea recta. Consideraciones generales.- 1. La necesidad de sustento del acreedor (§ 1602 BGB).- 2. La capacidad económica del deudor de alimentos (§ 1603 BGB).- 3. Duración y limitación de la obligación de alimentos entre parientes en línea recta.- 4. La pluralidad de acreedores y de deudores de alimentos.- A) La pluralidad de deudores.- B) La pluralidad de acreedores - 5. La obligación de alimentos entre los parientes en línea recta. Distinción según los sujetos obligados.- A) La obligación de alimentos de los padres respecto a sus hijos.- a) Duración de la obligación de alimentos.- b) Necesidad de sustento del hijo acreedor.- c) Capacidad económica del progenitor deudor.- d) Alcance de la obligación.- e) La financiación de los estudios.- 2. La obligación de alimentos de abuelos respecto a nietos.- 3. La obligación de alimentos de los hijos respecto a sus padres.- A) Necesidad de sustento del progenitor acreedor.- B) Capacidad económica del hijo deudor.

I. LA DEFINICIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.

El legislador alemán no nos proporciona una única definición de la obligación legal de la prestación alimentos. Así se podría decir que acreedor de alimentos será aquella persona que obtenga de una tercera los medios necesarios para afrontar su sustento vital, en tanto en cuanto dicho acreedor no pueda hacer frente a dicho sustento por sus propios medios¹.

El derecho a la prestación de alimentos rige de forma directa por mandato legal, por lo general, en los siguientes casos: 1º) Entre los cónyuges entre sí. 2º) Entre los cónyuges divorciados. 3º) Entre los parientes en línea directa. 4º. Entre los progenitores del niño nacido fuera del matrimonio. Entre las parejas de hecho que se hayan inscrito en el registro pertinente^{2 3}.

1 Born, W. "Unterhaltspflicht", en *Münchener Kommentar*. Band 8. München (2012): Verlag C.H. Beck, 213

2 Schwab, D. *Familienrecht*. München (2010): Verlag C.H. Beck, 390

3 Dicha institución del derecho de Familia se introdujo mediante la promulgación en el año 2001 de la "Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften", que se podría traducir como "Ley para la finalización de la discriminación de las parejas del mismo sexo: las parejas de hecho". Por ello la regulación de las parejas de hecho se encuentra en una ley aparte, (LPartG) fuera del ámbito del CC alemán (BGB).

• Maria Pilar Bover Castaño

Es Licenciada en Derecho por la Universidad de Valencia, Estudi General, 2008-2013. De 2010 a 2012 estancia en la Georg August Universität de Göttingen, Alemania. Curso 2011-2012 asistente en el Medizinrechtsinstitut de Göttingen a través de la cátedra del Prof. Dr. Lipp. 2012-2013 prácticas universitarias en "Loeber & Lozano SLP" y "Cuatrecasas, Gonçalves Pereira" en los ámbitos del derecho civil y laboral respectivamente. Cursando actualmente LLM. en la facultad de Derecho de la Universität Hamburg.

Por otra parte, también es posible que los interesados acuerden por medio de un contrato el pago de alimentos. Dicha modalidad es relevante en aquellos casos donde no subsista una obligación legal de realizar dicha prestación, por ejemplo en el caso de la prestación de alimentos respecto a los hijos del cónyuge que no sean hijos comunes de la pareja, la cual no viene impuesta por obligación legal pero que pueden concertarse mediante un contrato para el cual no existirá ninguna exigencia de forma alguna⁴.

II. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

I. Introducción.

Los cónyuges quedan obligados a prestarse alimentos en virtud del § 1360 y ss. CC alemán, el “Bürgerliches Gesetzbuch” (en adelante BGB). El legislador no emplea el adjetivo “conyugal” para esta modalidad de alimentos, sino que dicho párrafo maneja el término de “alimentos familiares”. Por lo tanto este deber no obliga únicamente a los cónyuges entre sí, sino también para con los hijos que éstos tuvieren en común. Sin embargo, si bien los cónyuges entre sí pueden reclamar mediante el citado párrafo que el otro cónyuge cumpla con su obligación de prestar alimentos a los hijos, estos últimos no pueden hacer valer su condición de acreedores de alimentos blandiendo dicho párrafo del BGB, sino el 1601, el cual establece la obligación de alimentos entre los parientes en línea recta⁵.

En el apartado segundo del § 1360 BGB ha querido el legislador alemán puntualizar que en el caso de que uno de los cónyuges no ejerza actividad remunerada alguna, por quedarse al cuidado de la casa, se entenderá que cumple con su deber mediante el ejercicio de sus labores domésticas y de mantenimiento del hogar. Así se establece la igualdad de rango entre aquellos que contribuyan a la economía familiar mediante el ejercicio de una actividad económica y los que lo hagan mediante el cuidado y mantenimiento de la casa⁶.

Esta modalidad de alimentos se trata de una expresión del principio de solidaridad dentro de la familia, al funcionar ésta mediante un sistema en el cual todos sus miembros deben contribuir al sustento común de la misma⁷.

4 Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 391

5 Weber Monecker, B. “Verpflichtung zum Familienunterhalt”, en *Münchener Kommentar*. Band 7. München (2012): Verlag C.H. Beck, 281

6 Kemper, R. “Abschnitt I Bürgerliche Ehe”, en *Nomos Kommentar BGB*. Baden-Baden (2012): Nomos, 1574.

7 Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 74.

2. Alcance la obligación de alimentos entre los cónyuges.

El §1360.a BGB modula el alcance de la obligación de alimentos entre los cónyuges, detallando aquellos aspectos del sustento vital que serán objeto de ponderación a la hora de determinar la cuantía de dicha prestación.

En primer lugar, en el apartado I del citado párrafo encontramos los costes relacionados con el mantenimiento del hogar, entendiéndose como tales primordialmente los gastos en alimentación de los miembros de la familia y los relacionados con la vivienda, como el alquiler o la hipoteca.⁸

En el mismo apartado encontramos los gastos relacionados con los propios cónyuges y su ámbito socio-familiar; como son los viajes, tiempo libre, el tratamiento médico, instrumentos de prevención social destinados a sustentar al individuo al llegar a la edad de jubilación⁹, los costes de un posible proceso judicial, y dinero de bolsillo para los gastos propios, cuyo importe rondará, por lo general, entre el 5 y el 7 % del salario neto¹⁰. Según la jurisprudencia¹¹ también los costes de una formación profesional o universitaria, aunque esto último depende mucho de los propios cónyuges y de la situación en la que esta formación se lleve a cabo, bien retomándose o directamente iniciándose tras contraer matrimonio.

Por último, aunque de primordial importancia, encontramos la obligación de sustento para con los hijos comunes, que cubrirá los gastos derivados de la alimentación, vestido y del bienestar general del niño, en especial los costes derivados de la crianza y de la educación. Según la edad del niño, el dinero de bolsillo (comúnmente conocido como “paga”) estará incluido en dicho sustento.¹²

3. La obligación de alimentos en los casos de ruptura de la convivencia.

El § 1361 BGB regula los casos en los que existe una obligación a prestar alimentos, pero no ya como alimentos familiares, entre los cónyuges que comparten la vivienda familiar; modalidad la cual hemos tratado en los dos apartados anteriores, sino entre aquellas parejas que de forma previa al divorcio (de no darse una reconciliación posterior) viven de forma separada¹³. En concreto se trata de un derecho aislado

8 Weber Monecker, B. “Umfang der Unterhaltspflicht”, en *Münchener Kommentar*. Band 7. München (2012): Verlag C.H. Beck, 289

9 La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (BGHZ 74, 38, 46) viene reiterando que el instrumento de prevención social al que hace referencia el BGB es exclusivamente aquel previsto para el/los miembro/s de la familia que ejerzan actividad económica y, por lo tanto, vayan a alcanzar la jubilación, y no para aquellos que se encarguen de las tareas del hogar y que pudieran concertar un sistema de prevención especial de carácter privado, como un seguro.

10 Weber Monecker, B. “Umfang der Unterhaltspflicht”, cit., 290

11 En este sentido ver BGH FamRZ 1985, 353

12 Weber Monecker, B. “Umfang der Unterhaltspflicht”, cit., 291.

13 Recordemos que en el derecho de Familia alemán, el vivir de forma separada durante al menos un año es un

que tiene el cónyuge acreedor frente al cónyuge deudor; el cual se materializará mediante el pago de una renta periódica¹⁴. Es un método de protección, para que en los casos en los que uno de los miembros no haya ejercido actividad económica alguna durante el matrimonio por haberse encargado del mantenimiento el hogar; dicho miembro no se vea abocado a reincorporarse de forma inmediata tras la ruptura de la convivencia al mercado laboral¹⁵.

III. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS TRAS EL DIVORCIO.

I. Introducción.

El § 1569 BGB establece como norma general que tras el divorcio de la pareja, cada uno de los antaño cónyuges deben proporcionarse sustento por sus propios medios. Frente a este denominado “principio de responsabilidad propia”¹⁶, se establecen determinadas excepciones en los que se tendrá derecho a la prestación de alimentos al concurrir los presupuestos contemplados en los parágrafos siguientes, esto es, del 1570 al 1576 BGB, que examinaremos a continuación¹⁷.

2. La prestación de alimentos por el cuidado de los hijos comunes.

Queda regulada en el § 1570 BGB. El acreedor será el cónyuge que no ejerza actividad económica a tiempo completo, por encargarse del cuidado y de la crianza de los hijos comunes.

Tras la reforma operada en 2008 a través de la “Unterhaltrechtänderungsgesetz” (ley para la reforma del derecho de alimentos) se ajustó el enunciado del parágrafo ya que el Tribunal Constitucional Alemán (Bundesverfassungsgericht)¹⁸ declaró la inconstitucionalidad de la antigua redacción por ser contraria al artículo 6.5 de la “Grundgesetz”, la Constitución alemana, ya que establecía una duración distinta respecto a la prestación de alimentos entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y aquellos nacidos fuera del mismo.¹⁹

requisito general (salvo contadas y obvias excepciones) para poder iniciar los trámites de divorcio, según el § 1565, apartado 2º, BGB.

14 Weber Monecke, B. “Unterhalt bei Getrenntleben”, en *Münchener Kommentar*. Band 7. München (2012):Verlag C.H. Beck, 308

15 Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 170.

16 Maurer, H-U. “Scheidung der Ehe” en *Münchener Kommentar*. Band 7. München (2012):Verlag C.H Beck, 990

17 En este punto es importante diferenciar la prestación de alimentos tras el divorcio con el pago de una pensión compensatoria, institución la cual queda apuntada en el § 1587 BGB y regulada de forma detallada en la “Gesetz über den Versorgungsausgleich” (Ley sobre la pensión compensatoria).

18 BVerfG *FamRZ* 2007, 965

19 Beutler, B. “Buch 4. Abschnitt I. Bürgerliche Ehe”, en *Bamberger Roth Kommentar*. Band 3. München (2012):Verlag C.H. Beck, 484

En el párrafo anteriormente mencionado se distinguen varios supuestos. El cónyuge que se encargue de la crianza del hijo común tendrá derecho, por lo menos, a percibir la prestación por alimentos durante los tres primeros años de vida del niño.

Dicha obligación se puede alargar en tanto en cuanto sea necesaria para el bienestar del niño y teniendo en cuenta las posibilidades existentes para su crianza.

Más allá de estos dos supuestos la prestación por alimentos tendrá lugar en aquellos casos donde proceda, tras ponderar tanto la duración del matrimonio, como la asunción de roles que hubiese tenido la pareja durante el mismo, es decir, si en su momento se acordó que uno de los cónyuges dejaría de trabajar para hacerse cargo de los hijos, será desproporcionado exigirle que tras el divorcio siga haciéndose cargo de dichos hijos y además ejerza actividad económica alguna²⁰.

3. La prestación de alimentos por razón de la edad.

En estos casos se tiene en cuenta la edad de los cónyuges divorciados para determinar si su incursión en el mercado laboral será posible o no tras el divorcio. No existe un límite de edad exacto para determinar a partir del cual, dicha incorporación será imposible o altamente improbable. Sin embargo, y de manera obvia, en los casos donde se haya alcanzado la edad legal de jubilación (entre los 65 y los 67 años) se cumplirá dicho requisito²¹.

Hay que tener en cuenta, que la circunstancia de la edad se debe dar en ciertos contextos precisos, siendo estos: el momento del divorcio, al finalizar el cuidado de los niños, o al dejar de darse las situaciones de enfermedad y pérdida del puesto de trabajo, previstas en los §§ 1572 y 1573 BGB. Si la circunstancia de imposibilidad de incorporación al mercado laboral por razón de edad no se diese en los contextos anteriormente mencionados no sería de aplicación este supuesto previsto en el § 1571 BGB²².

4. La prestación de alimentos por razón de enfermedad.

De nuevo nos encontramos ante una excepción al principio de responsabilidad propia anteriormente mencionado, el cual rige en la prestación de alimentos entre los cónyuges divorciados.

En este supuesto se contemplan los casos de enfermedad, convalecencia u otras circunstancias físicas o psíquicas que impidan al acreedor ejercer actividad profesional alguna.

²⁰ Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 182.

²¹ Kemper, R. "Abschnitt I Bürgerliche Ehe" cit., 1712.

²² Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 184.

Al igual que en el caso anterior; la enfermedad debe darse bien en el momento del divorcio o bien en el momento de la finalización del cuidado del hijo/s común/es, o cuando finalicen las circunstancias de pérdida del puesto de trabajo de las que trata el § 1573 BGB. En este caso se añade un presupuesto, y es que la enfermedad surja cuando finalice la formación profesional, la formación superior o la formación escolar del cónyuge acreedor. Uno de los requisitos principales es que dicha enfermedad no permita al que la sufre ejercer la actividad profesional que venía ejerciendo hasta el momento, por lo tanto no es preciso que la enfermedad genere una incapacidad total para poder decir que subsiste la obligación de prestar alimentos en estos casos.

5. La prestación de alimentos por razón de pérdida del puesto de trabajo y por complemento a las rentas percibidas.

El § 1573 BGB contiene tres supuestos diferenciados, los cuales analizaremos por separado a continuación:

En primer lugar es posible que uno de los cónyuges haya perdido su puesto de trabajo por una razón que de alguna forma esté conectada con el matrimonio, siendo necesario que concurren una serie de requisitos. Por una parte el cónyuge afectado deberá padecer la falta de un puesto de trabajo adecuado, cuya definición encontramos en el § 1574 BGB, es decir, como ya hemos visto en otros casos no es necesario que se trate de “cualquier trabajo” sino de uno adecuado a sus necesidades y formación. Asimismo deberá existir la capacidad para realizar una actividad económica, y que dicha capacidad no se vea limitada por otro tipo de circunstancias, porque de ser así nos encontraríamos ante los supuestos anteriormente mencionados (por ejemplo, el de enfermedad del parágrafo 1572, o el de cuidado de hijos del 1571). Por último, se le exigirá al acreedor que ponga todos los medios que a su alcance estén para encontrar un puesto de trabajo²³.

En segundo lugar encontramos el llamado “Aufstockungsunterhalt”, modalidad de alimentos la cual trata de igualar el importe del sustento vital, tal y como se recoge en el § 1578 BGB, con las rentas que percibe el acreedor; aportando el deudor la diferencia. Hay que señalar que en ningún caso se trata de una forma de garantía de la que goza el deudor para alcanzar los estándares vitales que se disfrutaban durante el matrimonio^{24 25}. Para realizar tal operación existen tres métodos distintos. Dada su complejidad, tan solo los nombraremos sin entrar en más detalles: El primer método es el llamado cálculo de la diferencia. El segundo método se emplea cuando no existan solo salarios que cuantificar sino también ingresos extraordinarios, procedentes por ejemplo de una herencia. Por último encontramos

23 Beutler, B. “Buch 4. Abschnitt I. Bürgerliche Ehe”, cit., 494.

24 Kleffmann, N. “Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt”, en *Prütting Wegen Weinreich BGB Kommentar*. Köln (2013): Luchterhand Verlag, 2303.

25 En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (BGH FamRZ 07,2052)

un tercer sistema, llamado el de adición, que se basa en una simplificación del primer método de la diferencia²⁶.

6. La prestación de alimentos por formación profesional, formación complementaria o escolarización.

Esta modalidad de alimentos se contempla en el §1575 BGB. No supone la existencia de un derecho a la financiación de los estudios en general, sino que se trata de una previsión para aquellos casos en los que un miembro de la pareja haya abandonado los estudios, o no los haya empezado por haber contraído matrimonio, es decir, se financia la educación de aquel individuo, el cual, de no haberse casado, habría llevado a cabo dicha mejora en su formación con anterioridad, y por lo tanto, habría tenido mejores oportunidades de incorporarse al mercado laboral.²⁷

7. La prestación de alimentos por razón de proporcionalidad.

El legislador alemán ha querido introducir una especie de "cláusula rescate" en el marco de la obligación de alimentos entre los cónyuges divorciados que recoge los casos excepcionales, donde no sea pueda esperar que el cónyuge acreedor pueda llegar a ejercer actividad económica alguna por razones extraordinarias y distintas de aquellas vistas con anterioridad, recogidas en los §§ 1570 a 1575 BGB²⁸. Ello concuerda tanto con el principio de responsabilidad propia tras el divorcio (al estar circunscrita su aplicación a aquellos casos excepcionales, o que no encajen en los supuestos anteriormente vistos) como con el principio de solidaridad de los cónyuges tras el divorcio²⁹.

8. Alcance de la obligación de alimentos entre los cónyuges divorciados.

El importe de la prestación de alimentos entre los cónyuges divorciados tendrá como punto de partida para su medición, según el § 1578 BGB, los estándares vitales que se hubiesen mantenido durante el matrimonio, y deberán asegurar el sustento pleno del individuo acreedor.

Si se diesen los casos de enfermedad (§ 1574 BGB) o de formación tras el divorcio (en los supuestos del § 1575 BGB) los costes de ambos se consideran incluidos en el cómputo para determinar el valor del sustento del acreedor.

26 Kleffman, N. "Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt", cit., 2304.

27 Beutler, B. "Buch 4. Abschnitt I. Bürgerliche Ehe", cit., 499.

28 Kleffmann, N. "Unterhalt aus Billigkeitsgründen", en *Prütting Wegen Weinreich BGB Kommentar*. Köln (2013): Luchterhand Verlag 2312.

29 Maurer, H-U. "Scheidung der Ehe", cit., 1061.

También estarán incluidos en el cómputo los costes de un seguro de vejez o de incapacidad en aquellos casos donde el acreedor tenga derecho a la prestación de alimentos por cuidar de los hijos comunes (§ 1570 BGB), por razón de edad (§ 1571 BGB), por enfermedad (§ 1573 BGB) o a través de la “cláusula rescate” (§ 1576 BGB).

Tal y como hemos afirmado anteriormente, la referencia a tomar para determinar el importe de la prestación de alimentos entre los cónyuges divorciados lo conforman los estándares vitales de la pareja durante el matrimonio, según los cuales se asegurará el sustento pleno de cada uno de sus miembros. Sin embargo, el importe de la prestación de alimentos no tendrá siempre que corresponder con el importe total del sustento, ya la obligación alimenticia se podrá ver minorada en dos supuestos. En primer lugar, cuando el acreedor pueda mantenerse (total o parcialmente) mediante sus propios medios, supuesto el cual contempla el § 1576 BGB, y que minorará lógicamente la necesidad del acreedor. En segundo lugar el importe de la obligación de alimentos quedará reducido cuando el deudor vea peligrar su propio sustento por hacer frente dicha obligación, previsión la cual se haya en consonancia con lo establecido por el § 1581 BGB acerca de la capacidad económica del deudor³⁰.

9. La duración de la obligación de alimentos entre los cónyuges divorciados.

El legislador alemán ha querido incluir una serie de casos en los cuales la obligación de prestar alimentos entre los cónyuges divorciados no se da, queda limitada en el tiempo o de darse queda anulada por la concurrencia de algunos de los supuestos que veremos a continuación. En cualquier caso, de existir hijos comunes, se tendrá que estar siempre atento al bienestar del niño, pudiendo ser posible que a pesar de que se de alguna de las situaciones contempladas por el parágrafo 1579, siga existiendo la obligación de prestar alimentos, por ser el deudor el encargado del cuidado y la crianza de los descendientes comunes.³¹ Así los casos que contempla el parágrafo 1579 para limitar la duración o la existencia de la prestación de alimentos son:

1. Que el matrimonio haya sido de corta duración, a no ser que existan hijos comunes, para lo que habrá que estar a lo dispuesto por el parágrafo 1570.
2. Que el acreedor conviva con su nueva pareja.

30 Kleffmann, N. y Soyka, J. “Bedürftigkeit”, en *Prütting Wegen Weinreich BGB Kommentar*. Köln (2013): Luchterhand Verlag, 2349.

31 Soyka, J. “Herabsetzung und zeitliche Begrenzung des Unterhalts wegen Unbilligkeit”, en *Prütting Wegen Weinreich BGB Kommentar*. Köln (2013): Luchterhand Verlag, 2359.

3. Que el acreedor sea declarado culpable de un delito o falta contra el deudor o alguno de sus familiares.

4. Que el acreedor, de mala fe, haya causado su situación de necesidad para convertirse en tal.

5. Que el acreedor tome una posición manifiestamente en contra de los intereses patrimoniales del deudor.

6. Cuando de forma previa al divorcio, el acreedor haya faltado gravemente a su deber de contribuir en la obligación de alimentos familiares.

7. Que el reclamante de la prestación alimenticia tenga una conducta claramente negligente y en contra del deudor.

8. Cuando exista otra razón que fuese tan grave como las enumeradas en los apartados 1-7.

10. Especialidades en la prestación alimenticia en el caso de los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial.

Para los casos de la obligación de alimentos respecto a los hijos nacidos fuera del matrimonio se aplican las mismas previsiones generales que hemos visto anteriormente, en virtud del § 1615. a BGB.

Sin embargo, en estos casos, además de las previsiones generales, encontramos otras de tipo especial, reguladas por el § 1615.I, que regula el derecho a la prestación alimenticia de la madre respecto al padre del niño nacido fuera del vínculo matrimonial tras el parto.

Según el párrafo anteriormente mencionado la madre tiene derecho, sin mediar otro tipo de requisitos, a percibir alimentos durante un período de seis a ocho semanas tras el parto. Dicha prestación incluirá los costes del embarazo y del parto³².

Superado este período de tiempo, el 1615 recoge casi literalmente la regulación vista en el artículo 1570, que regula los diversos períodos de la prestación alimenticia según la edad del niño (durante los primeros tres años de vida del niño y a partir de este momento según se cumplan los requisitos enumerados anteriormente).

32 Reinken, W. "Buch 4. Abschnitt 2. Verwandtschaft", en *Bamberger Roth Kommentar*. Band 3. München (2012): Verlag C.H. Beck, 785.

IV. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA DE HECHO.

Tal y como se ha apuntado anteriormente (ver nota al pie de página 3) la pareja de hecho se introdujo en Alemania como institución del derecho de familia en el año 2001 como vía para formalizar las uniones entre personas del mismo sexo.

A pesar de que su regulación se encuentra fuera del BGB, concretamente en la “Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften” (LPartG en adelante), la regulación de esta ley remite en la mayoría de los casos a las previsiones contenidas en el BGB respecto al matrimonio.

En esta línea, el parágrafo 5 de la LPartG establece que los miembros de la pareja de hecho tendrán la obligación de prestarse alimentos, remitiendo a continuación a los §§ 1360.a, 1360.b y 1609 BGB, los cuales ya hemos analizado anteriormente en el caso de la prestación de alimentos entre los cónyuges.

Del mismo modo existe una remisión al BGB en los casos donde se disuelva la unión de hecho. En este caso la LPartG se remite en su totalidad a la regulación de alimentos entre los cónyuges divorciados, recogida en los § 1570-1586 y 1609 BGB.

V. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE LOS PARIENTES EN LÍNEA RECTA. CONSIDERACIONES GENERALES.

El BGB establece en su § 1601 que los “los parientes en línea recta están obligados a garantizarse los unos a los otros la prestación de alimentos”. El parentesco en línea recta queda definido en el § 1589 de dicho código al tenor del cual son parientes en línea directa aquellas personas que “descienden las unas de las otras”, siendo parientes colaterales aquellos sujetos que descienden de un mismo tercero común.

En esta modalidad de alimentos entre parientes en línea recta rige el esquema de ponderación entre la necesidad de sustento del acreedor (§ 1602 BGB) y la capacidad económica del deudor (§ 1603 BGB), los cuales regularán el alcance de la prestación de alimentos. A continuación expondremos de forma general los dos conceptos, para posteriormente analizarlos individualmente en cada una de las modalidades de la prestación de alimentos entre parientes en línea recta.

I. La necesidad de sustento del acreedor (§ 1602 BGB).

Queda regulada y definida en el § 1602 BGB. La subsistencia de dicha necesidad es requisito para poder ser acreedor de la prestación de alimentos. La necesidad del acreedor se entiende dada en aquellos casos en los que los individuos no puedan

proporcionarse sustento o alimentos a través de sus propias rentas y patrimonio³³
³⁴. Las excepciones relativas al hijo menor de edad no casado las estudiaremos posteriormente, a la hora de analizar dicha modalidad de la obligación de alimentos de los ascendientes respecto a sus descendientes.

2. La capacidad económica del deudor de alimentos (§ 1603 BGB).

El § 1603 BGB define y regula la capacidad del deudor de alimentos para hacer frente a dicha prestación. Así, por norma general, los individuos que mediante la prestación de alimentos vieran peligrar su propio sustento no tendrán la condición de deudores.

La capacidad económica del deudor de alimentos se medirá mediante diversos aspectos: 1º) Los ingresos reales o ficticios que éste perciba. Es decir, las rentas que se obtengan o que se debieran obtener (también las provenientes del trabajo en situación irregular o de actividades delictivas). 2º) El propio sustento del deudor de alimentos. 3º) La fuerza de la obligación de alimentos. 4º) La preexistencia de otras obligaciones que vinculen al deudor, como por ejemplo, otros deberes de alimentos que éste debiera cumplir³⁵. Al igual que en el caso del supuesto de la necesidad del acreedor encontramos en este caso excepciones relativas a los hijos menores no casados, que igualmente examinaremos posteriormente.

3. Duración y limitación de la obligación de alimentos entre parientes en línea recta.

La duración de la obligación de alimentos entre parientes en línea recta se alargará, por norma general, en tanto en cuanto subsista la necesidad del acreedor de obtener sustento y la capacidad económica suficiente del deudor para proporcionárselo. Sin embargo, el § 161 I BGB prevé dos casos, similares a los vistos en el § 1579 para los cónyuges divorciados, en los cuales la obligación se limitará a un importe mínimo o directamente no nacerá por considerarse desproporcionada para el acreedor:

1º) Cuando el deudor haya sido el causante de su situación de necesidad.

2º) Cuando el deudor haya sido declarado culpable de un delito o falta contra el acreedor o alguno de los familiares de éste.

Estos supuestos no se aplicarán en los casos de la obligación de alimentos de los padres respecto a sus hijos menores. Hay que señalar, que según el § 161 I, si

33 Pauling, D. "Unterhaltspflicht, Allgemeine Vorschriften", en AA.VV, Schulz Hauss Familienrecht Handkommentar. Baden-Baden (2012): Nomos 686.

34 Kemper, R. "Verwandtschaft", en AA.VV, Nomos Kommentar BGB. Baden-Baden (2012): Nomos 1844.

35 Pauling, D. "Unterhaltspflicht, Allgemeine Vorschriften", cit., 700.

por alguna de estas razones se le deniega la prestación alimenticia al deudor, éste no podrá hacer valer dicha obligación frente a otros posibles acreedores³⁶.

4. La pluralidad de acreedores y de deudores de alimentos.

Cuando un sujeto se vea confrontado con la situación de no poder hacer frente a su sustento mediante sus propios medios, es perfectamente posible que se tenga derecho a ser acreedor de alimentos no solo frente a otro individuo deudor, sino frente a varios, por concurrir más de una circunstancia generadora de esta obligación. Asimismo es posible que encontremos la situación inversa, es decir, que un mismo acreedor se vea en la situación de tener que hacer frente a una pluralidad de deudores de alimentos.

A) La pluralidad de deudores.

En estos casos es posible que un mismo deudor tenga derecho a percibir la prestación de alimentos respecto a varios deudores. Se pueden diferenciar dos escenarios. Por una parte puede ocurrir que dichos deudores tengan que hacer frente a la obligación de alimentos de manera conjunta, cada cual según su capacidad económica³⁷. Hay que señalar, que en los casos de la obligación de alimentos de los padres respecto a sus hijos estos responderán de manera solidaria, es decir, que si uno de los progenitores no puede convertirse en deudor por faltarle capacidad económica el hijo acreedor podrá reclamar el importe total de los alimentos frente al otro progenitor³⁸. Por otra parte es posible que exista una suerte de jerarquía o rango en el que un deudor deba hacer frente a la obligación de alimentos de forma preferente respecto al resto³⁹. Es asimismo posible que uno de los deudores no pueda hacer frente a la obligación de alimentos por no tener la capacidad económica suficiente o ver peligrar su propio sustento al convertirse en deudor de alimentos. En este caso la obligación de prestación de alimentos pasa al siguiente pariente en línea recta obligado⁴⁰.

B) La pluralidad de acreedores.

Como hemos visto a la hora de determinar la capacidad económica del deudor de alimentos, es posible que para determinar la misma se tenga en cuenta otro

36 Soyka, J. "Mass des Unterhalts", en *Prütting Wegen Weinreich BGB Kommentar*. Köln (2013): Luchterhand Verlag, 2417.

37 Por ejemplo, este sería el caso de tres hermanos cuyo padre viudo es acreedor de alimentos. No existiría ningún tipo de orden subsidiario entre los tres para hacer frente a la obligación, sino que cada uno respondería conforme a su capacidad económica.

38 Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 399.

39 Por ejemplo, frente a la necesidad de alimentos del padre viudo, responderían los hijos de éste y de forma subsidiaria los nietos.

40 Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 398.

tipo de obligaciones de alimentos a las que éste tuviere que responder. En algunos casos dicha pluralidad de obligaciones puede llevar a una situación en la que el potencial acreedor vea minorada su capacidad económica hasta tal punto que no pueda hacer frente a todas sus obligaciones. Para hacer frente a esta problemática se aplica el § 1609 BGB que establece un rango de acreedores según el cual se tendrán que satisfacer las distintas obligaciones existentes⁴¹. En primer lugar se sitúan los hijos menores no casados y aquellos menores de 21 años que sigan viviendo en el hogar familiar y que sigan estando escolarizados. En segundo lugar los padres y las madres que estén a cargo del cuidado de los hijos y los cónyuges divorciados de un matrimonio cuya duración haya sido prolongada en el tiempo. En tercer lugar se sitúa el cónyuge y los ex cónyuges. En cuarto lugar se encuentran el resto de descendientes, esto es, los casados (ya sean mayores o menores de edad) y los mayores de edad. En último lugar se sitúan los nietos y el resto de descendencia y los padres del deudor⁴².

5. La obligación de alimentos entre los parientes en línea recta. Distinción según los sujetos obligados.

A) La obligación de alimentos de los padres respecto a sus hijos.

Como ya hemos expuesto anteriormente, existe una obligación general entre los cónyuges de contribuir a los alimentos familiares, concepto el cual incluye también el sustento de los hijos comunes. Del mismo modo, en la previsión de la prestación de alimentos entre los parientes en línea recta contemplada por el § 1601 BGB se haya de nuevo intrínseca la obligación de los padres para con sus hijos.

a) Duración de la obligación de alimentos.

Por lo general, la obligación de alimentos de padres respecto a hijos tiene una duración ilimitada siempre y cuando los presupuestos que dan lugar a la misma sigan dándose.

En este caso hay que diferenciar tres casos: los hijos menores (y sin ser propiamente menores, también los hijos que sean menores de 21 años y que sigan escolarizados), los hijos menores que hayan contraído matrimonio, y los hijos mayores de edad.

En el caso de los hijos menores no casados subsiste el principio de responsabilidad paternal. De dicha responsabilidad dimana la obligación de proporcionar sustento, no solo psíquico y emocional, sino también económico, para que el desarrollo del niño se produzca dentro de los parámetros adecuados. La única excepción a este último

⁴¹ Reinken, W. "Buch 4. Abschnitt 2. Verwandtschaft", cit., 743.

⁴² Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 399.

inciso la encontramos en el § 1606 apartado 3, el cual especifica que el progenitor que se encargue del cuidado y crianza de los niños verá cumplida su obligación de prestar alimentos, sin ser necesaria una prestación de carácter monetario o material⁴³.

b) Necesidad de sustento del hijo acreedor:

Al contrario que en el caso de otro tipo de acreedores que quieran hacer valer su derecho a la prestación alimenticia, los hijos menores de edad que posean un determinado patrimonio podrán obtener en todo caso una renta alimenticia de sus padres en tanto en cuanto los ingresos derivados de dicho patrimonio y las rentas provenientes del trabajo no fuesen suficientes como para cubrir todos los gastos de su sustento.

De esta disposición se deduce que el legislador otorga una posición privilegiada a los hijos menores de edad que no hayan contraído matrimonio⁴⁴, posición la cual no gozarán los hijos mayores de edad o aquellos menores que hayan contraído matrimonio.

La única situación en la cual los hijos menores de edad tendrán que procurarse alimentos, empleando como medio de financiación su propio patrimonio (si este existiese) la encontramos en la previsión del § 1603, apartado segundo, para aquellos casos en los que los padres no tuviesen los suficientes medios para proporcionar sustento a dichos hijos.

c) Capacidad económica del progenitor deudor:

Anteriormente hemos observado que en el caso de que el deudor vea peligrar su propio sustento por cumplir con su obligación de prestar alimentos esta obligación quedará minorada o no subsistirá. Este precepto, sin embargo, no se aplica en su totalidad en los casos de la prestación de alimentos respecto a los hijos. Según el apartado segundo del citado § 1603 BGB, los padres que se encuentren en la situación de ver peligrar su propio sustento por la necesidad de prestar alimentos a los hijos que convivan con ellos o con alguno de ellos, y que sean menores de edad no casados⁴⁵ o mayores de edad hasta los 21 años que aún se encuentren escolarizados⁴⁶ tendrán el deber de utilizar todos los medios a su alcance para asegurar su propio sustento y el de sus descendientes. En el propio apartado segundo del § 1603 BGB se establece que lo anteriormente mencionado no actúa en los casos en los que haya otro pariente que fuere asimismo acreedor de

43 Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 403.

44 Reinken, W. "Buch 4. Abschnitt 2. Verwandtschaft", cit., 703.

45 Recordemos que en Alemania no se contempla la emancipación como institución del Derecho de Familia.

46 La mayoría de edad en Alemania se alcanza a los 18 años. Sin embargo, dado que hasta hace poco la educación escolar duraba 13 años era habitual que muchos escolares alcanzasen la mayoría de edad antes de entrar en los estudios superiores, de ahí que se prevea una edad de 21 años para estos casos.

alimentos respecto a los hijos, o, tal y como hemos analizado anteriormente, respecto a aquellos hijos cuyo patrimonio propio pueda proveerles sustento suficiente sin ser necesaria la prestación de alimentos por parte de los padres.

d) Alcance de la prestación de alimentos de los padres respecto a sus hijos.

El alcance de la prestación de alimentos de los padres respecto a sus hijos se regula a través de las disposiciones generales del § 1610 BGB, con especificaciones relativas a la necesidad de desarrollo del niño, que harán primordiales la financiación de su educación. En los casos en los cuales los cónyuges no se hayan divorciado, por norma general, no se realiza a una cuantificación de la prestación alimenticia⁴⁷.

Dicha cuantificación se dará en los casos en los cuales los progenitores se hayan divorciado. Al contrario de lo que sucede en otro tipo de prestaciones alimenticias cuyo importe se mide según los estándares vitales del acreedor y otros parámetros, en los casos de la prestación de alimentos respecto a los hijos se aplican las llamadas "Düsseldorfer Tabelle" o "Tablas de Düsseldorf", que sirven como orientación para los órganos jurisprudenciales a la hora de adoptar decisiones que determinen el importe de la prestación alimenticia, sin tener estas tablas fuerza de ley. No se basan en la costumbre, sino en parámetros objetivos, como la edad del niño o en horquillas de ingresos netos mensuales del acreedor⁴⁸.

Como hemos apuntado anteriormente las tablas se emplean en los casos de divorcio de los progenitores comunes cuando uno de ellos quede obligado a prestar alimentos. También resultará de aplicación, cuando el hijo del matrimonio que no esté divorciado no viva en el hogar familiar y pretenda hacer valer su derecho a percibir la prestación alimenticia.⁴⁹

e) La financiación de los estudios.

Mención aparte merece el papel que juega la financiación de los estudios a la hora de determinar las obligaciones alimenticias de los padres respecto a sus hijos.

Por mandato legal, los niños menores de 15 años no pueden tener ocupación laboral alguna en Alemania, ya que tienen que estar escolarizados obligatoriamente⁵⁰. A partir de los 15 años, si el niño se encuentra aún escolarizado o realizando algún tipo de formación profesional o estudios superiores no tendrá la obligación de

47 Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 407.

48 Born, W. "Unterhaltspflicht", cit., 339.

49 Born, W. "Unterhaltspflicht", cit., 341.

50 §§ 2.3, 5.1 y 7.1 de la JugArbSchG

ejercer actividad económica alguna para proporcionarse sustento por sus propios medios⁵¹.

La obligación de financiar los estudios de los hijos se extiende temporalmente a lo largo de la duración de los mismos, siempre y cuando estos no se alarguen más del tiempo estándar por razones imputables a la dejadez del propio estudiante^{52 53}. Esta obligación comprende la financiación de un tipo de estudios, previsión la cual es de complicada aplicación dada la complejidad del sistema de estudios alemán⁵⁴.

2. La obligación de alimentos de los abuelos respecto a sus nietos.

Esta modalidad de alimentos entra en juego, cuando se aplican las normas de rango contenidas en el § 1606, previstas para los casos donde el deudor no pueda hacer frente a la obligación⁵⁵.

Si bien la obligación de alimentos de padres respecto a hijos tiene una gran relevancia práctica en la sociedad alemana, la prestación alimenticia de los abuelos respecto a sus nietos tiene una mera relevancia secundaria, ya que la mayoría de acreedores son beneficiarios de ayudas sociales lo cual minora su necesidad de sustento. Por ejemplo, un joven cuyos padres no puedan financiar sus estudios será probablemente beneficiario del BaFög, y percibirá ayuda social de algún tipo, que probablemente no sea suficiente para cubrir sus costes vitales, por lo que solo se mantendrá una obligación a prestar alimentos para completar la diferencia hasta cubrir dichos costes⁵⁶.

3. La obligación de alimentos de hijos respecto a padres.

Esta modalidad de la prestación de alimentos ha cobrado una gran relevancia práctica en las últimas décadas, dado el envejecimiento acelerado de la población alemana y la prolongada esperanza de vida del país.

En la mayoría de los casos no son los propios ascendientes los que hacen valer su condición de acreedor respecto a su progenie, sino que suelen ser los organismos encargados de prestar la llamada ayuda social, los cuales deben hacer frente al

51 Born, W. "Unterhaltspflicht", cit., 369.

52 Schwab, D. *Familienrecht*, cit., 409.

53 Obviamente es excluyen casos donde los estudios se alarguen por otras razones, por ejemplo, enfermedad. En dichos casos los padres seguirán estando obligados a financiar los estudios del hijo.

54 En Alemania la educación de los niños comienza en el Kindergarten y sigue en el Grundschule. A partir de los 11 años de edad se separa entre Realschule, Hauptschule, Gesamtschule y Gymnasium según las aptitudes de los niños y en muchos casos, el criterio de padres y profesores. Según la escuela donde se encuentre el niño, se podrá bien realizar una formación profesional con una duración aproximada entre 2-3 años, tras la cual el joven será apto para la realización de un oficio o podrá acceder a la universidad tras realizar el "Abitur" o examen de acceso.

55 Born, W. "Unterhaltspflicht", cit., 227.

56 Born, W. "Unterhaltspflicht", cit., 229.

sustento de o los subsidios para la población anciana, buscan hacer valer el derecho a la prestación de alimentos de los hijos respecto a sus padres⁵⁷.

A) Necesidad del progenitor acreedor.

El requisito de la existencia de una verdadera necesidad por parte del progenitor acreedor de prestación alimenticia se regula según las disposiciones generales contenidas en el § 1602 BGB.

Cabe al respecto recordar que el patrimonio lo componen tanto el dinero en metálico como otros elementos cuyo valor pecuniario se deberá cuantificar. Las rentas suelen estar compuestas primordialmente por las rentas del trabajo. Cuando el acreedor de alimentos sea beneficiario de una pensión por jubilación o perciba una prestación por incapacidad permanente se entenderá que su necesidad de sustento queda reducida, por hallarse cubierta por dichas prestaciones.⁵⁸

B) Capacidad económica del hijo deudor.

La capacidad económica del deudor se regula por las disposiciones generales del § 160, apartado segundo, BGB. La obligación alimenticia solo nacerá cuando dicha capacidad se dé en el mismo momento en el cual surja la necesidad de sustento del acreedor. Se presumirá que el hijo mayor de edad dispone de los medios suficientes para poder hacer frente al sustento de sus padres sin que peligre el suyo propio, por lo tanto la carga de la prueba quedará en manos del acreedor; sí quisiese demostrar que este último extremo no se cumple⁵⁹.

Para medir la capacidad económica del hijo deudor se utilizarán los siguientes parámetros: el importe de su propio sustento, su patrimonio preexistente, las deudas que este hubiese contraído, las obligaciones alimenticias de rango superior a las que éste tuviese que hacer frente, y los estándares vitales que dicho acreedor disfrute, así como los instrumentos de prevención social, como planes de pensiones, de los que el acreedor disponga, a fin de asegurar dichos estándares en el futuro para sí y para su cónyuge⁶⁰.

Realizando una ponderación entre la necesidad del progenitor acreedor y los medios económicos del hijo deudor se podrá determinar el importe de la obligación alimenticia.

57 Born, W. "Unterhaltspflicht", cit., 221.

58 Kemper, R. "Verwandschaft", cit., 1845

59 Born, W. "Unterhaltspflicht", cit., 223.

60 Born, W. "Unterhaltspflicht", cit., 223-225.



LA GUARDA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN
LA LEY AUTONÓMICA VALENCIANA

*SHARED CUSTODY IN THE SPANISH CIVIL CODE AND IN
VALENCIAN COMMUNITY LAW*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.190-209



Carlos
ESPARZA
OLCINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de agosto de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 6 de septiembre de 2013

RESUMEN: El siguiente estudio nos facilita un acercamiento a la llamada “custodia compartida”, no sólo en el CC español, sino también en la legislación autonómica valenciana, tal como se aplica por los Tribunales, antes y después de la reforma del CC español llevada a cabo por la ley 15/2005.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad, custodia, custodia compartida, interés del menor.

ABSTRACT: This study allows us an approach to the so called “shared custody”, not only in the Spanish Civil Code, but also in the law of the Valencian Community, such as it’s implemented by the Tribunals, before and after the reform of the Spanish Civil Code by law 15/2005.

KEY WORDS: parental responsibility, custody, shared custody, best interest of child.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Concepto.- III. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales anterior a la Ley 15/2005, de 8 de julio.- IV. La reforma del Código civil y la custodia compartida.- V. La jurisprudencia posterior a la ley 15/2005.- VI. La ley autonómica valenciana.

I. INTRODUCCIÓN.

La guarda de los hijos menores es una de las funciones inherentes a la patria potestad; en efecto, de acuerdo con el art. 154 CC, la patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: “1º) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”; en las expresiones “velar por ellos, tenerlos en su compañía”, se encierra el derecho-deber de la guarda y custodia, una de las proyecciones de la patria potestad, que comprende además las funciones del apartado segundo: “representarlos y administrar sus bienes”.

Si en situaciones de convivencia de los progenitores la guarda se ejerce de forma conjunta por los padres, cuando se produce la crisis, el esquema clásico del CC partía de atribuir a una sólo de los progenitores el ejercicio de la custodia, y ello, aunque se optara por la atribución a ambos del ejercicio de la patria potestad, cosa que por otro lado, podía no suceder; en efecto, tal es la solución legal que se desprendía de la anterior redacción del art. 92 (párrafo cuarto): “podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos”; también resultaba, y resulta, del art. 94 CC, que regula el denominado “régimen de visitas para el progenitor no custodio”: “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía..”

También del art. 96: “ en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”; y del art. 103.1ª, regulador de las medidas provisionales que cabe adoptar al admitir una demanda de nulidad, separación o divorcio: “determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo, y lugar en que podrá comunicar con ellos y

• Carlos Esparza Olcina

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia. Magistrado de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, especializada en Derecho de Familia. Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universidad de Valencia desde 1.994 hasta la actualidad. Miembro de la división civil para la Comunidad Autónoma Valenciana de la Red Española de Cooperación Judicial Internacional desde 2005 hasta 2010. Partícipe en numerosas jornadas y seminarios de Derecho de Familia.

tenerlos en su compañía"; asimismo del art. 159: "si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad". Se preveía por tanto la atribución de la custodia a uno de los progenitores, y el reconocimiento al "apartado de los hijos", calificado de "progenitor no custodio" de un régimen de comunicación; en la actualidad, tras la reforma del CC por ley 15/2005 de 8 de julio ya no se habla del "apartado de los hijos", sino, con expresión más suave, del "cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos". Lo mismo resulta del art. 90. A) CC, regulador del contenido del convenio regulador.

En realidad, esta distinción era y es hasta cierto punto artificiosa, pues también se puede considerar al llamado progenitor no custodio como ejerciente de la guarda en los periodos en los que el menor se encuentra con él, en la mayoría de los casos en los fines de semana alternos y en los periodos vacacionales, como preveía el art. 139-3 del Código de Familia de Cataluña, publicado por la ley 9/1998 de 15 de julio; en estos periodos la asistencia ordinaria a los hijos, el "velar por ellos" le corresponde al llamado "progenitor no custodio", con la misma intensidad que al "progenitor custodio"; hay que reconocer sin embargo que estas denominaciones convencionales tienen la ventaja de reflejar una realidad; que hay un progenitor al que le corresponde el ejercicio de la guarda con más asiduidad, y podemos decir, con carácter ordinario, al que le incumbe adoptar todos los comportamientos de ayuda a la prole que por su trascendencia no supongan el ejercicio de la patria potestad, que en la mayor parte de los casos se lleva a cabo conjuntamente con el otro progenitor; a este progenitor custodio, le corresponde también, por su condición de guardador, el uso de la vivienda conforme al art. 96 CC, así como la administración de la pensión alimenticia que paga el no custodio; se entiende además que no debe pagar una pensión de alimentos, porque su contribución a la manutención de los hijos la cumple mediante la asistencia cotidiana que implica el ejercicio de la guarda.

II. CONCEPTO.

Si este es el esquema clásico, en los últimos tiempos, al amparo de algunas corrientes psicológicas y de movimientos de defensa de los padres separados y divorciados, se ha abierto paso el concepto de custodia compartida o conjunta, que supone una igualación de los periodos de estancia de los menores con cada cónyuge, de modo que en este sistema no puede hablarse de "progenitor custodio" y "progenitor no custodio", pues los dos lo son en la misma medida; con cierta razón se ha dicho que no estamos aquí en rigor ante un supuesto de "custodia compartida", sino de "custodia sucesiva o alternativa", pues los progenitores no viven juntos, y no pueden en consecuencia compartir el cuidado cotidiano de los hijos! [a "guarda

1 Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. "La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *Sepin (persona y familia)* (2005), 45, 16 ss.

alternada semestralmente” se refiere la SAPValencia 17 septiembre 1992 (AC 1992, 1243) y a “residencia en régimen de alternancia” se refiere el Derecho francés²].

En efecto, los progenitores se alternan en la custodia de los hijos, por periodos que pueden ser de una semana, quince días, meses o periodos más largos; el acuerdo de los padres, o la situación de hecho, que se revela adecuada al interés de los hijos, pueden determinar la fijación de otra modalidad que implique la distribución equitativa de los tiempos entre los progenitores, como en el caso resuelto por la SAP Barcelona 9 noviembre 2005 (núm. 696-2005) en la que se atribuyó a la madre la estancia con los menores de lunes a miércoles, y al padre desde el miércoles a la salida del colegio hasta el viernes, y correspondieron a los dos por mitad los fines de semana y los periodos vacacionales; otro ejemplo de periodos de estancia más cortos lo encontramos En la SAP Madrid 17 septiembre 2002 (JUR 2003, 27985). Puede que sean los hijos los que se desplacen y cambien de domicilio, yendo al de cada uno de los progenitores, pero también puede establecerse que sean los padres los que ocupen alternativamente el domicilio de los hijos; la primera de las modalidades es la tenida en cuenta por la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre la custodia compartida y el empadronamiento de los menores (EDL 2006/20839); para la efectividad de la segunda modalidad el grupo familiar deberá disponer de tres viviendas, y puede ser altamente desaconsejable cuando concurren otras circunstancias, como por ejemplo, que alguno de los progenitores conviva con otra persona; puede pactarse o establecerse que cada progenitor asuma la manutención de los hijos en los periodos en los que le corresponda tenerlos, o bien, que uno de ellos pague una pensión al otro en los periodos en que esté con el otro progenitor; lo que será indicado cuando un progenitor tenga una capacidad económica superior a la del otro [por ejemplo, en la SAP Provincial Madrid 17 junio 2004 (ED) 2004/189629] o en la SAPValencia 22 abril 1999 (AC 1999, 4941)]; cabe también la apertura de una cuenta administrada por los progenitores en la que éstos hagan ingresos periódicos para atender los gastos pagaderos mediante domiciliación bancaria, como los de enseñanza, y que cada progenitor se haga cargo de los gastos de manutención ordinaria en los periodos en los que les corresponda la custodia (por ejemplo, en la SAP Castellón 10 abril 2003 (AC 2003, 846) y en la SAP Madrid 22 febrero 2005].

III. LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ANTERIOR A LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO.

Este sistema fue admitido en general por la jurisprudencia, aunque no tenía expresa consagración legal antes de la reforma del CC en virtud de la ley 15/2005 de 8 de julio; hay que reconocer sin embargo que el sentido de la jurisprudencia ha sido claramente restrictivo, como se comprueba con un estudio de algunas

2 Véase el comentario crítico a la SAP Navarra 13 abril 2005, en *Act. Civ.*, 2006.1º.

resoluciones judiciales: en la jurisprudencia anterior a la ley 15/2005 de 8 de julio se ponía de relieve, como fundamento para denegar la guarda compartida, lo que antes se ha señalado, es decir, que no tenía expreso reconocimiento legal: por ejemplo, la SAP Madrid 17 febrero 1998 (AC 1998, 4985), que la califica también de institución excepcional; la SAP 18 noviembre 2004 EDJ (2004/228727) decía que es una modalidad “incompatible con nuestro ordenamiento jurídico”; y también, ya poco antes de la reforma legal, la SAP Madrid 1 junio 2005 (núm. 431-2005); y en este mismo sentido la SAP Valencia 10 enero 2001 (núm. 2-2001).

Otro argumento muy empleado es que al implicar esta modalidad el cambio de vivienda del menor, podía afectar a su necesaria estabilidad y tranquilidad, de modo que aparecerá sólo indicada en los casos en que los dos progenitores vivan en el mismo barrio o calle, de forma que el cambio de guarda no suponga una ruptura del menor con su entorno habitual, ni represente especiales incomodidades para su asistencia al colegio; se descarta en consecuencia el establecimiento de la guarda compartida en supuestos en los que los progenitores viven lejos el uno del otro; en esta línea, la SAP Córdoba 14 julio 2003 (AC 2003, 1480) y la SAP Córdoba 12 septiembre 2005 (núm. 340-2005); aunque también se dice que el hecho de que los domicilios de los progenitores estén próximos no determina por sí solo la guarda compartida [SAP Córdoba 16 diciembre 2003 (JUR 2004, 20303)]; fue tomado en cuenta también este factor en la SAP Valencia 2 abril 2003 (EDJ 2003/149611), en la que se denegó la custodia compartida en un supuesto en el que la progenitora custodia iba a fijar su residencia en el Reino Unido.

También se decía asimismo que este sistema de guarda exige además una especial avenencia y colaboración de los progenitores, por lo que, más que imponerse en una sentencia, esta modalidad de custodia debe ser fruto del acuerdo de los cónyuges plasmado en el convenio regulador. Consideraciones que reflejaban esta idea se hicieron en las SSAP Valencia 25 abril 2001 (núm. 215-2001) y 11 mayo 2001 (núm. 242-2001), entre otras muchas.

En el supuesto de hecho objeto de la SAP Valencia 11 mayo 2001 (núm. 242-2001), la discrepancia de los progenitores alcanzaba a un aspecto tan básico como la alimentación y el tratamiento médico que debía dispensarse a su hijo, que padecía una grave dolencia, con lo que la diferencia de criterio atañía a un valor básico como es el de la salud. En ocasiones sin embargo, la Sala ha optado por mantener la guarda compartida pactada por los progenitores cuando ha funcionado razonablemente bien, como en la SAP Valencia 17 diciembre 2001 (núm. 604-2001), de que ratificó una custodia compartida por meses, aunque se constata que los progenitores han involucrado a los hijos en el conflicto familiar, que por tanto, se declara subsistente. En efecto, hay algunos casos en los que, como en el supuesto analizado, a pesar de que en la teoría el sistema de guarda compartida no es el más indicado, resulta

que acaba por establecerse porque esa inidoneidad teórica no resiste el contraste con la realidad, puesta de relieve en un informe pericial psicológico o social, que recomienda continuar con el sistema porque ha dado buenos resultados.

En la SAP Valencia 12 enero 2004 (núm. 9-2004) se acordó la custodia compartida, por meses alternos, asumiendo cada progenitor la manutención con gastos extraordinarios por mitad, con base en que el informe pericial, y la buena marcha escolar de la menor así lo aconsejaba.

Por el contrario, la SAP Valencia 5 mayo 2005 (núm. 274-2005) desestimó la custodia compartida con el argumento de la falta de avenencia de los progenitores, pese a que podía interpretarse que el informe pericial la recomendaba; recogen este mismo argumento con diferencias de matiz la SAP Barcelona 3 marzo 2004 (EDJ 2004/13497), las SSAP Valencia 19 mayo 2004 (núm. 310-2004), 6 abril 2005 (núm. 199-2005) y 21 abril 2005 (núm. 248-2005), y la SAP Madrid 28 junio 2005 (704-2012); máxima expresión de la conflictividad existente será la existencia de una prohibición de acercamiento derivada de una condena por malos tratos, como sucedía en el caso resuelto por la ya citada SAP Valencia 19 mayo 2004 (núm. 310-2004), lo que desde luego desaconseja el sistema de guarda compartida.

Un buen compendio de los argumentos más frecuentemente tenidos en cuenta para acordar la custodia compartida lo encontramos en la SAP Girona 28 febrero 2001 (AC 2001, 1827):

- "a) Que la niña ha venido asumiendo la guarda compartida sin traumas ni desequilibrios de ningún tipo.
- b) Que dicho régimen ha sido valorado como de resultados positivos por el Equipo de Asesoramiento Técnico.
- c) Que los resultados académicos y de desarrollo integral de A. no han acusado deterioro alguno, sino más bien al contrario, pueden calificarse buenos e incluso de excelentes.
- d) Que -el hecho de tener ambos progenitores el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, facilita los eventuales cambios domiciliarios y no afecta a las relaciones sociales de la menor (escolares, de amigas, actividades extraacadémicas, etc.) que pueden seguir manteniéndose sin cambio alguno.
- e) Que dispone en ambos domicilios de su propia habitación.

f) Que tanto el padre como la madre reúnen condiciones para asumir la guarda y custodia a satisfacción de la hija, y así lo han venido haciendo sin reproche alguno de esta.

g) Que los especialistas del Equipo de Asesoramiento Técnico, valoran la guarda y custodia compartida como la mejor opción actual para la hija, la cual, ante ellos, y en fecha bastante posterior a la de exploración judicial, manifiesta su deseo de mantener la compañía de los dos progenitores, aunque querría modificar la distribución del tiempo que comparte con cada uno, proponiendo el de una semana entera en cada domicilio para organizar mejor sus actividades”.

IV. LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio ha introducido en la ley la referencia expresa a la custodia compartida; en efecto, el art. 92.5 CC dice ahora que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”; se regula en este apartado la fijación de un sistema de guarda compartida en un convenio regulador; por lo tanto, conforme al trámite consensual del art. 777 de la LEC, o bien cuando los cónyuges lleguen a este acuerdo en el transcurso de un procedimiento contencioso; se prevé que el Juez razone su resolución; el sentido de esta previsión normativa no puede ser otro que el forzar al Juez a expresar la justificación de por qué el sistema de guarda compartida es el más adecuado a las circunstancias y al interés del menor o menores, lo que podrá constatar a través de las diligencias a las que se refiere el apartado sexto del art. 92 CC, es decir, después de conocer el informe del Ministerio Fiscal, de oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor; valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda; asimismo, podrá el Juez, conforme dice el apartado noveno, recabar de oficio o a instancia de parte, el dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores; si de la valoración de estos elementos de convicción el Juez llega al convencimiento de que el sistema de guarda compartida propuesto no responde al interés del menor, no lo aprobará, y se abrirá el trámite del art. 777.7 LEC; hay que entender que la previsión del apartado sexto del art. 92 del CC se refiere tanto a los procesos de mutuo acuerdo como a los contenciosos,

y en consecuencia, la comparecencia a la que alude este precepto puede ser la de las medidas previas, la de las coetáneas, la vista principal, cuando estemos en un juicio contencioso, y si de un procedimiento de mutuo acuerdo, esa comparecencia corresponderá al trámite del art. 777, apartados 4 y 5³. Hay que entender, que a pesar del tenor literal del art. 92.5 CC que dice “se acordará”, el régimen de la guarda y custodia compartida, el Juez puede no admitir dicho sistema cuando con las pruebas que se hayan practicado en el proceso de mutuo acuerdo, estime que no es el idóneo, atendidas las circunstancias.

Tampoco podrá el Juez aprobar la custodia compartida, conforme al art. 92.7 CC, cuando cualquiera de los dos progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; por tanto, con independencia de si el inculpado es el padre o la madre, lo que conllevará, cuando de agresiones entre los progenitores se trate, en el primer caso la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer para conocer de la causa penal y de la civil, si concurren los requisitos del art. 87 ter de la LOPJ, y en el segundo del Juzgado de Instrucción, para el proceso penal, y el Juzgado de 1ª Instancia o de Familia para el pleito civil. También se prevé que el Juez rechace la custodia conjunta cuando advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica; ello le obligará además a poner en marcha el mecanismo para atribuir la competencia al Juzgado de Violencia contra la Mujer, si se dan los presupuestos para el conocimiento de la causa por este órgano (art. 49 bis-2 LEC). Debemos entender que la previsión de este apartado séptimo se refiere tanto al procedimiento consensual como al contencioso.

Si el apartado cinco del art. 92 CC regula la fijación de un sistema de guarda compartida en el procedimiento consensual, o como consecuencia de un acuerdo en el transcurso de un procedimiento contencioso, el apartado octavo prevé el establecimiento de este sistema en la sentencia que se dicte en un procedimiento no consensual; se fijan para ello algunos requisitos, como son la instancia de una de las partes, el informe favorable del Ministerio Fiscal, y la apreciación de que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Era merecedora de crítica esta regulación en cuanto exigía, para el establecimiento de la guarda compartida, el informe favorable del Ministerio Fiscal, lo cual implica la atribución de funciones jurisdiccionales a esa institución, y en consecuencia, la infracción del art. 117 CE, (en el mismo sentido, los Juristas de Familia), lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de este requisito

3 Conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia con representantes de la Asociación de Abogados de Familia de España, Fiscales especializados en Derecho de Familia y Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia celebrada en Madrid los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2.005, en www.poderjudicial.es.

en la STC 185/2012, de 17 octubre (RTC 2012/1985); por otro lado, es digno de resaltar que al requerirse la petición de una de las partes se introduce, para conseguir una base mínimamente sólida para el sistema, una exigencia propia del principio dispositivo, ajena al Derecho Procesal aplicable a la materia familiar, o al menos a las cuestiones pertenecientes a este sector del ordenamiento jurídico en las que exista un interés público; en efecto, como dijo la STC 15 enero 2001 (RTC 2001, 4), “la naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional stricto sensu (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados”; precisamente esta sentencia desestimó el recurso de amparo interpuesto contra la SAP Valencia 1 septiembre 1997, que acordó un sistema de guarda compartida, no solicitado por el apelante en el recurso de apelación. Algunas sentencias anteriores a la reforma de julio de 2005 ya habían declarado la no conveniencia de establecer la custodia compartida de oficio [SAP Barcelona 29 diciembre 2004 (ED) 2004/226824], aunque en algunas ocasiones se ha hecho [citada SAP Valencia 1 septiembre 1997 (720-1997), y SAP 22 abril de 1999 (AC 1999,4941)].

El legislador no ha considerado oportuno modificar la regulación de la pensión de alimentos ni de la atribución de la vivienda para los supuestos en los que se acuerde un sistema de guarda conjunta; en relación al primer problema, como antes ya se ha apuntado, los cónyuges pueden o bien prever y el Juez decidir que cada uno de ellos se haga cargo de la manutención de los menores en los periodos en los que estén consigo, o bien que uno de ellos debe pagar al otro una cantidad en los periodos en los que estén los hijos con el otro (como sucede en los casos de guarda exclusiva), cuando el otro progenitor tenga menos recursos económicos; tampoco cabe descartar que en el convenio o en la sentencia contenciosa, se prevea la fijación de alimentos a cargo de los dos progenitores, con la misma o con distinta cuantía, lo que en la práctica conllevará a la compensación de estas cantidades por la cantidad concurrente. También será práctico que se pacte o se establezca una cuenta administrada por los dos progenitores, en la que se hagan aportaciones para hacer frente a los gastos periódicos del menor (colegio, actividades extraescolares) y también a los gastos extraordinarios; En relación a la vivienda, los cónyuges podrán pactar y el Juez decidir, atribuir la vivienda familiar a uno de los cónyuges, aunque no tenga siempre la condición de progenitor custodio; deberá ser el cónyuge “más necesitado de protección”, como dice el apartado tercero del art. 96 CC, para cuando no existan hijos; esa será la justificación de la atribución del uso de la vivienda cuando no tenga a los menores, y cuando los tenga, además, ostentará el uso de la morada por su condición de cónyuge custodio. Los Juristas de Familia han propuesto que para estos casos se permita al Juez resolver lo procedente, tal como se prevé

en el apartado segundo del art. 96 en los casos en los que hay hijos con cada uno de los progenitores⁴.

V. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO.

En la SAP Valencia 22 julio 2005 (núm. 485-2005) se estableció la guarda por meses alternos, aplicando ya el art. 92 CC con su nueva redacción, y asumiendo cada progenitor el sustento en los periodos en los que tenga a los menores. Se apreció por la Sala la similitud de los estilos educativos de los progenitores, la proximidad de los domicilios, y se minimizó la falta de comunicación entre ellos por considerarse inherente a toda crisis matrimonial contenciosa.

También aplican el art. 92.8 CC, con la nueva redacción tras la ley 15/2005 de 8 de julio, las SSAP Valencia 18 enero 2006 (núm. 32-2006) y 22 febrero 2006 (núm. 125-2006), para no establecer la custodia compartida, la primera por vivir los progenitores en localidades distintas, y la segunda por la mayor idoneidad de la custodia exclusiva paterna.

Por el contrario, en la SAP Valencia 1 marzo 2006 (núm. 144-2006) se estableció una custodia por meses alternos, con visitas para el otro progenitor y asumiendo cada uno de ellos la manutención del menor en los periodos correspondientes por aconsejarlo así los dos informes periciales, el que se emitió en la instancia, y el que se hizo en la apelación. También la SAP Zaragoza 30 diciembre 2005 (EDJ 2005/244362) declara el carácter restrictivo con que el nuevo art. 92 CC regula la custodia compartida cuando no se recoge en un convenio regulador; lo que sirve de base jurídica para negar el sistema, junto con la voluntad en contrario de la menor concernida.

En la SAP Valencia 26 mayo 2008 (núm. 333-2008) la sección décima de la Audiencia, revocando la sentencia de instancia, estableció un sistema de guarda compartida- no constan los periodos, pues hay una remisión a la recomendación del informe pericial-, con asignación de la vivienda a la madre, pues el padre ya tenía cubiertas las necesidades de alojamiento al haber arrendado una vivienda, y por su buena situación, que lleva a la Sala a imponerle el pago de una pensión de 250 euros al mes para su hija.

En la SAP Valencia 10 febrero de 2009 (núm. 82-2009) la sección décima de la Audiencia confirmó la custodia compartida fijada por el Juzgado, por meses alternos, con régimen de visitas para el otro progenitor; vivienda para la madre y los dos hijos, por tener también el padre resuelto el alojamiento en una vivienda de alquiler próxima al domicilio de los hijos, y pensión de alimentos para estos de 250

4 Ver nota 3.

euros al mes para cada uno por la mejor situación del padre; se confirma también el razonamiento del Juzgado que llevó a establecer el sistema aun existiendo una denuncia penal contra el progenitor; lo que supone una aplicación ponderada y flexible del art. 92.7 CP.

En la SAPValencia 10 marzo de 2008 (núm. 146-2008) se confirmó una custodia compartida por meses con alimentos de 300 euros al mes a cargo del padre, sólo cuando los menores estuvieran con la madre, y no se asigna la vivienda a ninguno de los dos progenitores, aunque no es posible saber más sobre este pronunciamiento porque no fue impugnado en la apelación:

“Para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con el artículo 92 CC, y las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no pueden desconocerse las conclusiones del informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 132 y siguientes), que recomienda el establecimiento de la guarda alterna porque dicha modalidad “proporcionará a los menores la estabilidad emocional que parece haber menguado con el cese de la convivencia de sus dos progenitores, y facilitará el óptimo desarrollo de las adecuadas relaciones que en la actualidad mantienen con ambos progenitores, perpetuando así las relaciones de apego y el vínculo emocional vigentes”, según dice literalmente el mencionado informe; dice también el informe, que “no existen discrepancias entre los estilos educativos de los progenitores, mostrándose ambos asertivos en la educación que proporcionan a sus hijos y empleando principalmente el diálogo como método de razonamiento. Además todo esto es percibido por los menores, que valoran ambos estilos parentales equitativamente”; además, consta en la exploración documentada en el folio 120, que los dos menores manifestaron su voluntad de vivir con los dos progenitores por igual; consta también la conformidad del Ministerio Fiscal con el establecimiento de este sistema de guarda (folio 149), y la solicitud por el apelado en su demanda, con carácter subsidiario a la guarda exclusiva que interesó en primer lugar. Procede por ello desestimar el motivo del recurso, porque el pronunciamiento sobre la guarda adoptado por la sentencia recurrida es adecuado, a la vista de las pruebas practicadas, al interés de los hijos, y concurren los requisitos a los que el artículo 92.8 CC subordina el establecimiento de una guarda compartida en un proceso matrimonial contencioso”.

En la SAP Valencia 21 abril 2008 (núm. 220-2008) se desestimó una custodia compartida, ratificando el criterio del Juzgado, aplicando estrictamente los criterios legales:

“Para determinar cuál el sistema de guarda más adecuado al interés del menor, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, y las disposiciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1.996, se tiene en cuenta que

no hay en la causa un elemento de juicio sólido, del que se desprenda que, tal como exige el artículo 92-8 del Código Civil, sólo mediante el establecimiento de una guarda compartida se proteja adecuadamente el interés del menor; lo que unido al carácter excepcional que este sistema tiene cuando no hay acuerdo entre las partes, conforme al mismo precepto citado, lleva a la desestimación del recurso del demandado. Con el reconocimiento de estar con su hijo una tarde entre semana además de los demás periodos reconocidos, se permite un intenso contacto paterno-filial, por lo que no procede la ampliación de los contactos interesada por el demandado”.

En la SAP Valencia 16 julio 2009 (núm. 507-2009), que ratificó una custodia compartida por quincenas, con fines de semana alternos, con asignación de la vivienda a la progenitora, incluyendo la plaza de garaje, cosa que fue impugnada en la apelación por él, y haciéndose cargo cada uno de la manutención del menor cuando lo tengan consigo, y el pago del colegio, y de los gastos extraordinarios al 50%:

“no pueden desconocerse las conclusiones de dos informes periciales que figuran en la causa, realizados por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 349 y siguientes, y el incorporado al rollo), que recomiendan el establecimiento de una guarda compartida por periodos de quince días, pues “dicha modalidad proporcionará al menor el desarrollo de adecuadas relaciones tanto con su padre como con su madre, manteniendo las relaciones de apego y vínculo emocional que informan que son actualmente vigentes, y, con ello, perpetuar la estabilidad emocional en el futuro, además de un adecuado desarrollo evolutivo y crecimiento personal”; en el informe realizado en la alzada, se dice que “ambos progenitores comparten el mismo estilo educativo, caracterizado por fomentar la adquisición de hábitos y comportamientos adecuados, en cuanto a las estrategias disciplinarias estas se basan en la comunicación y la reflexión, con una utilización muy escasa del castigo mediante la retirada de privilegios”, de lo que se desprende que se da la mínima avenencia y sintonía necesarias para que la guarda conjunta pueda tener éxito; la Sala comprueba que se dan en el presente caso los requisitos fijados en el artículo 92-8 del Código Civil: la petición de una de las partes, el informe favorable del Ministerio Fiscal, y la adecuación del sistema establecido al interés del menor; procede por ello la desestimación de la impugnación de la demandante”.

En la SAP Valencia 22 septiembre 2009 (núm. 576-2009) se revocó la guarda compartida establecida por el Juzgado, con el argumento de que el informe pericial recomendaba la guarda del padre, y además, la condena a la madre como autora de dos delitos de lesiones inferidos al padre, así como la existencia de una denuncia por maltrato contra éste:

“Para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con los artículos 92 y 159 del Código Civil, y las disposiciones de

la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; no puede desconocerse el informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 622 y siguientes) que recomendó la asignación de la custodia al actor, atendiendo a la mayor presencia paterna en la asistencia de los menores, y a la existencia de limitaciones para ejercer un sistema de guarda compartida; se recomienda también que el sistema de visitas con la progenitora sea lo más amplio posible; por otro lado, consta en el rollo de Sala la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 9 de Valencia de 19 de junio de 2.009, recurrida ante la Audiencia Provincial, que condenó a la demandada como autora de dos delitos de lesiones cometidos en la persona del actor; consta también la incoación de un proceso penal contra el demandante por maltrato psicológico, injurias, coacciones y vejaciones que se tramita en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Valencia como diligencias previas 290/2009; teniendo en cuenta que el artículo 92-8 del Código Civil preceptúa que el sistema de guarda compartida se fundamenta en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, y que el apartado 7 del artículo 92 del Código Civil establece que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por lesionar los bienes personales del otro, o de los hijos, o existan indicios fundados de violencia doméstica, no procede en este caso la fijación de ese sistema de guarda compartida; no se considera un obstáculo de entidad para el ejercicio de la guarda exclusiva por el padre, el que éste no esté ya en el paro, pues la flexibilidad de horarios que le da su profesión de fotógrafo, la permitirá atender con esmero a sus hijos; procede por ello revocar la sentencia recurrida para atribuir la guarda al padre, y reconocer un amplio régimen de comunicación materno-filial que comprenderá los fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, un contacto semanal que a falta de acuerdo será los miércoles de todas las semanas e incluirá la pernocta en casa de la demandada, y la mitad de las vacaciones escolares, las de verano divididas en quincenas, y la elección de los periodos corresponderá, a falta de acuerdo, al padre en los años pares y a la madre en los impares".

En la SAP Valencia 7 octubre 2009 (núm. 612-2009) se confirmó la decisión del Juzgado modificando una custodia compartida, atribuyendo la guarda a la madre, sobre la base de la exploración de la menor, de 11 años de edad:

"no puede desconocerse el resultado de la exploración realizada a la menor, reflejado en el folio 85; en este acto la hija dijo que quería vivir con su madre, y seguir viendo a su padre; la Señora Jueza "a quo", que ha acordado la asignación de la custodia a la actora, ha podido valorar directamente las expresiones de la menor, que a tenor de lo consignado en la propia sentencia, es despierta, sabe lo que quiere y presenta un suficiente grado de discernimiento; no hay otros elementos de prueba que desvirtúen las alegaciones de la actora, y que lleven a la Sala a entender que

otra resolución sería más beneficiosa para la niña; de la exploración resulta, pues, que la demanda tiene una base objetiva, y procede por ello la confirmación de la sentencia”.

La SAP Valencia 7 octubre 2009 (núm. 691-2009) rechaza también este sistema, confirmando la decisión del Juzgado, sobre la base del informe pericial, y del dictamen contrario del Ministerio Fiscal, en aplicación del art. 92.8 CC, que era, en lo relativo a la necesidad del informe favorable del Ministerio Fiscal, una ley “formalmente válida y en vigor”

VI. LA LEY AUTONÓMICA VALENCIANA.

Como es sabido, la custodia compartida es una creación jurisprudencial, que fue abriéndose paso trabajosamente frente al tradicional y legal sistema de guarda exclusiva, a golpe de sentencia, como la muy conocida SAP Provincial Valencia 1 septiembre 1997 (sección sexta, 720-1997)), que llegó hasta el Tribunal Constitucional; esta institución finalmente fue regulada por el legislador en su reforma del año 2005 que dio nueva redacción al art. 92 CC, de modo muy restrictivo, pues frente a la anterior libertad de origen jurisprudencial, la sometió a estrictos controles como eran la petición de una de las partes (frente a la posibilidad de acordarla de oficio que el mismo Tribunal Constitucional había considerado legal en su sentencia de 15 de enero de 2001), el dictamen del Ministerio Fiscal (ahora declarado inconstitucional), y que sólo con su establecimiento se asegurara el interés superior del menor. La ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, “de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, libera a la custodia compartida de esas injustificadas, y en parte inconstitucionales desconfianzas, pero ha regulado otros muchos aspectos que ofrecen sin duda aspectos problemáticos. Se une la ley valenciana sobre esta cuestión a las leyes autonómicas de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011), Cataluña (Ley 25/2010) y Navarra (Ley Foral 3/2011).

Se trata de una ley con una terminología moderna, por ejemplo, no se habla de guarda, custodia o visitas, que son los términos habituales, sino de convivencia, y de régimen de relaciones familiares; son términos realmente más adecuados, y más reales, pues la palabra convivencia resalta que el menor vive con uno de los progenitores, pero no tiene un poder sobre el menor superior al del otro, y desde luego, el término relaciones familiares es menos ofensivo para el progenitor que el de visitas, que convierte al progenitor en un mero y esporádico “visitador” de su hijo. Esto va en la misma línea de las modernas convicciones sobre la familia. Tampoco se habla de alimentos, sino de gastos ordinarios de atención a los hijos, lo que no parece estar tan justificado.

Son varios los problemas prácticos que suscita la aplicación de la nueva ley 5/2011 de la Generalitat, dejando a un lado el de su cuestionable constitucionalidad,

por estar sujeta a la decisión del Tribunal Constitucional, y sobre la que por ello no me voy a pronunciar:

Al hilo de esto, se plantea la interpretación de la disposición transitoria tercera: “esta ley será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación y divorcio y medidas paterno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor” El problema era si la sentencia se refería a la de primera instancia, o a la apelación, es decir; si podía la Audiencia aplicar la ley valenciana aunque no lo hubiera hecho la sentencia de instancia. Desde sus primeros pronunciamientos, la sección 10ª se ha inclinado por entender que la sentencia a la que se refiere la disposición transitoria es la de instancia, de modo que si la ley no estaba en vigor en el momento de dictarse esta, la Sala apelación no podía aplicarla; se entendió que esta solución era más respetuosa con el derecho a la defensa y a la doble instancia, y evitaba una aplicación “imprevista” de la ley por la Audiencia [SAP Valencia 9 febrero 2012 (núm. 114-2012), 22 diciembre de 2011 (núm. 898-2011) y 18 enero de 2012 (núm. 35-2012)]; este criterio ha sido respaldado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por ejemplo en su S. 24 enero 2012 (núm. 1-2012). Hay que tener en cuenta además, que la ley entró en vigor el día 5 de mayo de 2011 fue suspendida por el Tribunal Constitucional el día 19 de julio de 2011 (BOE del 26 de julio), y restablecida el día 22 de noviembre del mismo año (BOE del 3 de diciembre), de modo que se debe entender que la ley no estaba en vigor en este periodo de suspensión y no puede ser en consecuencia aplicable ni por el Juez de instancia ni por el Tribunal de apelación.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, el art. 2 es el que exige que el menor ostente la vecindad civil valenciana; este requisito no ha sido objeto de pronunciamiento alguno por la Sala, porque no se ha suscitado problema alguno por nadie, por el momento. En cualquier caso, a título de opinión personal, estimo que la Sala no podría de oficio dejar de aplicar de oficio la ley valenciana si observara que el menor no ostenta la vecindad civil valenciana, porque podría producirse una situación de indefensión al aplicar el CC, cuando esa ley no ha sido alegada en la instancia. Por el contrario el Juez de instancia estimo sí podría pedir las aclaraciones o plantear las cuestiones que estime oportunas para aclarar cuál es la ley aplicable.

El aspecto de la ley que más ha trascendido, incluso fuera del ámbito jurídico, es el de la guarda de los menores de edad, y más en concreto, el de la llamada “convivencia compartida”, que la propia ley define como “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas, caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquellos, o en su defecto, por decisión judicial”.

Desde un punto de vista práctico, creo que la situación no ha cambiado mucho; en efecto, el Juez puede acordar la convivencia compartida, pero también, si el interés del menor lo aconseja, puede establecer el régimen de convivencia a favor de uno sólo de los progenitores (art. 5.4), algo que es lógico porque en esta materia el único principio que nos puede guiar es el del beneficio de los hijos, por imperativo no sólo de la Constitución española sino también de los textos legales internacionales vigentes; se ha suscitado alguna discusión en relación con la previsión del apartado 2 del art. 5, cuando dice que no será obstáculo para la convivencia compartida "las malas relaciones entre ellos", es decir, entre los progenitores, porque resulta que precisamente, en muchos informes psicológicos se desaconseja la convivencia compartida por las tensiones existentes entre los litigantes, sus desacuerdos sobre la educación de los hijos, su discordia permanente, incluso su odio. Con relación a esta cuestión, los Tribunales, y en particular la sección décima, han solido entender que debe prevalecer el interés de los hijos, de modo que si, por cualquier causa, incluso las malas relaciones de los progenitores, la custodia compartida no responde a su interés, el Juez debe asignar la convivencia a uno sólo de los progenitores, sobre la base del art. 5.4 de la ley [SAPValencia (núm. 704-2012)], que sigue subordinando la decisión acerca de la guarda de los hijos al beneficio de éstos.

Por lo demás, destaca la más flexible regulación de las relaciones entre un proceso penal por violencia cometida contra alguna de las partes y los hijos, y el proceso civil de asignación de la convivencia; la prohibición de otorgar la convivencia al progenitor incurso en un proceso penal de esta clase parece restringirse al régimen de custodia exclusiva, pero pienso que debe hacerse extensivo a la custodia compartida; en cualquier caso es menos rígido que la previsión del art. 92.7 CC, pues la ley valenciana exige que se haya dictado una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Esto implica que por la simple presentación de una denuncia no pueda obstaculizarse ya, como a veces sucede bajo el régimen legal del CC, el régimen de la custodia, sino que se exige una resolución judicial que recoja los indicios de criminalidad.

Por otro lado, la regulación se presenta también más flexible en cuenta que no se exige para otorgar la convivencia compartida el dictamen favorable del Ministerio Fiscal, aunque el Tribunal Constitucional, como ya se ha dicho, ha eliminado este requisito, que figuraba en el art. 92.8 del CC en su reciente STC 185/2012, de 17 octubre 2012 (RTC 2012/185).

Otro aspecto novedoso es la regulación de la vivienda, en concreto la previsión de que en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común

de ambos, y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Habrá de descartarse como supuesto de titularidad de derechos sobre otra vivienda, el ser copropietario de la misma junto con otros, como sucede frecuentemente en los supuestos de herencia, o también, cuando la vivienda esté en otra población lejana, o no esté en condiciones apropiadas para ocuparla, pues esta disposición, como todas las que conciernen a los menores, debe ser interpretada a la luz del principio de primacía del interés superior del menor.

Ha sido objeto de varios pronunciamientos de la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia el problema de la fijación del plazo de uso de la vivienda asignada previsto en el art. 6.3 de la ley, una previsión que, como es sabido, no existe en el CC en los supuestos de uso de la vivienda cuando hay hijos menores de edad; la sección décima ha declarado que este plazo puede ser indeterminado, del tipo "certus an incertus quando", puesto que la ley no dice lo contrario, de manera que puede finalizar cuando el hijo alcance la independencia económica, lo que se ha considerado en varias ocasiones más adecuado al interés de los hijos: SSAPV 18 abril 2012 (núm. 271-2012), 5 junio 2012 (núm. 398-2012), 27 julio 2012 (núm. 563-2012) y 11 octubre 2012 (núm. 658-2012). La base jurídica de la distinción entre uno y otro tipo de plazo sabéis que se encuentra en el art. 1125 CC. Se constata sin embargo, en los últimos pronunciamientos, una tendencia a fijar plazos determinados, frecuentemente, hasta la mayoría de edad de los hijos.

Es destacable también la regulación de la asignación de la vivienda en los casos de convivencia compartida, una regulación que, como se sabe, no existe en el CC. La regulación de la ley autonómica se basa en lo que resulte más conveniente para los hijos e hijas menores y siempre que fuera compatible con ello, lo que resulte más adecuado al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

También es muy destacable por su novedad, la previsión de una compensación económica por el uso de la vivienda, cuando la vivienda asignada sea propiedad del otro progenitor o común de los dos, que se fijará "teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso" (art. 6.1); el problema práctico de esta disposición es que con frecuencia, quien obtiene el uso de la vivienda es un progenitor o progenitora que carece de recursos, por lo que no podrá pagar la compensación al otro, de modo que parece razonable moderar su cuantía atendiendo a las peculiaridades del caso, como el propio precepto parece prever cuando dice que se tendrán en cuenta "las demás circunstancias concurrentes en el caso. La Sala ha declarado que este derecho de carácter económico se rige por las reglas del principio dispositivo, de modo que no podrá otorgarse de oficio, y requerirá en su caso el planteamiento

de la oportuna reconvencción, como sucede con la pensión compensatoria, y en cualquier caso requerirá que el que la pretenda acredite la concurrencia de sus presupuestos, probando las rentas pagadas por viviendas similares: SSAP Valencia 25 julio 2012 (núm. 563-2012) y 26 septiembre 2012 (núm. 623-2012). Por otro lado, y en relación con la previsión de la disposición transitoria primera referida a la modificación de las medidas fijadas en una sentencia anterior para adecuarlas a la nueva ley, la Sala ha dicho que no procede el reconocimiento de una compensación por uso de la vivienda por el solo hecho de la entrada en vigor de la ley 5/2011, cuando se pueda suponer que la cesión del uso de la vivienda privativa o común fue ya tenida en cuenta en el proceso anterior para fijar unos alimentos con una cuantía inferior a la que correspondería si no se hubiera producido la asignación de la vivienda común o privativa del progenitor no beneficiario del uso [SAP Valencia 4 octubre 2012 (núm. 644-2012)]. Porque es cierto que antes de la vigencia de la ley autonómica, el hecho de asignar el uso de una vivienda del otro progenitor, o común de los dos, era una circunstancia que junto con otras, se tenía en cuenta para determinar la cuantía de los alimentos.

Y al hilo de esto, se ha planteado alguna discusión sobre el sentido de la disposición transitoria primera, que prevé la revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior; el recto entendimiento de esta disposición exige para acordar la modificación conforme a la nueva ley, no sólo la simple entrada en vigor de la nueva norma, como a veces se ha dicho, sino que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias como impone el art. 91 CC. En otras palabras, una demanda de modificación de medidas basada sólo en la entrada en vigor de la nueva ley estaría abocada al fracaso; para que prospere, debe haberse producido un cambio en las circunstancias que justifique las nuevas medidas. Esto es lo que viene a decirse en la SAP Valencia 22 noviembre 2012 (núm. 773-12): "por ello, no existiendo un prueba que con la mínima solidez exigible justifique la modificación de la medida pactada por los litigantes, debe desestimarse la fijación del régimen de custodia compartida, pues no es suficiente la entrada en vigor de la ley autonómica para llevar a cabo la modificación pretendida, sino que además es necesario que ésta responda al interés superior del hijo, que debe prevalecer como principio inspirador en todas las decisiones que le afecten, conforme al artículo 3-1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y el artículo 24-2 de la Carta sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

Se puede decir, haciendo una valoración de conjunto de la ley, y dejando al margen los problemas de constitucionalidad, que contiene una regulación acertada de la convivencia compartida, sin las trabas y rigideces que contiene el CC, aunque tiene algún aspecto muy problemático, como la compensación por el uso de la vivienda, que además es innecesaria, porque como ya he dicho, la cesión de la vivienda siempre ha sido un elemento que se ha tenido en cuenta para fijar con

discrecionalidad los alimentos entendiendo que la asignación del uso de la vivienda forma parte de la prestación alimenticia, como claramente dice el art. 142 CC.

Espero que estas líneas contribuyan a dar alguna información valiosa sobre la aplicación en España, y en la Comunidad Autónoma Valenciana, de la ley reguladora de la custodia compartida, en un momento en el que se anuncia la aprobación por el Consejo de Ministros de un anteproyecto de ley de Corresponsabilidad Parental, que dará nueva redacción a los preceptos legales relativos a esta institución, suprimiendo, según se anuncia, el carácter excepcional de la misma.

**BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL DELITO DE IMPAGO DE
PENSIONES, ART. 227 CP**

***BRIEF SURVEY OF THE OFFENCE OF NON-PAYMENT OF
ALIMONY, ART. 227 OF THE CRIMINAL CODE***

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.210-229



Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de agosto de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 2 de septiembre de 2013

RESUMEN: El delito de impago de pensiones es un ejemplo de infracción concebida para reforzar los incumplimientos de contenido civil. Ello provoca una serie de problemas interpretativos que son abordados en el trabajo, en el que se repasan los elementos más singulares del delito. Así, se estudia el bien jurídico tutelado, que se centra en la necesidad de proteger a los miembros más débiles de la familia. También será analizada la peculiar estructura típica, calificado como delito permanente, al requerir una repetición de actos para su consumación.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia, pensión compensatoria, pensión de alimentos, delitos contra las relaciones familiares.

ABSTRACT: The offense of non-payment of pensions is an example of infraction conceived to reinforce infringements of civil content. This cause a number of interpretive problems is addressed in the work, in which we review the most unique elements of the crime. So, we study the legally protected, which focuses on the need to protect the weakest members of the family. Also it is analyzed the peculiar structure will typically describe as permanent crime, to require a repetition of acts for its consummation.

KEYWORDS: Family law, compensatory pension, alimony, offenses against family relationships.

SUMARIO: I. Cuestiones generales y antecedentes.- II. Elementos típicos.- I. Bien jurídico protegido.- 2. Contenido de injusto.- 3. Sujetos. - 4. Conducta. Delito omisivo.- A) Situación típica.- B) Omisión de la acción esperada.- C) Capacidad para actuar.- 5. Tipo subjetivo.- III. Eximentes.- IV. Concurso de delitos.- I. Homogéneo.- 2. Heterogéneo.- V. Cuestiones procesales.- I. Delito semipúblico.- 2. Objeto del proceso: la responsabilidad civil.- VI. Conclusiones.

I. CUESTIONES GENERALES Y ANTECEDENTES.

Tradicionalmente los conflictos entre los miembros de la familia quedaban al margen del Derecho penal, resolviéndose o, en su caso, cegándose dentro del ámbito privado. Con la excepción de hechos particularmente graves, atentatorios a los valores más importantes del ser humano -siendo un buen ejemplo los históricos delitos de parricidio o infanticidio o ataques a la moral sexual, como los abusos sexuales incestuosos¹-, el resto de infracciones del Derecho de familia eran resueltas a través del Derecho privado, es por ello que en la etapa de la codificación no se contempla este tipo de incumplimientos en el CP².

No obstante sí la hemos encontrado en los breves periodos históricos en los que ha estado en vigor la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial mediante el divorcio. Así durante la Segunda República, la Ley de divorcio contemplaba en su art. 32 la tipificación de una figura delictiva de notables similitudes con la actual, lo cual demuestra, la existencia, con bastante frecuencia, de importantes conflictos cuando las relaciones conyugales se deterioran, conflicto que en muchas ocasiones deriva hacia determinados incumplimientos de los acuerdos alcanzados. Por la importancia de los bienes afectados, el legislador ha considerado, en los dos momentos históricos en que ha estado vigente el divorcio en España, tipificar como delito el impago de pensiones.

- 1 Cabe subrayar que históricamente se negaba la posibilidad de la violación dentro del matrimonio. Véase un análisis de las diferentes posiciones y de la evolución en Carmona Salgado, C. en Cobo del Rosal, M. (coord. González Rus, J.J.) *Derecho penal Español. Parte Especial*. Madrid (2005): Dykinson, 260-263. Sin embargo, en la actualidad la jurisprudencia es clara en el sentido de admitir sin excepciones la violación en el seno del matrimonio, al considerarse que éste no impone a la mujer una reducción de la libertad de decisión en materia sexual frente al marido, véase en este sentido la STS 8 febrero 1995 (RAJ 1996, 829) que señala que «este tipo de conductas constituye, sin duda alguna, un grave atentado al bien jurídico protegido por el tipo, que es la libertad sexual, libertad que no se anula por la relación conyugal por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o intimidación la voluntad contraria del cónyuge».
- 2 Un completo estudio de los antecedentes de la figura en Muñoz González, L. "Líneas evolutivas en la criminalización de la inasistencia familiar-conyugal y postconyugal". *Eguzkilore* (Diciembre 2009), 269-276.

• Asunción Colás Turégano

Es Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, en enero de 1996 defendió su Tesis Doctoral dirigida por el profesor D. Tomás Vives Antón sobre los problemas de constitucionalidad planteados por los delitos contra el medio ambiente. Desde 1993 imparte clases de Derecho penal en la Universidad de Valencia, siendo profesora titular de Derecho penal desde enero de 1999. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural, derechos de la mujer, derecho a la imagen.

A pesar de que la mayoría de las disputas familiares quedaban al margen del Derecho penal, con las excepciones ya vistas, la nueva concepción de la familia que se mantiene tras la guerra civil, considera a la institución como uno de los pilares fundamentales de la nueva sociedad, lo que da lugar a importantes cambios en la configuración de las relaciones familiares, dotando a la institución matrimonial de una especial protección que trae la aparición de nuevas figuras delictivas. Así, mediante la Ley de doce de marzo de 1942, se introduce en el CP el delito de abandono de familia.

El establecimiento del régimen democrático y la aprobación de la Constitución de 1978 va a traer importantes novedades jurídicas, una de las más trascendentes la aprobación de la Ley del divorcio en 1981. Tal como había ocurrido durante la Segunda República, se comprueba que una de las consecuencias más indeseables del nuevo panorama de las relaciones familiares, es el importante grado de incumplimiento de las prestaciones civiles derivadas de los convenios reguladores en las situaciones de separación o divorcio. Ante el grave problema social que dichos incumplimientos provocan y dada la incapacidad de la jurisdicción civil para hacer frente al mismo, valorando la importancia de los intereses en juego y la vulnerabilidad de las personas afectadas, el legislador toma la decisión de tipificarlos como delito. Fue mediante la LO 3/89 de 21 de junio por la que se introduce en el art. 487 bis CP, el llamado delito de impago de pensiones. Posteriormente el CP de 1995 recoge un nuevo Título XII bajo la denominación **delitos contra las relaciones familiares** cuyas principales novedades fueron:

1º) La ampliación de la protección a prestaciones derivadas de procesos de filiación y/o alimentos a favor de los hijos.

2º) La inclusión del incumplimiento de prestaciones de carácter no periódico.

3º) Se regula de manera expresa, dentro del tipo, el contenido de la responsabilidad civil.

La última reforma en la materia se ha producido mediante la LO 15/2003, que modifica la penalidad e introduce una falta de incumplimiento de obligaciones familiares en el art. 618.2, en la que se albergan aquellas conductas que no alcancen los plazos fijados para el delito y los incumplimientos que no tengan contenido económico.

Como conclusión se puede afirmar que el delito de impago de pensiones, con cierta tradición en nuestro ordenamiento jurídico, fue reintroducido en el año 1989 para hacer frente al grave problema de los incumplimientos en el pago de la pensión derivada de un proceso de divorcio o nulidad por la negativa situación en que quedaban el cónyuge y los hijos ante el impago del deudor.

La figura nació envuelta en la polémica al ser denunciada por inconstitucional al considerarse que nos encontramos ante un supuesto de prisión por deudas, prohibido por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1962. Para superar dichas objeciones la doctrina se ha esforzado en interpretar el precepto desde una perspectiva constitucional haciendo pendular las razones de su tipificación, bien en la sanción ante el incumplimiento de resoluciones judiciales, -en la regulación española se exige que la pensión haya sido establecida o refrendada por una resolución judicial-, bien ante la grave situación de necesidad que el incumplimiento del deudor aboca a los acreedores.

Como en tantas otras ocasiones se ha criticado lo innecesario de la figura por la existencia en el ordenamiento penal de preceptos que podrían aplicarse a los supuestos de incumplimiento. Así, de concebir la figura en clave formal, como incumplimiento de resoluciones judiciales, se podría acudir al delito de desobediencia a las disposiciones judiciales. De mantener la postura que la clave de la misma radica en la posición de desamparo del deudor, se podría recurrir al delito de alzamiento de bienes. Lo cierto es que nuestro legislador quiso en el año 1989 dotar de sustantividad a la figura y la introduce en nuestro CP, a semejanza de otros códigos europeos de los que puede ser un buen ejemplo el CP francés que recoge el delito en el art. 227-3. Como ya se ha señalado hay en el ordenamiento jurídico español un antecedente pues ya se contempló la infracción en nuestro derecho histórico: la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 en su art. 34, sancionaba con pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas "al cónyuge divorciado que, viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes en virtud de un convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos", si el sujeto reincidía obligatoriamente se le imponía la pena de prisión. La figura desaparece posteriormente al derogarse la ley que la regulaba y dejar de admitirse en nuestro país el divorcio, para volverse a introducir con la reintroducción de esta forma de ruptura del vínculo. Mediante la reforma del CP llevada a cabo en junio de 1989, el delito quedó recogido en el ámbito de los delitos contra la libertad y seguridad, junto al delito de abandono de familia en el art. 487 bis que castigaba con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas a quien "dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio". El CP de 1995, mantuvo la figura si bien cambió la ubicación sistemática al crearse un nuevo título, el decimosegundo, dedicado a **los delitos contra los derechos y deberes familiares** cuya sección 3ª regula los delitos de abandono de familia, menores e incapaces, dedicando el art. 227 al impago de pensiones, en el que se establece:

“1º. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

2º. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida en forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior:

3º. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

Por su parte el art. 228 establece una condición objetiva de procedibilidad:

“Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

Son bastantes las novedades del nuevo código, para empezar se hace eco de alguna de las críticas doctrinales a la anterior regulación, así, subsana la omitida referencia a los hijos extramatrimoniales, incluye el incumplimiento de prestación de pago único, y contiene una referencia expresa al régimen de la responsabilidad civil derivada del delito. También es importante destacar la rebaja en el nivel de ofensividad al adelantar la existencia de delito ante dos incumplimientos consecutivos o cuatro no consecutivos frente a los tres y seis de la anterior regulación.

La última modificación en la materia se incorpora mediante la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica la penalidad del art. 227 y además introduce una nueva falta de incumplimiento de obligaciones familiares en el art. 618.2 CP para incluir los incumplimientos económicos no constitutivos de delito así como incumplimientos sin contenido económico, por ejemplo el del régimen de visitas. Son muchas las cuestiones que suscita la introducción de esta nueva infracción leve, pero es primordial destacar y denunciar que nos hallamos ante una clara manifestación del proceso expansivo del Derecho penal al que estamos asistiendo en los últimos tiempos, desconociendo uno de los principios básicos de la disciplina: el de intervención mínima como manifestación del principio general de proporcionalidad. El Derecho penal, que debería ser último recurso del ordenamiento por la gravedad de sus consecuencias, se convierte en la primera opción a la que se acude. Hay que tener en cuenta que las consecuencias negativas ante infracciones de escasa entidad, más en un ámbito tan delicado y privado como

el de las relaciones familiares, pueden ser mayores que de acudir a las otras opciones que ofrece el ordenamiento, en primer lugar la jurisdicción civil y, como ámbito que se va abriendo camino en los últimos tiempos con esperanzadoras posibilidades: la justicia reparadora tanto en el ámbito civil como en el penal.

Pues bien, en la ponencia se tratará de exponer diferentes aspectos de tan interesante figura delictiva que tanta polémica jurisprudencial y doctrinal suscita, al ser muy diversas y hasta encontradas las resoluciones sobre la misma, lo que resulta bastante negativo para la necesaria seguridad jurídica³.

II. ELEMENTOS TÍPICOS.

I. Bien jurídico.

Como ya se ha señalado, una de las cuestiones más polémicas respecto a la figura que nos ocupa es la relativa a cuál o cuáles son los bienes que el legislador se propuso tutelar con su tipificación. Es por ello que son diversas las posturas que se pueden encontrar respecto a cuál es el bien jurídico protegido por el delito. Ha sido Lorenzo Copello⁴ la autora que de manera más completa ha sistematizado dichas posiciones en torno a cuatro puntos de vista. Una primera postura considera que el delito tutela la administración de justicia al poner el acento de la figura en el necesario respeto a las decisiones judiciales, asimilándola a una especie de delito de desobediencia, es la postura que mantiene, entre otros, el profesor Muñoz Conde⁵. Son diversas las críticas dirigidas a este punto de vista, pero fundamentalmente se subraya su carácter estrictamente formal y el solapamiento con el delito de desobediencia. Una segunda postura apela al concepto de seguridad en el ámbito de las relaciones familiares posición que también se mantiene respecto a otras figuras del mismo capítulo. Interpretación que quizá esté vinculada a la ubicación sistemática del delito de abandono de familia en el CP de 1944, ubicación que comparte el impago de pensiones cuando es introducido en el Código en el año 1989. También a ella se dirige la crítica de excesivo formalismo. Para soslayar dicha objeción, otros autores se han esforzado en dar a la figura un contenido material que salve la posible inconstitucionalidad del precepto por los roces con el principio de ofensividad. En dicha dirección las dos últimas posiciones, así una tercera sitúa el valor tutelado en el conglomerado de derechos y deberes en el ámbito de las relaciones familiares, posición que ciertamente dota de contenido material a la infracción pero adolece y por ello es criticada, de cierta imprecisión. Finalmente Lorenzo⁶ considera que el

3 Magro Servet, V. "La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo CP". LL (2004). 5934, 1-2

4 Lorenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*. Valencia (2001): Tirant lo Blanch, 59-69.

5 Muñoz Conde, F. *Derecho penal Parte especial*. Valencia (2010): Tirant lo blanch, 322 y ss. En similar dirección González Rus, J.J. en Cobo del Rosal, M. (coord) González Rus, J.J.. *Derecho Penal Español- Parte Especial*. Madrid (2005): Dykinson , 437.

6 Lorenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, cit., 69.

delito de impago de pensiones y las restantes figuras del abandono de familia se dirigen a proteger “la integridad personal de los beneficiarios de las prestaciones, entendida no solo en el reducido alcance de la vida y la salud física y psíquica de estas personas, sino en el sentido más amplio del conjunto de condiciones-en este caso materiales- susceptible de garantizarles una vida digna”.

En una primera lectura esta última posición parece la más atendible al identificar un contenido material como objeto de tutela, con ello se superan las críticas que se habían dirigido a las posturas formales al neutralizarse los peligros para el principio de ofensividad y el posible solapamiento con el delito de desobediencia. La concreción del valor tutelado en dichos términos debe tener consecuencias en la aplicación del delito, lo que, por ejemplo, llegaría a excluir la figura por atipicidad, ante la falta de afectación al bien jurídico en aquellos supuestos en que el impago de la prestación no implique un menoscabo a la integridad personal de los beneficiarios en el sentido de no impedir el desarrollo de una vida digna.

2. Contenido de injusto.

Pareciendo la integridad personal la opción más atendible por lo que se refiere al bien jurídico tutelado por el delito, cabe ahora determinar cuál es el contenido de injusto de la figura, qué grado de afectación al bien jurídico es preciso para completar los requisitos típicos.

La mayor parte de la doctrina considera que nos hallamos ante un delito de peligro abstracto puesto que de la redacción típica no se deduce la necesidad de daño o peligro concreto para el bien jurídico. Que nos encontremos ante un delito de peligro abstracto no significa que sea suficiente, para cumplimentar las exigencias típicas, constatar el número de incumplimientos requeridos por el tipo -dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos o el impago de la prestación conjunta o única acordada-. Para colmar las exigencias del principio de ofensividad se exige la realización de un juicio **ex ante** de peligrosidad de la acción, es necesario comprobar que en el momento de verificarse la omisión, el impago de la pensión/prestación, el/los sujeto/s pasivos podían sufrir riesgo para su integridad personal derivado de dicho impago⁷.

Esta exigencia, subrayada por la profesora Laurenzo⁸, impone al juez la exigencia, para ser respetuoso con el principio de ofensividad, de comprobar que el incumplimiento en el pago de las prestaciones, efectivamente ha implicado un panorama de riesgo para la integridad personal de los beneficiarios de la prestación no satisfecha. Ha de alcanzar el convencimiento de que dicha omisión conlleva dicho

7 Laurenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, cit., 71. Así lo exige también: Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid (2012): Iustel, 77.

8 Laurenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, cit., 71.

grado de peligro, de lo contrario, de no poder alcanzar dicho convencimiento, si la omisión no provoca dicha situación, no se verán cumplimentados los niveles de peligro que el tipo requiere y por lo tanto estaremos ante un supuesto de atipicidad por falta de ofensividad.

3. Sujetos.

De acuerdo con la descripción típica solo puede ser sujeto activo el obligado al pago de la pensión compensatoria en favor del cónyuge o ex cónyuge o la pensión de alimentos en favor de los hijos, o prestación económica de pago único a favor de aquel o de estos, pensión o prestación que tienen que haber sido declaradas por resolución judicial (auto o sentencia) o convenio privado aprobado judicialmente en un proceso de separación, divorcio, nulidad, filiación o alimentos.

Que el legislador establezca especiales exigencias para ser sujeto activo implica que nos hallamos ante un delito especial propio, pues el tipo ciñe el círculo de sujetos al especialmente obligado. Únicamente el cónyuge o progenitor obligado por una resolución judicial o convenio aprobado judicialmente a satisfacer la pensión puede llegar a ser sujeto activo del delito. Por lo tanto, responsable en concepto de autor solo puede ser el sujeto deudor de la mentada prestación, sin perjuicio que puedan existir otros responsables como partícipes del hecho delictivo (cooperador, inductor...)

En cuanto al sujeto pasivo, es claro que solamente puede ser el que aparece en la resolución judicial como beneficiario de la prestación: cónyuge, ex cónyuge, en procesos de nulidad, separación o divorcio e hijos en el caso de procesos de filiación o alimentos. Nos encontramos, por tanto, también ante un sujeto pasivo especial.

La regulación no contempla los incumplimientos en el pago de la pensión derivada de la ruptura de una pareja de hecho, en esta situación la conducta queda fuera del ámbito penal por lo que respecta a los convivientes, sin embargo sí se considera el incumplimiento de la pensión respecto a los hijos extramatrimoniales, como parece por otra parte adecuado y justo. En este punto el CP de 1995 ha venido a superar la discriminación para con esta categoría del antiguo art. 487 bis⁹. La protección respecto a los descendientes se extiende más allá de la mayoría de edad si, según lo dispuesto en el art. 93 CC, carecieren de ingresos propios y convivieren en el domicilio familiar:

No hay referencia típica a los ascendientes por lo que en supuesto de impago de la prestación que les pueda corresponder habrá que acudir al delito de abandono de

9 Soto Rodríguez, M. L. "El impago de pensiones como delito". LL (2012). 7874, 3.

familia siempre que el impago de la prestación provoque una situación de necesidad tal como exige el referido tipo (art. 226 CP).

4. Conducta. Delito omisivo.

Como se deriva de la descripción típica comete este delito quien **dejare de pagar...**, por tanto, estamos ante un típico delito de omisión. Comete la infracción el sujeto que no realiza aquella acción que el ordenamiento jurídico espera de él. Si la doctrina ha destacado el componente normativo de la omisión, en mayor grado en este supuesto, dado que dicha actuación esperada tiene su origen en una resolución jurídica, la sentencia u auto judicial por el que se fija la pensión o se aprueba el pacto alcanzado por las partes.

Es un delito de omisión pura que quedará consumado en el momento en que el sujeto omita la acción esperada -impago en los plazos fijados de la pensión o prestación económica de pago conjunto o único-, no exige, por tanto, ningún resultado material; ya se ha señalado al analizar el contenido de injusto de la figura que estamos ante un delito de peligro abstracto. No obstante, dado que se exige una particular posición en el sujeto activo, puesto que éste únicamente puede ser el obligado al pago, estamos ante lo que la doctrina denomina un delito de omisión pura de garante.

Tradicionalmente la doctrina penal ha exigido en la estructura de todo delito omisivo los siguientes elementos¹⁰:

A) Situación típica.

Hablamos de situación típica, para referirnos, en palabras de Jescheck, a “la situación fáctica que permite deducir en cada caso el contenido concreto del deber de actuar”¹¹. En este supuesto la mentada situación implica la existencia de la obligación de pago de una pensión compensatoria en favor del cónyuge o ex cónyuge o de una pensión de alimentos en favor de los hijos o de cualquier otra prestación económica única o conjunta. Tal obligación, por expreso mandato legal ha de haber sido declarada mediante resolución judicial, sentencia que ponga fin al procedimiento o auto que establezca medidas provisionales o bien aprobando el convenio alcanzado de mutuo acuerdo por las partes. La pensión cuyo incumplimiento da lugar a la comisión del delito deriva de un proceso de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, de filiación o de alimentos en favor de los hijos. La resolución puede tener la forma de sentencia o de auto que establezca medidas provisionales.

10 Véase Por todos Jescheck, H.-H. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Granada (1993): Comares, 559 y ss.

11 Jescheck, H.-H. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, cit., 559.

Hay cierta controversia doctrinal respecto a la necesidad de la firmeza de la resolución para la tipicidad del hecho, Boix no exige dicha firmeza para la perfección típica al no tener el recurso que se dirige contra dichas resoluciones efectos suspensivos¹². Sin perjuicio que el impago de la pensión por el sujeto que ha recurrido pueda tener efecto en otras esferas del delito, alegando, por ejemplo, no ser consciente de la ilegalidad de su conducta precisamente por haber recurrido la decisión que se la impuso, lo que podría plantear un supuesto de error. Otros autores¹³, sin embargo, apelando al principio de intervención mínima, consideran que en estos casos de no firmeza de la resolución por pender sobre la misma un recurso, lo adecuado es derivar el incumplimiento a la jurisdicción civil.

Lo que sí es evidente, dado que el tipo es explícito en la exigencia de que la obligación surja de una resolución judicial, que nunca constituirán suficiente base para el nacimiento del delito aquellas obligaciones pecuniarias nacidas de un pacto o convenio privado no refrendado judicialmente¹⁴.

B) Omisión de la acción esperada.

La acción que el ordenamiento espera del sujeto particularmente obligado, no en vano estamos ante una omisión pura de garante, consiste en abonar la pensión (compensatoria o de alimentos) en los plazos fijados o refrendados por la resolución judicial o pagar la prestación económica única o conjunta, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2º del art. 227. El tipo exige respecto a las prestaciones de pago periódico el cumplimiento de una serie de plazos, en concreto cometerá el delito "el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos". Esta peculiar estructura típica, que más adelante abordaremos, da lugar a no pocos problemas, por solo mencionar alguno, se ha discutido la solución a dar en los supuestos en que el sujeto paga solo parcialmente la pensión, situación que cabrá ser analizada individualmente para ver el grado de incumplimiento pero que, en principio, si la falta de pago es parcial, hay incumplimiento, ha dejado de pagar el montante total y por ello habría responsabilidad penal. Otra cuestión que ha surgido de la casuística a que ha dado lugar la aplicación de la figura es la relativa a los pagos fuera de plazo, la respuesta es similar; ha habido incumplimiento, por lo tanto surge la responsabilidad penal, sin perjuicio de que ese pago pueda valorarse como muestra de buena voluntad y de intención reparadora a efectos de la aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5.

C) Capacidad para actuar.

12 Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., 78.

13 Magro Servet, V. "La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo CP", cit., 6.

14 Corcoy Bidasolo, M. *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados* (vol. t. I). Valencia (2011): Tirant lo Blanch, 338.

El tercero de los requisitos exige que el sujeto que omite tenga capacidad para actuar; ha de verificarse que el sujeto hubiera podido pagar la prestación. Mal podría exigirse responsabilidad a aquel sujeto que no actuó porque, por sus concretas circunstancias, no podía hacerlo. La doctrina ha analizado la naturaleza jurídica de las situaciones en que el sujeto incumple la obligación a consecuencia de su incapacidad económica. Un sector de la doctrina considera que dado que la capacidad de acción es un elemento de la conducta de los delitos omisivos, al faltar dicho requisito nos hallaríamos ante una situación de atipicidad. En concreto Choclán¹⁵ afirma que “en este delito...la inexigibilidad del comportamiento adecuado a la norma hace desaparecer ya el deber de acción y con ello el tipo”. Otros autores, por el contrario, consideran la existencia de todos los elementos típicos, si bien apelan, en casos de incapacidad económica acreditada, a la posible aplicación de alguna eximente.

La decisión sobre la naturaleza jurídica de dicha incapacidad como causa de atipicidad o base para la apreciación de una eximente (estado de necesidad), tiene consecuencias en el ámbito del proceso, pues de considerar que estamos ante un elemento típico, es la acusación la que debe acreditar, con pruebas fehacientes, la concurrencia del mismo. Choclán considera que las acusaciones deben probar tanto el elemento objetivo de la capacidad para el pago del sujeto activo como su voluntad de incumplir la obligación, elementos del tipo objetivo y subjetivo respectivamente¹⁶. Es en el proceso penal y más concretamente en la fase de juicio oral cuando las partes acusadoras han de acreditar la solvencia económica del acusado y su voluntad de incumplir la resolución del juez civil, sin que esta última pueda ser utilizada como exclusiva evidencia de su capacidad económica y de su mala voluntad¹⁷. Siendo esta postura la más respetuosa con el principio de legalidad al ser un componente de la tipicidad de los delitos omisivos la capacidad de acción, que en este caso no concurre, la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/2007 postulan que sea el acusado el que demuestre su incapacidad para el pago, en una lectura del precepto que pugna con el necesario respeto al principio a la presunción de inocencia. Las razones que se alegan para mantener dicha postura tienen mucho que ver con la mayor facilidad de éste para probar su incapacidad económica. Se dice que, de darse ésta, siempre puede recurrir la resolución del juez civil, si ésta todavía no es firme. De ser firme, si su situación económica ha empeorado posteriormente puede instar una modificación del convenio regulador; en definitiva es el que más fácilmente puede aportar al procedimiento penal pruebas que acrediten su incapacidad de pago.

15 Choclán Montalvo, J.A. “La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”, LL (1995), II, 4.

16 Choclán Montalvo, J.A. “La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”, cit., 9.

17 Choclán Montalvo, J.A. “La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”, cit., 10.

5. Tipo subjetivo.

Al no contemplar el CP la posibilidad de comisión imprudente, el delito es necesariamente doloso. Para que la conducta sea relevante para el Derecho penal, el sujeto ha de incumplir su obligación de pago de forma consciente y voluntaria. Habrá que analizar cada supuesto concreto pero cabría imaginar situaciones en las que reiterados incumplimientos se deban a una situación de descuido de sus obligaciones financieras, pensemos en el sujeto que tiene domiciliado el pago de la pensión en una cuenta que se queda sin fondos por tener que hacer frente a gastos inesperados, si el sujeto, una vez avisado del incumplimiento, subsana la situación y da una explicación adecuada de su descuido, quizá no estaríamos en el ámbito de los comportamientos dolosos sino en el ámbito de la imprudencia, por lo que las consecuencias de dicho incumplimiento se deben reconducir al ámbito civil.

Es por ello imprescindible acreditar que el sujeto incumplidor ha actuado con malicia, con la intención de perjudicar la integridad personal de los beneficiarios de la pensión, de no probarse dicho elemento intencional, cabrá considerar que el hecho es atípico.

III. EXIMENTES.

Afirmada la existencia de todos los elementos típicos cabrá indagar supuestos en los concurren causas que excluyan la antijuridicidad, la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad o supuestos de inexigibilidad de la conducta debida.

Podemos imaginar situaciones de inimputabilidad, por anomalía o alteración psíquica. Pensemos en el sujeto afectado por un trastorno bipolar en cuya fase maniaca gasta todos sus ingresos en su principal afición incumpliendo de forma reiterada el pago de la pensión.

En el ámbito de las causas de justificación, podría plantearse la admisibilidad del consentimiento del sujeto pasivo, sobre todo si consideramos que nos hallamos ante un delito semipúblico que exige la denuncia del agraviado. De este modo, si ante una mala etapa económica, el cónyuge acreedor de la pensión consiente en que el obligado deje de pagar hasta que mejore su situación, no puede luego denunciar por los incumplimientos que ha permitido, claro es que deberán cumplirse los requisitos para la apreciación de esta eximente, el consentimiento ha de ser otorgado de forma expresa, por un sujeto mayor de edad y capaz - por tanto el consentimiento otorgado por los hijos menores de edad no será válido, tampoco el prestado por incapaces-. De confirmarse dichos requisitos se podría apreciar la existencia de esta causa de justificación.

Una situación ya apuntada, relacionada con la exigencia o no de firmeza en la resolución que da refrendo a la prestación, es la posible alegación de error de prohibición por el sujeto que habiendo recurrido la resolución judicial y no habiendo sido apercibido de pago, no paga en la creencia que no está obligado por una resolución que no es firme, no siendo consciente del carácter antijurídico de su comportamiento

Otra de las eximentes que podrían ser alegadas es el estado de necesidad, pensemos en el sujeto con cierta capacidad económica que, en el momento de dictarse la resolución judicial le permitía hacer frente a los pagos pero, por una situación repentina e inesperada no puede cumplir con su obligación. Podemos imaginar distintas situaciones: el sujeto que trabaja y percibe un salario y por una crisis empresarial deja de percibirlo o el sujeto que ingresa en prisión y al dejar de trabajar deja de recibir el salario que le permitía abonar la pensión, o el sujeto que contrae una grave enfermedad que además de impedirle trabajar le acarrea importantes gastos. Son supuestos en los que cabría solicitar una revisión de la sentencia o del convenio de las partes. Pero es imaginable que en tanto se produce una nueva resolución, se cumplan los plazos fijados por el art. 226. Es evidente que tales situaciones excepcionales, así tienen que ser, abocan al sujeto a una situación de inexigibilidad que podría dar lugar a la apreciación de la eximente de estado de necesidad.

Otra situación de inexigibilidad, más atípica, es la hipotética apreciación de una situación de miedo insuperable, pensemos en el sujeto que es amenazado de muerte por su actual pareja y su familia si abona la pensión a su ex esposa, podríamos plantear una situación de temor insuperable para su integridad que haría inexigible el cumplimiento de la obligación, de cumplirse los requisitos de la eximente el incumplimiento no tendría trascendencia penal.

IV. CONCURSO DE DELITOS.

I. Homogéneo.

Por las características del impago de prestaciones periódicas, surgen dudas sobre cómo valorar el cumplimiento reiterado de las exigencias típicas: el sujeto deja de abonar la pensión durante dos meses no consecutivos o cuatro no consecutivos y continúa incumpliendo, hasta completar uno o más periodos de incumplimientos con relevancia típica. La situación plantea cuestiones de índole procesal: cuándo y cómo fijar el objeto del proceso y, de carácter sustantivo: cuestionándose si sería posible acudir a la figura del delito continuado para abarcar el desvalor total de los sucesivos incumplimientos.

Respecto a la fijación del objeto del proceso, la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/2007 determina criterios para fijar la fecha inicial y final de los incumplimientos. En cuanto a la fecha inicial no ofrece dudas, sería el momento en que se dejó de pagar la prestación debida. Más dificultades plantea la determinación de la fecha final, la fiscalía postula que el delito quedará perfeccionado cuando se deje de abonar la segunda mensualidad consecutiva o la cuarta no consecutiva, solución que deriva de su postura respecto a la naturaleza del delito, al considerar que estamos ante un delito permanente, por asimilación al delito de abandono de familia del que se considera un subtipo, aunque con importantes particularidades por la exigencia de omisiones reiteradas, lo que lleva a considerarlo como delito permanente de tracto sucesivo acumulativo. No se admite, pues, la posibilidad de aplicar la construcción del delito continuado, postura que también comparte la jurisprudencia mayoritaria, la perfección del delito se producirá en el momento en que se vean colmados los requisitos típicos: omisión dolosa del pago de la pensión durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos. Los sucesivos incumplimientos no darán lugar a una nueva figura delictiva, sino que se tendrán en cuenta a efectos de determinar la gravedad del hecho por la aplicación del arbitrio judicial en la modulación de la pena (art. 66 CP) y para la concreción del montante de la responsabilidad civil.

Cuestión distinta, mas importante, es la de acotar el objeto del proceso, en este punto, como señala la Consulta de la fiscalía, el criterio de la jurisprudencia es **disperso y diverso** encontrándose desde resoluciones que hacen coincidir el momento final con la denuncia o querrela, a otras que lo extienden hasta el auto de apertura del juicio oral e incluso hasta la ejecución de la sentencia. A efectos de preservar adecuadamente el derecho de defensa y, como acertadamente apunta Boix¹⁸, dado que el objeto del proceso se fija en el auto de apertura de juicio oral, ese debería ser el punto final en el que se recogieran los sucesivos incumplimientos. Si el sujeto sigue incumpliendo, tras ese momento, de manera reiterada nos encontraríamos ante un nuevo delito.

2. Heterogéneo.

El delito que nos ocupa presenta cierta proximidad con otras figuras delictivas. Como ya se ha analizado al examinar las diversas posturas en torno al bien jurídico protegido, algunos autores consideran que estamos ante una figura muy cercana a la desobediencia, según este punto de vista, con el castigo de esta conducta el legislador se propuso asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, si bien, como hemos concluido no es esta la posición que estimamos más adecuada, sí es cierto que ese requisito se contempla dado que el sujeto que no abona la pensión incumple lo establecido por una resolución judicial, es por ello que entre el delito de

18 Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., 77.

desobediencia y el de impago de pensiones existe un concurso aparente de leyes a resolver por el principio de especialidad¹⁹.

Otra figura con la que existe cierta relación es con el delito de alzamiento de bienes, son diversos los autores y la jurisprudencia que admiten la existencia de un concurso medial, cuando el sujeto se coloca en posición de insolvencia a efectos de devenir incapaz para abonar la pensión, sin embargo cabe analizar cada supuesto de manera concreta pues como señala Boix²⁰, si la única finalidad del alzamiento es la de incumplir el pago de la pensión o prestación, podría considerarse como acto copenado del delito de impago de pensiones y considerar únicamente éste por aplicación del principio de consunción.

En la práctica dado el nivel de confrontación que a veces acompaña a las rupturas matrimoniales no es infrecuente que el delito de impago de pensiones venga acompañado de delitos con un componente de género como el maltrato habitual (art. 173.2), y otros delitos en el ámbito familiar: lesiones (art. 153) amenazas (art. 171.4.5), coacciones (art. 172.2).

V. CUESTIONES PROCESALES.

I. Delito semipúblico.

El delito de impago de pensiones se configura como infracción semipública puesto que el art. 228 establece la necesidad de denuncia de la "persona agraviada o de su representante legal". De ser menor de edad, incapaz o persona desvalida podrá denunciar por ella el Ministerio Fiscal. Pueden por tanto interponer la denuncia los agraviados entendiéndose por tales los beneficiarios de la prestación económica no satisfecha, así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 227 agraviados pueden ser el cónyuge, el ex cónyuge y los hijos. De ser estos menores de edad o incapaces puede denunciar el progenitor que los tenga a su cargo o, en última instancia el Ministerio Fiscal, que ostenta la representación de los agraviados menores, incapaces o desvalidos. Es por tanto bastante frecuente en la práctica que sea el cónyuge quien denuncie en representación de los hijos menores o incapaces que con él conviven. Y se ha suscitado la cuestión respecto a la validez de la denuncia cuando ésta se interpone por el cónyuge al ser agraviado y en representación de los hijos que conviven con él o ella pero que ya son mayores de edad. A pesar de que es posible encontrar alguna resolución aislada en la que se admite la representación por los hijos mayores de edad convivientes: SAP Santa Cruz de Tenerife de 24 marzo 2000 (ARP 2000,64), también SAP Zaragoza 4 noviembre 1999 (ARP 1999,

19 Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., 83. No obstante hay autores que consideran la existencia de un concurso ideal, así Torres Rosell, N. en Quintero Olivares, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cizur Menor (2011): Aranzadi, 601-602.

20 Boix Reig, F.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., 83.

4798); en puridad el tenor literal del precepto no da lugar a duda y solo admite la representación legal de los menores e incapaces, por lo que dicha denuncia no será efectiva respecto a los hijos. Esa falta de denuncia válida -al ser presentada por quien ya no ostenta la representación legal del hijo mayor de edad- ante el impago de la pensión de alimentos, va a tener como consecuencia que no se pueda condenar penalmente por la omisión en el pago de la pensión a los hijos, solo, en su caso, se tendrá en cuenta el impago de la pensión compensatoria. Y, en consecuencia, al no existir sentencia condenatoria por el impago de la prestación de alimentos, tampoco podrá contemplar la sentencia el impago de estas cantidades a efectos de fijar la responsabilidad civil. La única vía que queda a los hijos en este caso es la civil, siempre que no hayan transcurridos los plazos de prescripción.

Finalmente es importante también subrayar que una vez presentada la denuncia, puesta en marcha la maquinaria judicial, ya no hay marcha atrás, dado que esta figura no admite el perdón, causa de extinción de la responsabilidad criminal que solo opera en aquellas infracciones que expresamente lo prevean, como así dispone el art. 130.5°, no siendo ésta una de ellas.

2. Objeto del proceso. Responsabilidad civil.

Una de las particularidades del proceso penal español radica en la acumulación de la acción penal y civil. El juez penal se pronuncia tanto sobre la responsabilidad penal como sobre el montante de la responsabilidad civil derivada del delito. Aunque el origen de tan particular sistema tiene que ver con la inexistencia de CC en el momento en que se aprueba el primer CP y ante la necesidad de regular los daños y perjuicios civiles derivados del delito, no fue alterado con la aprobación del texto civil, pues en la práctica resulta mucho más beneficioso para el perjudicado, al ahorrarle acudir a un segundo proceso ante las instancias civiles para reclamar dicha responsabilidad.

La doctrina que se ocupó del estudio del delito bajo la anterior regulación se preguntaba si podía integrar la responsabilidad civil las prestaciones impagadas, considerando algunos autores que estas prestaciones incumplidas eran el contenido de una obligación civil previa a la conducta típica y por tanto no una consecuencia negativa del delito.

La responsabilidad civil tiene por objeto resarcir al perjudicado por el delito de los daños que éste le ha ocasionado. Como establece el art. 109 CP, "La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos revistos en las Leyes los daños y perjuicios por él causados". Como señala Silva²¹,

21 Silva Sánchez, J. M. "¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal". *InDret* (2001), 3, 9.

el delito de impago de pensiones es un ejemplo en el que la responsabilidad civil derivada del delito “abarca el pago de obligaciones que no surgen del daño derivado del delito, sino que preexisten a éste”. Esta singularidad dio lugar a diferentes posicionamientos, como señala el citado autor, frente a la tesis mantenida por la Fiscalía General tanto en su Circular 2/1990 como en la Consulta 1/1993, la mayoría de los tribunales y la doctrina consideró que “la acción civil ejercida en un proceso penal ha de referirse a daños y perjuicios producidos como consecuencia de hechos que a la vez son constitutivos de delito. Por consiguiente no puede ser considerada responsabilidad civil *ex delicto*, la derivada de una obligación anterior a su comisión y que permanece luego inalterada” por lo que la consecuencia es que la sentencia penal no podía condenar al pago de las cantidades adeudadas, lo que obligaba a los agraviados a iniciar un nuevo procedimiento ante la jurisdicción civil para reclamar dichas cantidades. Solución que, aunque ajustada jurídicamente en la interpretación de los conceptos que integran el montante de la responsabilidad civil, casaba mal con la tutela de los intereses de los perjudicados, siendo que la figura había sido introducida para su tutela, pues con esta interpretación se veían obligados a pleitear doblemente: primero ante la justicia penal y, una vez declarada la existencia del delito, ante la jurisdicción civil para obtener la satisfacción de las cantidades no abonadas.

El CP de 1995 termina con la polémica al indicar de manera expresa que “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas” (art. 227.3). Por tanto, con independencia de otros daños que se puedan deducir de la infracción típica, la responsabilidad civil comprenderá también el montante de las prestaciones voluntariamente impagadas hasta el momento de la celebración del juicio oral, criterio que es el asumido en la Consulta de la Fiscalía del año 2007, y no siempre mantenido por la jurisprudencia que, como se ha apuntado es en este punto bastante diversa. Sin embargo el criterio de la fiscalía resulta bastante acertado por diversas razones que derivan del principio de economía procesal, si el sujeto reitera sus incumplimientos y se ha estimado que nos hallamos ante un delito permanente de tracto sucesivo, parece lógico ampliar el objeto del litigio en el sentido más amplio posible con el fin de evitar nuevos litigios, postura que, por otro lado, resulta más beneficiosa para los perjudicados al evitarles sucesivas denuncias de mantener una postura más restrictiva en este punto.

VI. CONCLUSIONES.

El delito de impago de pensiones constituye una clara manifestación del proceso expansivo que está viviendo el Derecho Penal en los últimos tiempos. Ante la incapacidad de otras instancias para solucionar los conflictos sociales de los más diversos ámbitos, se apela como panacea apta para solucionar todos los problemas al castigo penal.

No valora bien nuestro legislador los peligros que conlleva la apelación a la violencia estatal para la solución de unos conflictos que encontrarían una mejor respuesta si las otras instancias jurídicas, en este caso el Derecho civil y su orden jurisdiccional, tuvieran los medios para actuar de manera pronta y eficaz. Pero como tal es un desiderátum difícil de cumplir y es imprescindible satisfacer las necesidades de los miembros más vulnerables de la familia, se acude al Derecho penal para ver si la intimidación produce efecto y el deudor paga su deuda.

Claro que dicha “huida hacia el Derecho penal” no es gratuita, pues se hace a costa de forzar algunos de los principios que son la base y fundamento de la disciplina. Para empezar se fuerza el principio de ofensividad si consideramos que estamos ante una mera infracción formal cuyo fundamento es el castigo ante el incumplimiento de las resoluciones judiciales.

Resultaría de mayor interés que el legislador indagara nuevas fórmulas que no pasaran exclusivamente por la estricta represión para solucionar determinados conflictos, sobre todo en ámbitos como el de las relaciones familiares con un componente emocional y afectivo tan especial, el recurso a la conciliación también en ámbitos como el penal, puede ser una buena opción, mucho más positiva para ambas partes del conflicto.



LA DIGNIDAD DEL MENOR EN CASO DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL DERECHO MEXICANO. UNA PROPUESTA
LEGISLATIVA DESDE LA ACADEMIA

*LA DIGNITY OF THE CHILD IN CASE OF SURROGATE MOTHERHOOD IN
MEXICAN LAW. AN ACADEMIC LEGISLATIVE PROPOSAL*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.230-251



Gisela María
PÉREZ y
Karla
CANTORAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 2 de octubre de 2013

RESUMEN: El propósito de este artículo consiste en ubicar al lector sobre las características del derecho de familia en México, a partir de la incorporación del principio del interés superior del menor, para adentrarnos en la experiencia de este tema en la vida socio-jurídica en el país hasta detenernos en un análisis jurídico serio de la reproducción asistida en el único CC que la menciona, así como en las propuestas legislativas que existen al respecto.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia, interés superior del menor, maternidad subrogada, reproducción asistida.

ABSTRACT: The purpose of this article is to place the reader on the characteristics of family law in Mexico, from the incorporation of the principle of the best interests of the child, to enter into the experience of this issue in the socio-legal the country to stop a serious legal analysis of assisted reproduction in the only Civil Code mentions, as well as legislative proposals that exist in this regard.

KEYWORDS: Family law, interests of the child, surrogate motherhood, assisted reproduction.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Principales características del derecho de familia en México.- III. La dignidad de los menores en el sistema jurídico mexicano como principio legislativo y de interpretación judicial.- IV. La reproducción asistida en México.- V. Avances en la legislación mexicana.- 1. Propuesta legislativa sobre la maternidad subrogada en el Distrito Federal.- 2. Retos para un Marco Jurídico sobre la reproducción asistida. Caso Tabasco.- 3. Una experiencia legislativa.- A) Conceptos incorporados en la reforma presentada.- B) De las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica médica y del instrumento de subrogación gestacional.- C) De la nulidad y las sanciones de la maternidad subrogada.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La biomedicina ha sido uno de los factores que después de la mitad del siglo XX ha modificado el derecho civil tal y como fue concebido por los romanos, uno de ellos ha sido sin duda la maternidad subrogada como forma de cambio jurídico en el desarrollo de la genética. En México sin embargo la implicación jurídica de esta transformación ha entrado en la vida mexicana ladeando el cambio, con más ilegalidad que con protección jurídica, de hecho en el país no existe una ley general sobre este tema, recientemente aparece un proyecto legislativo en el muy poblado Distrito Federal y la más importante referencia normativa existente se encuentra en un misterioso artículo de un CC del sureste mexicano, específicamente, en el Estado de Tabasco¹, con un bis más caprichoso que innovador y alejado de cualquier técnica legislativa.

En el artículo en cuestión se persigue como objetivo general ubicar al lector en las características del derecho de familia en México, a partir de la incorporación del principio del interés superior del menor en el sistema jurídico mexicano, para adentrarnos en la experiencia de este tema en la vida socio-jurídica en el país hasta detenernos en un análisis jurídico serio de la reproducción asistida en el CC del Estado que la menciona, nos referimos al Estado de Tabasco, así como en las propuestas legislativas que existen en el país.

¹ El CC de Tabasco hace mención en los arts. 92 y 360 a la madre subrogada y sustituta. Código Civil publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, cuya última reforma data del día 26 de diciembre de 2009.

• Gisela María Pérez Fuentes

Nacionalidad española, doctora en Derecho por la Universidad de la Habana, Cuba. Actualmente es profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, forma parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel 2. Especialista en derechos de la personalidad, responsabilidad civil, derecho civil, derecho de familia, mediación, derecho a la información y protección de datos personales.

• Karla Cantoral Domínguez

Nacionalidad mexicana, doctora en Derecho Judicial, profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, forma parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel Candidata. Especialista en responsabilidad civil, derecho civil, mediación, transparencia, derecho a la información y protección de datos personales.

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO.

En el sistema jurídico mexicano a partir de inicios del siglo XX se han ido estableciendo normas de carácter social que alimentaron un derecho de familia con características diferentes al identificado como Derecho Civil². El Poder Judicial de la Federación, ha definido al derecho familiar como un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social³.

La anterior definición nos permite identificar al Derecho de Familia metodológica y sociopolíticamente separado del Derecho Civil mexicano⁴, donde las relaciones privadas individuales propias del derecho patrimonial, se diluyen en las relaciones familiares, caracterizadas por la protección del débil social, del interés superior del menor, del concubinato como relación estable y singular no formalizada entre un hombre y una mujer.

III. LA DIGNIDAD DE LOS MENORES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO COMO PRINCIPIO LEGISLATIVO Y DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL.

La dignidad es una parte esencial de los atributos de la persona, que existe más allá de lo que el derecho la reconoce, sin embargo es cierto que el reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona ha supuesto un salto cualitativo en su efectividad y respeto, pues aunque el derecho no crea la dignidad, si asegura su eficacia, garantiza su respeto y posibilita su desarrollo⁵.

El menor es, ante todo, persona en su acepción más esencial y trascendente y no sólo en su dimensión jurídica, es decir como titular de derechos, sino en su dimensión humana como ser capaz de sentir y pensar. El menor es también una realidad humana en devenir, es decir porque para él su presente sólo permite

2 Cfr. Pérez Fuentes, G. M. (Coord.) *El Derecho en México*. Madrid (2012): BIDE – UBIJUS - REUS, 38-41.

3 *Derecho De Familia. Su Concepto*. Tesis de jurisprudencia I.So.C./J/11. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época; t. XXXIII, Marzo de 2011, 2133.

4 Ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México "...los juicios y procedimientos que versan sobre derechos familiares son de orden público y, por tanto, no se rigen por los principios de estricto derecho, propios de los juicios de carácter patrimonial". Cfr. *Firma, Promoción Carente De, En Una Controversia De Orden Familiar*. Tesis:VI.3o.25 C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época; t. III, Febrero de 1996, 420.

5 Rebollo Delgado, L. *El Derecho fundamental a la intimidad*. Madrid (2005): Dykinson, 108.

determinar su futuro⁶. Ha existido una evolución doctrinal en el concepto del menor a partir de la asimilación de los derechos humanos por la Constitución mexicana y en el caso que nos ocupa por la reforma al artículo cuarto constitucional⁷.

El derecho del menor es un derecho singular, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad.

El derecho del menor se conforma por un conjunto de normas organizadas en función del principio que prioriza el interés de éste⁸. Hay autores en México que sostienen – criterio que no compartimos- que el derecho de los niños se considera como una rama del Derecho separada no sólo del Derecho Civil sino también del Derecho de Familia⁹.

Otros autores, - rizando el rizo- sostienen que en el marco jurídico mexicano conviven dos momentos relacionados con el tema de los menores: el primero, desconoce a las personas menores de edad, agrupándolas bajo el concepto “menores”, el segundo, cuya construcción inició con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño durante la Cumbre Mundial de la Infancia celebrada en 1990, en el que se acordó dar a cada niña, niño y adolescente un futuro mejor¹⁰.

La minoría de edad es un estado civil que lleva implícita la protección diferente a la del incapacitado. La minoría de edad constituye un estado civil en el que la capacidad del menor se restringe en mayor o menor medida, estableciéndose en su bien y por razón de la protección oficial que se le dispensa- una situación

6 Al respecto, Rivero Hernández; F. *El interés del menor*. Madrid (2007): Dykinson, 171.

7 Art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, párrafo adicionado mediante reforma publicada en mismo Diario el 18 de marzo de 1980; reformado los días 7 de abril de 2000 y 12 de octubre de 2011. “...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. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez...”

8 El Poder Judicial de la Federación en México ha sentenciado: “En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”. *Interés superior del menor. Su concepto. Criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tesis: 1a./J.25/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I. XV, t. 1, Diciembre de 2012, 334.

9 Jiménez García, J. F. *Derecho de los niños*. México (2000): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 5.

10 Así se expresa Pérez Duarte, A. E. y Ehnis, S. “*El menor ¿sinónimo de niña, niño y adolescente?*” en Pérez Contreras, M. M. y Macías Vázquez M. del C. *Marco Teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México (2011): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 23-33.

de dependencia jurídica del mismo respecto de otras personas (padres, tutores, curadores)¹¹.

La doctrina coincide en señalar que el poder sobre el menor ni es ilimitado ni puede ser igual en el curso de la minoría¹². En el Derecho mexicano la incorporación constitucional del interés superior del menor, permite dejar atrás los tiempos en los que el menor de edad estaba completamente desprovisto de capacidad para dilucidar por sí mismo en asuntos que en definitiva lo afectarían, numerosas sentencias apoyan este cambio de rumbo, destacamos algunas¹³.

Con respecto a los niños como titulares de derechos humanos, ha destacado el Poder Judicial de la Federación¹⁴, ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía, lo que se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños", lo cual conlleva que actúen durante su primera infancia por conducto de otras personas -idealmente, de sus familiares-. Así, el derecho de las niñas y los niños a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica se ejerce, también, progresivamente, sin que su ejercicio dependa de una edad que pueda predeterminarse en una regla fija, incluso de índole legal, ni aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad, sino que el grado de autonomía debe analizarse en cada caso.

IV. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO.

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente¹⁵. Pero en la actualidad la regla *mater semper certa est* entra en cuestionamiento por las nuevas técnicas para la procreación, no se puede negar que estamos conociendo un nuevo sentido de la filiación, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de familia que ha alcanzado a muchos países y que debe definitivamente también llegar a México.

11 Rogel Vide, C. y Espin Alba, I. *Derecho de la persona*. Madrid. (2008): Reus, 42.

12 González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. "¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir" en Pérez Contreras, M. M. y Macías Vázquez M. del C. *Marco Teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*. México (2011): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 55-65.

13 Menores de edad. Procede la suplencia de la queja deficiente en toda su amplitud, aun ante la ausencia total de agravios en apelación, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente. Tesis: XII. I.o. I C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3; 2040.

14 Derecho de los menores de edad a participar en los procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica. Lineamientos para su ejercicio. Tesis: 1a. LXXIX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1a. Sala; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; 884.

15 López Faugier, I. *La prueba científica de la Filiación*. México (2005): Porrúa, 276.

En el análisis de la reproducción asistida, se incluye la perspectiva sobre la salud reproductiva que contiene el derecho reproductivo de los mexicanos, definido como derecho que toda persona tiene para regular su capacidad reproductiva, asumiendo también la responsabilidad por la consecuencia de la propia sexualidad¹⁶.

La Constitución mexicana al respecto ha fijado: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos"¹⁷.

Algunos autores niegan el tema de la reproducción asistida como un caso de política pública dentro del derecho a la salud, considerando que el gobierno mexicano, antes de ser capaz de financiar procesos de reproducción médicamente asistida, debe resolver otros problemas de la salud en general, entre los que se encuentra por ejemplo el alto índice de mortalidad maternal y neonatal.

En cuanto a la opción de la reproducción asistida como vía libre de reproducción, el tema no ha tenido una repercusión jurídica suficiente que solucione o al menos indique un camino para las situaciones no tradicionales que se imponen en la relación familiar que se crea de este acto. En el orden conceptual que estamos diseñando, es fácil entender que la relación filial en México derivada de la reproducción asistida no dependerá ya de la madre o pareja exclusivamente, considerando que el interés del menor procreado también estará presente¹⁸.

La maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, implica la implantación en el útero de una mujer, del embrión para su desarrollo, mismo que deberá llevar en su seno durante toda la etapa del embarazo hasta el parto, además se caracteriza por el hecho de que la gestante no aporta material genético propio, separándose la maternidad genética y la gestación, acto que implica un cambio con la filiación tradicional.

En el derecho mexicano quedan sustentados constitucionalmente los principios de igualdad, protección integral de la familia y de los menores, sin embargo, en el ámbito civil no se ha logrado una protección coherente y moderna para el concebido por las técnicas de reproducción asistida en función de la protección de los derechos humanos de las partes involucradas en las que se destaca el concebido¹⁹.

16 Guzmán Ávalos, A. *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modelo de filiación*. México (2001): Universidad Veracruzana, 132.

17 El objetivo de dicha norma constitucional es, establecer una prohibición para el Estado de intervenir en la decisión de la pareja respecto del momento en que decidan ser madres o padres. Cfr. Madrazo, J. "Comentario al artículo 4o. de la Constitución mexicana". *Derechos del pueblo mexicano*, t. XVII. México: (2006): Porrúa, 152.

18 A favor de este criterio González Contró, M. "Los derechos del niño en la reproducción asistida", en Pérez Contreras, M. M. y Macías Vázquez M. del C. *Marco Teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, cit., 100.

19 Hernández Ramírez, A. y Santiago Figueroa, J. L. "Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal". *Boletín*

La legislación civil de los distintos Estados no ha trabajado coherentemente esta innovación biomédica con tanta trascendencia para la filiación y el menor:

Por ejemplo, en el Distrito Federal no existe una regulación aprobada que se refiera directamente a la sustitución de maternidad, pero el art. 162 CC²⁰, con referencia a los derechos y obligaciones que son propios del matrimonio, menciona lo siguiente:

“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

Otros autores y legislaciones civiles en México defienden la maternidad subrogada como una modalidad de adopción²¹, sin embargo la adopción es una institución jurídica, en la que dos personas- cónyuges o concubinos entre sí- establecen un lazo de filiación con un menor que no es su hijo con el objeto de ofrecer una estabilidad familiar de niños que ya existen, por lo que la adopción es una solución jurídica a un problema social y ético, la maternidad subrogada está vinculada con la biotecnología.

En cuanto a la normativa administrativa, citamos la Ley General de Salud, que al respecto señala en su art. 466: Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge²².

La Ley General de Salud define al embrión como el producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional. Se hace una distinción con respecto al feto, considerando éste el producto de la concepción a

Mexicano de Derecho Comparado (132). 1º, 1335-1348.

- 20 Algunos autores en México, sostienen la legalidad de la maternidad subrogada desde algunas referencias previstas en el CC, en defensa de este criterio, Baffone, C. “La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (137). 1º. 441-470.
- 21 Art. 92 CC del Estado de Tabasco, párrafo tercero: “En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos”.
- 22 Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. Última reforma publicada en el mismo diario el 24 de Abril de 2013.

partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno²³.

Para los efectos del Reglamento²⁴ correspondiente a la Ley General de Salud, existen definiciones en cuanto al concebido pero no nacido del cual se hace mención en los Códigos Civiles de casi todos los Estados en México. El reglamento hace mención de la fertilización asistida, considerada aquélla como inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

En este sentido se define el embrión como el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestión; haciendo distinción con el feto, al cual se define como el producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción; sólo el Reglamento hace mención al nacimiento vivo del producto de la concepción considerando como tal la expulsión o extracción completa de éste, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y este o no desprendida la placenta²⁵.

La ausencia de normativa y doctrina mexicana sobre el derecho del menor a conocer el origen filial en caso de técnicas de reproducción asistida, nos permite argumentar en este caso la utilización de la técnica de interpretación analógica²⁶.

Otro elemento que es necesario destacar es la fuente de derecho internacional en el sistema jurídico mexicano, toda vez que a partir de la resolución emitida recientemente por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁷, tenemos que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona; es decir, serán fuente de derecho internacional aquellos asuntos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que México no ha sido parte²⁸.

23 Al respecto véase el art. 314, fracción VIII de la Ley General de Salud.

24 Véase art. 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, aprobado el 23 de diciembre de 1986.

25 *Idem*.

26 *Reconocimiento de paternidad de un menor de edad. En caso de que no haya sido desahogada la prueba pericial en genética (ADN) en el anterior juicio concluido, no opera la cosa juzgada en el nuevo juicio en donde se controvierta igualmente la acción.* Tesis: I.7o.C.165 C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; tomo XXXIV, Julio de 2011, 2190. "La importancia del derecho fundamental a la identidad derivado del reconocimiento de paternidad consagrado en la Constitución, las convenciones internacionales de derechos humanos suscritas por México y las leyes locales y federales respectivas, no sólo radica en la posibilidad de conocer el nombre y el origen biológico (ascendencia), sino que, a partir de ese conocimiento, puede generarse en primer lugar, el derecho de la niña o el niño a tener una nacionalidad y, por otra parte, el derecho constitucionalmente establecido de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral".

27 Al respecto véase la versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el pasado 3 de septiembre de 2013, en la que se resolvió la Contradicción de tesis 293/2011 suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

28 El ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en la sesión del 3 de septiembre de 2013, argumentó: ...No

Bajo esas consideraciones, será referencia obligada para los juristas mexicanos el criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación In Vitro”) vs Costa Rica,²⁹ que contiene aspectos que contribuyen al pleno ejercicio de los derechos humanos, entre los que destacan el reconocimiento a los derechos y la autonomía reproductiva; el acceso a los servicios de salud reproductiva; la interpretación acerca del término “concepción” que inicia con la implantación; la protección del derecho a la vida en forma gradual, así como que la protección del embrión se realiza a través de la protección a la mujer embarazada³⁰.

Esta sentencia ha generado polémica por parte de diversos sectores, por ejemplo, en el mes de abril de 2013, se reunió en México un grupo de personas expertas en el área de bioética, incluidos médicos, filósofos, biólogos, juristas, académicos y científicos, con el propósito de suscribir la Declaración de Guanajuato sobre Fecundación In Vitro, en la que cuestionan la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹, sin embargo es la máxima autoridad en el ámbito regional de América Latina y el Caribe para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

se trata de hacer una aplicación acrítica de la doctrina o jurisprudencia de la Corte Interamericana -vay a usar indistintamente criterio, doctrina y jurisprudencia, porque la propia Corte Interamericana ha aceptado que su doctrina se puede denominar jurisprudencia-. De tal suerte, que de lo que se trata no es de hacer una aplicación acrítica, sino que los juzgadores analicen el contexto y los argumentos en que se da la decisión, obviamente las decisiones de la Corte Interamericana se dan en asuntos de determinados Estados que pueden tener una problemática distinta, un contexto diferente o incluso normas constitucionales que no coinciden, de tal suerte que todas las decisiones de la Corte Interamericana tiene que pasar por un tamiz nacional...

- 29 Sentencia dictada el 28 de noviembre de 2012. Los hechos del caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000. El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo. Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: 1) las causas de infertilidad de cada pareja; 2) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; 3) las razones por las cuales acudieron a la FIV; 4) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y 5) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.
- 30 En el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación In Vitro”) vs Costa Rica, se definen los conceptos de infertilidad y técnicas o procedimientos de reproducción asistida, en los siguientes términos: La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica. Se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un aproximadamente 10% de las mujeres en edad reproductiva. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la Fecundación In Vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial. (párrafos 62 y 63)
- 31 <http://www.declaraciondeguanajuato.org/>

V. AVANCES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

I. Propuesta legislativa sobre la maternidad subrogada en el Distrito Federal³².

La propuesta de Ley de Maternidad subrogada ha sido sólo aprobada por Dictamen de las Comisiones unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad y Género, en función del interés público, dicho proyecto presenta las siguientes características:

1º) Los términos jurídicos que definen esta Ley son:

a) **Maternidad subrogada:** práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato³³ y que aporta su carga o material genético.

b) **Padres biológicos:** son los que aportan óvulo y espermatozoides fecundados que se implantan en el útero de la mujer gestante y por tanto son poseedores de la paternidad o maternidad.

c) **Mujer gestante:** mujer que engendra el producto durante el tiempo médico fijado, y que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, permitiendo de manera libre y sin fines de lucro esta implantación. Los niños según el proyecto del Distrito Federal no tendrán ninguna relación filial o de parentesco con la mujer gestante.

2º) Es requisito previo para la utilización de estas técnicas, tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre, sólo de no existir candidata con estas características biológicas podrá participar una mujer sin parentesco.

3º) Los embriones sólo se formarán con el fin de procreación y se prohíbe toda forma de comercialización o de utilización económica de células y tejidos embrionarios derivados de la reproducción asistida.

4º) Se prohíbe la vitrificación de óvulos y espermatozoides que no sea con el fin reproductivo y su conservación cuando tenga por objeto la formación de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra la dignidad humana.

32 Las iniciativas estudiadas son dos, la primera se presentó el 30 de noviembre de 2010 y fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Para la entrada en vigor de la norma se necesita su promulgación y publicación por parte del Jefe de Gobierno del Distrito Federal. Con algunas modificaciones fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre de 2011, otra iniciativa que fue aprobada por el Pleno el 20 de diciembre del mismo año, sin embargo, ésta no ha sido publicada oficialmente.

33 En el derecho de familia mexicano se considera concubinato a la unión estable y singular no formalizada entre un hombre y una mujer, dicha unión implica consecuencias legales importantes, que variarán según el CC de cada estado, por ejemplo en el CC de Tabasco se le otorga derecho de alimentos al concubinario o la concubina supérstite, cfr. art. 1699, Capítulo VII, de la sucesión del concubinario o de la concubina.

5º) Se establece un procedimiento administrativo y otro procedimiento de carácter civil.

6º) En el procedimiento administrativo el médico que realice la transferencia de embriones humanos deberá certificar: Que la madre biológica tiene una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; Que los sujetos que aportan el material genéticos – y se designan padres biológicos- están plenamente convencidos de aportar sus óvulos y espermatozoides, respectivamente para la implementación; y que la mujer gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental, el examen se realizará durante todo el período gestacional.

7º) Como parte del procedimiento administrativo el Personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo integral de la Familia del Gobierno perteneciente al Distrito Federal, realizará una visita domiciliaria a la mujer gestante para comprobar la estabilidad del entorno familiar y que este se encuentre libre de violencia.

8º) Una vez cumplimentado los requisitos del procedimiento administrativo, se expedirá una constancia de la Dependencia de Salud, donde se aseguren los elementos anteriores.

9º) Comienza el procedimiento civil, mediante la presentación de la constancia ante Notario Público, el cual otorgará fe pública en el Instrumento para la Maternidad Subrogada en el que los denominados padres biológicos³⁴ y la mujer gestante, manifiestan su consentimiento para que ésta última pueda gestar el embrión hasta la terminación del embarazo. En el contrato se establecerá la obligación de los padres biológicos de hacerse cargo de todos los gastos médicos producidos por la gestación hasta la recuperación de la madre gestante, mediante certificación médica, se lograra o no el nacimiento

10º) El procedimiento concluye con la terminación del embarazo. Esta práctica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor nacido, y de igual forma en el procedimiento se velará por el interés superior del menor.

11º) La mujer gestante podrá demandar civilmente los gastos médicos a los padres biológicos en caso de una inadecuada atención pre y postnatal. Queda protegido el derecho al honor e intimidad de los padres biológicos y el menor en caso que la madre gestante divulgue por razones de lucro información sobre el procedimiento.

34 Que aportaron el material genético.

2. Retos para un Marco Jurídico sobre la reproducción asistida. Caso Tabasco.

Es el CC del Estado de Tabasco, el único en el país que desde 1997, hace referencia a la madre subrogada y sustituta, la incorporación de esta técnica novedosa en la medicina, no aparece cuidada ni justificada en dicha normativa legal. Las experiencias legales conocidas han provocado que amparadas en ese artículo se hayan firmado contratos en que se genera una especie de comercio, en el Estado proliferan clínicas dedicadas a estas técnicas. En la prensa local aparecen artículos publicitarios al respecto³⁵.

Por ello consideramos que antes de realizarse una técnica de reproducción asistida deben tomarse en cuenta los principios de indisponibilidad del cuerpo humano e indisponibilidad del estado civil a efectos de que se considere nulo de pleno derecho un acto jurídico que permita establecer como objeto de contrato el cuerpo humano.

La doctrina española³⁶ considera que el contrato de gestación por sustitución es nulo, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Por otra parte, se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo.

3. Una experiencia legislativa.

Como académicas universitarias, tuvimos la oportunidad de asesorar una propuesta legislativa presentada en el Congreso del Estado de Tabasco sobre la reproducción asistida, a solicitud de los diputados se siguió la recomendación de no establecer una ley especial sino una modificación al CC del Estado, considerando en primer lugar el reconocimiento a la doctrina nacional e internacional que coincide en sostener que si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de maternidad por sustitución, y por tanto, ese producto lleva su información genética ya que también es productora del óvulo fecundado, ese acto implica una "trata de un ser humano",³⁷ y por tanto una patrimonialización

35 En el periódico de mayor difusión del Estado, Tabasco Hoy, se publicó el 13 de julio de 2013, un artículo titulado "VIVIR BIEN", en el encabezado se destaca: *Para los padres que desean tener un hijo y no quieren adoptar, el préstamo de vientre es la mejor opción.* Al final de la noticia se aclara que no es un programa lucrativo aunque si está permitido un acuerdo económico.

36 De Verda y Beamonte, J. R. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución". LL (2010).

37 Alarcón Rojas, F. "El Negocio de maternidad por sustitución en la gestación", en González de Cansino, E. (Coord.) *Memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética*. Bogotá (2003): Centro de Estudios sobre genética y Derecho-Universidad Externado de Colombia, 125.

o comercialización de los derechos humanos, prohibida en todas las Convenciones internacionales, y muy en especial en el art. 35 de la Convención de los Derechos del Niño, firmada y ratificada por México

Para la propuesta legislativa se consideró el principio de que el interés superior del menor es tan importante para la comunidad que representa uno de sus valores y objetivos, de modo que:

1º) El interés de los padres queda subordinado al interés del primero;

2º) El interés de los implicados trasciende de la esfera privada, para convertirse en un interés de la sociedad y del Estado, ello obliga a que los pactos de contrato de maternidad subrogada carezcan de validez porque los negocios jurídicos relativos a derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público y los imperativos éticos y la función social que los preside de manera que las renunciaciones o transacciones quedan como reglas generales prohibidas en las relaciones del estado familiar.³⁸

Con base en estos razonamientos consideramos que tanto la maternidad subrogada o la gestante como sus efectos no deben concretarse en un simple contrato, donde de forma tradicional, el elemento económico es el que ha primado, sino que es necesaria una regulación específica en el CC del Estado, dado que corresponde a este ordenamiento determinar los cambios en la forma de probar la filiación.

Toda vez que en el CC para el Estado de Tabasco aparece de forma difusa, la referencia a la madre gestante sustituta en el art. 92, se consideró necesario adicionar regular de manera más clara y específica lo relativo a la maternidad subrogada; la maternidad sustituta; el padre subrogado; la filiación de las personas que sean producto de estos actos; las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica médica y del instrumento de subrogación gestacional; lo relativo al certificado de nacimiento del menor nacido mediante maternidad subrogada; la nulidad y las sanciones de la maternidad subrogada.³⁹

A) Conceptos incorporados en la reforma presentada.

En la iniciativa de reforma presentada, se incorporaron los siguientes conceptos:

a) **Derecho de Familia:** conjunto de principios y valores dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, así como

38 En esa posición también, Jiménez Muñoz, Francisco Javier. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid (2012); Reus, 27.

39 Iniciativa presentada por la Diputada Liliana Ivette Madrigal Méndez mediante Sesión Pública Ordinaria de la Sexagésima Primera Legislatura al H. Congreso del Estado de Tabasco, el día 8 de mayo de 2013.

a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados y mujeres, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

b) Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

c) Maternidad subrogada: la Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante sustituta que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor. La aplicación de las disposiciones establecidas en el presente capítulo, son relativas a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer. La Maternidad Subrogada se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante sustituta, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.

d) Filiación: relación que existe entre el padre o la madre y su descendencia, y se encuentra sujeta a lo dispuesto por lo que establece el capítulo I, del título Octavo del Libro Primero del presente código;

e) Implantación de célula humana: implantación de célula o huevo humano con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVET aplicada en su variante homóloga;

f) Mujer Gestante Sustituta: mujer con capacidad de goce y ejercicio que **a título gratuito** se compromete mediante un instrumento jurídico, denominado

Instrumento de Subrogación Gestacional, a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el nacimiento. A quien le corresponderán los derechos derivados del estado de ingravidez hasta el nacimiento;

g) Madre Subrogada: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta su material genético para la fecundación, y que se compromete mediante el instrumento denominado Instrumento de Subrogación Gestacional desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica;

h) Padre Subrogado: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta su material genético para la fecundación y que se compromete mediante el instrumento denominado Instrumento de Subrogación Gestacional desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone el presente Código respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;

i) Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;

j) Médico especialista: médico especialista en infertilidad humana, que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la maternidad subrogada;

k) Instrumento de Subrogación Gestacional: instrumento suscrito ante un Notario, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual una mujer con capacidad de goce y ejercicio se compromete gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta las 40 semanas de embarazo o antes, por existir prescripción médica; lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un ovulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante sustituta y que concluye con el nacimiento;

l) Tutela: a la Tutela que establece el CC vigente y que tiene por objeto la protección de los menores que nacen por maternidad subrogada y en los casos de fallecimiento de ambos padres subrogados.

B) De las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica médica y del instrumento de subrogación gestacional.

En cuanto al procedimiento para la maternidad subrogada, se clasificó de la siguiente forma:

a) Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de células en el cuerpo de una mujer gestante sustituta.

b) Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación.

c) El médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades, y requisitos legales y físicos.

d) Ningún médico tratante realizará una implantación de célula humana, sin que exista un Instrumento de Subrogación Gestacional firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca el instrumento notarial.

e) El médico tratante que realice la implantación de células humanas deberá certificar, que: la madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; el padre subrogado se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para la implantación, y la mujer gestante sustituta se encuentra en buen estado de salud.

f) El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante sustituta para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional. Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser mujer gestante sustituta.

g) A la mujer gestante sustituta se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y en su caso, del DIF Tabasco para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo. Bajo protesta de decir verdad, la mujer gestante sustituta manifestará que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la célula humana, que no ha participado

más de dos ocasiones consecutivas en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

h) La mujer gestante sustituta, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de ingravidez hasta el nacimiento.

i) En la atención médica que se le proporcione por las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud, no discriminarán su condición de mujer gestante sustituta, ni hará distinciones en su atención por este motivo.

j) El Instrumento de Subrogación Gestacional deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: suscribirse por todas las partes que intervienen, estampando su nombre y firma en el mismo; suscribirse ante Notario Público u Oficial del Registro Civil; contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe sin ningún objeto de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor; previa firma del Instrumento, el Notario Público deberá consultar la Dirección del Registro Civil, constatando que la mujer gestante sustituta no ha participado en más de un procedimiento de Maternidad Subrogada.

k) El Instrumento de Subrogación Gestacional no podrá contener cláusulas que contravengan las siguientes obligaciones internacionales suscritas por el Estado Mexicano en materia de protección a los infantes y a las mujeres: limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la mujer gestante sustituta; limitación al derecho del menor para que conozca su identidad personal, que trae aparejada la obligación de que acceda a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos; y el derecho del menor a la protección del Estado incluso a través de la Tutela que establece el CC.

l) El Instrumento de Subrogación Gestacional, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y a la Dirección del Registro Civil para que el estado del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados.

m) El Notario deberá formar el Instrumento con los documentos públicos y privados que se precisen para garantizar seguridad y certeza jurídica a las partes suscribientes.

n) La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de Subrogación Gestacional debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones

que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

o) El Instrumento de Subrogación Gestacional formaliza el acuerdo de voluntades para la Maternidad Subrogada y constituye una parte indispensable para que exista.

B) Del certificado de nacimiento del menor nacido mediante maternidad subrogada.

a) El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante sustituta en el nacimiento del menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada Maternidad Subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el estado de Tabasco y relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada o biológica del nacido.

b) Los efectos de la Maternidad Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, e incluso a las denuncias hechas ante el Ministerio Público que den cuenta de una Maternidad Subrogada. Para efectos legales, será imprescindible la presentación de un testimonio público del Notario que dio fe del Instrumento de Subrogación Gestacional.

c) La Secretaría de Salud en coordinación con la Dirección del Registro Civil llevará un registro de los instrumentos de Subrogación Gestacional y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica. El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la Maternidad Subrogada, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento de Subrogación Gestacional, nombre y número del Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el Instrumento, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento.

C) De la nulidad y las sanciones de la maternidad subrogada.

Es nulo el Instrumento de Subrogación Gestacional realizado bajo las siguientes circunstancias:

- a) Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- b) No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;

c) Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y

d) Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

La mujer gestante sustituta que desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada practicada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados, le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del Instrumento de Subrogación Gestacional o, en su caso, las disposiciones que protegen la vida privada y el honor.

En la reforma propuesta se recomendó además a la Dirección del Registro Civil del Estado:

1º) Realizar, a más tardar en 90 días naturales, las adecuaciones correspondientes para incorporar la Maternidad Subrogada y llevar a cabo el registro correspondiente, que establece este Código.

2º) Suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Colegio de Notarios a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de este Código y asegurar el menor costo posible de los honorarios correspondientes al Instrumento de la Maternidad Subrogada.

VI. CONCLUSIONES.

Es una realidad que la sociedad ha desarrollado gran cantidad de tecnología novedosa y de nuevos significados e interpretaciones legales para ayudar a las personas infértiles o que no son capaces de gestar un niño, sin embargo, también es cierto que el derecho ha quedado rezagado a estos nuevos avances tecnológicos y humanos, en la búsqueda de explicaciones o soluciones a formas tradicionales propias de un derecho civil patrimonial.

En la actualidad la regla *mater semper certa est* se rompe a partir de las nuevas técnicas para la procreación, a partir de un nuevo sentido de la filiación, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de familia en México.

En el procedimiento es muy importante la manifestación del consentimiento libre y expreso de las partes. En este tipo de acto aparecen no sólo los padres biológicos y la madre gestante sino también el médico que realizará las nuevas técnicas procreativas, sólo ellos deben conocer las características del procedimiento

cuidando la privacidad del acto, por ello es necesario cuidar perfectamente los archivos que deban de conservar los médicos y asegurar el carácter confidencial de los documentos utilizados para la práctica de la procreación asistida.

El Derecho Civil, como derecho de la persona, debe dar respuesta a las innovaciones médicas atendiendo a la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar; las normas éticas, así como conceptos vinculados con la paternidad, filiación, propiedad, tutela, y herencia, razón por la cual el derecho mexicano debe tomar en cuenta el principio de protección al interés superior del menor y no sólo a los padres, el carácter no patrimonial del acto jurídico que se establece y la protección jurídica de la madre gestante en cuanto a su bienestar físico como ser humano, eliminando todo vestigio de posible trata de persona.



LA INCAPACITACIÓN EN ESPAÑA

INCAPACITATION IN SPAIN

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.252-275



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de septiembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 27 de octubre de 2013

RESUMEN: La incapacitación supone la privación de la capacidad de obrar de una persona por las causas señaladas en la ley, que sólo se puede declarar por sentencia judicial. Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma. En la sentencia se establecerá el alcance de la incapacitación (total o parcial), siendo revisable, ya que no tiene eficacia de cosa juzgada, puesto que las condiciones físicas o psíquicas del incapaz pueden variar.

PALABRAS CLAVE: Incapacitación, privación de la capacidad de obrar, internamiento involuntario, autogobierno.

ABSTRACT: Incapacitation involves deprivation of the legal capacity of a person by causes indicated in the law, which can only be declared by judicial decision. Causes of incapacitation are illness or persistent physical or psychic deficiencies, preventing the person to govern itself. In its judgment the scope of incapacitation (total or partial), will be established being reviewable, since it has no efficacy of res judicata, since conditions physical or psychic of the incapable may vary.

KEY WORDS: Incapacity, deprivation of the capacity to act, involuntary internment, self-government.

SUMARIO: I. Concepto y regulación de la incapacitación.- 1. Introducción.- 2. Regulación de la incapacitación en España.- 3. Aproximación a un concepto de incapacitación. Relación con la discapacidad y la dependencia.- II. Causas de incapacitación.- III. Sujetos susceptibles de ser incapacitados.- IV. Procedimiento de incapacitación.- A) Competencia del Juez.- B) La intervención del Ministerio Fiscal.- C) Establecimiento de medidas cautelares.- D) Legitimación para promover el procedimiento de incapacitación.- E) Comparecencia del presunto incapaz.- F) Pruebas y audiencias preceptivas.- G) Sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación.- V. Alcance de la incapacitación.- 1. Extensión y límites de la incapacitación.- 2. Referencia a la constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.- 3. Internamiento del incapacitado.- 4. Consecuencias jurídicas de los actos realizados por un incapacitado prohibidos por la sentencia de incapacitación.- VI. Revisión de la sentencia de incapacitación.- VII. Régimen específico del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

I. CONCEPTO Y REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN.

I. Introducción.

En el ordenamiento jurídico español la personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento¹. La personalidad jurídica implica la atribución a una persona de la titularidad de derechos y obligaciones.

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los seres humanos nacidos, que han adquirido personalidad jurídica, dos tipos de capacidad: capacidad jurídica y capacidad de obrar. En general, se define la capacidad jurídica como la aptitud o idoneidad de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y la capacidad de obrar como la aptitud o idoneidad de una persona para poder ejercitar esos derechos y obligaciones. La capacidad jurídica se atribuye a todas las personas, sin depender de ningún factor. Sin embargo, la capacidad de obrar es graduable y variable, pues no se atribuye a todas las personas por el simple hecho de nacer, y depende fundamentalmente de la edad de la persona y de su capacidad de entender y querer:

1 Así se establece en los arts. 29 y 30 CC español. El art. 29 establece: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente"; y el art. 30 dispone: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno" (precepto modificado por la disposición final 3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de reforma del Registro civil).

• Josefina Alventosa del Río

Es Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia y Profesora Tutora en la UNED. Es Premio Extraordinario de Licenciatura, de la Fundación Cañada-Blanch, y de la Fundación "Fondo para la Investigación Económica y Social". Actualmente es Directora del Grupo de investigación "Derechos de la personalidad y Bioética" (Universidad de Valencia). Ha coordinado y participado en diversos proyectos nacionales e internacionales, e intervenido en congresos y jornadas nacionales e internacionales. Ha publicado numerosos artículos y monografías, y es miembro del Consejo de Redacción de diversas Revistas científicas.

La incapacidad está relacionada íntimamente con la capacidad de obrar; especialmente con la posibilidad de las personas de entender y querer pues supone precisamente la privación de la capacidad de obrar en mayor o menor medida, según se va a señalar a continuación.

2. Regulación de la incapacidad en España.

La regulación de la incapacidad ha sufrido varias reformas desde su primera regulación en el CC.

En su redacción originaria, nuestro CC establecía en su art. 200 que estaban sujetos a tutela, además de los menores no emancipados, aquellas personas que adolecían de circunstancias de gravedad que aconsejaban la privación de la capacidad de obrar. Dichas circunstancias eran la locura o demencia, la sordomudez con falta de saber leer y escribir, la prodigalidad y la interdicción civil.

Posteriormente, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificó profundamente la regulación de la incapacidad: suprimió la mención específica de causas de incapacidad, enunciándolas de modo general, estableció el control judicial sobre la declaración de incapacidad que sólo se puede realizar a través de sentencia judicial, introdujo una nueva figura tutiva, además de la tutela y del defensor judicial, la curatela, y permitió la incapacidad de un menor de edad en determinadas circunstancias.

Sin embargo, dicha regulación volvió a reformarse por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor², y, especialmente, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, que derogó la mayor parte de la regulación contenida en el CC, transvasándola a la citada ley de carácter procesal³.

Por lo que actualmente la regulación de la incapacidad se realiza fundamentalmente en dos textos legales: el CC (arts. 199 a 201) y la LEC (arts. 756 a 763, dentro del Libro IV, Título I, Capítulo II, De los procesos sobre la capacidad de las personas).

A ello hay que añadir que en el propio CC se realizan referencias a la incapacidad en otros preceptos del mismo (así, en materia de capacidad para contratar en el art. 1263, 2º; en materia de capacidad para contraer matrimonio en el art. 56; en materia de capacidad para testar en los arts. 663 a 665).

2 Véase al respecto Nadal i Oller, N. *La incapacidad: comentarios al título IX del libro I del Código civil, según redactado de la Ley 13/83 de 24 de octubre y Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero*. Barcelona (1999): Bosch.

3 Transvase que ha sido criticado por un sector de la doctrina civilista española. Cfr. Lasarte Álvarez, C. *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires (2008): Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 208.

Además, en España existen también otras normas de carácter nacional que inciden sobre la materia por la gran preocupación que ha suscitado la proliferación de personas ancianas y en situación de graves limitaciones de la autonomía personal, siguiendo las directrices de los organismos internacionales. Así, se han promulgado 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, que se publicó con la finalidad de proteger la masa patrimonial de las personas con discapacidad, vinculándola a la satisfacción de las necesidades vitales de las mismas, e introdujo por primera vez en nuestro Derecho la figura de la autotutela. Y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la normativa internacional, entre ella, principalmente la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, realizada en Nueva York, y firmada por España el 30 de marzo de 2007⁴, que ha determinado la publicación en nuestro país de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por último, cabe señalar que también se ha desarrollado en las Comunidades Autónomas una abundante normativa sobre protección de las personas con discapacidad⁵.

3. Aproximación a un concepto de incapacitación. Relación con la discapacidad y la dependencia.

La incapacitación supone la privación de la capacidad de obrar de una persona declarada por sentencia judicial por las causas establecidas en la ley (arts. 199 y 200 CC)⁶, previendo el juez, una vez declarada, un régimen de protección de la persona y de los bienes del incapacitado, a través de la constitución de la tutela, de la curatela o de la guarda de la persona incapacitada⁷.

4 Véase al respecto Lasarte Álvarez, C. "Incapacitación y derechos fundamentales: La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril", en Blasco Gascó, F.P. (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia (2011): Tirant Lo Blanch, 1325-1326.

5 En particular, y a título de ejemplo, en la Comunidad Valenciana cabe destacar la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, complementada por otra normativa de rango inferior; en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 1/1999 de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía; o en la Comunidad Autónoma de Murcia, la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia. Se puede consultar la legislación autonómica sobre esta materia en el Servicio de información sobre discapacidad (<http://sid.usal.es/leyes/discapacidad.aspx>).

6 V. en este sentido la STS 30 junio 2004 (Tol 483.303), entre otras.

7 En España, en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2012, se informó de que en 2011 se presentaron por el Ministerio Fiscal 17482 demandas de incapacitación, y 10382 por los particulares; y se dictaminaron 57498 expedientes de tutelas y curatelas.

Así, nuestro ordenamiento configura la incapacidad no como una limitación de derechos de la persona⁸ sino como un sistema de protección de la misma cuando ésta es incapaz de proteger sus intereses⁹.

Es necesario distinguir la incapacidad de la incapacidad natural. La incapacidad natural es una situación de hecho en la cual la persona carece de la aptitud de entender y querer; núcleo de la capacidad de obrar. Sin embargo, la incapacidad, basándose en la falta de esta aptitud, supone el paso de la situación de hecho a una situación jurídica, pues implica una declaración judicial a través de la cual se dota a la persona incapacitada de un sistema de protección concreto de la que carece un incapaz natural¹⁰.

Por otra parte, también hay que interrelacionar la incapacidad con otros conceptos que han surgido con fuerza en los últimos años en nuestra realidad social, y que se interconectan entre sí en determinados planos: la discapacidad y la dependencia¹¹, a la que se han dedicado concretas normas legales, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, en este último en cumplimiento del mandato constitucional establecido en sus arts. 49 y 50, que se refieren a la atención a personas con discapacidad y a personas mayores y a un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. Lo que ha

8 En nuestra realidad social, la incapacidad se contempla con cierta reticencia por cierto sector de la sociedad, que tiene a su cargo personas incapaces, pues supone privar a una persona de su capacidad de obrar y esto implica una limitación a su libertad, que en nuestra Constitución se contempla como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). Así lo señala Calparsoro Damián, J. "La actuación del ministerio fiscal en defensa de las personas declaradas incapaces", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*. Logroño (2005): Fundación Tutelar de la Rioja, 45-46.

9 Prueba de ello es el sistema de garantías que rodea el proceso de incapacidad regulado en la LEC: interviene el presunto incapacitado con su propia defensa y representación, y si no es así, asumirá su defensa el Ministerio Fiscal; el Juez tiene el deber de examinar al presunto incapaz; es fundamental oír el dictamen de los facultativos (y no sólo oír a los parientes), y el Juez puede acordar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias. Y así lo han reconocido las Asociaciones y Fundaciones que tienen como objetivos la atención y el cuidado de personas que presentan deficiencias en el autogobierno de sí mismas, bien debido a su ancianidad, a enfermedades o a problemas de salud mental. Actualmente en España, entre los profesionales dedicados a estas personas preocupa la incidencia de la demencia en los mayores de 65 años, preocupación que se centra, por un lado, en procurar un sistema de protección efectivo para los mismos, y, por otro lado, en evitar la utilización de la incapacidad para defraudar los derechos de las personas mayores. En este sentido, en nuestra jurisprudencia se han rechazado muchas demandas de incapacidad de personas mayores porque los Tribunales han considerado que el hecho de ser mayores no significa que no tengan capacidad. V. así, entre otras, SSAP Álava 15 julio 1993 (AC 1993, 1537), Alicante 22 febrero 1995 (AC 1995, 333), y Burgos 4 marzo 1997 (AC 1997, 652); y STS 3 marzo 1998.

10 Ello no significa que todos los actos que realice un incapaz natural sean válidos jurídicamente, pues nuestro ordenamiento prevé la realización de dichos actos y establece, en su caso, la ineficacia de los mismos con diverso alcance (así, arts. 1300 y ss., 56 y 663 CC).

11 Conceptos que han sufrido una evolución desde el año 1980 en el que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una clasificación general y de lo que debía entenderse por discapacidad (CIDDM: Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías), que iba desde las causas médicas y de salud hasta llegar a las manifestaciones últimas en la vida diaria, pero que no satisfacía la concepción y los intereses de las personas discapacitadas, por lo que la OMS decidió someterla a una revisión y reformulación conceptual que se recogió en la CIDDM-2 o CIF (Aprobada por Resolución WHA54.21), en la que se introdujo el documento denominado "Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud". V. a este respecto AA.VV. *Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con alzheimer* (coord. R. Marrero Macías). Madrid (2010): Landwell, PwC, 9-10; y Fernández de Buján, A. "Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación". *Revista de Derecho de la UNED* (2011). 9º, 83-92.

determinado la publicación de 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 y de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, entre otras muchas de carácter autonómico.

La discapacidad implica la existencia de minusvalías físicas o psíquicas en una persona. Y la dependencia supone una limitación en la autonomía de la persona debido a la existencia de ciertas circunstancias que le impiden funcionar con independencia.

Señala la doctrina que el concepto actual de lo que se entiende por persona con discapacidad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, viene definido en el art. 1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que dispone: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Como ya se advierte en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, en España los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia, por un lado por el importante crecimiento de la población de más de 65 años, y, por otro lado, por el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años (fenómeno demográfico denominado "envejecimiento del envejecimiento"), lo que conforma una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio. De otro lado, se advierte en dicha Exposición, diversos estudios ponen de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad. Además, a esta realidad debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.

En su virtud, en la legislación específica de carácter estatal, se definen las situaciones de discapacidad y dependencia.

Concretamente, la Ley 41/2003, señala, en el art. 2.2, que son personas con discapacidad las personas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Y esta definición se produce con independencia de que tales personas discapacitadas

puedan ser incapacitadas, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, pues esta definición de la discapacidad se realiza para poder beneficiarse de las posibilidades que ofrece la norma¹².

Por su parte, para la Ley 39/2006, en su art. 2, la dependencia es “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”. Dicha conceptualización se realiza también para determinar los sujetos a los que se aplica esta Ley, para el reconocimiento de los derechos que allí se citan y las prestaciones y servicios a los que pueden acceder:

Tanto la discapacidad como las situaciones de dependencia no son por sí mismas situaciones que puedan determinar la incapacidad de las personas que las padecen. Pero suelen ser circunstancias de la persona que pueden llegar a determinar en las mismas la imposibilidad del autogobierno, que es el núcleo esencial de la incapacidad.

II. CAUSAS DE INCAPACITACIÓN.

Como anteriormente se ha indicado, sólo se puede incapacitar a una persona por las causas señaladas en la ley.

Dichas causas vienen establecidas en el art. 200 CC al disponer: “Son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Como se observa, el precepto no es muy preciso al indicar las causas de incapacidad, formulándolas de un modo general, pudiendo ser muy heterogéneas.

Ahora bien, de dicho precepto se deduce que para que las circunstancias que puedan incapacitar a una persona se consideren como causas de incapacidad deben reunir dos requisitos:

a) Por un lado, que se trate de enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico¹³.

12 V. al respecto AA.VV. *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S. de Salas Murillo. Zaragoza (2010); El Justicia de Aragón; y AA.VV. *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad* (coord. J. Pérez de Vargas Muñoz y M. Pereña Vicente). Madrid (2011); La Ley-Actualidad.

13 V. en este sentido las SSTs 31 diciembre 1991 (Tol I.726.781), 31 octubre 1994 (Tol I.656.599) y 16 septiembre 1999 (Tol 2.320).

La jurisprudencia del TS ha señalado que “en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes”¹⁴.

Como enfermedades que imposibilitan habitualmente la autonomía de la persona se señalan por los expertos las enfermedades mentales (tales como la esquizofrenia, la paranoia, y la psicosis maniaco-depresiva), y el alcoholismo y la toxicomanía en fases crónicas¹⁵.

La existencia de dichas deficiencias la constata un especialista médico, a través del correspondiente certificado que contiene el diagnóstico y características del padecimiento¹⁶.

Además señala el citado precepto que tales enfermedades y deficiencias deben ser de carácter persistente. Aunque el término persistente no es muy preciso¹⁷, este último carácter es determinante de la incapacitación de la persona, pues una incapacidad temporal no daría lugar a dicha posibilidad¹⁸. Ello no significa que circunstancias que pueden durar un lapso de tiempo más o menos definido no den lugar a una incapacitación durante el tiempo que pueda durar dicha causa (piénsese en el caso de las personas alcoholizadas o toxicómanas para las cuales se puede solicitar la incapacitación mientras dura el período de rehabilitación si se da la imposibilidad de autogobierno).

14 En este sentido, la STS 31 diciembre 1991 (Tol 1.726.78), que ha sido reiterada posteriormente por otras sentencias

15 V.Alventosa del Río, J. “Incapacitación y drogodependencias”. *Revista Española de Drogodependencias* (2013). 38° (1), 67-81.

16 Así lo precisa el fiscal Santos Urbaneja, F. “Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil”, en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad* (II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007) (recurso electrónico), 143.

17 Así, la STS 10 febrero 1986 (Tol 228.282), señaló que para la apreciación de la causa de incapacidad que previene el art. 200 CC no es obstáculo el que la situación de incapacidad no sea constante o permanente, sino que sea esporádicamente cuando las fases cíclicas o críticas se producen, ya que lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma y no la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno personal se produzca, dado que esta circunstancia se ha de considerar en el momento de determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, conforme previene el art. 210 CC (*derogado actualmente*), que es lo efectuado por el Tribunal a quo al limitar la situación de incapacitación, en cuanto a la persona, a la fase cíclica o crítica de la enfermedad.

18 Así se manifiestan las SSTS 10 febrero 1986 (Tol 228.282) y 11 junio 2004 (Tol 449.274), entre otras. Sin embargo, para una persona que sufre una enfermedad que le impide gobernarse durante el tiempo que dura su permanencia en el hospital o en su casa no se solicita la incapacitación, ya que la Ley prevé también mecanismos concretos de protección legal del paciente en estos casos (así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y legislación autonómica correspondiente, entre ellas, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana).

b) Y, por otro lado, que tales circunstancias impidan a la persona gobernarse por sí misma¹⁹. Lo que significa que la capacidad natural de la persona para tomar decisiones sobre su vida se encuentra menoscabada por aquellas enfermedades o deficiencias, y, por tanto, no puede tomar con pleno conocimiento y libertad aquellas decisiones²⁰.

Esa imposibilidad de gobernarse hace referencia tanto a los aspectos personales como patrimoniales de la persona, o a ambos al mismo tiempo.

Y este segundo requisito es el verdaderamente determinante de la incapacidad de una persona.

Ahora bien, la existencia de una causa de incapacidad en una persona la determina el Juez en el procedimiento de incapacidad²¹, y no un especialista sanitario (aunque su informe sea determinante), a la vista de las pruebas que se practiquen durante el mismo, y que consisten, entre otras, en el examen del presunto incapaz, en los testimonios de los parientes, y en los dictámenes periciales correspondientes.

19 En este sentido se pronuncia la STS 28 julio 1998 (Tol 132.072), entre otras. Por su parte, la SAP Barcelona 7 marzo 2008 (SAP B 2075/2008), en un caso de incapacidad con antecedentes de alcoholismo crónico, señala que las enfermedades mentales, constituyen, "sin ningún género de duda, como muestra la praxis civil, las causas que de forma más peculiar modifican la capacidad de ejercicio de los derechos, pues los que se encuentran en este estado están incapacitados para la realización de la casi totalidad de los actos jurídicos. Lo esencial no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino sufrir una perturbación que sea origen de un "estado mental" propio con repercusiones jurídicas, caracterizándose por los siguientes elementos: 1) Existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico); 2) Permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico); y 3) Que como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses, o dicho con palabras del Código, que le impida gobernarse por sí mismo (criterio jurídico), si bien tal expresión, en principio ambigua y desorientadora, por su excesiva radicalidad, no debe interpretarse en sentido absoluto, pues bastará que la enfermedad o deficiencia de que se trate impliquen una restricción sustancial o grave de autogobierno de la persona a que respectivamente afecten, pues como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, no puede exigirse un estado deficitario del afectado mucho más profundo o grave del que resulta de la propia literalidad del precepto mencionado".

20 Por ejemplo, una persona tretrapléjica padece una enfermedad persistente, pero ello no significa que tenga las facultades mentales disminuidas y que no pueda tomar decisiones sobre los distintos aspectos de su vida personal y sobre su patrimonio; en este caso faltaría el segundo de los requisitos mencionados para poder incapacitar a esta persona; en este supuesto existen otros instrumentos para poder paliar las deficiencias de esta persona. Otro supuesto sería el de los menores de edades muy pequeñas (piénsese en un recién nacido o en un niño de tres años); en este caso es claro que el menor no puede gobernarse por sí mismo; sin embargo faltaría el primero de los requisitos para poder incapacitarlo; en el supuesto de la minoría de edad existen otros mecanismos legales (la representación legal de padres o tutores) para actuar en nombre del menor y de esta manera proteger los intereses del mismo.

21 Así lo estima la STS 20 noviembre 2002 (Tol 225.543). En la SAP Barcelona 17 febrero 2004 (Tol 483.369) se cuestionaba si existían causas de incapacidad. Se trataba de una mujer de 40 años, adicta al alcohol, casada con un marido maltratador, cuya madre solicitaba una incapacidad total. La Sala, sin embargo, declaró parcialmente incapaz a la demandada exclusivamente en el cuidado de su persona y en su aspecto relativo al tratamiento médico integral, pues entiende que, aunque la demandada conserve en abstracto las facultades mentales, se está ante un supuesto excepcional de falta de capacidad de autogobierno, subsumible perfectamente en el art. 200 CC, por lo que debe proporcionarse a la demandada una tutela que garantice en la esfera personal, donde se manifiesta únicamente su incapacidad, el tratamiento y las decisiones respecto al tratamiento de su enfermedad enólica, para garantizar su propia vida y la de posibles terceros, nombrando tutora a su madre.

Algunos autores estiman que, además del examen de las causas que se recogen en el art. 200, se deberían examinar también los motivos que han determinado la interposición de la demanda de incapacitación para comprobar si ésta se ha presentado en interés y beneficio del presunto incapacitado²², y no por otros motivos o intereses particulares de los demandantes.

El régimen jurídico de la incapacitación se aplica de igual forma con independencia de la causa de incapacitación.

III. SUJETOS SUSCEPTIBLES DE SER INCAPACITADOS.

Nuestro CC no hace especial mención a los sujetos que pueden ser incapacitados, excepto una referencia a los menores de edad²³.

De la legislación relativa al tema y de la jurisprudencia se puede concluir que pueden ser incapacitados tanto los mayores de edad como los menores emancipados.

En relación a los menores no emancipados dispone el CC que podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 CC), dado que a los menores para suplir la falta de capacidad de obrar se les atribuye en el CC representación legal (art. 162 CC)²⁴.

IV. PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN.

La regulación del procedimiento en que se declara la incapacitación se realiza fundamentalmente en la LEC (arts. 756 y ss.), en donde se examinan los extremos que a continuación se examinan.

Aunque hay que señalar que desde ciertos sectores profesionales y sociales se han realizado algunas críticas al régimen establecido en la LEC. Así se ha señalado que tiene vacíos legales pues son muchas las cuestiones que se plantean en la práctica y al que el procedimiento no da respuesta; que las familias no ven el procedimiento de incapacidad como un mecanismo de garantía y protección para el incapacitado, constituyendo una complicación más que una solución; que el procedimiento se

22 Así Santos Urbaneja, F. "Causa y motivo de la incapacitación", cit., 158 ss.

23 Véase Ruiz Jiménez, J. "La incapacitación de menores con discapacidad", en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)* (coord. F. Yáñez Vivero, A. Donado Vara y M^a F. Moretón Sanz; dir. congreso C. Lasarte Álvarez). Madrid (2006): UNED-IDADFE-El Derecho, 231-240.

24 Aunque en nuestro CC no exista una norma básica y general que reconozca la capacidad de obrar plena a los menores de edad, es necesario recordar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los menores de edad mayores de 12, 14 o 16 años la posibilidad de ejercer determinados derechos y de asumir concretas obligaciones (así, por ejemplo, testar en el art. 663 CC, contraer matrimonio con dispensa judicial en el art. 48 CC, dar su consentimiento para emanciparse en los arts. 317 y 320 CC, entre otros actos). Y que los menores pueden tener deficiencias físicas o psíquicas que determinen la pérdida de capacidad para decidir sobre sus propios intereses en aquellas materias en que la ley les atribuye capacidad de obrar.

dilata mucho en el tiempo; que resulta incómodo para el incapacitado y los parientes del mismo los distintos desplazamientos a los Juzgados, y que resulta poco ágil para solucionar problemas urgentes, entre otras²⁵.

A) Competencia del Juez.

El art. 756 LEC establece que será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

B) La intervención del Ministerio Fiscal.

En estos procedimientos, la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada por su posición de garante de los derechos de los incapaces y de institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa²⁶.

Su actuación debe estar regida por los principios de imparcialidad y defensa de la legalidad y del interés público. Y en el procedimiento de incapacidad debe actuar en defensa y, en su caso, representación del incapacitado, siendo siempre parte en el proceso.

Además tiene otras funciones que se indicaran a continuación.

C) Establecimiento de medidas cautelares.

El tribunal competente, cuando tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacidad en una persona, podrá adoptar de oficio las medidas que considere necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacidad. También podrá el Ministerio Fiscal solicitar del tribunal la inmediata adopción de dichas medidas. Pudiendo adoptarlas, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacidad. Como regla general, dichas medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas (art. 762 LEC).

D) Legitimación para promover el procedimiento de incapacidad.

La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o pareja de hecho, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto

25 Cfr. Clavijo, B. (coord.). *Guía de buenas prácticas en los procedimientos de incapacidad*. Madrid (2008): Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado (recurso electrónico).

26 Véase Calparsoro Damián, J. "La actuación del ministerio fiscal", cit., 52-54.

incapaz; si tales personas no la promoviesen, podrá hacerlo el Ministerio Fiscal (art. 757. 1 y 2 LEC)²⁷.

Ahora bien, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad.

De otro lado, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacidad en una persona, están obligados a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 757 LEC).

Pero ello no significa que el Ministerio Fiscal deba interponer automáticamente la demanda de declaración de incapacidad de aquella persona, sino que previamente debe proceder al análisis de las circunstancias que rodean el caso y ver si existen los requisitos que exige la incapacidad (cfr. art. 762.1 LEC, que señala que podrá promover la incapacidad "si lo estima procedente").

No obstante, la incapacidad de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC).

E) Comparecencia del presunto incapaz.

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciere, será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado (art. 758 LEC).

F) Pruebas y audiencias preceptivas.

En los procesos de incapacidad, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en la LEC (art. 752), el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz²⁸, examinará a éste por sí mismo²⁹ y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, de manera que nunca se decidirá sobre la incapacidad sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal (art. 759. 1 *in fine* LEC)³⁰.

27 Pero no podrán solicitarla otras personas no señaladas en la ley (salvo a través del Ministerio Fiscal). En este sentido la STS 7 julio 2004 (Tol 483.369) desestimó la demanda de incapacidad por falta de legitimación activa de la demandante (sobrina de las declaradas incapacitadas), sin prejuzgar la existencia o inexistencia de causa legal de incapacidad.

28 En este sentido se manifiestan las SSTS 20 marzo 1991 (Tol. 1.728.239), 19 febrero 1996 (Tol 216.861) y 4 marzo 2000 (Tol. 1.471).

29 Así lo señalan las SSTS 15 octubre 2001 (Tol 66.418) y 14 octubre 2002 (Tol 225.498), entre otras.

30 Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. "Incapacidad. Práctica de las pruebas de audiencia de parientes, dictamen de facultativos y examen personal del presunto incapaz; limitación de la incapacidad a las actuaciones procesales

Si en la demanda de incapacitación se hubiera solicitado el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno (art. 759 LEC)³¹, de manera que la inobservancia de estos trámites puede ser apreciada *ex officio*³².

G) Sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación.

Como se ha señalado anteriormente, será el Juez quien declare la incapacitación de una persona mediante sentencia (art. 199 CC). Dicha sentencia determinará la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763 (art. 760. I LEC).

Dicha incapacitación produce efecto desde su firmeza, no desde el momento en que se produjo la circunstancia que dio lugar a la causa de incapacitación. Así lo entiende el TS que considera que la sentencia de incapacitación es constitutiva de la misma e irretroactiva³³.

En relación a los actos realizados por el declarado incapaz antes de la sentencia de incapacitación, se puede solicitar por las personas afectadas la declaración de nulidad o anulabilidad de los mismos conforme al régimen jurídico aplicable a cada situación (arts. 6.3 y 1300 y ss. CC).

V. ALCANCE DE LA INCAPACITACIÓN.

Como se acaba de indicar, el alcance de la incapacitación viene determinado en la sentencia dictada por el Juez (art. 760. I LEC). En dicha sentencia, el Juez puede señalar la extensión y los límites de la incapacitación, el régimen de tutela o curatela a que debe quedar sometido el incapacitado y el posible internamiento del mismo. El alcance de la incapacitación depende de la situación y circunstancias concretas en que se halle el incapacitado, y queda al arbitrio judicial.

por querulancia; sometimiento a curatela". CCJC (2001). 56°, 821-832.

31 La STS 15 julio 2005 (Tol 674.287) declaró la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, por infracción del art. 759 LEC, pues era evidente la indefensión producida por la declarada incapacitada atendida la especial finalidad protectora de la persona que caracteriza esta clase de procesos.

32 V. en este sentido las SSTS de 20 febrero y 12 junio 1989 (Tol 228.283, Tol 1.723.590), 20 marzo y 24 mayo 1991 (Tol 1.728.239), 30 diciembre 1995 (Tol. 1.667.719) y 4 marzo 2000 (Tol 1.471).

33 En este sentido las SSTS 19 febrero 1996 (Tol 216.861), 19 mayo 1998 (RJA 1998, 3378) y 26 abril 2001 (Tol. 63.693), entre otras.

I. Extensión y límites de la incapacidad.

La incapacidad es graduable ya que el Juez en la sentencia puede establecer una privación plena de la capacidad de obrar o una privación parcial de la misma, pudiendo decretar incluso el internamiento del incapacitado, si lo considera oportuno.

Dado que es el Juez el que fija la extensión de la incapacidad, en la jurisprudencia de nuestros tribunales se constata que hay casos en los que el tribunal ha decretado una incapacidad total de la persona³⁴, otros en los que ha establecido una incapacidad parcial³⁵, señalando una serie de actos y/o negocios jurídicos que el incapacitado no puede realizar³⁶, y, en ocasiones, ha modificado el alcance de la incapacidad solicitada por los peticionarios³⁷.

Ahora bien, el Juez puede establecer en la sentencia de modo preciso los actos que el incapacitado puede o no realizar, o puede que no realice esta puntualización. En este último caso puede plantearse la duda de cuales serían los actos que el incapacitado podría realizar o no.

Parece obvio que si el Juez establece la privación de la capacidad de obrar sin señalar excepciones, el incapacitado no podrá realizar actos jurídicos válidos.

34 Establecen la incapacidad total las SSTs 16 septiembre 1999 (Tol 2.320), 29 abril 2009 (Tol 1.514.778) y 17 julio 2012 (Tol 2.635.528), y SSAP Barcelona 7 mayo 2004 (EDJ 2004/52295), en la que apreció incapacidad total pues considero que la presunta incapaz padecía un trastorno de personalidad por abuso de drogas, que requería control, peligrando incluso su integridad física., y 27 julio 2006 (EDJ 2006/383190), por considerar que el incapacitado no podía gobernarse por sí mismo, entre otras.

35 V. en relación a la incapacidad parcial las SSAP Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002/18222) y 17 febrero 2004 (SAP B 1921/2004), y SAP Álava 23 junio 2005 (Tol 702.955), en la que la Sala estima que, teniendo la demandada, consumidora de drogas, capacidad para regir su persona, no procede declarar su incapacidad total, debiendo declararse únicamente su incapacidad parcial y sometimiento a curatela, pues únicamente tiene problemas para controlar el dinero y llevar una vida organizada, lo que puede corregirse por medio de una curatela correctamente ejercida.

36 Así, la SAP Barcelona 23 septiembre 2002 (EDJ 2002/66122) declaró la incapacidad absoluta del demandado para la administración y disposición de sus bienes y recursos económicos, y la parcial respecto de sus asuntos personales, exceptuando que pudiera vivir solo sin control de ningún tipo.

37 En este sentido, en la STS 16 marzo 2001 (Tol 26.965), el propio Tribunal sustituyó una incapacidad total por una incapacidad parcial; y en la SAP Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002/18222), en el caso de un joven de 23 años drogodependiente en tratamiento de rehabilitación con metadona (aunque seguía consumiendo), cuyo padre solicitaba la incapacidad total, la rehabilitación de la patria potestad y el internamiento en un centro para curarse, atendiendo al Ministerio Fiscal, que se oponía por considerar que el joven no estaba afectado de una enfermedad síquica o neurológica que produjeran un deterioramiento cognitivo de tal magnitud que no pudiera autogobernarse, al propio drogodependiente, que entendía no se daban causas de incapacidad, y a los informes tanto del médico forense como la pericial psiquiátrica, que estimaban que no padecía enfermedad de suficiente entidad que le impedía gobernarse por sí mismo, la Sala estimó que debía situar a dicha persona en una incapacidad parcial en orden al gobierno de su propia persona, nombrándole un representante legal para que le ayude en el tratamiento comenzado y en el gobierno de su propio patrimonio, puesto que consideraba que todavía existía una posibilidad de disposiciones inadecuadas para aprovisionarse de sustancias tóxicas, prorrogando la patria potestad del padre.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el CC hay preceptos que parecen permitir al incapacitado la realización de determinados actos, y otras normas en las que prohíbe al incapacitado la ejecución de otros actos.

Así, el art. 267 CC establece que: "El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación". En cuanto a los actos que el incapacitado puede realizar por disposición de la ley, entre ellos se encuentran los actos de carácter personalísimo³⁸, dado que se establece que el tutor o el curador no pueden realizar dichos actos.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que determinados actos de carácter personalísimo los pueden realizar los tutores en nombre del incapacitado pues, en caso contrario, se produciría una conculcación de los derechos del mismo³⁹. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina quien estima que una interpretación estricta de este precepto daría lugar a que el incapacitado se viera privado de tales derechos por no poderlos ejercitar, y que, por lo tanto, debe permitirse el ejercicio de las facultades y las acciones necesarias para defender la persona del incapacitado, cuando las circunstancias concretas así lo requieran⁴⁰.

En otros casos, sin embargo, el CC establece para el incapacitado la prohibición de realizar actos concretos (así, la celebración de contratos en el at. 1263.2°; o el otorgamiento de testamentos en el art. 663.2°).

2. Referencia a la constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.

Como se ha indicado, el Juez puede someter al incapacitado a un régimen de tutela (art. 222.2° CC) o a un régimen de curatela (art. 287 CC), según sea la privación de la capacidad de obrar que haya establecido. Si en la demanda de incapacitación se hubiere solicitado nombramiento de tutor o representante del

38 Así, el ejercicio de los derechos de la personalidad, la posibilidad de contraer matrimonio, la interposición de la demanda de separación matrimonial, divorcio o nulidad, el otorgamiento de testamento, entre otros. En otras normas de nuestro ordenamiento se contempla la posibilidad de tener en cuenta, aunque no sea determinante, la opinión de los incapaces o incapacitados. Así, por ejemplo, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (y legislación autonómica concordante), cuyo art. 5, 2, establece que "El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal".

39 Así la STC 18 diciembre de 2000 (EDJ 2000/40310) consideró permisible que la tutora de una mujer incapacitada (su madre) pudiera interponer una acción de divorcio ya que en caso contrario, señala el Tribunal, se produce una negación rigurosa y desproporcionada de la tutela judicial efectiva, y una conculcación del principio de igualdad entre los cónyuges, en defensa de sus intereses patrimoniales y personales. Y en el mismo sentido se pronunció también la STS 21 septiembre 2011 (Tol 2.248.621), aunque puntualizó que se exigía autorización judicial para poder interponer cualquier tipo de acción.

40 En este sentido se manifiesta Villagrasa Alcaide, C. "Los actos personalísimos del incapacitado", *Noticias jurídicas* (junio 2002).

incapacitado, el tribunal nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él (art. 760.2 LEC).

La tutela se regula en los arts. 215 y ss. y 222 a 285 CC.

El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años (art. 231 CC). Ello se realizará en audiencia pública y con la asistencia del Ministerio Fiscal.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado, pudiendo exigir del tutor en cualquier momento que le informe sobre la situación del incapacitado y del estado de la administración de la tutela (art. 232 CC).

El nombramiento del tutor debe realizarlo el Juez, siempre en interés y beneficio del tutelado⁴¹, atendiendo al orden establecido en el art. 234 CC. Los cargos tutelares son siempre de carácter obligatorio (art. 216 CC), salvo si existieren causas de excusa. Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra ninguna causa de inhabilidad (art. 241 CC).

El citado art. 234 CC señala que: "Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º) Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223.- 2º) Al cónyuge que conviva con el tutelado.- 3º) A los padres.- 4º) A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.- 5º) Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez".

Establece el art. 223.4º CC que en los procedimientos de incapacidad, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones de los padres en relación a nombramiento de tutores que hayan realizado éstos con referencia a sus hijos. Pues todas las disposiciones relativas al nombramiento de tutores por los padres son vinculantes para el Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada (art. 224 CC).

Por otra parte, si el incapacitado fuese un menor de edad, señala el CC en el art. 171 que la patria potestad quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad.

41 Pone de relieve que el nombramiento de tutor se debe realizar en beneficio del tutelado, entre otras, las SSAP Islas Baleares 28 abril 2009 (Tol 1.565.559) y Palencia 13 diciembre 2011 (Tol 2.340.547), y SSTS 11 octubre 2012 (Tol 2.674.037) y 5 febrero 2013 (Tol 3.010.824), entre otras muchas.

Y si se trata de un hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad⁴².

En ambos casos, la patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del título relativo a las relaciones paterno-filiales.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda (art. 171.3° CC)⁴³.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento permite también que sea la propia persona que en un futuro pueda ser incapacitada quien designe para sí mismo un tutor. Así, el art. 223 CC (en relación con el 234.I CC) establece que "Asimismo cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.- Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado". Se trata de la figura denominada autotutela (que fue introducida en el CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), y cuya disposición debe tener en cuenta el Juez. Aunque la jurisprudencia señala que si éste considera perjudicial para los intereses del incapacitado dicho nombramiento podrá rechazarlo⁴⁴.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar este orden o prescindir de todas las personas mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere (art. 234.II CC)⁴⁵. En defecto de las personas mencionadas, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 CC).

42 Así se estableció en las SSAP Asturias 13 abril 2000 (SAP O 1555/2000), Soria 12 marzo 1998 (SAP SO 58/1998), Jaén 4 marzo 1998 (SAP J 283/1998), y Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002/18222), donde se prorrogó la patria potestad del padre de su hijo toxicómano de 23 años.

43 Señala el art. 171.2° CC que "La patria potestad prorrogada terminará: 1° Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. 2° Por la adopción del hijo. 3° Por haberse declarado la cesación de la incapacidad. 4° Por haber contraído matrimonio el incapacitado".

44 Así en la STS 17 julio 2012 (Tol 2.635.528) no se aceptó el nombramiento del tutor efectuado por el interesado porque se consideró perjudicial para los intereses de la persona incapacitada, dado los intereses económicos en juego que no gestionó correctamente la tutora designada por el propio incapacitado, nombrando como tutor a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

45 De hecho, en la SAP Baleares 7 mayo 2004 (Tol 447.802) la Sala nombró tutora a la hermana de la incapacitada, que presentaba trastorno de personalidad por abuso de drogas, con preferencia al padre de la misma por entender que aquélla podría dedicarle mayor atención que éste; en la SAP Valencia 23 noviembre 2006 (Tol 1.022.178) se prefirió a la hija menor de la incapacitada, en base al informe pericial del Juzgado que la consideró más idónea, con preferencia a su hermana mayor.

Hay que añadir que pueden ser tutores tanto las personas físicas como las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de incapacitados (art. 242 CC)⁴⁶. Como regla general, la tutela se desempeñara por un solo tutor, salvo en algunos casos en que se puede ejercer por varios tutores conjuntamente (art. 236 CC)⁴⁷.

El tutor se constituye en representante legal del incapacitado en todos aquellos actos que éste no pueda realizar por sí mismo (art. 267 CC), ejerciendo su cargo de acuerdo con la personalidad de su pupilo y respetando su integridad física y psicológica (art. 268.I CC). Aunque necesita autorización judicial para realizar determinados actos (entre ellos, internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios del incapacitado, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción, hacer gastos extraordinarios en los bienes, o disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, según el art. 271 CC). Deben hacer inventario de los bienes del incapacitado y rendir cuenta general justificada de su administración en el término de tres meses desde que cesó en sus funciones (plazo prorrogable con justa causa). Asimismo, el tutor está obligado a velar por el tutelado y a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, y a informar al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración (art. 269 CC).

Por otra parte, el Juez en la sentencia de incapacidad puede haber establecido la curatela (normalmente en los casos de incapacidad no total sino parcial)⁴⁸. Su régimen jurídico es mucho más breve que el de la tutela (sólo abarca los arts. 286 a 291 CC), señalando el art. 291.I CC que se aplicaran a los curadores las normas de la tutela en lo relativo al nombramiento, inhabilidad, excusa⁴⁹ y remoción de los mismos⁵⁰.

46 De esta manera en las SSAP Barcelona 27 julio 2006 (EDJ 2006/383190) y 7 marzo 2008 (EDJ 2008/43610) el Tribunal atribuye la tutela del incapacitado total a Fundaciones privadas. En la SAP Islas Baleares 28 abril de 2009 (Tol. I.565.559), la Sala prefirió otorgar la tutela a una fundación privada antes que a las hijas de las incapacitadas por considerar que ofrecía mejores condiciones que éstas en cuanto al cuidado personal y patrimonial de aquélla, pues una de las hijas estaba enferma y la otra la había desatendido reiteradamente. La STS 22 julio 1993 (Tol. I.655.828) confirma el nombramiento como tutor a persona jurídica especializada en problemas de salud mental por ser más beneficiosa para la incapaz que la tutela de otros parientes.

47 Serían ejemplos de ello la concurrencia de un tutor en los aspectos personales y otro en los aspectos patrimoniales del tutelado, concurrencia de los dos progenitores, nombramiento del tutor y de su cónyuge, o designación de varios tutores por los padres. Sin embargo, en la jurisprudencia se señala que no existiendo circunstancia excepcional que lo exija no debe dividirse la tutela personal y patrimonial: así, SAP Zaragoza 8 noviembre 1999 (Tol 391.695).

48 Señala la doctrina que esta solución es la que se ha venido propugnando últimamente para determinados tipos de anomalías que, en un enorme porcentaje de los casos, pueden ser tratadas desde el nacimiento, y que mediante la educación y estimulación temprana se puede llegar a conseguir fomentar las potencias de una persona (por ejemplo, síndrome de Down, retraso mental leve o moderado, autismo).

49 Así, en la SAP Burgos 20 abril 2004 (EDJ 2004/409009), la Sala admitió una causa de excusa de la curatela que se había atribuido a una Fundación que tenía como finalidad la atención a las personas deficientes mentales que hubieran sido declaradas incapaces (la tutelada era una mujer que consumía tóxicos, drogas y alcohol, lo que afectaba, según el informe del médico forense, a su dinámica vital y a su rendimiento intelectual) porque el Tribunal estimó que necesitaba ayuda externa distinta a la que podía proporcionar la Fundación.

50 En este sentido, por aplicación del art. 244 CC, en la SAP Valencia 28 marzo 2003 (Tol I.114.452) el Tribunal

La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (arts. 289 y 290 CC)⁵¹.

Por último, el Juez puede nombrar Defensor Judicial cuando existan conflictos de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o el curador, o cuando éstos, por cualquier causa, no desempeñen sus funciones hasta que cese la causa, o se designe a otra persona (art. 299 CC).

3. Internamiento del incapacitado.

Establece el art. 760 LEC que en la sentencia de incapacitación el Juez se puede pronunciar, en su caso, sobre la necesidad de internamiento del declarado incapacitado. Dicho pronunciamiento se realizará a la vista de las pruebas que se hayan presentado, en donde tendrá un peso específico el dictamen de los peritos⁵².

4. Consecuencias jurídicas de los actos realizados por un incapacitado prohibidos por la sentencia de incapacitación.

Respecto a la realización por el incapacitado de un acto jurídico pese a la privación de la capacidad de obrar en la sentencia de incapacitación, el régimen jurídico de la incapacitación recogido en el CC y en la LEC no tiene una norma concreta.

Si el régimen establecido para el incapacitado fuera el de la tutela, el CC no establece de modo claro si se puede ejercitar una acción de nulidad absoluta o relativa para invalidar el acto realizado por el incapaz. Aunque del art. 1301 CC, que se refiere a la acción de nulidad por causas de nulidad relativa (la denominada anulabilidad), en su apartado segundo, señala que el tiempo de dicha acción empezará a correr “Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela”, por lo que parece deducirse que los actos realizados por el incapacitado sometido a tutela son anulables, y no nulos, aunque existen opiniones contradictorias al respecto en la doctrina.

Si el régimen establecido para el incapacitado fuera el de la curatela, el art. 293 CC establece que “Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la

excluyó de la curatela del incapacitado a la hermana por tener importantes conflictos de intereses con el mismo y a la madre por imposibilidad física dado que se encontraba enferma e iba en silla de ruedas, designando curadora a la Generalitat Valenciana.

51 En este sentido, STS 20 mayo 1994 (Tol 1.656.535), y SSAP La Rioja 30 octubre 2003 (Tol 332.690), Barcelona 29 julio 2005 (Tol 793.090), Badajoz 27 febrero 2006 (Tol 879.694), y Castellón 16 enero 2012 (Tol 2.532.550).

52 Así lo consideró el Tribunal en la citada SAP Barcelona 27 julio 2006, por ejemplo.

persona sujeta a curatela, de acuerdo con los arts. 1301 y ss. de este Código”. Por lo que, en este caso, no cabe duda de que el efecto de tales actos es la anulabilidad de los mismos.

VI. REVISIÓN DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN.

La sentencia donde se declara la incapacidad no es inamovible, es revisable, ya que no tiene eficacia de cosa juzgada, puesto que las condiciones físicas o psíquicas del declarado incapaz pueden variar (para mejorar o para empeorar), necesitando, por tanto, un ajuste del contenido de la sentencia. Así el art. 761 LEC establece que “La sentencia de incapacidad no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida”.

La petición de este nuevo proceso pueden instarla las personas que formularon la demanda anterior; las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, el Ministerio Fiscal y el propio incapacitado.

La sentencia que se dicte en este nuevo proceso deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacidad, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta (art. 761.3 LEC)⁵³.

VII. RÉGIMEN ESPECÍFICO DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO.

El internamiento de una persona por trastornos psíquicos se puede producir en diversas circunstancias.

Puede darse el caso de que sea la misma persona quien ante una situación de ciertos trastornos no puede superar por si misma, solicite voluntariamente el internamiento (supuesto al que se denomina internamiento voluntario).

Asimismo, puede darse el supuesto de que, como se ha indicado, sea el Juez, en la sentencia de incapacidad, el que establezca el internamiento del incapacitado si lo estima oportuno en beneficio del mismo (internamiento designado forzoso ordinario)⁵⁴.

Además, puede darse también el caso de que, ante ciertos trastornos de la persona los especialistas que la tratan consideren conveniente el internamiento de la misma, aún cuando no haya sentencia de incapacidad.

53 Véase García-Lubén Barthe, P. “Procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacidad”. *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales* (2003). 1º.

54 Véase Elosegui Sotos, A. “El internamiento forzoso ordinario”, en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*. Logroño (2005): Fundación Tutelar de la Rioja, 76-80.

Y, por último, cabe que se produzcan situaciones de urgencia en las que sea necesario, para proteger a la persona afectada o a terceros, el internamiento de una persona en establecimiento adecuado al caso, aún cuando no exista sentencia de incapacitación ni tampoco, por tanto, consiguiente internamiento determinado por el Juez⁵⁵ (en caso, por ejemplo, de síndrome psicótico caracterizado por la aparición de delirios, trastornos confusionales y alucinaciones, o en el caso de Delirium Tremens o ciertos tipos de demencias)⁵⁶.

La LEC regula de modo detallado el internamiento no voluntario de una persona por razón de trastorno psíquico en el art. 763.

Señala este precepto, en su núm. 1, que el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento⁵⁷ (en consonancia con el art. 271.1º CC).

Precisa la Ley que, como regla general, dicha autorización será previa al internamiento.

Pero exceptúa de esta regla la existencia de situaciones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida⁵⁸. En este caso, el responsable del

55 La doctrina defiende una alternativa al internamiento psiquiátrico, sea consentido o forzoso: se trata del denominado tratamiento ambulatorio que tiende a evitar la privación de libertad del paciente, aplicándose cuando se constata que el ingreso es innecesario por la correcta adherencia a la terapia señalada al paciente, aunque hay discrepancia entre los especialistas. Cfr. Serrano Bernal, V. "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*. Logroño (2005): Fundación Tutelar de la Rioja, 107-108.

56 Los expertos señalan cuatro situaciones como susceptibles de ser objeto de internamiento psiquiátrico urgente: riesgo de autoagresividad (suicidio, tentativa de suicidio); riesgo de heteroagresividad, en el que existe peligro para terceros; pérdida o grave disminución de autonomía personal, que impide realizar las tareas de cuidado personal más básicas y necesarias; y grave enfermedad mental con riesgo de agravarse en caso de no tratarse adecuadamente. Así, Serrano Bernal, V. "El internamiento no voluntario", cit., 104-106.

57 El TC en su sentencia 2 diciembre 2010 (EDJ 2010/268826), consideró inconstitucional el art. 763.1 LEC porque estimó que esta materia debía haberse regulado por Ley Orgánica, aunque no declaró nula la norma, instando al legislador a regular dicho internamiento por aquel tipo de ley.

58 La STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19 octubre 2000 (EDJ 2000/74930) abordó la necesidad de un internamiento involuntario por razones de urgencia, que no apreció. Este recurso trata de la reclamación por parte de una madre al Servicio Vasco de Salud de una indemnización pecuniaria por el fallecimiento de su hijo por presunta negligencia de dicho Servicio. El fallecido seguía tratamiento en un Centro de Drogodependencias, al principio por su toxicomanía y después por un trastorno depresivo. En varias ocasiones, en momento temporal anterior a su fallecimiento, había acudido al Servicio de Urgencias del Hospital por sobreingesta medicamentosa, acompañada de bebida alcohólica de alta graduación y gestos parausuicidas. En todas las ocasiones, los médicos que le atendieron le aconsejaron ingreso psiquiátrico, pero el paciente se negó, y con el consentimiento de la familia, le dieron el alta. Poco tiempo después el paciente falleció por sobredosis, señalándose en la autopsia que pudo ser accidental o un suicidio. El TSJ concluyó que el ingreso involuntario, siendo aconsejable (como así lo entendieron los diferentes facultativos del Servicio de Urgencias que propusieron el ingreso al paciente, rechazándolo éste en todas las ocasiones), no era una medida de obligada adopción por parte de los facultativos, puesto que el paciente conservaba el juicio y la capacidad de control, contando con apoyo familiar, circunstancias que permitían continuar con el tratamiento ambulatorio y posponer el ingreso en un centro psiquiátrico, aunque señaló que el único elemento de juicio con el que contaban para tal conclusión era el informe del perito, pero, ello no obstante, era a la parte actora a la que competía acreditar el nexo causal, sin que se hubiera probado en el presente proceso ni la ausencia de control del enfermo ni la falta de capacidad de la familia para hacer frente a su situación, máxime cuando no constaba

centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal⁵⁹.

Con respecto a los menores, especifica la Ley que el internamiento de éstos se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, la Ley establece que el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.

En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa (según se establece en el art. 758 LEC).

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

Debido al carácter graduable y revisable de la sentencia de incapacidad, la Ley indica que en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Dichos informes serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Por otra parte, la Ley también estipula que cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

que la madre, que acompañó a su hijo a los Servicios de Urgencia, efectuara entonces manifestación alguna en tal sentido, asumiendo, al menos de modo implícito, su cuidado. Por todo ello, desestimó el recurso presentado por la madre.

59 En los casos de internamientos urgentes, señala la Ley en el art. 763.1.3º LEC que la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento y que dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 LEC.

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR PRIVACIÓN DE LA
FACULTAD DE OPTAR POR EL ABORTO**

***MEDICAL LIABILITY IN THE CASE OF THE LOSS OF THE
FACULTY TO OPT FOR AN ABORTION***

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.276-295

José Ramón
DE VERDA
y Pedro
CHAPARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 27 de octubre de 2013

RESUMEN: El presente artículo analiza la delicada cuestión de la responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano. Desde estas líneas, se critica la oscilante jurisprudencia del TS, y se propone la tesis de que el único daño moral que puede resultar indemnizable es la privación a la madre de la facultad de optar por el aborto, sin que pueda constituir un daño, en ningún caso, el nacimiento mismo del ser humano.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil médica, daño moral, privación de la facultad de optar por el aborto, negligencia, deber de información.

ABSTRACT: This paper analyzes the sensitive issue of medical liability in connection with the birth of the human being. From these lines, we criticize the Supreme Court's jurisprudence on the subject, which is very variable. Also, we propose the thesis that the only moral damage which may be compensable is the privation of the faculty to choose the abortion. May not be a damage, in any case, the birth of the human being.

KEYWORDS: Medical liability, moral damage, privation of the faculty to choose the abortion, negligence, duty of information.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. Responsabilidad civil respecto de la madre por privación de la facultad de abortar.- I. El estado de la cuestión en la jurisprudencia.- 2. Propuestas de solución.- A) Identificación del daño resarcible con la privación de la facultad de interrumpir el embarazo: exclusión de otros perjuicios, morales o materiales.- B) La negligencia de los profesionales sanitarios.- C) El nexo de causalidad.- III. Conclusión: el carácter reparador, y no asistencial, de la responsabilidad civil extracontractual.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Actualmente, uno de los supuestos más controvertidos en el ámbito de la responsabilidad civil, en su proyección sobre el Derecho de la persona y de la familia, es el que tiene lugar, cuando el médico omite o cumple incorrectamente el deber de informar a la madre sobre la existencia en el feto de deficiencias graves¹, que, de haber sido conocidas por aquélla, le habrían facultado para interrumpir su embarazo, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, conforme a lo dispuesto en el art. 15.b de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de

I Sobre el deber de información, dice Romero Coloma, A. M. "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)". *RCDI* (2010). 722º, 2562, que "es muy importante que la información que se suministra al paciente sea clara y concisa —que no quiere decir que sea incompleta—, evitando los tecnicismos médicos que pueden inducir a confusión al paciente, cuando éste es lego en cuestiones de medicina".
Por su parte, Vivas Tesón, I. "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial". *RdP* (2003). 11º, 406, afirma que, en los casos de *wrongful birth*, "el deber de información se concreta en la emisión del diagnóstico prenatal, que consiste en la identificación de anomalías en el feto antes de su nacimiento".
En cuanto al grado de detalle o amplitud de la información, ésta debe comprender, como explica la STS 21 diciembre 2005 (RAJ 2005, 10149), "todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental". Es decir, se debe de informar al paciente de cualquier riesgo conocido que pueda existir para el feto, por muy remotas o insignificantes que sean las posibilidades de que tal riesgo redunde en una deformidad del futuro bebé.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, "Comentarios a las Reformas de Familia de 2005", Thomson-Aranzadi, 2006; "Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/ 1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen", Thomson-Aranzadi, 2006; "El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista", Thomson-Aranzadi, 2011; o "Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares", Thomson-Aranzadi, 2012.

• Pedro Chaparro Matamoros (Valencia, España)

Es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Actualmente es becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Ha publicado hasta la fecha 16 artículos científicos en revistas indexadas, entre otras, Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías y Revista Boliviana de Derecho. Ha participado, además, en 4 obras colectivas (dos de ellas publicadas en Aranzadi) y en los manuales de "Derecho Civil I" (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), "Derecho Civil II" (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011-2013) y "Derecho Civil IV" (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

la interrupción voluntaria del embarazo² (antiguo art. 417 bis³ del Código Penal de 1973)⁴.

Al contemplar el supuesto descrito, se plantea, en consecuencia, la posibilidad de que la madre pueda dirigirse contra el médico, que, al no haber cumplido correctamente su deber de información, le privó, en su momento, de la facultad legal de abortar.

Con carácter previo a lo que se va a exponer, ya anticipamos que, en nuestra opinión, el nacimiento de un ser humano nunca puede constituir un daño resarcible, porque la vida es un bien constitucionalmente protegido⁵, con independencia de la percepción que la persona pueda tener acerca del valor de su propia existencia⁶.

Desde el punto de vista jurídico, merece siempre una valoración positiva y ha de ser tutelada por el Estado, lo que es predicable de todos los seres humanos, cuya dignidad es idéntica, cualquiera que sea su calidad de vida y por muy graves que sean las deficiencias que sufra⁷.

Desde la óptica constitucional, no hay vidas que no merezcan ser vividas. Por ello, ninguna persona puede invocar un interés, digno de protección, a no haber nacido⁸.

De hecho, la causa por la que se permite abortar a la madre, en el caso de que el feto nazca con graves deficiencias, no reside en una valoración jurídica negativa de la vida del deficiente, sino en la consideración de que no es exigible a la madre soportar las cargas que para ella se derivan de tal supuesto⁹.

2 B.O.E. núm. 55, de 4 de marzo de 2010, pp. 21001-21014.

3 Según la reforma introducida por la LO 9/1985, de 5 de julio, publicada en el B.O.E. núm. 166, de 12 de julio de 1985, p. 22041.

4 Sobre el tema es de importancia en la doctrina científica española la monografía de Macía Morillo, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de 'wrongful birth y wrongful life')*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch.

5 Se pregunta Murat, P. "L'affaire Perruche: où l'humanisme cède à l'utilitarisme". *DF* (2001), enero, 29, cómo es posible conciliar el derecho a quejarse de permanecer con vida con el respeto del principio constitucional de salvaguarda de la dignidad de la persona humana.

6 La STC 11 abril 1985 (RTC 1985, 53), afirma que el derecho a la vida "es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia".

7 La garantía de la vigencia del derecho a la vida, en cuanto que derecho fundamental, implica –como expone la STC 11 abril 1985 (RTC 1985, 53)– la obligación positiva del Estado de contribuir a su efectividad, "aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano".

8 Como afirma la STS 5 junio 1998 (RAJ 1998, 4275), "la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo".

9 La STC 11 abril 1985 (RTC 1985, 53), explica que "el fundamento de este supuesto [de despenalización parcial del aborto], que incluye verdaderos casos límite se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia". El Tribunal Constitucional justifica esta argumentación, teniendo "en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso, de que les sobreviva". Y, más adelante, añade: "en la medida en que avance

II. RESPONSABILIDAD CIVIL RESPECTO DE LA MADRE POR PRIVACIÓN DE LA FACULTAD DE ABORTAR.

Estamos aquí ante las denominadas acciones de *wrongful birth*¹⁰, a través de las que se reclama responsabilidad a un profesional sanitario cuya conducta ha permitido, en determinadas circunstancias, que se haya producido el nacimiento, o la concepción, de un hijo discapacitado, es decir, afectado de graves taras, malformaciones o defectos físicos y/o psíquicos.

Como ha sido señalado, en esta acción los padres alegan que, al no haberse detectado, ni haber sido informados, de la posibilidad (o probabilidad) de que la madre concibiese a un niño con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de tomar una decisión informada acerca de dar lugar, o no, al nacimiento¹¹.

A nuestro parecer, en este punto, el problema no estriba tanto en admitir la responsabilidad civil médica (que creemos que la hay), como en determinar la extensión del daño resarcible, ya que existe el evidente riesgo de que, con el pretexto de indemnizar a la madre por la privación de la facultad de interrumpir el embarazo, se acabe considerando un daño resarcible el nacimiento mismo del hijo, lo que, desde nuestro punto de vista, es inaceptable.

I. El estado de la cuestión en la jurisprudencia.

La jurisprudencia existente sobre la materia es contradictoria. Inicialmente, se siguió la línea de considerar que el daño resarcible era el nacimiento del hijo deficiente, si bien poco a poco se ha ido admitiendo que el daño es, en cambio, la privación a la madre de la facultad de interrumpir el embarazo. No obstante, no faltan sentencias que consideran que el daño resarcible lo constituyen tanto la privación de la facultad de interrumpir el embarazo como el nacimiento del hijo deficiente.

a) La STS 6 junio 1997 (RAJ 1997, 4610)¹² es el primero de los fallos que se ocupó de la materia. En el supuesto litigioso la madre, a la que se le había diagnosticado un

en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social [...] [se] contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”.

10 Sobre la distinción entre las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* (en las que es el niño que nace con deficiencias –o sus representantes legales- quien se dirige contra el médico exigiendo la reparación del daño que experimenta, que no es otro que haber nacido), véase Maciá Morillo, A. “Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2006). 10º, 75-90; Pacheco Jiménez, Mª. N. “Acciones *wrongful birth* y *wrongful life*: una controvertida vía de responsabilidad civil médica”. *Documento de Trabajo: Seminario Permanente de Ciencias Sociales* (2011). 2º; y Romero Coloma, A. M. “Las acciones de *wrongful birth*” y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, cit., 2564-2579.

11 Romero Coloma, A. M. “Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica”. *LL* (2009). 7231º, I.

12 La sentencia aparece comentada por Bustos Pueche, J. E. “Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del

embarazo de alto riesgo, acudió a un hospital, donde, por prescripción facultativa, se le practicó una amniocentesis. La prueba fracasó, fracaso que no se notificó a la madre, hasta pasados dos meses de su constatación, cuando ya no era posible interrumpir el embarazo, naciendo finalmente un niño con síndrome de “Down”.

La madre pidió una indemnización de 50.000.000 pesetas, petición que fue desestimada en primera y segunda instancia, pero que fue acogida por el TS¹³, quien constató la negligencia médica y la predisposición de la madre a abortar, de haber sabido que el hijo nacería con el síndrome de “Down”.

Sin embargo, lo que ya no compartimos son las consideraciones del Tribunal acerca del daño resarcible. Afirma que el daño “no es patrimonial”, luego hay que entender que es moral. En esto, estamos de acuerdo. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, el daño moral resarcible ha de ser circunscrito al que experimenta la madre por haber sido privada de la facultad de interrumpir el embarazo, pero no puede ser considerado un daño moral resarcible el hecho de que, como consecuencia de no haber podido abortar, haya dado a luz un niño “anormal”, porque ello atentaría contra la dignidad de ese niño y la de los deficientes mentales, en general.

Por ello, nos parece totalmente rechazable la tesis contraria, sustentada por el TS de que “surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down (Mongolismo)”, así como su lógica consecuencia en el terreno resarcitorio, cual es el de considerar como parámetros para fijar la indemnización “el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada”.

Insistimos, el nacimiento de un niño deficiente no puede constituir, por sí sólo, un daño reparable, por lo que no puede condenarse a los profesionales sanitarios a indemnizar un inexistente daño moral, consistente en el “impacto psíquico de crear un ser discapacitado” (afirmación ésta, que nos parece especialmente desafortunada), como tampoco –creemos- el daño, sin duda patrimonial, consistente en el mayor esfuerzo económico que para la madre supone atender a un niño con síndrome de “Down”.

El TS, sin duda, trata de solucionar el evidente problema económico que se le presenta a la madre que tiene que atender a un niño deficiente, pero la

Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”. LL (1997). 5º, 1699-1701; y Ureña Martínez, M. “Comentario a la STS de 6 de junio de 1997”. CCJC (1997). 45º, 1105-1116.

13 Sobre la cuestión de la responsabilidad civil de las compañías de seguros de asistencia sanitaria por los daños causados por la negligencia de los profesionales y centros incluidos en el cuadro médico, v. Martín Casals, M. y Solé Feliu, J. “Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006”. CCJC (2007). 73º, 524-527.

responsabilidad civil no tiene una función asistencial, sino reparadora; y la delimitación del daño resarcible no puede realizarse con arreglo a criterios que chocan contra principios constitucionales básicos, como es el de respeto a la dignidad de la persona, proclamado en el art. I de nuestra Carta Magna¹⁴.

b) La STS 4 febrero 1999 (RAJ 1999, 748)¹⁵ se pronuncia en sentido contrario a la anteriormente expuesta. El supuesto litigioso giraba en torno al nacimiento de una niña con graves malformaciones congénitas, dándose la circunstancia de que, en este caso, a diferencia del anterior, el comportamiento del médico había sido diligente, ya que, aunque dichas malformaciones no habían sido detectadas, quedó probado que se habían observado los protocolos establecidos respecto del embarazo calificado de normal y de bajo riesgo, como era el de la demandante.

La *ratio decidendi* del fallo, que confirmó la sentencia recurrida, desestimatoria de la demanda, fue la ausencia de negligencia del médico y de las instituciones sanitarias demandadas, pero el Supremo realizó interesantes declaraciones, que, aunque parecen *obiter dicta*, merecen ser reproducidas.

Así, al examinar el motivo del recurso, en el que se invocaba infracción del art. 1902 CC, dice así: "El motivo también debe ser desestimado; primero, porque los hechos probados, de ambas sentencias de instancia, declaran expresamente que la actuación médica se adaptó completamente a la 'lex artis ad hoc', esto es, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del Centro donde se prestó sus servicios; segundo, porque no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades. La genética está fuera de las posibilidades de que la doctora evitara el resultado. Además, es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo. Y en tercer lugar, la doctrina dominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño 'per se', y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento".

Ciertamente, desde el momento en que no había existido ninguna negligencia médica en la detección de las malformaciones congénitas, toda pretensión resarcitoria resultaba inviable.

14 B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424.

15 La sentencia ha sido comentada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. "Comentario a la STS de 4 de febrero de 1999". *CCJC* (1999). 50º, 853-859; De Angel Yagüez, R. "La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?". *Rev. Der. Gen. H.* (1999). 10º, 117-155; y Díez-Picazo Giménez, G.: "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil". *LL* (1998). 3º, 1700-1709.

Pero el TS dice, además, que no ha quedado probado que, de haber sabido la madre que su hija nacería con malformaciones, hubiese abortado. Se contesta, así, a la tesis sustentada en el recurso de que el nacimiento de la niña era un daño susceptible de ser reparado, tesis ésta que, evidentemente, la sentencia no comparte, haciendo referencia a la opinión, que considera dominante en la doctrina científica (a la cual nosotros nos sumamos), de que el nacimiento de un niño con deficiencias, no detectadas en el diagnóstico prenatal, no es un daño (indemnizable) *per se*, y de que, por lo tanto, el resarcimiento sólo tendrá lugar en el caso de que haya existido una negligencia médica que haya causado o agravado dichas deficiencias.

Ahora bien, hay una afirmación del TS, que no compartimos totalmente, la cual parece destinada a excluir todo resarcimiento, en el caso de nacimiento de un niño con deficiencias no detectadas, pero no imputables a un acto de negligencia médica. Dice, así: que “los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento”.

A nuestro parecer, la privación de la facultad de optar por el aborto sí es un daño moral resarcible, precisamente, nos parece el único daño susceptible de ser reparado en los casos en que la falta de diligencia en la realización del diagnóstico prenatal o en la comunicación de sus resultados imposibilita el ejercicio de la opción de abortar de la mujer embarazada. Ciertamente, si a la hora de cuantificar el daño se incluyen daños materiales por los gastos adicionales que para los padres supone haber engendrado un niño deficiente (en relación con los que generan los que no lo son), de hecho, se acaba considerando como daño resarcible el nacimiento mismo del niño; y este riesgo, evidentemente, existe. Ahora bien, a nuestro entender, esto no es razón suficiente para negar la indemnización del daño moral que experimenta la madre al no poder ejercitar la facultad de interrumpir el embarazo. No creemos que haya que negar el resarcimiento de dicho daño moral, sino que lo que hay que evitar es que, al calcular su cuantía, se incluyan conceptos que son extraños a él y que acaben desnaturalizándolo.

c) La STS 7 junio 2002 (RAJ 2002, 5216)¹⁶ conoció de una pretensión de resarcimiento, presentada por una madre, que, habiendo quedado embarazada a los 40 años, acudió al médico, planteándole el temor de que, dada su edad, el niño pudiera nacer con alguna deficiencia. El médico disipó sus temores, asegurándole que “no se preocupara” y “que todo iba normal”. Lo cierto es que nació un niño con síndrome de “Down”.

16 La sentencia ha sido comentada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”. *CCJC* (2002). 60°, 857-865; De Ángel Yagüez, R. “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de ‘wrongful birth’. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”. *Rev. Der. Gen. H.* (2002). 17°, 179-202; y por Martín Casals, M. y Solé Feliu, J. “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”. *CCJC* (2002). 60°, 1097-1121.

El TS no estimó la pretensión resarcitoria de la madre, entendiendo que, en el caso litigioso, no concurría el nexo de causalidad entre el defecto de información del médico y el daño cuya reparación se solicitaba.

Con el fin de excluir la existencia del nexo de causalidad, afirmó que, "Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante".

Esta afirmación no puede menos que compartirse, lo que sucede es que el "daño" cuyo resarcimiento se solicitaba en la demanda, no era la deficiencia del niño, sino el nacimiento de éste con el síndrome de "Down".

Es por ello que el TS prosigue su razonamiento del siguiente modo: "El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas". Más adelante, añade: "El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo"; y concluye: "Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo".

En este razonamiento nos parece que aparecen mezcladas dos cuestiones distintas: por un lado, el daño, cierto, que experimentó la madre al privársele de la facultad de abortar; y, de otro lado, el "daño" que, según los demandantes, sufrió aquélla, por haber dado a luz un niño deficiente.

En el proceso no se logró demostrar que la madre hubiera abortado, en el caso de que hubiera sabido que el hijo nacería con el síndrome de "Down"; y, en este sentido, es verdad que no se pudo probar la existencia de un nexo de causalidad entre el defecto de información, imputable al médico, y el nacimiento del niño, "daño" cuyo resarcimiento se pedía en la demanda (por más que, en nuestra opinión, no estemos aquí ante un daño resarcible).

Ahora bien, la falta de información del médico sí privó a la madre de la facultad de interrumpir su embarazo; y nos parece que la privación de esta facultad es, en sí misma, un daño moral, que se produce con independencia de que su titular tuviera,

o no, la voluntad de ejercitarla¹⁷. Por lo tanto, respecto de este daño, consistente en la pérdida de la opción de abortar que la ley concede a toda madre cuyos hijos vayan a nacer con graves deficiencias, es evidente que sí se puede afirmar la existencia de un nexo de causalidad, por lo que no creemos que pueda compartirse la afirmación del TS de que “El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas”.

d) La STS 21 diciembre 2005 (RAJ 2005, 10149)¹⁸, desgraciadamente, reitera y profundiza en la tesis sustentada por la anteriormente expuesta STS 6 junio 1997 (RAJ 1997, 4610), a la que cita expresamente, afirmando que el nacimiento de un niño con síndrome de “Down”, produce un daño resarcible, no sólo de carácter moral, sino también patrimonial, extremo éste, que, al menos expresamente, no había declarado la sentencia que sirve de apoyo a ésta.

Una mujer embarazada, de 40 años de edad, se sometió a un diagnóstico prenatal (biopsia Corial transabdominal bajo control ecográfico) para detectar si el feto estaba afectado por el síndrome de “Down”, con el fin de poder abortar; en el caso de que lo estuviera. Tras la práctica de la prueba, se le comunicó que el feto era citogenéticamente normal, por lo que siguió adelante con el embarazo. Sin embargo, dio a luz un varón con síndrome de “Down”. La madre y su marido ejercitaron una demanda de responsabilidad civil, que fue desestimada en las dos instancias y, en cambio, fue acogida favorablemente por el TS, que condenó a las instituciones sanitarias demandadas al pago de una indemnización de 27.000.000 pesetas a cada uno de los padres, al considerar acreditada la negligencia de los profesionales sanitarios, así como el hecho de que la madre hubiera abortado, de haber sabido que el niño nacería con el síndrome de “Down”.

En este caso, el Supremo consideró que el daño resarcible provenía tanto de la privación de la facultad de interrumpir el embarazo como el nacimiento del hijo deficiente, afirmando que “El daño, por tanto, resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. Aquél [el daño moral], derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo

17 V. en este sentido Díez-Picazo Giménez, G. “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, cit., 1706; y Navarro Michel, M. “Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005”. CCJC (2006). 72º, 651.

18 La sentencia ha sido comentada por Navarro Michel, M. “Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005”, cit., 1637-1657.

discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas (STS 6 junio 1997)".

Y, en alusión al daño patrimonial, prosigue diciendo lo siguiente: "Éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por Síndrome de Down".

No reiteraremos el rechazo que nos produce la tesis sustentada en esta sentencia¹⁹. Nos remitimos a lo ya dicho a propósito de la de fecha de 6 de junio de 1997.

e) La STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572) no estimó las pretensiones de la demandante, referidas a la negligencia del médico, quien al incumplir su deber de información le había causado un perjuicio consistente en la privación de conocer si su hija iba a nacer con síndrome de "Down" y, en consecuencia, le privó de haber optado, en su caso, por la interrupción voluntaria del embarazo.

La demandante, embarazada y de 29 años de edad, entendía que, dadas sus circunstancias (toma de fármacos contraindicados en período de gestación, sometimiento a radiografías, trastorno depresivo agudo, así como otro parto anterior precedido de un período de gestación especialmente delicado con reposo absoluto), el médico le debía haber puesto en conocimiento de las distintas técnicas invasivas de diagnóstico, emitiendo en su caso su juicio clínico sobre la conveniencia o no de someterse a tales pruebas, teniendo en cuenta los citados riesgos concurrentes. El supuesto, como se ve, es similar al resuelto por la STS 7 junio 2002 (RAJ 2002, 5216).

El TS no estimó la pretensión resarcitoria de la actora, al no entender infringido el deber de información. En este sentido, exige, para que el deber de información sea constitutivo de una negligencia médica, que quede debidamente acreditado que se trata de un embarazo con riesgos.

En todo caso, la importancia de la sentencia radica en el hecho de que el TS parece admitir la relación de causalidad entre el incumplimiento del deber de información y la privación de la facultad de optar por el aborto, entendida ésta como daño mismo. Al respecto afirma que [si bien únicamente en casos de embarazo con alto nivel de riesgo], "puede considerarse que la falta de información constituye un hecho negligente que, en caso de confirmarse el nacimiento con la expresada anomalía, causa daño a la madre por privarla de la posibilidad de decidir acerca de su

19 Que también se halla presente en alguna jurisprudencia de instancia. Cfr., así, SAP Madrid, sección 8ª, núm. recurso 1023/1997, de 10 de febrero de 2001, y SAP Barcelona 10 octubre 2001 (JUR 2002, 6033).

situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, en circunstancias que afectarán profundamente a la suya en todos los sentidos”.

Conforme a lo expuesto, parece ser que, de haberse entendido incumplido el deber de información, el TS habría admitido la reparación del daño, como se desprende, *a sensu contrario*, de la siguiente afirmación: “La consecuencia a que debe llegarse es la de que la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia [...] conduce a la conclusión de que no se ha demostrado que concurrieran circunstancias de riesgo que aconsejaran o hicieran conveniente, con arreglo a la lex artis aceptada en el año 1994, en que se produjeron los acontecimientos, la práctica de la prueba de la amniocentesis [...], de tal suerte que la omisión de información sobre la conveniencia de la práctica de la misma no puede considerarse contraria a la lex artis y, en consecuencia, determinante de responsabilidad del facultativo”.

Se acepta, pues, un daño moral resarcible consistente en la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, algo que, como hemos señalado *supra*, es el camino a seguir:

Con ello, asistimos a un cambio de criterio respecto a la anterior STS 7 junio 2002 (RAJ 2002, 5216), que resuelve un supuesto similar, en la que el TS no estimó (aunque tampoco fue pedido por los demandantes) el resarcimiento del daño moral derivado de la privación de la facultad de optar por la interrupción del embarazo: “El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas”.

Aplaudimos este cambio de postura del TS, pues con la línea jurisprudencial anterior, difícilmente se hubiera aceptado en alguna ocasión la responsabilidad civil médica, al considerar ser el daño resarcible, no la privación de la facultad de optar por la interrupción del embarazo, sino el nacimiento del niño deficiente, lo que exige un nexo de causalidad entre la negligencia que supone la omisión de la información y el nacimiento del niño, nexo que, dada la dificultad de prueba (la voluntad de continuar o no con el embarazo sólo está en la mente de la madre, y llegado el caso no se sabe qué habría podido pasar) habría sido difícil de demostrar. En cambio, con esta nueva sentencia, el TS admite expresamente que la falta del deber de información es precisamente la que causa el daño, que, insistimos, no es el nacimiento del niño deficiente, sino la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, y ello con independencia de que ésta se llegue a producir²⁰.

20 Con todo, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración existe una sentencia posterior del TS de la Sala de lo Contencioso, que nos parece criticable, pues no queda claro que el daño por la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo surja automáticamente como consecuencia

f) La STS 23 noviembre 2007 (RAJ 2008, 24) conoció de una pretensión de resarcimiento, promovida por la demandante, de 43 años de edad, como consecuencia de no haber sido informada de las posibilidades de realizarse pruebas de diagnóstico prenatal.

El TS entendió que la edad de la recurrente (43 años) era constitutiva *per se* de un embarazo de riesgo, por lo que los médicos que le atendieron debieron haberle informado sobre la posibilidad de practicarse pruebas de diagnóstico prenatal. En este sentido, señala el Supremo que “No consta que se hubiera o no proporcionado la información sobre las posibilidades de diagnóstico en su embarazo” y que “La edad de la embarazada, 43 años, era indicativa de un embarazo de riesgo”.

En cuanto al daño producido, el Supremo se pronunció en la línea de la STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572), admitiendo que la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo constituía el único daño moral resarcible. Afirma al respecto que “El daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones”.

Lo novedoso de la sentencia no es que diga que exclusivamente sea admisible el resarcimiento por la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, algo ya anticipado por la STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572), sino que, por fin, se señala expresamente que el nacimiento del niño deficiente no puede dar lugar a un daño resarcible, cuestión controvertida sobre la que el TS, desgraciadamente, se había pronunciado en sentido contrario en las recién analizadas SSTS 6 junio 1997 (RAJ 1997, 4610) y 21 diciembre 2005 (RAJ 2005, 10149). Así, se afirma que “Debe descartarse que se haya producido un daño a la

de la negligencia médica, sino que, más bien, parece exigirse, de nuevo, un nexo de causalidad por el que se demuestre que, de haberse conocido la malformación, se habría abortado. Así, la STS 16 octubre 2007 (RAJ 2007, 7620) estima las pretensiones de los recurrentes, condenando a la Administración al pago de 150.000 euros. La madre recurrente, de 35 años, dio a luz un niño con síndrome de “Down”, tras haber solicitado en repetidas ocasiones, sin que fuera atendida su petición, la práctica de una amniocentesis, por temor a malformaciones fetales derivadas de la ingesta de fármacos anti-depresivos durante el embarazo. Constatada la negligencia, el TS, en orden a resolver la cuestión planteada, trae a colación sentencias antiguas, entre ellas la criticada STS 7 junio 2002 (RAJ 2002, 5216), señalando que “incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico”, algo que no se logra acreditar en el proceso, siendo que “esa falta de probanza determina, en el caso de autos, que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”. A *sensu contrario*, se deduce que en el supuesto de que la Administración hubiera logrado probar que, en caso de conocerse la malformación, no se hubiera interrumpido el embarazo, no habría nacido responsabilidad alguna.

Resulta sorprendente que dos sentencias tan cercanas en el tiempo (19 de junio y 16 de octubre de 2007), procedentes ambas del TS (toda vez que de distintas salas), tengan pronunciamientos opuestos. En cuanto al daño moral resarcible, sí que se sigue la línea de la STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572), en el sentido de considerar que lo constituye la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo. No puede ser, bajo nuestra opinión, más contradictoria la sentencia, ya que, entendemos, no tiene sentido exigir un nexo de causalidad, consistente en probar que se hubiera abortado de haberse sabido la malformación, si lo que luego se acaba indemnizando es la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, que tiene lugar en cualquier caso, se aborte o no.

menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 junio 1998 (RAJ 1998, 4275), que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”²¹.

Respecto a la cuantía de la indemnización, el TS considera razonables las cantidades reclamadas en la demanda, esto es, cinco millones de pesetas (30.050,61 euros) a cada progenitor:

g) La STS 31 mayo 2011 (RAJ 2011, 4000) conoció de un recurso de casación que tenía por objeto el resarcimiento de unos padres a quienes se les privó del derecho a abortar, como consecuencia de la información errónea que les fue proporcionada, consistente en un diagnóstico desacertado que no detectó la anomalía con la que posteriormente nacería el feto (nacimiento sin el brazo derecho).

Los padres demandaron a la clínica por negligencia médica, consistente no sólo en el error de diagnóstico que determinaba la existencia en el feto de un miembro del que luego carecía (brazo derecho), sino también en el hecho de que la ecografía obstétrica se le practicó en la semana 24 de gestación en lugar de en la 20.

El Supremo entiende al respecto que existió negligencia médica, pues “La información errónea o incompleta equivale a la falta de información y conforma una actuación médica deficiente”. Y, en línea con las anteriores SSTS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572) y 23 noviembre 2007 (RAJ 2008, 24), el Supremo desvincula el daño producido de la decisión de abortar, si bien, desgraciadamente, lo asocia no sólo a la privación del derecho a abortar (que sería lo deseable), sino también al nacimiento de un niño con deficiencias: “El daño es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir [...], sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad (STS 21 de diciembre 2005)”.

21 Las sentencias más recientes sobre esta cuestión se han producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y en ellas se ha asumido que el nacimiento de un niño con síndrome de “Down” no puede considerarse un mal. Así, la STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5860), de la Sala de lo Contencioso, señala que “el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño [...]. No hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida”. En cambio, pese a no considerarse un daño el nacimiento, resulta paradójico que posteriormente se acaben resarciendo los gastos derivados de la crianza, ya que se afirma que “puede haber daño y proceder la indemnización” cuando “las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria”.

El TS, en fin, cifra el daño producido en 60.000 euros, condenando a la médica y a la clínica a abonar solidariamente a cada uno de los padres 30.000 euros.

2. Propuestas de solución.

Una vez constatada la falta de una doctrina jurisprudencial uniforme, pasaremos a exponer algunas ideas, que, a nuestro juicio, debieran presidir la solución del problema analizado.

A) Identificación del daño resarcible con la privación de la facultad de interrumpir el embarazo: exclusión de otros perjuicios, morales o materiales.

Admitido que la negligencia del personal sanitario en el cumplimiento de su deber de información puede causar un daño susceptible de reparación, procede, ante todo, determinar en qué consiste éste.

A nuestro parecer, el daño resarcible es el perjuicio moral que sufre la madre, por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo ("perte de chance"²²), perjuicio éste, cuya cuantificación presenta la dificultad inherente a la valoración de todo daño moral²³. El TS parece haber ido orientándose en este sentido en sus SSTs 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572) y 23 noviembre 2007 (RAJ 2008, 24).

Pero, en cualquier caso, no es admisible que, con el pretexto de reparar dicho daño moral, de hecho, se acabe resarcido a la madre, no ya por la privación de la facultad de optar por el aborto, sino por el nacimiento del niño²⁴: el nacimiento de un ser humano, por muy graves que sean sus deficiencias, nunca puede constituir un daño resarcible; a ello se opone el principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona. Por ello, no son susceptibles de indemnización los perjuicios, psíquicos (hipotético impacto emocional) o económicos, que pueda experimentar la mujer

22 La SAP León 15 septiembre 1998 (AC 1998, 1504), que exonera de responsabilidad civil al médico, en el caso de nacimiento de una niña con síndrome de "Down" por considerar que el facultativo obró diligentemente, centra bien la cuestión, cuando, en una declaración "obiter dicta", afirma que "La imputación que cabría pues hacer al facultativo, dicho sea a los solos efectos dialécticos, sería el de no haber realizado determinada prueba de diagnóstico prenatal (amniocentesis) que habría podido permitir conocer durante el embarazo el defecto congénito y permitir a los padres optar por proseguir con el embarazo o su interrupción voluntaria". Y, con toda precisión, añade: "No se trataría pues de hacer responder a los demandados por el nacimiento de la niña —con o sin defecto congénito—, pues resulta cuando menos discutible el que pueda considerarse el nacimiento de un hijo con síndrome de Down (mongolismo) como un 'daño resarcible' (así lo califica la STS 6 junio 1997), sino por no haber dado a los padres la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down a abortar, figura que la doctrina civilista conoce como 'pérdida de una oportunidad'".

23 La facultad de abortar no integra el contenido de un pretendido derecho subjetivo a abortar, que no existe como tal. Como observa Beignier, B. "La liberté de concevoir un enfant". *DF* (2004). 2º, 5, no existe un derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, sino una libertad civil (en las circunstancias legalmente previstas) a elegir no proseguir con él.

24 Se trata de un riesgo evidente, al que, como ha quedado expuesto, se refiere la ya citada STS 4 febrero 1999 (RAJ 1999, 748), cuando avisa de que "los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento".

que da a luz un hijo enfermo, como son las mayores cargas que, en este caso, conlleva la maternidad²⁵.

B) La negligencia de los profesionales sanitarios.

Para que los profesionales sanitarios respondan frente a la madre, es necesario que la pérdida de su facultad de abortar haya sido causada por no haberle informado aquéllos de las enfermedades con las que nacería el feto.

Ahora bien, lógicamente, no se les puede sujetar a una especie de responsabilidad objetiva por la existencia en el recién nacido de cualquier tipo de enfermedad no detectada durante el embarazo, sino que, tan sólo, responden por aquéllas que hubieran podido ser diagnosticadas dentro de las 22 primeras semanas de gestación con los medios científicos y técnicos ordinarios²⁶, o, en su caso, con los medios extraordinarios previstos para embarazos de riesgo, si el de la madre era de este tipo (por ejemplo, prueba de amniocentesis, para detectar si el feto está afectado por el síndrome de "Down", en el caso de mujeres mayores de 35 años²⁷).

En definitiva, la responsabilidad civil surge, exclusivamente, cuando los profesionales sanitarios no han empleado la diligencia exigible (según la *lex artis* en

25 En la SAP Málaga 31 marzo 2000 (AC 2000, 915) se observa el riesgo al que nos referimos, de que, con el pretexto de indemnizar a la madre por la privación de la facultad de abortar, en definitiva, se acabe considerando, como daño resarcible, el nacimiento del niño deficiente. La Audiencia rechaza la tesis de la sentencia recurrida, de que el nacimiento de una niña con síndrome de "Down" pueda ser considerado un daño resarcible, declarando que el caso litigioso (en el diagnóstico prenatal no se había detectado el síndrome) debe resolverse sin "rememoración de teorías sobre la depuración de la raza (propia del nacionalsocialismo alemán de mediados del siglo XXI)", reconduciendo, con razón, el daño resarcible a la privación a la madre de la facultad de abortar. Sin embargo, lo cierto es que acaba llegando al mismo resultado que la sentencia recurrida (de hecho, confirma la condena de los demandados a pagar a los padres 25.000.000 pesetas), al considerar que debe ser reparado el daño derivado de la mayor carga económica que para los progenitores supone haber dado a luz una niña con síndrome de "Down", lo que, en definitiva, supone considerar, implícitamente, que el nacimiento de un ser humano con esta deficiencia constituye un daño indemnizable para los padres.

26 Por ello, la SAP León 8 marzo 2001 (AC 2001, 2293) entendió que no era negligente la conducta del ginecólogo, por la deficiencia proximal femoral, con la que había nacido el niño, que no había sido detectada en las ecografías realizadas, por ser una malformación de gran rareza, difícil de detectar dentro del plazo previsto para realizar el llamado aborto eugenésico, y el bajo riesgo obstétrico de la gestante, de tan sólo 22 años de edad.

Asimismo, la SAP Barcelona 9 marzo 2005 (AC 2005, 485) estimó que el ginecólogo no responde cuando nace un niño con malformaciones congénitas evolutivas, de detección precoz muy difícil, si "al no existir antecedentes patológicos que justificaran mayor precisión, el facultativo siguió el protocolo normal y exigible en aquel momento sin que se detecte mala praxis en cuanto a la frecuencia o calidad de las ecografías, ni puede entenderse que incumpliera deber alguno al no informar a la paciente de la existencia de aparatos de mayor precisión porque su utilización no estaba justificada y porque un exceso de información podría resultar contraproducente".

27 Obviamente, hay que excluir la responsabilidad civil del médico, cuando éste informa a la paciente de la posibilidad de que se someta a una prueba de amniocentesis y ésta lo descarta, prefiriendo someterse a otras pruebas menos invasivas, que no detectan el síndrome de "Down". Cfr., en este sentido, SAP León 15 septiembre 1998 (AC 1998, 2020) y la SAP Vizcaya 11 julio 2002 (AC 2002, 252804).

Igualmente, tampoco nace la responsabilidad civil del médico en los casos en que el error de diagnóstico sea imputable a la prueba realizada, y no a su interpretación. Así, la SAP Baleares 6 junio 2001 (AC 2001, 2143) desestimó la responsabilidad del ginecólogo y analistas demandados, por no haber detectado que la niña que nacería de una mujer, de 37 años de edad, que se sometió a una amniocentesis, tendría síndrome de "Down". Observa la Audiencia que dicha técnica no cuenta con una fiabilidad del 100% y que uno de los casos en que falla es cuando, como aconteció en el caso litigioso, la madre presenta una placenta previa, por lo que se produce una confusión imprevisible e inevitable entre las células maternas y las del feto.

el estado actual de la ciencia médica) en la detección y consiguiente comunicación de las enfermedades con las que pudiera nacer el niño²⁸.

El médico incurrirá, así, en una conducta negligente, cuando no haya informado a la mujer, que se halle en un embarazo de riesgo, de la existencia de pruebas clínicas tendentes a comprobar el estado de salud en el que nacerá el hijo, y a detectar sus posibles enfermedades. Por ejemplo, si no advierte a una mujer mayor de 35 años o con antecedentes familiares de síndrome de "Down", de la posibilidad de someterse a una amniocentesis para detectar si el niño nacerá con tal deficiencia [STS 7 junio 2002 (RAJ) 2002, 5216]²⁹].

También el médico será susceptible de un reproche culpabilístico, cuando interprete erróneamente los resultados de un diagnóstico prenatal, en el que claramente se detecte la existencia en el feto de una enfermedad o se revele una anomalía, que pueda ser indagada mediante pruebas adicionales. Así, la SAP Las Palmas 25 enero 2005 (AC 2005, 339) consideró negligente la actuación del médico, que, habiendo hallado en las ecografías una formación hiperrefringente anormal, no informó a la paciente adecuadamente de este hecho, descartando unilateralmente la práctica de una amniocentesis, con la que se podía haber detectado el síndrome de "Patau" y de "West", con el que nacería el niño.

La negligencia del analista o laboratorio médico habrá que valorarla en relación con la diligencia que haya desplegado al realizar el diagnóstico prenatal³⁰. Responderá, sin duda, cuando exista una radical equivocación entre el diagnóstico prenatal informado y el resultado final³¹.

28 En el caso concreto, determinar hasta dónde llega la obligación de información del médico es siempre cuestión delicada, pero, en principio, parece que en el ejercicio de esta facultad deberá ajustarse a los protocolos del hospital en el que trabaje.

Así resulta de la SAP Barcelona, sección 14ª, núm. recurso 1190/1998, de 8 de mayo de 2000, que desestimó la pretensión resarcitoria presentada por una mujer, que había tenido un hijo con síndrome de "Down", quien alegaba que se le había privado de la facultad de abortar; al no habersele realizado la prueba de "triple screenig". La Audiencia desestimó la demanda, argumentando que "no existía ninguna norma que exigiese la práctica del Triple Screening a las embarazadas", añadiendo que "el síndrome de Down es un riesgo siempre presente en la especie humana" y, aun reconociendo que dicho riesgo aumenta en función de la edad de la mujer, afirma que "En el supuesto enjuiciado la madre tenía 31 años, y no declaró ningún antecedente médico que pudiera valorarse como factor de riesgo"; y concluye: "En estas circunstancias no puede lícitamente afirmarse que los facultativos infringieran su 'lex artis', los resultados de la pruebas no invasivas efectuadas fueron normales, y no existía una situación de riesgo superior".

29 Téngase en cuenta, sin embargo, que, como se expuso en su lugar, en este caso el TS no estimó la pretensión resarcitoria, por entender que no había quedado probado que, de haber sabido la mujer que su hijo nacería con síndrome de "Down", hubiera abortado.

30 Como ya se ha dicho, no surge la responsabilidad civil del médico en los casos en que el error de diagnóstico sea imputable a la prueba realizada, y no a su interpretación. A este respecto, apunta Navarro Michel, M. "Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005", cit., que el error de diagnóstico "sólo genera responsabilidad civil cuando el profesional ha cometido un error negligente que ocasiona el daño ulterior" (p. 1646), recordando, en este sentido, que "los falsos negativos (o positivos) no suponen un error del médico en la lectura o interpretación de la prueba, sino el margen de error inherente a la propia prueba, que depende de la sensibilidad y especificidad de la misma" (p. 1649).

31 Por ejemplo, si se realiza una prueba, de gran fiabilidad, como es la amniocentesis, para detectar si el niño nacerá con síndrome de "Down"; se diagnostica que el feto es cromosómicamente normal; y, en cambio, nace un hijo con dicha deficiencia y con un sexo distinto al previsto en el diagnóstico [SAP Málaga 31 marzo 2000 (AC 2000,

C) El nexo de causalidad.

Para entender probada la existencia del nexo de causalidad³², no hay por qué entrar en el examen de la delicada cuestión de si la madre hubiera, o no, interrumpido su embarazo de haber sabido las deficiencias con las que nacería el hijo. El daño moral que experimenta la madre tiene lugar siempre que no es informada de las deficiencias del feto, con independencia, pues, de cuál hubiera sido su decisión (abortar, o no), de haberlas conocido.

Dicho examen sólo sería necesario si se considerara que el daño resarcible es el nacimiento del niño, pero no, si como aquí se propone, se entiende que el único perjuicio susceptible de reparación es el de la privación de la facultad de abortar.

De lo contrario se llegaría al sinsentido de que sólo las madres que hubieran estado dispuestas a abortar podrían recibir una indemnización de daños y perjuicios destinada, en definitiva, a atender las necesidades económicas del hijo deficiente, mientras que, en cambio, quedarían privadas de ella las que hubieran estado dispuestas a continuar con el embarazo, no obstante saber que darían a luz un niño enfermo.

En realidad, cabe cuestionar si es función de la responsabilidad civil cubrir las especiales necesidades de atención que provocan las personas deficientes. Creemos que no, como ha sido dicho con acierto: la responsabilidad civil no es un medio de cobertura social universal frente a todos los riesgos de la vida³³.

III. CONCLUSIÓN: EL CARÁCTER REPARADOR, Y NO ASISTENCIAL, DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

La tesis que considera como daño resarcible el nacimiento de un niño con una deficiencia está haciendo cumplir a la responsabilidad civil una función asistencial que no le es propia³⁴.

No cabe duda de que las personas desvalidas (todas ellas) deben ser atendidas. Pero, para ello, no debe recurrirse a una institución de Derecho privado, como es la responsabilidad civil, sino a la actuación de los poderes públicos, que han

915) y SAP Madrid, sección 8ª, núm. recurso 1023/1997, de 10 de febrero de 2001].

32 La relación de causalidad deberá existir, como bien pone de manifiesto Vivas Tesón, I.: “La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial”, cit., p. 410, “entre el error en el diagnóstico prenatal y la privación o pérdida del derecho de la madre a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto eugenésico”, entendida dicha privación de la facultad de optar por el aborto [recordemos] como daño moral en sí misma, y, por tanto, independiente de si la madre hubiera tenido, o no, la voluntad de ejercitarla, de haber conocido las deficiencias con las que nacería el feto.

33 Murat, P. “L’affaire”, cit., 30.

34 Nos parece que esta tesis hay que enmarcarla dentro de la llamada “ideología de la reparación”, la cual, según observa Mazeaud, D. “Nota” a *Cass. civ.* 17 noviembre 2002, *ass. plé. Dallaz* (2001), 4º, 332, conduce a manipulaciones jurídicas, más o menos groseras, con el fin de reparar toda clase de perjuicios.

de desarrollar políticas sociales, basadas en la solidaridad, financiadas por todos los ciudadanos mediante sus impuestos.

Esta es la dirección marcada en Francia por el art. I.I de la Ley núm. 2002-303, de 4 de marzo de 2002, el cual coloca a cargo de la solidaridad nacional las especiales necesidades de atención económica de las personas deficientes, excluyendo, expresamente, que los padres puedan dirigir demandas de responsabilidad civil por este concepto contra los profesionales sanitarios, que no hubieran diagnosticado dichas deficiencias durante el embarazo.

Se trata de una consecuencia lógica derivada del principio, plasmado en el art. I.II de la misma Ley, según la cual toda persona deficiente, cualquiera que sea la causa de su deficiencia, tiene derecho a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional: "Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale"³⁵.

En España, realiza un papel similar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia³⁶, cuyo objeto es, de conformidad con su artículo primero, "regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia"³⁷.

35 La Ley núm. 2002-303, de 4 de marzo de 2002, fue desarrollada por la Ley núm. 2005-102, de 11 de febrero de 2005, para la igualdad de derechos y de oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas con "hándicaps", a las que se les reconoce el derecho a la solidaridad nacional, garantizándoseles el acceso a los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de su ciudadanía, en igualdad de condiciones en todo el territorio francés (art. 2). Se establece una compensación de las consecuencias de su "hándicap", cualquiera que sea el "origen y la naturaleza de la deficiencia", que se dirige a responder a sus particulares necesidades, por ejemplo, de enseñanza, de educación, de inserción profesional, de acondicionamiento de vivienda y lugar de trabajo, para hacer posible el ejercicio de sus derechos ciudadanos y su capacidad de autonomía (art. 11), reconociéndoseles, en ciertos casos, el derecho a percibir una prestación (art. 12).

36 B.O.E. núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, pp. 44142-44156.

37 El art. 4.2 de la Ley 39/2006 establece los derechos de las personas en situación de dependencia, entre los que destacan el disfrute "de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad" (apartado a) y "la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley" (apartado k).



TUTELA DEL EMBRIÓN Y PROHIBICIÓN DE PATENTAR. UN CASO
DE INTERPRETACIÓN, SEGÚN VALORES, EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

*PROTECTION OF THE HUMAN EMBRYO AND BAN ON PATENTING.
A CASE OF INTERPRETATION OF VALUES IN THE JURISPRUDENCE OF
THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.296-315



Gabriele
CARAPEZZA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de julio de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 23 de septiembre 2013

RESUMEN: El artículo analiza la primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre la trascendental cuestión de la definición del embrión humano. Una interpretación según valores, que afirma la preferencia jerárquica de la dignidad humana sobre los intereses de naturaleza patrimonial y mercantil.

PALABRAS CLAVE: Embrión humano, prohibición de patentar, derecho comunitario, interpretación, dignidad humana.

ABSTRACT: The paper analyzes the first judgment of the Court of Justice of the European Union on the fundamental question of human embryo's definition. On an interpretation for values is founded the hierarchical preference of human dignity on economic interests.

KEY WORDS: Embryo, non patentability, community law, interpretation, human dignity.

SUMARIO: I. Las tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la prohibición de patentar la “utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales”. – II. Autonomía del significado jurídico del embrión respecto a la contribución valorativa de la ciencia. – III. Apertura del Tribunal a una idea del Derecho como fenómeno cultural y abandono del canon de la interpretación literal. – IV. Razones que fundamentan una interpretación autónoma y uniforme de la noción de “embrión” en el espacio jurídico europeo. – V. Continuación: Diversidad de las definiciones de “embrión” ofrecidas por los Derechos nacionales. Inspiración de la tutela reconocida al concebido en el ordenamiento italiano al principio de unidad y continuidad del proceso vital. – VI. Aptitud del criterio teleológico para asegurar la prevalencia de fines mercantilistas y consecuente (y potencial) acogida de una interpretación restrictiva, que permita utilizar para fines de investigación embriones humanos en las primeras fases de su desarrollo biológico. – VII. Optimización del valor de la dignidad humana y enfoque personalista de la cuestión interpretativa de la noción de “embrión”. Hacia una hermenéutica de carácter axiológico por parte del Tribunal.

I. LASTRES CUESTIONES PREJUDICIALES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PATENTAR LA “UTILIZACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS CON FINES INDUSTRIALES O COMERCIALES”.

La Gran Sala del TJUE, en su Sentencia de 18 de octubre de 2011, c. 34/10¹, se ha pronunciado, por vez primera, sobre la trascendental cuestión de la definición del “embrión humano”.

En el caso enjuiciado, la exigencia de precisar la noción de “embrión” vino motivada por la necesidad de determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 98/44/CE, sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, cuyo art. 6.2.c) excluye que puedan patentarse “las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”, lo que plantea un problema interpretativo, que admite dos soluciones: la primera, considerar incluida en el ámbito de aplicación de dicho precepto toda vida humana, cualquiera que sea su estado de desarrollo; la segunda, limitar la prohibición en él establecida a los organismos que hayan alcanzado cierto grado de desarrollo.

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial, que tiene su origen en un procedimiento de anulación de una patente alemana, relativa a células madres

¹ Véase *Racc.* (2011), p. I-09821.

• Gabriele Carapezza Figlia

Es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Salerno (Italia). Es autor de diversas monografías, entre ellas, “Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni”, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, de numerosos ensayos, comentarios y otros artículos científicos, publicados en Italia y en el extranjero. Ha participado en diversos proyectos de investigación, entre ellos, el que lleva por título “Riconcettualizzazione del diritto dei contratti e interpretazione ‘adeguatrice’ al diritto comunitario” (PRIN 2008). Ha coordinado obras colectivas y ha impartido conferencias en universidades italianas y europeas.

neuronales y a métodos de producción, a partir de células estaminales embrionarias, para el tratamiento terapéutico de defectos neurológicos. La patente fue declarada nula por el *Bundespatentgericht*, por razón de su objeto², ante lo cual el *Bundesgerichtshof* planteó al TJUE tres cuestiones interpretativas distintas, referidas, todas ellas, al art. 6.2.,c) de la Directiva 98/44/CE.

La primera de las cuestiones abordadas es la definición de la noción de “embrión humano”, para determinar si la misma se aplica a partir de la fecundación o, por el contrario, solamente, cuando concurren otros requisitos adicionales; y ello, además de comprender organismos diversos a los óvulos fecundados, como los obtenidos con las técnicas de partenogénesis o de clonación terapéutica, y las células estaminales procedentes de blastocistos³. La segunda se refiere a la expresión “utilización con fines industriales o comerciales” y, concretamente, a si en ella puede incluirse la investigación científica. La tercera cuestión, por último, concierne a la posibilidad de patentar una invención, que, aunque no tenga por objeto la utilización de embriones, no obstante, presuponga su destrucción.

Al resolver estos interrogantes, el TJUE se considera llamado a determinar una noción de “embrión” que presente un triple grado de autonomía: autonomía del significado jurídico respecto a la dimensión científica⁴ y a la moral⁵; autonomía de la definición comunitaria⁶; y autonomía respecto al “subsistema” del derecho de patentes⁷.

II. AUTONOMÍA DEL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL EMBRIÓN RESPECTO A LA CONTRIBUCIÓN VALORATIVA DE LA CIENCIA.

Un maestro del Derecho civil italiano remitía “a otra ciencia” (no jurídica) la respuesta a la pregunta de cuándo se inicia la vida humana⁸. Según él, el Derecho positivo no dice cuando se es un ser humano, “porque no tiene necesidad de decirlo, ya que ello es cometido de la ciencia”⁹.

Sin embargo, como advierte el Abogado General en las conclusiones del proceso que nos ocupa, en la definición del “embrión” convergen, junto a interrogantes

2 El art. 2.II.3º de la *Patentgesetz*, en su versión modificada como consecuencia de la trasposición de la Directiva 98/44/CE, prevé “que no se concederán patentes para la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales”.

3 Los blastocistos se refieren a un estadio de desarrollo embrionario, que, generalmente, se considera alcanzado el quinto día de la fecundación.

4 V., *infra*, II.

5 V., *infra*, III.

6 V., *infra*, IV y 5.

7 V., *infra*, IV.

8 Oppo, G. “L’inizio della vita umana”. *Riv. dir. civ.* (1982), I, 522.

9 Así, Oppo, G. “Scienza, diritto, vita umana (Lectio doctoralis di Giorgio Oppo)”. *Riv. dir. civ.* (2002), I, 16.

científicos, “aspectos esenciales de las diversas filosofías y religiones”¹⁰. No en vano, los jueces de Luxemburgo al retomar consideraciones ya formuladas en materia de reproducción asistida¹¹, observan que no es su cometido “afrontar cuestiones de naturaleza médica o ética”. Aunque la definición del “embrión” humano presente profundas interferencias con apreciaciones de carácter científico o de orden moral, el Tribunal confirma la valoración exclusivamente jurídica de la cuestión, limitada a una interpretación de las pertinentes disposiciones de la Directiva 98/44/CE.

Dicha afirmación comporta dos clases de problemas: el primero se refiere a la relación de la ciencia con la jurisdicción o, más en general, con la reglamentación jurídica; el segundo, en cambio, tiene que ver con el substrato valorativo de las soluciones ofrecidas por el Derecho a las cuestiones bioéticas.

Por cuanto concierne al primero de dichos problemas, la decisión del Tribunal se inserta plenamente en la reciente tendencia de la *western legal tradition* en orden a las interferencias entre datos científicos y decisiones jurídicas¹².

Las cortes supremas de ambos lados del Atlántico, por una parte, abandonan la teoría del “libre convencimiento subjetivo”¹³, imponiendo al juez una necesaria confrontación con los conocimientos científicos; y, por otra, ello no obstante, excluyen la mera recepción judicial pasiva de la contribución reconstructiva y valorativa de la ciencia¹⁴. En particular, como ha puesto de relieve la Corte constitucional italiana, la autoridad judicial no puede “sustituir con su propio juicio” las evidencias experimentales y las opiniones de la comunidad científica¹⁵, pero está llamada a

10 Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 10 de marzo de 2011, § 39.

11 Corte Cost. 26 febrero 2008, c. 506/06, Mayr. *Rass. dir. civ.* (2009), 859 ss., con nota de M. D'Auria. “L'orientamento della Corte di Giustizia: dal diritto alla salute alla tutela della donna contro le discriminazioni nel lavoro (in margine ad un caso di fecondazione assistita)”.

12 Sobre el argumento, véase, cuanto menos, Jasanoff, S. *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America.*, Milano (2001): Giuffrè, trad. it.; Bin, R. “La Corte e la scienza”, en D'Aloia, A. *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale.* Turin (2005): Utet, 3 ss.; Taruffo, M. “Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice”. *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2001), 665 ss. Por último, sobre las interferencias entre ciencia y regulación jurídica, véase Tallacchini, M. “Politiche della scienza contemporanea: le origini”; Hottois, G. “Science, société, démocratie”; Jasanoff, S. “A social contract for the life sciences: the US case”, en Rodotà, S. y Tallacchini, M. (coord.). “Ambito e fonti del biodiritto”, en *Trattato di biodiritto* (dirigido por S. Rodotà y P. Zatti). Milán (2010): Giuffrè, respectivamente, 53 ss.; 80 ss.; 103 ss.

13 Para unas consideraciones críticas al respecto, permítaseme remitirme a Carapezza Figlia, G. “Il giudice e la Costituzione tra «non manifesta infondatezza» e interpretazione adeguatrice”, en FEMIA, P. (coordinador). *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Colección “Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana”. Nápoles (2006): Edizioni Scientifiche Italiane, 506 ss.

14 En este sentido, Bin, R. “La Corte e la scienza”, cit., 4. Véanse, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Estadounidense, *Daubert v. Merrel Dow Pharms.*, 509 U.S. (1993), 579 ss., trad. it. en *Riv. dir. proc. civ.* (1996), 277 ss., sobre la cual, puede consultarse Ponzanelli, G. “Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin”. *Foro it.* (1994), IV, 184 ss.; y *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. (1997), 136 ss.; en la jurisprudencia italiana, Corte Cost. 26 mayo 1998, núm. 185. *Giust. civ.* (1998), I, 2101 ss.; Corte Cost 13 junio 2000, núm. 188, *ibidem* (2000), I, 2518 ss.; y Cass., Sez. un., 10 julio 2002, núm. 30328. *Nuova giur. civ. comm.* (2003), 246 ss.

15 Corte Cost. 26 mayo 1998, núm. 185. *Giust. civ.* (1998), I, 2101 ss.

ejercer una labor de tamiz, tanto más estricta, cuando mas incierta sea la valoración científica¹⁶.

En la literatura científica, de hecho, la noción de “embrión” humano no es entendida de manera unívoca¹⁷, dado que es posible encontrar una pluralidad de visiones diversas, que hacen referencia a momentos distintos: la activación (esto es, el primer contacto del óvulo con el gameto masculino), la fusión de los núcleos (que da vida al cigoto, provocando la unión de dos patrimonios genéticos diversos), el principio de la división celular, el anidamiento en el útero o la formación de la estría primitiva¹⁸.

La cada vez más discutida “infallibilidad” de la ciencia y la creciente proliferación en el debate bio-médico de voces alternativas e innovadoras, respecto a las versiones más ortodoxas, acentúan el papel de “filtro” del juez, obligado a sopesar las diversas “verdades científicas”, desde la perspectiva de una autonomía funcional del juicio según Derecho¹⁹. Además, en una sociedad multicultural como la actual, dicho juicio no puede resolverse con una simple apelación al “sentido común”²⁰, lo que comportaría, por otro lado, un reenvío a la sensibilidad subjetiva de cada operador²¹.

En un marco de acentuado pluralismo científico y cultural²², la regulación jurídica y la mediación judicial acaban, así, teniéndose que inspirar en el principio de precaución, el cual – en ausencia de premisas cognitivas seguras y de un gran contexto de racionalidad interrogativa – induce a realizar opciones proporcionadas a la relevancia de los bienes jurídicos que están expuestos al riesgo de eventuales prejuicios²³.

16 Observa Alpa, G. “Lo statuto dell’embrione tra libertà, responsabilità, divieti”. *Soc. dir.* (2004), 15 ss., que confiar al Derecho la responsabilidad de definir la naturaleza del embrión “implica la convicción de que las otras ciencias sociales, las ciencias morales o las ciencias biomédicas no están en grado de ofrecer una respuesta cumplida y satisfactoria”.

17 Para profundizar sobre la cuestión, véase D’Addino Serravalle, P. *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*. Nápoles (2003): Edizioni Scientifiche Italiane, 91 ss.

18 A título ejemplificativo véase Flamigni, G. *Introduzione*, en Dolcini, E. *Fecondazione assistita e diritto penale*. Milano (2008): Giuffrè, 9 ss.

19 Es elocuente la opinión del ponente en *Blackmun in Daubert v. Merrel Dow Pharms.*, 509 U.S. (1993), 579 ss.: “Existen importantes diferencias entre la búsqueda de la verdad en las salas de los Tribunales y la búsqueda de la verdad en los laboratorios. Las conclusiones científicas están sujetas a un proceso de constante revisión. El Derecho, en cambio, tiene la misión de resolver las controversias de manera tempestiva y definitiva [...] Éste es el punto de equilibrio dictado por la ley federal, la cual [...] no tiene, ciertamente, la misión de comprender el universo”.

20 Véase una reseña de las múltiples concepciones del embrión en el debate cultural y filosófico, en ALPA, G. “Lo statuto dell’embrione”, cit., 17 ss.

21 M. Taruffo. “Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice”, cit., 665, dedica gran atención a este aspecto. Giorgini, E. *Ragionevolezza e autonomia negoziale*. Nápoles (2010): Edizioni Scientifiche Italiane, 78 ss., evidencia, con gran agudeza, cómo las valoraciones que incluyen datos extrajurídicos penetran en el proceso de validación, “no en razón del del sentido común de cada juez, sino en cuanto sean compatibles con el entero dato positivo”.

22 Sobre este punto me remito a Taruffo, M. “La prova scientifica nel processo civile”. *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2005), 1079 ss.

23 En la ya amplia literatura sobre el principio de precaución, me permito aquí recordar Baghestan-Perrey, L.

La falta de un acuerdo unánime en la comunidad científica sobre la noción de “embrión”, dotado de general validez cognitiva, genera una situación de incertidumbre objetiva²⁴, ante la cual el TJUE, correctamente, se orienta hacia una actitud prudencial, que, aun considerándose revisable en un futuro, ofrece a la cuestión interpretativa una solución que protege, con fuerza, los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad del embrión humano.

III. APERTURA DEL TRIBUNAL A UNA IDEA DEL DERECHO COMO FENÓMENO CULTURAL Y ABANDONO DEL CANON DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL.

La autonomía de la ciencia jurídica para determinar la cuestión de la naturaleza del embrión, no sólo supone un distanciamiento de las controversias científicas, sino también de los dilemas que agitan la reflexión moral²⁵.

Prima facie el TJUE parece acoger una visión “artificial” del Derecho Europeo, ajena a los valores espirituales y a la dimensión cultural de la sociedad, centrada, exclusivamente, en el objetivo de la construcción y del buen funcionamiento del mercado común²⁶. Desde este punto de vista, las invenciones biotecnológicas se convertirían en un punto de encuentro entre “dos potencias”, la bio-técnica y el bio-derecho, ambas, expresiones de la “voluntad de imposición del hombre”, e indiferentes hacia los contenidos y los valores²⁷.

Por el contrario, en la argumentación del fallo comentado, anida una idea del Derecho como fenómeno cultural²⁸, inspirado en valores de alcance normativo²⁹.

“Le principe de précaution: nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science”. *Dalloz* (1999). *Chr.*, 457 ss.; Busnelli, F.D. “Il problema della clonazione riproduttiva”. *Riv. dir. civ.* (2000). I, 182 ss.; D’Addino Serravalle, P. *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., 51 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed.. Nápoles (2006): Edizioni Scientifiche Italiane, 754 ss.; Buonocore, V. *Le nuove frontiere del diritto commerciale*. Nápoles (2006): Edizioni Scientifiche Italiane, 228.

24 Según Zatti, P. “La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto”. *Nuova giur. civ. comm.* (2001). II, 152.159, si la ciencia pudiese “excluir con certeza la individualidad del embrión en la primera fase”, sería admisible un tratamiento diferenciado del organismo viviente en la fase anterior al implante.

25 Las múltiples intersecciones entre Derecho y moral sobre el terreno de la bioética son evocadas por Rescigno, P. “Limiti e possibilità del diritto” (1998); *Id.* “Le biotecnologie. Riflessioni del giurista” (1999), siendo en la actualidad ambos trabajos recogidos en *Id. Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*. Milán (2006): Giuffrè, 13 ss. e 5 ss.

26 Irti, N. *Il metodo*, en Castronovo, C. y Mazzamuto, S. (coord.). *Manuale di diritto europeo*, I, *Fonti Persone Famiglia*. Milán (2007): Giuffrè, 60, define el Derecho europeo como “artificial, a-histórico, gobernado por la *ratio* tecnocómica”.

27 Irti, N. *Il diritto nell’età della tecnica*. Nápoles (2007): Edizioni Scientifiche Italiane, 41 ss.

28 La ininteligibilidad del Derecho fuera de la dimensión cultural es evidenciada, entre otros, por Falzea, A. “Efficacia giuridica”, en *Enc. dir.*, XIV. Milán (1965): Giuffrè, 242 ss.; *Id.* “La prassi nella realtà del diritto”, en *Teoria generale e storia del diritto. Studi in onore di Pietro Rescigno*. Milán (1998): Giuffrè, 409 ss.; Perlingieri, P. “Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche”. *Rass. dir. civ.* (1984), 956 ss., como también *Id. Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*. Nápoles (1989): Edizioni Scientifiche Italiane, 223 ss.

29 La formalización del vínculo del Derecho positivo con valores sustanciales relevantes normativamente es subrayada por Perlingieri, P. *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*. *Rass. dir. civ.* (1999), 787 ss., actualmente, en *Id. L’ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*. Nápoles (2006):

En particular, el reconocimiento de los derechos fundamentales y de las tradiciones constitucionales comunes, como principios generales del Derecho Europeo, hace que las cláusulas del orden público y de las buenas costumbres no sean ya el único punto de contacto –en términos de límites negativos y externos³⁰– entre la experiencia jurídica y la dimensión ética³¹. Antes bien, la creciente apertura del Derecho comunitario a las instancias del constitucionalismo europeo orienta la labor hermenéutica del TJUE hacia una visión “personalista”, de la cual la Sentencia de 18 de octubre de 2011 constituye un ejemplo elocuente.

La autonomía del significado jurídico de la noción de “embrión” no se resuelve, en absoluto, con una mera remisión formal a una letra de la ley, que, en el caso examinado, revela su propia inadecuación³². Más bien, la expresión “utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales”, contenida en el art. 6.2.c) de la Directiva, es el presupuesto de la decisión judicial.

La definición del significado jurídico del embrión impide recurrir a la interpretación literal e impone al Tribunal una labor de búsqueda de una noción, extraída del bagaje jurídico europeo, la cual debe estar de acuerdo con los valores de la dignidad humana y de la integridad personal, entendidos éstos como principios fundamentales del Derecho comunitario³³, “en una óptica de armonización que *incluya* consideraciones éticas que puedan evitar [...] el sacrificio de los valores sobre los cuales se funda la Unión”³⁴.

Edizioni Scientifiche Italiane, 348 ss. Más recientemente, Perlingieri, G. “La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l’insegnamento di Natalino Irti”. *Rass. dir. civ.* (2008), 601 ss.

- 30 FERRI, G.B. *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*. Milano (1970): Giuffrè, 200 ss., discurre a través de una “función esencialmente conservadora” del orden público, que suscitara “solamente un problema de límites”.
- 31 La idea de la existencia en el Derecho de numerosas “nociones limítrofes”, que tienen su origen en la esfera de la moral, es ilustrada por Femia, P. *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*. Nápoles (1996): Edizioni Scientifiche Italiane, 38 ss.; Lonardo, L. “Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano”. *Rass. dir. civ.* (2011), 764; y Giorgini, E. *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., 29 ss.
- 32 La inadecuación del criterio literal para interpretar una norma de Derecho comunitario, es puesta de manifiesto, entre otras, por STJUE 13 julio 1966, c. 32/65, Gobierno de la República Italiana c. Consejo de la CEE y Comisión de la CEE. *Racc.* (1966), 296; STJUE 21 febrero 1973, c. 6/72, Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. *Racc.* (1973), 215; STJUE 17 noviembre 1983, c. 292/82, Firma E. Merck. *Racc.* (1983), 3781; STJUE 17 octubre 1995, c. 83/94, Leifer y altri. *Racc.* (1995), I-03231; STJUE 30 julio 1996, c. 84/95, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS. *Racc.* (1996), I-03953. *En la doctrina subrayan la inaplicabilidad del art. 12 disp. prel. CC italiano a la interpretación de la normativa comunitaria, si bien desde puntos de vista diversos, Luminoso, A. “L'interpretazione del diritto privato comunitario (Regole e tecniche)”, en Scalisi, V. (coord.). Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*. Milán (2004): Giuffrè, 275 ss.; Perlingieri, P. *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*. Nápoles (2008): Edizioni Scientifiche Italiane., 28 ss.; Russo, E. *L'interpretazione dei testi normativi comunitari, in Tratt. dir. priv.* (Iudica y Zatti). Milán (2008): Giuffrè, 301 ss.
- 33 Sobre la actividad de elaboración interpretativa de los principios generales del Derecho comunitario realizada por el TJUE, véase Trabucchi, A. “Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario”. *Riv. dir. civ.* (1991), I, 511 ss.; Adinolfi, A. “I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri”. *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 ss.
- 34 Son conclusiones literales del Abogado General, § 44. Pone de relieve el carácter inoportuno de una reglamentación específica y detallada en materia bioética Perlingieri, P. “Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica”. *Iustitia* (1989), 93 ss., actualmente, en *Id. La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*. Nápoles (2005): Edizioni Scientifiche Italiane, 174 s., el cual prefigura un papel positivo de la jurisprudencia en la determinación de una disciplina que tenga en cuenta las exigencias del caso concreto, actuando los valores

IV. RAZONES QUE FUNDAMENTAN UNA INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA Y UNIFORME DE LA NOCIÓN DE “EMBRIÓN” EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO.

El TUE afirma que en el ámbito jurídico europeo la determinación del ámbito de aplicación de la prohibición de patentar debe realizarse a través de una interpretación autónoma y uniforme del concepto de “embrión”. De hecho, en la Directiva 98/44/CE no hay una expresa remisión a los Derechos nacionales³⁵; y, además, la ausencia de uniformidad en las definiciones en ellos contenidas compromete el buen funcionamiento del mercado interior, porque permitiría patentar una invención biotecnológica en los sistemas jurídicos más permisivos que postularan una visión de la noción de “embrión” más restrictiva.

En fallos anteriores, el Tribunal de Luxemburgo ha observado que, mientras la clásica prohibición de patentar las “invenciones, cuyo aprovechamiento comercial sea contrario al orden público o a las buenas costumbres”, contenida en el núm. 1 del art. 6 de la Directiva, es susceptible de una amplia concreción por parte de los Derechos nacionales; sin embargo, las prohibiciones incluidas en el núm. 2 del precepto, entre las cuales se encuentra la de patentar “utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”, tienen una naturaleza vinculante, la cual exige un fundamento conceptual común³⁶. El legislador comunitario –con una disciplina que representa un *unicum* en el Derecho general de patentes– ofrece, así, una verdadera “guía para el uso de los conceptos”³⁷, con el fin de reforzar la uniformidad de su interpretación.

No obstante, el TUE aclara que debe buscarse un significado jurídico de la noción de “embrión” adecuado a la disciplina legal de protección de las invenciones biotecnológicas, sin que el concepto al que se llegue pueda también reputarse válido para otras ramas del ordenamiento jurídico³⁸, lo que es coherente con el carácter parcial, sectorial e incompleto del Derecho comunitario³⁹. Se perfila, así, la

fundamentales del ordenamiento jurídico.

- 35 Es doctrina consolidada del Tribunal de Luxemburgo que “de la exigencia de aplicación uniforme del Derecho comunitario, así como del principio de igualdad, se desprende que una disposición de Derecho comunitario que no contenga ningún reenvío expreso al Derecho de los estados miembros, por cuanto se refiere a la determinación de su sentido y a su aplicación, normalmente, debe dar lugar, en la entera Comunidad a una interpretación autónoma y uniforme”: STJUE 18 enero 1984, c. 327/82, *Ekro. Racc.* (1984). I-107, § 11; STJEU 19 septiembre 2000, c. 287/98, *Linster. Racc.* (2000). I-6917, § 43; y STJUE 16 julio 2009, c. 5/08, *Infopaq International. Racc.* (2009). I-6569, § 27.
- 36 STJUE 9 octubre 2001, c. 377/98, Países Bajos c. Parlamento y Consejo. *Racc.* (2001). I-7079, § 37-39; y STJUE 16 junio 2005, c. 456/2003, Comisión c. Italia. *Racc.* (2005). I-5335, § 78.
- 37 Lo afirma TSJUE 9 octubre 2001, c. 377/98, Países Bajos c. Parlamento y Consejo. *Racc.* (2001). I-7079.
- 38 Según las conclusiones del Abogado General, § 49: “la definición jurídica que propongo se inserta en el ámbito de la Directiva técnica examinada y, en mi opinión, no se podrán extraer de ellas consecuencias jurídicas en otros sectores que conciernen a la vida humana”.
- 39 Sobre este punto me remito Perlingieri, P. *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*. Nápoles (1992); Edizioni Scientifiche Italiane, 78 ss., el cual extrae de dichas características la indivisibilidad y la integración recíproca de las disciplinas nacionales y comunitarias, como elementos de un unitario sistema jurídico, el cual debe ser recompuesto por el intérprete en la determinación de la normativa aplicable al caso concreto.

posibilidad de fragmentar la definición del “embrión” *ratione materiae*, ampliándola o restringiéndola según los intereses implicados en el específico ámbito del Derecho en el que nos encontremos; como también, la de dejar a la valoración discrecional de los singulares sistemas jurídicos nacionales la configuración del estatuto normativo del embrión en temas que trasciendan del estricto Derecho de patentes. Pero, en realidad, no puede desconocerse el impacto multiforme que la interpretación de la noción de “embrión” ofrecida por el TJUE podrá tener sobre la aplicación del Derecho interno, más allá de las materias que son de competencia comunitaria⁴⁰. De hecho, no sólo el Derecho nacional en dichas materias debe ser interpretado de conformidad a los principios de Derecho comunitario, autónomamente determinados por el Tribunal de Luxemburgo⁴¹, sino que, en realidad, en un plano más general, aquél influirá profundamente, tanto en la elaboración de las formulas elásticas de contenido variable⁴², como en el entero aparato de categorías, esquemas conceptuales y modelos culturales utilizados por los juristas, trascendiendo de las materias directamente conectadas con las normas comunitarias⁴³.

V. CONTINUACIÓN: DIVERSIDAD DE LAS DEFINICIONES DE “EMBRIÓN” OFRECIDAS POR LOS DERECHOS NACIONALES. INSPIRACIÓN DE LA TUTELA RECONOCIDA AL CONCEBIDO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO AL PRINCIPIO DE UNIDAD Y CONTINUIDAD DEL PROCESO VITAL.

La exigencia de una interpretación autónoma y uniforme de la noción de “embrión” es acentuada por la circunstancia de que las respuestas ofrecidas por los ordenamientos europeos a la pregunta de “¿qué es el embrión humano?” son diversas.

El Convenio de Oviedo sobre derechos del hombre y la biomedicina, de 4 de abril de 1997, no contiene una definición de “embrión”, si bien exige a las leyes nacionales asegurar “une protection adéquate” del mismo (art. 18).

Al analizar las singulares experiencias jurídicas nacionales, se observa una diferencia fundamental entre las que encomiendan a la actividad interpretativa la clarificación de la noción de “embrión” y las que, por el contrario, la determinan por ley. Además, dentro de estas últimas, es posible distinguir los estados que toman

40 Cfr., para indicaciones generales, Lipari, N. *Le fonti del diritto*. Milano (2008): Giuffrè, 112 s.

41 Cf. TJUE 19 septiembre 2000, c. 287/98, Linster, . *Racc* (2000). I-6917; STJUE 27 febrero 2003, c. 373/00, Adolf Truley GmbH. *Racc*. (2003). I-01931; S.Trib. I grado CE 30 junio 2005, c. T-190/03. *Racc*. (2005). II-00805.

42 Así, Perlingieri, P. *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit, 147 ss., según el cual la actividad de concreción del intérprete deberá inspirarse “en el respeto de los valores y de los principios deducibles de los diversos niveles normativos, comprendidos los de derivación comunitaria, sin limitarse a los del ordenamiento jurídico de derivación estatal”.

43 Lipari, N. “Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria”. *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2010), I ss.

como punto de referencia el momento de la fecundación y los que, en cambio, requieren un requisito ulterior en la fase de desarrollo embrionario.

Se remite al fenómeno de la fecundación el Derecho del Reino Unido, en el cual, según *The Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008, “las referencias a un embrión incluyen a un óvulo en curso de fecundación o sujeto a cualquier otro proceso susceptible de producir un embrión” [art. 1.1.b)⁴⁴]. En el ordenamiento alemán, el texto vigente del *Embryonenschutzgesetz* del 13 de diciembre de 1990 entiende por embrión el óvulo fecundado, después de la fusión de los núcleos de los gametos (o cariogamia), “así como cualquier otra célula **totipotente** tomada de un embrión, que dadas posteriores condiciones necesarias, se halle en grado de dividirse y de desarrollarse como individuo” (art. 8.1).

Por el contrario, el Derecho español segmenta los diversos períodos de desarrollo embrionario. Así, la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida* de 26 de mayo de 2006, núm. 14, introduce el concepto de “preembrión”, como “embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde” (art. 1.2); y la *Ley de Investigación biomédica* de 3 de julio de 2007, núm. 14, distingue entre “embrión” y “feto”, como ulteriores fases del proceso vital, respectivamente comprendidas entre el momento del implante en el útero y los 56 días siguientes, o a partir de los 57 días y hasta el parto [art. 3.l) y n)].

En el ordenamiento italiano, en cambio, no hay una norma que contenga la definición de “embrión”, si bien la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, que regula las técnicas de reproducción asistida, proporciona una amplia y detallada tutela del mismo. Esta falta de definición legal ha suscitado diversas orientaciones interpretativas.

Autorizadas voces de la doctrina, con apoyo en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo (Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194), habían avalado la contraposición entre “fase embrionaria” y “fase fetal” en el desarrollo del *nasciturus*⁴⁵. No obstante, después de la promulgación de la Ley de 2004, núm. 40, no faltan autores que se orienten hacia una concepción restrictiva del embrión, que no comprenda la

44 Sobre la diversa orientación seguida por el llamado *Warnock Report* del 1985, véase, Busnelli, F.D. “L’inizio della vita umana”. *Riv. dir. civ.* (2004). I, 541 ss.; D’Addino Serravalle, P. *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., 51 ss.

45 Es la opinión de Oppo, G. “L’inizio della vita umana”, cit., en particular, 517 ss., según el cual no hay “identidad entre las situaciones en las que el proceso [vital] se desenvuelve», de modo que “con relación al embrión, no rige el recurso a los derechos inviolables del hombre” (cursiva original). Los avances de la ciencia han hecho madurar una reconsideración en *Id.* “Scienza, diritto, vita umana”, cit., 11 ss.; *Id.* “Declino del soggetto e ascesa della persona”. *Riv. dir. civ.* (2002). I, 829 ss. La evolución del pensamiento del Maestro en orden a la vida en formación es puesta de relieve por Zatti, P. “*Il duttile rigore: l’approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*”. *Riv. dir. civ.* (2010). I, 457 ss.

fase anterior a la fusión de los núcleos, con la finalidad de evitar un sacrificio excesivo de los intereses antagónicos a los de la integridad del concebido⁴⁶.

Sin embargo, de este modo, se produce una inversión lógica de dos momentos que deben ser sucesivos, es decir, el de la inicial determinación de los principios que se hallan en conflicto y el del posterior resultado de la operación de balance o ponderación de los mismos. Restringir *a priori* el concepto de embrión, con el argumento de que, de otro modo, su tutela prevalecería siempre frente a otros intereses constitucionalmente relevantes, significa, de una parte, anticipar la determinación de la regla de preferencia a la fase de comprobación de la situación de conflicto entre los principios⁴⁷; y, de otra, olvidar que el control de la razonabilidad de la ponderación no puede realizarse en abstracto⁴⁸, sino que requiere siempre “la apreciación por parte del juez de la situación concreta”⁴⁹.

En cualquier caso, la tutela que el ordenamiento italiano brinda al concebido parece inspirarse en el principio de unidad y continuidad del proceso vital⁵⁰, sin que asuma relevancia normativa una articulación en fases del desarrollo embrionario, salvo para la distinta finalidad de la composición legislativa de algunos conflictos de intereses⁵¹. La reconocida subjetividad del concebido⁵², entendido como

46 Así, Dolcini, E. “La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici”, en Canestrari, S., Ferrando, G., Mazzoni, C.M.; Rodotà, S. y Zatti, P. (coord.), *Il governo del corpo*, II, en *Trattato di biodiritto* (dir. S. Rodotà y P. Zatti). Milán (2011): Giuffrè, 1544 ss. Hace también referencia a la singamia Scalis, A. “Lo statuto giuridico dell’embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita”. *Fam. dir.* (2005), 205, “por la razón absorbente de que con ella se constituye un único genoma”.

47 Generalmente se considera que el balance o ponderación requiere: la verificación de una situación de conflicto entre principios aplicables al mismo supuesto de hecho; la confirmación de la existencia de criterios que establecen una jerarquía entre estos principios; el control de razonabilidad sobre la regla de la preferencia establecida por el legislador. Cfr., cuanto menos, Bin, R. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milán (1992): Giuffrè, 62 ss.; Alexy, R. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden (1986), 83 ss.; Luther, J. “Ragionevolezza (delle leggi)”, en *Dig. disc. pubbl.*, XII. Turín (1997), Utet, 341 ss. En la doctrina civilística me remito a Giorgini, E. *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., 58 ss.

48 E. Giorgini, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, cit., 75 ss., 89 ss., observa que la imposibilidad de disponer de una “tesis de determinación última”, capaz de definir *a priori* la totalidad de los casos genéricos con relevancia, comporta que el balance en abstracto sólo pueda configurarse como “un procedimiento orientado a la concreción de un enunciado con valor normativo”.

49 Así, Corte cost. 18 julio 2003, núm. 253. *Foro it.* (2004), I, c. 2020 ss. Una concepción de la interpretación como determinación de la normativa aplicable al caso concreto puede verse en Perlingieri, P. “Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa”. *Dir. giur.* (1975), 826 ss.; *Id.* “Norme costituzionali e rapporti di diritto civile”. *Rass. dir. civ.* (1980), 95 ss.; ahora ambos, en *Id. Scuole tendenze e metodi*, cit., respectivamente, 37 ss. y 122 ss., con la consiguiente integración de los métodos hermenéuticos (incluido el balance o ponderación) entre control de legitimidad constitucional e interpretación para su aplicación por parte del juez ordinario. *Id.* “Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L’interpretazione c.d. adeguatrice”, en Femia, P. (coord). *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., en particular, 46 ss. Véanse ulteriores desarrollos en *Id.* “Applicazione e controllo nell’interpretazione giuridica”. *Riv. dir. civ.* (2010), I, 318 ss.

50 Cfr. Zatti, P. “La tutela della vita prenatale”, 152.

51 Véanse, ya antes de la entrada en vigor de la Ley núm. 40 de 2004, las observaciones de Palmerini, E. “La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi”. *Nuova giur. civ. comm.* (1999), 225.

52 Cass. 11 mayo 2009, núm. 10741. *Nuova giur. civ. comm.* (2009), I, 1258 ss. En diverso sentido, recientemente, Cass. 3 mayo 2011, núm. 9700, in ed. En la doctrina ZATTI, P. “Quale statuto per l’embrione?”. *Riv. crit. dir. priv.* (1990), 463, observa que la tutela de la vida humana prenatal “tiene a forzar los confines del limbo y a caer en la atracción del mundo de los sujetos”. De hecho, en la esfera no patrimonial el nacimiento no es condición para “la protección de intereses primarios (...), tampoco a través del procedimiento, propio del hombre, de la adscripción de derechos”: *Id.* “Diritti dell’embrione e capacità giuridica del nato”. *Riv. dir. civ.* (1997), II, 109. Desde

“prefiguración de la persona”⁵³, no permite grados de intensidad en el periodo prenatal, basándose invariablemente en la exigencia de protección de los derechos fundamentales adscribibles al individuo *nasciturus*, en cuanto principio de vida humana⁵⁴.

Esta idea encuentra confirmación en la reciente introducción en el Código de la propiedad industrial (d.lg. de 10 de febrero de 2005, núm. 30) de una sección dedicada a las invenciones biotecnológicas, la cual, trasponiendo la Directiva 98/44/CE, precisa un elenco de casos en los que se excluye la posibilidad de patentar (arts. 81 *bis*-81 *octies*, insertados por el art. 43 del d.lg. de 13 de agosto de 2010, núm. 131). En particular, el art. 81 *quinquies* no recoge, simplemente, las crípticas fórmulas del texto comunitario, sino que las clarifica mediante especificaciones. Así, mientras el art. 5.1 de la Directiva se limita a prohibir patentar el “cuerpo humano, en las varias fases de su constitución o desarrollo”, la norma de trasposición especifica que la prohibición opera “desde el momento de la concepción”⁵⁵. Además, frente al hermético sintagma “utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”, empleado por el art. 6.2.c) de la Directiva, la norma interna, al valorar la *ratio* inspiradora de la prohibición, la extiende a “toda utilización de embriones humanos, con inclusión de las líneas de células estaminales embrionarias humanas”⁵⁶, añadiendo que la exclusión debe también entenderse referida a “todo procedimiento técnico que utilice células embrionarias humanas”⁵⁷.

En el contexto jurídico italiano, reforzado por la presencia de otros numerosos indicios normativos de nivel supranacional⁵⁸, por tanto, se acoge una noción de

una perspectiva análoga, Busnelli, FD. “L’inizio della vita umana”, cit., 563 ss.; *Id.* “Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita”. *Nuova giur. civ. comm.* (2010). II, 185 ss., el cual evidencia la ruptura de la ecuación entre subjetividad y capacidad jurídica, en cuando que la misma no es idónea “para agotar la búsqueda de los individuos merecedores de protección en relación con los principios fundamentales dictados por la Constitución”. Postula, en cambio, una tutela objetiva del embrión, perteneciente al mundo de las cosas, Mazzoni, C.M. “La tutela reale dell’embrione”. *Nuova giur. civ. comm.* (2003). II, 457 ss. Para la discusión sobre este punto véase también Biscontin G. y Ruggeri, L. (coord.). *La tutela dell’embrione*, Nápoles (2002): Edizioni Scientifiche Italiane.

53 La expresión es de Busnelli, FD. “Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività”. *Dir. umani e dir. Internaz* (2007). I, 245. Se sustrae a la “alternativa entre persona y no persona” Oppo, G. “L’inizio della vita umana”, cit., 510 ss., el cual habla de una tutela autónoma de la vida en formación como “bien en sí mismo”.

54 Asigna “fundamento constitucional” a la tutela del concebido, ya Corte cost. 18 febrero 1975, núm. 27, *Foro it.* (1975). I, 515 ss., según la cual entre los derechos inviolables del hombre “no puede dejar de situarse, aunque con las particulares características que le son propias, la situación jurídica del concebido”. Véase, además, Corte cost. 10 febrero 1997, núm. 35. *Giur. cost.* (1997). I, 281 ss.; en la jurisprudencia de la Corte de Casación, Cass. 22 noviembre 1993, núm. 11503. *Giur. it.* (1994). I, 1, 549 ss., con nota de D. Carusi; Cass. 11 mayo 2009, núm. 10741. *Nuova giur. civ. comm.* (2009). I, 1258 ss.

55 Cfr. art. 81 *quinquies* 1.a) del Código de Propiedad Industrial.

56 Cfr. art. 81 *quinquies* 1.b).3) del Código de Propiedad Industrial.

57 Cfr. art. 81 *quinquies* 2 del Código de Propiedad Industrial.

58 Véanse, entre las fuentes supranacionales, arts. 1, 2 y 3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; arts. 1 y 18 de la Convención de Oviedo; Declaración Universal de los derechos del niño de 1959, donde se exige “una adecuada protección jurídica, sea antes, que después del nacimiento”.

“embrión” amplia, que reconoce la cualidad de ser humano, desde el mismo inicio de su vida.

VI. APTITUD DEL CRITERIO TELEOLÓGICO PARA ASEGURAR LA PREVALENCIA DE FINES MERCANTILISTAS Y CONSIGUIENTE (Y POTENCIAL) ACOGIDA DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA, QUE PERMITA UTILIZAR PARA FINES DE INVESTIGACIÓN EMBRIONES HUMANOS EN LAS PRIMERAS FASES DE SU DESARROLLO BIOLÓGICO.

Al definir el significado jurídico del embrión, la sentencia del TJUE llega a una singular concordancia con los resultados que se alcanzarían, interpretando, exclusivamente, las fuentes del Derecho italiano. Ello se consigue, mediante un aparato argumentativo, que, al superar la tradicional jerarquía de los cánones hermenéuticos del Derecho comunitario⁵⁹, utiliza con amplitud la referencia a principios de valor normativo, con la finalidad de aclarar una duda exegética.

Comúnmente, el criterio teleológico es considerado como el método fundamental en la interpretación del Derecho comunitario⁶⁰. De hecho, en la sentencia comentada, el TJUE aclara que la determinación del significado y alcance de la expresión “utilizaciones de embriones humanos para fines industriales o comerciales”, contenida en la Directiva, ha de realizarse, “teniendo en cuenta el contexto” en el cual es empleada y las “finalidades perseguidas por la norma”⁶¹.

59 Sobre el argumento, respecto del cual existe una literatura jurídica vastísima, me remito a Zuleeg, M. “Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts”. *Europarecht* (1969), 97 ss.; Monaco, R. “I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee”, *Riv. dir. eur.* (1963), 3 ss.; Pescatore, P. “Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice”, en *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, II. Bruselas-Paris (1972): Bruylant, 325 ss.; Bredimas, A. *Methods of Interpretation and Community Law*. Amsterdam-New York-Boston (1978): Elsevier North-Holland; Bengoetxea, J. *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*. Oxford (1993): Oxford University Press; Joussem, J. “L’interpretazione (teleologica) del diritto comunitario”. *Riv. crit. dir. priv.* (2001), 491 ss.; Itzcovich, G. “L’interpretazione del diritto comunitario”. *Materiali per una storia della cultura giuridica* (2008), 429 ss. En la civilística italiana véanse, cuanto menos Perlingieri, P. *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., en particular, 133 ss.; *Id. Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., 28 ss.; Lipari, N. *Diritto privato e diritto privato europeo*. *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2000), 7 ss.; *Id.* “Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria”, cit., I ss.; G. Benedetti, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*. *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2006), I ss.; Rescigno, P. “Il sistema delle preleggi e la disciplina comunitaria”, en Lipari, N. (coord.). *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*. Nápoles (1998): Edizioni Scientifiche Italiane, 51 ss.; Irti, N. “Il metodo”, cit., 57 ss.; Russo, E. *L’interpretazione dei testi normativi comunitari*, cit., *passim*; Scalisi, V. “Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo”. *Riv. dir. civ.* (2009). I, 413 ss.; Confortini, M. “Il criterio di preminenza nella interpretazione del diritto comunitario (a proposito di un recente manuale di diritto privato europeo)”. *Riv. dir. civ.* (2009). II, 255 ss.; Luminoso, A. “Fonti comunitarie, fonti internazionali, fonti nazionali e regole di interpretazione”. *Contr. impr./Eur.* (2009), 659 ss.; además de los ensayos recogidos en AA.VV. *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Actas del 4º Congreso Nacional de la S.I.S.Di.C. Nápoles (2010): Edizioni Scientifiche Italiane.

60 Por todos Joussem, J. “L’interpretazione (teleologica) del diritto comunitario”, cit., 491 ss.; *amplius*, *Id. Auslegung des europäischen (Arbeits-) Recht aus deutsch-italienischer Perspektive*. Baden-Baden (2000): Nomos, al cual me remito para un extenso tratamiento de las razones que justifican su preferencia jerárquica respecto a los otros cánones hermenéuticos.

61 Véase, en el mismo sentido, STJUE 10 marzo 2005, c. 336/03, *EasyCar*. *Racc* (2005). I-1947, § 21; STJUE 22 diciembre 2008, c. 549/07, *Wallentin-Hermann*. *Racc* (2008). I-I 1061, § 17; y STJUE 29 julio 2010, c. 151/09, *UGT*.

La preeminencia del canon teleológico se justifica por el carácter finalista del Derecho comunitario, que debe ser interpretado en función del objetivo de armonización de los sistemas jurídicos nacionales. En el marco de una interpretación orientada a la uniformación de las regulaciones relativas a la protección de las invenciones biotecnológicas, adquiere una importancia central la necesidad de remover los obstáculos a los intercambios comerciales y al buen funcionamiento del mercado interior. Por lo tanto, las finalidades perseguidas por el legislador comunitario, plasmadas en los considerandos de la Directiva⁶², presentan una clara impronta mercantilista. Las mismas consisten, de hecho, en “mantener y promover las inversiones en el sector de la biotecnología” e incentivar “los intercambios comerciales”, al servicio del progreso industrial y del correcto funcionamiento del mercado interior. En un pasaje de la decisión se afirma, con toda coherencia, que la exigencia de alcanzar una definición uniforme del “embrión” tiende a evitar “una lesión” a la eficiencia del mercado y a “estimular la búsqueda y el desarrollo industrial en el ámbito de la ingeniería genética”⁶³.

El criterio teleológico, “tomado en serio” debería llevar a una interpretación restrictiva, sea del significado jurídico del embrión, sea de las “utilizaciones para fines industriales o comerciales”. Desde este punto de vista –por lo demás, presente en la práctica legislativa de algunos estados miembros⁶⁴– por un lado, la noción de “embrión” no comprende todas las fases de desarrollo de la vida humana a partir de la fecundación del óvulo; por otro lado, las utilizaciones dirigidas a la investigación científica se entienden sustraídas a la prohibición de uso comercial⁶⁵. La plena valorización de los objetivos de la normativa comunitaria de las invenciones biotecnológicas permitiría, así, el uso con fines científicos de embriones humanos en la primera fase de su desarrollo biológico⁶⁶.

La prohibición de patentar invenciones contrarias al orden público resultaría redimensionada por esta aproximación *market-oriented*⁶⁷, con el consiguiente reforzamiento de los derechos fundamentales como límites externos a las libertades

FSP, ined., § 39.

62 Véase, en particular, el tercero, el quinto, el sexto y el séptimo considerando.

63 De la misma manera se expresa STJUE 9 octubre 2001, c. 377/98, Países Bajos c. Parlamento y Conswjo. *Racc.* (2001). I-7079, §§ 16 e 27.

64 Véase, *retro*, § 5.

65 Puede verse una profundización en Penasa, S. “*La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*”, en Canestrari, S., Ferrando, G., Mazzoni, C.M., Rodotà, S. y Zatti, P. (coord.). *Il governo del corpo*, I, en *Trattato di biodiritto* (dir. por S. Rodotà y P. Zatti). Milán (2011): Giuffrè, I 108 ss.

66 Encuentra confirmación la intuición de Perlingieri, P. *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., 153, de que el criterio de la interpretación teleológica, aisladamente considerado y desconectado del respeto a la jerarquía de los valores, resulta “la mayoría de las veces, caracterizado por la prevalencia de los intereses patrimoniales”.

67 Sobre la aptitud del *market-oriented approach* para justificar limitaciones de los derechos fundamentales, véase Busnelli, F.D. “*La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell’incessante dialogo con i diritti nazionali*”. *Riv. dir. civ.* (2009). I, 292 ss. Sobre el argumento, cfr. también Ruscello, F. *Rilevanza dei diritti della persona e “ordinamento comunitario”*. Nápoles (1993): Edizioni Scientifiche Italiane, 97 ss.

de circulación, susceptibles de una interpretación estricta⁶⁸. En consecuencia, las “razones de la persona”, por la “marcada vocación funcional y la escasa densidad axiológica del Derecho de origen comunitario”, no adquirirían relevancia en cuanto tales, entrando en juego, solamente, de manera indirecta, por la vía “de las condiciones necesarias para el establecimiento de un mercado regulado”⁶⁹.

VII. OPTIMIZACIÓN DEL VALOR DE LA DIGNIDAD HUMANA Y ENFOQUE PERSONALISTA DE LA CUESTIÓN INTERPRETATIVA DE LA NOCIÓN DE “EMBRIÓN”. HACIA UNA HERMENÉUTICA DE CARÁCTER AXIOLÓGICO POR PARTE DEL TRIBUNAL.

Más allá de una referencia, poco más que formal, a los objetivos de la Directiva 98/44/CE, lo cierto es que la sentencia de la Gran Sala del TJUE acoge una orientación personalista, al abordar la cuestión interpretativa de la noción de “embrión”, recurriendo a los principios de dignidad humana⁷⁰ y de integridad personal como instrumentos de definición hermenéutica de los contenidos y de los significados de los enunciados del Derecho comunitario secundario⁷¹.

De este modo, el criterio teleológico se enriquece con una precisa valoración axiológica, puesto que el Tribunal no se limita ya a acomodar sus respuestas a la estricta finalidad de instaurar un mercado común fuertemente competitivo, sino que mantiene un diálogo con las jurisprudencias constitucionales de los Estados miembros⁷², con el objetivo de ofrecer, en los sectores de competencia comunitaria, una unidad jurídica *value oriented*.

68 En la jurisprudencia comunitaria tal visión es compartida hasta el cambio debido a la STJUE 12 junio 2003, c. 112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge. *Racc.* (2003). I-5659; y la STJUE 14 octubre 2004, c. 36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH. *Racc.* (2004). I-9609. Un amplio *excursus* sobre el papel jugado por el TJUE en la tutela de los derechos fundamentales en Scalisi, V. “Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio ‘personalista’ in Italia e nell’Unione europea”. *Riv. dir. civ.* (2010). I, 158 ss. Sobre la sentencia Omega, véase, en particular, Busnelli, F.D. “La faticosa evoluzione dei principi europei”, cit., 298 ss; Perlingieri, P. “Diritto dei contratti e dei mercati”. *Rass. dir. civ.* (2011), 884 ss. y nota 33; *Id.* “Una lezione alla ‘Federico II’”. *Corti Calabresi*. (2010), 587 ss.

69 Así, Mazzamuto, S. “Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l’unità nel rispetto delle diversità”. *Contr. impr./Eur.* (2005), 530 ss.

70 En la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo apelan al principio fundamental de la dignidad humana, STJUE 30 abril 1996, c. 13/94, P.c.S. y Cornwall County Council. *Racc.* (1996). I-2143, la cual reconduce incidentalmente a dicho principio el “derecho a no ser discriminado por razón del propio sexo”; STJUE 9 octubre 2001, c. 377/98, Países Bajos c. Parlamento y Consejo. *Racc.* (2001). I-7079, que atribuye al Tribunal el poder, “en sede de verificación de la conformidad de los actos de las instituciones a los principios generales del Derecho comunitario, de vigilar el respeto del derecho fundamental a la dignidad humana”; y STJUE 14 octubre 2004, c. 36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH. *Racc.* (2004). I-9609, en la que la dignidad adquiere un primado axiológico frente a las libertades económicas. Sobre este punto, cfr. Scalisi, V. “Ermeneutica dei diritti fondamentali”, cit., p. 167 ss.

71 En general, sobre tal aptitud de los principios de alcance normativo, me remito a Perlingieri, P. “Norme costituzionali e rapporti di diritto civile”, cit., 115 ss.; *Id.* “L’interpretazione delle legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi”. *Rass. dir. civ.* (1985), 990 ss., actualmente, en *Id.* *Scuole tendenze e metodi*, cit., 283 ss.

72 Al respecto, Perlingieri, P. *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., 15 ss. Consideraciones puntuales en Tartaglia Polcini, A. “Integrazione sistematica e assiologia dirimente nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia”, en Femia, P. (coord.). *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., 421 ss.

Al acoger una noción de “embrión”, “en sentido amplio”, el Tribunal comprende en ella, no sólo cualquier óvulo en el momento de la fecundación, sino también los obtenidos con las técnicas de partenogénesis y de clonación terapéutica, porque lo decisivo para el reconocimiento de la cualidad de ser humano es el principio de la vida, es decir, el inicio del proceso de desarrollo biológico, al cual es inmanente la exigencia de respecto de la dignidad humana⁷³.

La optimización del valor de la dignidad inspira también la solución al problema de la calificación de las células estaminales obtenidas de un embrión en fase de blastocisto. Por cuanto concierne a la naturaleza totipotente o pluripotente de las células estaminales embrionarias –que, en cambio, en algunas experiencias jurídicas como la alemana o la británica, representa el criterio de distinción para el reconocimiento de la naturaleza de embrión, por la idoneidad de las células pluripotentes para llegar a ser un individuo completo– el fallo de la Gran Sala remite, prudencialmente, al juez nacional su calificación, evocando una perspectiva dinámica, que tenga en cuenta la evolución científica.

En un principio, una invención que no tuviera por objeto la utilización de embriones humanos, sino un material de base obtenido por medio de su destrucción, debiera considerarse patentable, en el sentido del art. 5.2 de la Directiva, como una invención relativa a elementos aislados del cuerpo humano. Sin embargo, a la luz de los principios fundamentales del Derecho comunitario y de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros (art. 6 Tratado UE), la lógica formal de la interpretación literal de la singular proposición normativa resulta del todo insuficiente para clarificar la *ratio iuris* de la prohibición de patentar las “utilizaciones de embriones humanos para fines industriales o comerciales”.

La exigencia de inspirar la regulación de las patentes en el respeto a los derechos inviolables del hombre induce al Tribunal a extender, por vía interpretativa, el alcance de la prohibición contenida en el art. 6.2.c) de la Directiva a todos los procedimientos, cuya aplicación pueda ocasionar daños a la dignidad humana⁷⁴. La conversión de tal valor en un precepto específico tiende, así, a garantizar, de modo integral y desde el inicio, el respeto de una cualidad inherente al ser humano; e, igualmente, confirma el carácter indisoluble del nexo entre dignidad y tutela de la persona⁷⁵.

73 Puede verse un amplio y cuidado tratamiento de la dignidad en el Derecho vigente en Lonardo, L. “Il valore della dignità della persona”, cit., 761 ss., quien, después, de haber examinado la profunda riqueza semántica del valor, pone de relieve su nexo indisoluble con la promoción de la personalidad humana. Entre los escritos más sobresalientes, véase, Perlingieri, P. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino-Nápoles (1972), 154 ss. La mención de la dignidad humana en el Convenio de Oviedo y en Carta de Niza ha suscitado una renovada atención de la doctrina: Zatti, P. “Note sulla semantica della dignità”, en *Id. Maschere del diritto volti della vita*. Milán (2009): Giuffrè, 29 ss.; Rodotà, S. “Antropologia dell' homo dignus”. *Riv. crit. dir. priv.* (2010), 547 ss.; Restà, G. “La dignità”, en Rodotà, S. y Tallacchini, M. (coord.). *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 259 ss.

74 Una idea significativa en dicho sentido proviene de STJUE 9 octubre 2001, c. 377/98, Países Bajos c. Parlamento y Consejo. *Racc.* (2001). I-7079, §§ 76 e 77.

75 Lo demuestra, de manera expresiva, Lonardo, L. “Il valore della dignità della persona”, cit., en particular, 790 ss.

De este modo es posible excluir la posibilidad de patentar las invenciones que requieran la previa destrucción o el empleo de embriones humanos, como producto de partida, cualquiera que sea la fase de desarrollo en la que se encuentren, incluso, cuando la descripción de la información técnica reclamada, no haga mención a la utilización de los mismos. La orientación finalista de la interpretación, que se refleja en la exigencia de asegurar de la manera más completa posible el "efecto útil" de la norma comunitaria⁷⁶, adquiere un marcado valor axiológico, dado que extiende con gran amplitud la función correctora del resultado interpretativo que asume la verificación de la conformidad de éste con los principios fundamentales del sistema.

El mismo argumento inspira al Tribunal en la solución de la cuestión relativa a la determinación de si la prohibición de utilización "para fines industriales o comerciales" comprende también el uso de embriones para la investigación de carácter científico. Según el Tribunal, la finalidad objetiva de la norma no permite aplicar dicha prohibición a este supuesto, ya que "la Directiva no pretende regular la utilización de embriones humanos en el ámbito de la investigación científica". No obstante, la interpretación teleológica resulta enriquecida, desde el momento en que se considera como parámetro de referencia, no sólo la finalidad aislada de la concreta norma, sino la del Derecho comunitario en general⁷⁷, cada vez menos constreñido por su originaria naturaleza sectorial y por su primigenia impronta mercantil⁷⁸.

Si bien la mayoría de la doctrina mercantilista había sostenido, con fuerza, que el problema de la posibilidad de patentar invenciones biotecnológicas no concernía a las cuestiones de la ética de la investigación y a la aplicación de sus respectivos resultados, sino, exclusivamente, a la utilización de las innovaciones en régimen de privacidad⁷⁹, el TJUE amplía retrospectivamente el ámbito de la valoración de la licitud. En este sentido, sostiene que, aun cuando el objeto de la patente solicitada sea la utilización de embriones humanos para fines de investigación científica, lo cierto es que la concesión de la misma comportará su explotación productiva, sin que sea posible separar las diversas fases, en las que el control de conformidad con los principios fundamentales del ordenamiento se entrecruzan con los procesos de innovación biotecnológica⁸⁰.

76 Sobre el argumento, véase Jousen, J. "L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario", cit., 518 ss. Una lectura profunda en Lipari, N. "Il problema dell'effettività del diritto comunitario". *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2009), 887 ss.

77 La STJUE 6 octubre 1982, c. 283/81, S.r.l. CILFIT. *Racc.* (1982), 3415 afirma que "Toda disposición de Derecho comunitario debe situarse en su propio contexto y ser interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de dicho Derecho, de sus finalidades, teniendo también en cuenta su estado de evolución en el momento en el que deba aplicarse la disposición de que se trate".

78 La acogida por parte del TJUE del criterio de la interpretación sistemática es puesto de relieve por Perlingieri, P. *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., 37 ss.; Véase Scalisi, V. "Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo", cit., 416 ss.

79 Lo afirma Spada, P. "Etica dell'innovazione tecnologica ed etica del brevetto". *Riv. dir. priv.* (1996), 217 ss.

80 Spada, P. "Etica dell'innovazione tecnologica", cit., 217, determina, manteniéndolas netamente separadas, al

La aceptación, por vía interpretativa⁸¹, de la preferencia jerárquica del valor de la persona humana sobre los intereses de naturaleza patrimonial y mercantil induce, por lo tanto, a incluir también en la prohibición de patentar las utilidades con fines de investigación científica, a excepción de las que tengan carácter terapéutico o diagnóstico, y siempre que se apliquen al embrión y sean útiles para este último. Lejos de asumir un punto de vista generalizador, el fallo se inspira en el lema del *distingue frequenter*⁸², diferenciando la instrumentación con fines económicos del individuo humano en sus primeras fases de desarrollo, de las diversas intervenciones practicables para favorecer la consecución y el desarrollo del principio de la vida⁸³, dotado, desde su inicio, de una autónoma consistencia jurídica.

En conclusión, el “débil viento” del personalismo, que en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sólo podía percibirse “prestando una gran atención”⁸⁴, parece ahora soplar más fuerte. Es misión de los intérpretes disponerse a escucharlo y difundir sus benéficos efectos en la cultura jurídica.

menos cuatro fases correspondientes: “a) la investigación aplicada a la innovación técnica; b) la aplicación de los resultados que ésta consigue; c) la producción empresarial de bienes o de servicios en los cuales los resultados técnicamente innovados son integrados; d) el régimen de la producción empresarial de estos bienes o servicios”.

- 81 Observa Scalisi, V. “Ermeneutica dei diritti fondamentali”, cit., p. 158, que de la letra de los Tratados (incluida la Carta de Niza), no sólo no se deduce la primacía jerárquica o axiológica de las situaciones existenciales sobre las patrimoniales, sino que todos los derechos fundamentales, lejos de configurarse como prerrogativas absolutas e inderogables, están sujetos a las mismas limitaciones. Sobre el conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales, véase, Cartabia, M. “L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea”, en Id. (coord.). *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*. Bolonia (2007): Mulino, 42 ss.
- 82 Recuerda, precisamente, sobre la cuestión del destino de los embriones no implantados, Carusi, D. “In vita, ‘in vitro’, in potenza. Verso una donazione dell’embrione soprannumerario?”. *Riv. crit. dir. priv.* (2010), 338, que la “misión del pensamiento es justamente, la da tomar, en el *continuum* de la realidad, razón para *distinguir*” (cursiva original).
- 83 Lo sugería ya Perlingieri, P. “La tutela dell’embrione” (2002), actualmente, en Id. *La persona e i suoi diritti*, cit., 321.
- 84 La expresión es de Busnelli, F.D. “La faticosa evoluzione dei principi europei”, cit., 295.



EDUCACIÓN DE LA PROLE Y RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL HIJO
MENOR EN EL DERECHO ITALIANO

*UPBRINGING OF CHILDREN AND CIVIL LIABILITY OF PARENTS FOR
DAMAGES CAUSED BY THEIR MINORS IN ITALIAN LAW*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.316-333



Giovanni
BERTI DE
MARINIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de julio de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 23 de septiembre de 2013

RESUMEN: El trabajo analiza las más recientes orientaciones de la jurisprudencia de instancia italiana sobre la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por los hechos ilícitos de los hijos menores. Se evidencia que la tendencia de los Tribunales a objetivizar dicha responsabilidad no resulta idónea para estimular una correcta educación de los hijos por parte de sus progenitores.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad de los padres, culpa, responsabilidad objetiva, deberes educativos.

ABSTRACT: The work analyzes the most recent guidelines of the Italian case law on the civil liability of parents for the tort committed by the underage son in order to highlight that the recent court decisions, inclined to qualify this liability as objective, are not likely to encourage the education of children by their parents.

KEY WORDS: Civil liability of parents, negligence, objective liability, educational duties.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares: ilícito civil y responsabilidades especiales en el Código civil italiano. – II. Presupuestos para la aplicación de la responsabilidad de los padres ex art. 2048 del código civil italiano. – III. La prueba liberatoria. – IV. Responsabilidad civil de los padres y función educativa.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: ILÍCITO CIVIL Y RESPONSABILIDADES ESPECIALES EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.

El sistema de responsabilidad extracontractual propio del ordenamiento jurídico italiano prevé, junto a la cláusula general del art. 2043 CC, una serie de responsabilidades especiales, que tratan de adaptar el normal sistema de responsabilidad civil a las peculiares exigencias que reclaman ciertas situaciones.

La cláusula general de responsabilidad civil obliga a quien demanda el resarcimiento del daño a probar la concurrencia de todos los elementos constitutivos del ilícito extracontractual. Sin embargo, en los arts. 2047 a 2054 CC, el legislador ha regulado una serie de supuestos de hecho, en los que la exigencia de la responsabilidad discurre por cauces específicos, que, en mayor o menor medida, se alejan de los elementos estructurales establecidos en el art. 2043 CC.

Entre tales responsabilidades especiales se halla la prevista en el art. 2048 CC, que, al contemplar la responsabilidad civil de los padres por el hecho ilícito cometido por los hijos menores, se desvía del normal sistema de responsabilidad civil, porque, por un lado, establece la responsabilidad de una persona diversa (los padres) respecto al sujeto que materialmente ha causado el daño (el menor); y, por otro lado, invierte la carga de la prueba acerca de la culpabilidad de los padres, limitando, además, la amplitud de la prueba liberatoria. De hecho, los progenitores sólo podrán quedar exonerados de responsabilidad, cuando prueben “no haber podido impedir el hecho”¹.

1 Para una primera aproximación completa a los principales problemas planteados en relación con la responsabilidad de los padres por los ilícitos de los hijos menores, véase Morozzo Della Rocca, P. *Responsabilità civile e minore età*. Nápoles (1994): Jovene, 1 ss.; y Ferrante, A. *La responsabilità civile dell'insegnante del genitore e del tutore*. Milán (2008): Giuffrè, 183 ss.

• Giovanni Berti de Marinis

Es Becario de Investigación, adscrito al programa de doctorado “Il diritto civile nella legalità costituzionale”, en la Universidad de Camerino (Italia). Es autor de una monografía, que lleva por título “La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole”, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; así como de numerosos artículos, publicados en revistas nacionales e internacionales en materia de contratos, consumo, mercados financieros, derecho deportivo y responsabilidad civil. Ha impartido conferencias y ponencias en diversas Jornadas científicas.

II. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES EX ART. 2048 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.

Ante todo, hay que puntualizar que la responsabilidad prevista en el art. 2048 CC se aplica, exclusivamente, en el caso en que el menor que cometa el ilícito sea un sujeto capaz de entender y de querer². Por lo tanto, aunque el menor carezca de plena capacidad de obrar, es posible imputarle un daño³; y, en consecuencia, podrá quedar sujeto a la obligación de resarcirlo, bien sea autónomamente, bien sea de forma solidaria, junto con sus padres⁴.

Parece, pues, evidente que la responsabilidad de los padres, aunque sea autónoma respecto a la del menor, encuentra su propio fundamento en la subsistencia de la responsabilidad del autor material del ilícito⁵. Así, mientras el hijo menor será llamado a responder del daño, por infracción del principio del *neminem laedere* sancionado en la cláusula general de responsabilidad del art. 2043 CC, en cambio, la responsabilidad de los padres con quienes el hijo convive⁶ se basará en la vulneración de los deberes que para ellos resultan del art. 30.1 de la Constitución italiana⁷ y del art. 147 CC⁸, en relación con el art. 2048 CC.

Partiendo de dicha premisa, deben valorarse las diversas explicaciones dadas por la doctrina acerca de la estructura y de la naturaleza de la responsabilidad de los padres prevista en el art. 2048 CC⁹.

- 2 Annunziata, A.G. "La responsabilità solidale dei genitori per illecito compiuto dai figli minori". *Nuova rass. legisl. dottr. giur.* (2010), 336; Mastrangelo, G. "Violenza sessuale di gruppo e responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: il risarcimento del danno non patrimoniale come "internalizzazione del rischio educativo"?". *Resp. civ. prev.* (2010), 1619 ss.; y Cimmino, M.: "Autodeterminazione del minore e responsabilità civile", *Fam. dir.* (2012), 143 ss.
- 3 El requisito de la imputabilidad requerido por el art. 2046 CC, por lo tanto, debe ser objeto de una específica comprobación judicial, destinada a verificar si el sujeto estaba en grado de comprender las consecuencias de la propia conducta. Sobre el punto véase Cian, G. *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria dell'illecito civile*. Padua (1966); Cedam, 336; Malomo, A. *Art. 2046*, en Perlingieri, G. (coord.). *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3ª ed. Napoli (2010): Utet, 2632.
- 4 Franzoni, M. *Dei fatti illeciti*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja y Branca. Bologna-Roma (1993): Zanichelli, 351 ss.
- 5 Cocuccio, M. "Sulla responsabilità civile dei genitori per il fatto illecito commesso dal minore". *Giust. civ.* (2010), 965 ss.
- 6 Sobre el requisito de la convivencia y los problemas con él conectados, véase Carusi, D. *Art. 2048*, en Rescigno, P. (coord.). *Codice civile*, II, 7ª ed., Milán (2008): Giuffrè, 3761 ss.; Esposito, F. "Responsabilità dei genitori e "convivenza" col minore". *Giur. it.* (2008), 2168 ss.; Valente, G. "La responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore non convivente". *Fam. dir.* (2009), 363 ss.
- 7 "Los padres tienen el deber y el derecho de mantener, instruir y educar a los hijos, aunque los mismos hubieran nacido fuera del matrimonio". Para un comentario a tal disposición, véase Perlingieri, P. y Pisacane, P. *Art. 30*, en Perlingieri, P. *Commento alla costituzione italiana*, 2ª ed. Napoli (2001): Edizioni Scientifiche Italiane, 191 ss.; Lamarque, E. *Art. 30*, en Bifulco, R., Celotto, A. y Olivetti, M. (coord.). *Commentario alla costituzione*. Turín (2006): Utet, 622 ss.
- 8 "Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". Su tale norma, v. Bellisario, E. *Art. 147*, en Perlingieri, G. (coord.). *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., 652 ss.
- 9 Sobre este punto, véase Mantovani, M. *Art. 2048*, en Carnevali, U. (coord.). *Dei fatti illeciti*, II, en Gabrielli, E. (dir.). *Commentario del codice civile*. Torino (2012): Utet, 98 ss.

Según una orientación minoritaria, el precepto consagra un supuesto de responsabilidad indirecta¹⁰, desde el momento en que los padres responden civilmente por un hecho ilícito, exclusivamente imputable a los hijos menores que conviven con ellos¹¹.

Pero, para la mayoría de los autores, la responsabilidad del art. 2048 CC es una responsabilidad culposa por un hecho propio de los padres¹². Tal orientación encuentra su fundamento en la convicción de que los padres responden en virtud de dicho precepto, no en función del mero vínculo parental que los une con el menor autor del hecho ilícito, sino, por el contrario, en razón de las obligaciones de vigilancia y educación que incumben a quienes ejercitan la potestad sobre él. Sólo la violación por parte de los progenitores de estas obligaciones puede determinar el nacimiento de responsabilidad¹³.

Es evidente que esta posición, al basar la responsabilidad de los padres en un hecho que les es directamente atribuible (la falta de vigilancia y de educación), se aleja de aquella otra, que ve en el art. 2048 CC una especie de responsabilidad objetiva (por garantía) de los progenitores por el daño causado por los hijos menores¹⁴; y, consiguientemente, tiene la ventaja de reconducir la hipótesis del precepto al normal canon de la culpa, propio del sistema de responsabilidad civil italiano¹⁵.

En el marco de esta orientación mayoritaria, la doctrina ha insistido en que la responsabilidad de los padres por el hecho ilícito del hijo menor debe ser considerada como una forma de responsabilidad por culpa presunta: se requiere, pues, la culpa (elemento subjetivo) de los progenitores, aunque la misma se presume¹⁶.

10 Scognamiglio, R.. *Responsabilità per fatto altrui*, *Noviss. Dig. it.*, XV. Turín (1968); Utet, 649; Id., *Responsabilità civile e danno*. Turín (2010): Utet, 164.

11 Franzoni, M.: *Dei fatti illeciti*, cit., p. 348 s. Es particular la explicación en términos de responsabilidad indirecta dada por Majello, U.: "Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria". *Dir. giur.* (1960), 45 ss., quien califica la reponsabilidad del art. 2048 CC como una responsabilidad indirecta por hecho propio, puesto que la conducta omisiva del padre solamente guarda una relación de causalidad mediata respecto al daño, que, en cambio, es causado directamente por la acción u omisión del menor.

12 Pogliani, M. *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, 2ª ed. Milán (1969): Giuffrè, 130 ss.; Bonvicini, E.: *La responsabilità civile*, I. Milán (1971): Giuffrè, 473; Scionti, R. "Sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.", *Dir. fam.* (1978), 1414; Forchielli, P. *Responsabilità civile*. Padua (1983): Cedam, 48 ss.; Corsaro, L. "Funzione e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore". *Giur. it.* (1988). IV, 228; Comperti, M. *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, en *Cod. civ. Commentario Schlesinger*. Milán (2002): Giuffrè, 220; Sella, M. *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, II. Milán (2007): Giuffrè, 1081; Alpa, G. *La responsabilità civile. Parte generale*. Turín (2010): Utet, 712; Malomo, A.: *Art. 2048*, en Perlingieri, G. (coordinador), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., 2636.

13 Miccio, R. *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, en *Comm. cod. civ.* Torino (1966): Utet, 805

14 Así, Annunziata, G.: *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*. Padova (2010): Cedam, 321.

15 Miccio, R. *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, cit., 805.

16 De Cupis, A. *Dei fatti illeciti*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja y Branca. Bologna-Roma (1971): Zanichelli, 59 ss.; Cassano, G. *Capire la responsabilità civile*. Turín (2007): Utet, 173; Malomo, A.: *Art. 2048*, en Perlingieri, G. (coord.). *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., 2636.

Esta forma de entender la responsabilidad repercute, evidentemente, sobre la manera de interpretar la prueba liberatoria expresamente prevista por el art. 2048. III CC. Según dicho precepto, los padres responderán por el daño ocasionado por el hijo menor, si no prueban "no haber podido impedir el hecho". Dicha prueba liberatoria, la única que puede eximir de responsabilidad a los padres, se deberá entender obtenida en todos los casos en que aquéllos logren demostrar la ausencia de una conducta negligente de carácter omisivo, que permita realizar un reproche culpabilístico al propio comportamiento en relación con el menor¹⁷.

No obstante esta posición no es unánime en la doctrina, desde el momento que hay autores que, considerando el supuesto que nos ocupa como un ejemplo de responsabilidad objetiva, consiguientemente, eliminan la relevancia del elemento subjetivo del ilícito, pasando de una presunción de culpa a una presunción de responsabilidad¹⁸.

La tesis de estos autores encuentra apoyo en algunos fallos judiciales en los que, si bien se reclama la subsistencia de una *culpa in vigilando vel in educando*, lo cierto es que la misma se aprecia con tal amplitud, que, de hecho, se llega a un sistema de responsabilidad objetiva, el cual parece propenso a asociar la responsabilidad de los padres a la mera subsistencia de un hecho ilícito atribuible a los hijos menores¹⁹.

Un ejemplo de lo dicho podemos encontrarlo en un caso, en el cual un menor, jugando por la calle, causó un daño a su compañera de juegos, al lanzarle una teja. Los jueces no acogieron la prueba pretendida por los padres, de haber éstos prestado atención a la educación del hijo, por considerarla demasiado genérica o puramente escolástica, y centrarse en el argumento de que el menor siempre había tenido un carácter apacible en sus relaciones con los demás. El Tribunal llegó a esta conclusión – y a la consiguiente condena de los progenitores- valorando, propiamente, la conducta del menor y la forma, a través de la cual el mismo había cometido el hecho ilícito²⁰.

17 Comporti, M. *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 220.

18 Facci, G. "La responsabilità dei genitori in caso di incidente stradale del figlio minore: per colpa od oggettiva?". *Fam. dir.* (2006), 140; Carbone, E. "La responsabilità aquiliana del genitore tra rischio tipico e colpa fittizia". *Riv. dir. civ.* (2008), II, I ss.; Pardolesi, R. "Genitori e illecito dei minori: una responsabilità da risultato?". *Danno resp.* (2010), 368 ss.

19 Califican de objetiva la responsabilidad del art. 2048 CC, Monateri, P.G. *Illecito e responsabilità civile*, II, en *Tratt. dir. priv.* Bessone, X. Turín (2002): Utet, 17 ss.; Arnone, G.M.D. "Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne". *Danno resp.* (2010), 363 ss. En la jurisprudencia, en el mismo sentido, Cass. 10 agosto 2004, núm. 15419. *De jure on line*; Trib. Roma 2 julio 2009, *ibidem*; Cass. 6 dicembre 2011, núm. 26200. *Resp. civ. prev.*, 1960 ss., con nota crítica de Berti de Marinis, G. "La responsabilità civile dei genitori ex art. 2048 c.c. per il fatto illecito del minore commesso durante una partita di calcio". Hacen notar una progresiva objetivación de la responsabilidad que nos ocupa por parte de la jurisprudencia, Carusi, D. *Forme di responsabilità e danno*, en *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, en Lipari, N. y Rescigno, P. (dir.). *Diritto civile*. Milán (2007): Giuffrè, 475; Ferrante, A. "Illecito del figlio minore: nuove prospettive". *Danno resp.* (2009), 585 ss.

20 Cass. 7 agosto 2000, núm. 10357. *De jure on line*.

El mismo principio ha sido aplicado en un caso semejante, en el cual un niño de diez años se había alejado de casa, llevando consigo una honda. Jugando, fuera de la vista de los padres, lanzó una piedra, que golpeó a una niña, causándole lesiones permanentes en el ojo derecho. También en este supuesto, los jueces excluyeron la posibilidad de los padres de probar su diligencia en la educación y vigilancia del menor, por la mera existencia de un ilícito atribuible al hijo²¹.

Esta atribución automática de responsabilidad a los padres por el ilícito cometido por el hijo menor, no supone particulares problemas en el caso de que sea aplicada a actos particularmente violentos y desconsiderados del menor²².

Se suele considerar, así, evidente, la existencia de carencias educativas o de vigilancia, cuando un menor tiene conductas claramente alejadas de los parámetros de una sana y equilibrada convivencia, las cuales sólo pueden ser explicadas por la ausencia de una adecuada formación del menor, imputable a los padres, quienes debieran haber cumplido correctamente la obligación de educar a su hijo.

A este respecto existe un caso²³, en que un menor, junto con otros compañeros, obligó a una muchacha a mantener relaciones sexuales, con violencia y bajo amenazas. Dicho comportamiento se mantuvo en el tiempo, hasta que la víctima, animada por una amiga, contó lo que sucedía a un profesor de la escuela. Los padres fueron condenados a resarcir el daño ocasionado por su hijo menor a la muchacha.

También aquí se valora la presencia de un hecho ilícito de particular relevancia, que hace evidente la incapacidad de los padres para educar correctamente al menor. La resolución judicial precisa que el deber de educar “no consiste en la mera indicación de reglas, conocimientos o modelos de comportamiento, sino en proporcionar a los hijos los instrumentos indispensables para la construcción de relaciones humanas afectivas significativas para la mejor realización de su personalidad”.

Sin embargo, esta orientación jurisprudencial se aplica de manera extremadamente estricta. De hecho, se tiende a considerar que cualquier elemento que aleje la conducta del menor de un canon de perfección, abstracto e irrealizable evidencia carencias educativas por parte de los padres, haciéndoles responsables del daño causado por el hijo. Es emblemático el caso, en el que un menor, conduciendo su

21 Así, Cass. 18 giugno 1985, núm. 3664. *Giur. it.* (1986). I, c. 1525.

22 Cass. 8 febrero 2005, núm. 2518. *De jure on line*, para el caso del daño producido por un menor, que conducía el propio ciclomotor de manera atrevida (apoyando en el suelo sólo la rueda trasera), al pasajero que se encontraba en el sillín posterior; Trib. Trani 28 mayo 2007. *De jure on line*, para el daño causado por el lanzamiento de una silla por un menor en el interior de un establecimiento balneario que golpea el rostro de un tercero; Cass. 15 julio 2008, núm. 19450. *De jure on line*, para el daño causado por un menor que, tras haber cometido una infracción en un partido y haber sufrido el golpe de la espalda del agredido, lanza una piedra al hermano de éste, hiriéndolo; Trib. Roma 5 marzo 2009 *De jure on line*, para el caso del puñetazo dado por un menor a un tercero, que había intervenido para calmar la pelea surgida entre el autor del daño y un compañero suyo.

23 Trib. Milán 12 diciembre 2009, *Resp. civ. prev.* (2010), 1600.

propio ciclomotor, causó un accidente, que provocó heridas a algunas personas. A pesar de los esfuerzos de los padres para probar que habían educado correctamente al menor y de que éste, al conducir, no había incurrido en una conducta peligrosa o inconsciente, aquéllos fueron condenados a resarcir el daño, deduciendo el Tribunal las carencias educativas del hijo del hecho de que el mismo no había utilizado casco²⁴. Tal circunstancia fue considerada suficiente para demostrar la ausencia de una adecuada vigilancia sobre el menor, el cual, por cierto, al tiempo de ocurrir el accidente, estaba próximo a alcanzar la mayoría de edad.

Esta posición viene, además, agravada por el hecho de que la jurisprudencia afirma que la conducta del hijo, aunque no sea susceptible de un particular reproche culpabilístico, no sirve para evidenciar una correcta educación del menor²⁵, llegando a considerar que la causación del daño es un elemento, por sí mismo, necesario y suficiente, para atribuir la responsabilidad a los padres por los actos de sus hijos²⁶.

Existe, pues, una clara tendencia jurisprudencial al aplicar el art. 2048 CC: aunque formalmente los Tribunales se mantienen dentro del esquema de la responsabilidad subjetiva por culpa presunta, lo cierto es que, en la práctica, no dan gran importancia a la búsqueda de indicios que acrediten la negligencia de los padres, sustituyéndose la valoración de la culpa por juicios de carácter presuntivo, que convierten la prueba liberatoria en una mera utopía²⁷.

Quienes defienden esta posición jurisprudencial argumentan necesidad de asegurar con mayor certeza a la víctima la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño causado²⁸ y, al mismo tiempo, la conveniencia de sensibilizar a los padres para que desarrollen eficazmente su labor educativa y de vigilancia sobre sus hijos menores²⁹.

Sostienen, así, que la "reconstrucción" del art. 2048 CC en clave de responsabilidad objetiva supone un instrumento legal que estimula a los padres para cumplir de manera correcta las obligaciones derivadas de la filiación, pero, en verdad, de hecho,

24 Cass. 22 abril 2009, núm. 9556. *Resp. civ. prev.* (2010), 548, con nota de Mastrangelo, G.. "La responsabilità dei genitori tra educazione e vigilanza della prole minore".

25 Cass. 20 octubre 2005, núm. 20322. *Arch. giur. circol.* (2006), 511, para el caso de daño causado por una moto conducida por un menor, sin que hubiera evidencia de que aquél hubiera infringido el Código de circulación.

26 Corte App. Potenza 21 septiembre 1993, *De jure on line*. En la doctrina, véase sobre este punto, Vardi, N. "Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: la conferma di una sempre difficile prova liberatoria". *Resp. civ.* (2007), 514 ss.

27 Al respecto, véase Corsaro, L. "Funzione e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore", cit., 231 ss.

28 Busnelli, F.D. "Capacità ed incapacità di agire del minore". *Dir. fam. pers.* (1982), 63 ss.; y Ferrante, A. "Illecito del figlio minore: nuove prospettive", cit., 588.

29 Monateri, P.G. *Illecito e responsabilità civile*, II, cit., 19.

transforma la obligación de educación de los hijos, de una obligación de medios en una obligación de resultado³⁰.

III. LA PRUEBA LIBERATORIA.

La evolución que lleva a considerar el art. 2048 CC como expresión de una responsabilidad objetiva encuentra su fundamento en el modo en que la jurisprudencia ha interpretado la prueba liberatoria descrita en el párrafo tercero de la norma. Como ya se ha señalado, el CC exige a los padres que quieran exonerarse de responsabilidad la prueba negativa de “no haber podido evitar el hecho”. Sin embargo, con apoyo en dicho precepto, lo que, en la práctica, los Tribunales requieren, de modo reiterado, es la prueba positiva de haber vigilado adecuadamente al hijo menor y de haberlo educado correctamente³¹.

Precisamente, la manera de entender los conceptos de *culpa in educando* y de *culpa in vigilando*, expresiones que han quedado reducidas a vacías fórmulas de estilo, manifiesta, con total claridad, la tendencia práctica a objetivar la responsabilidad de los padres³². De la sola lectura de las sentencias que aplican el art. art. 2048 CC es fácil constatar que, en realidad, los jueces no llegan a verificar si ha existido una concreta negligencia de los padres en la vigilancia o en la educación del menor³³.

Los padres logran exonerarse de responsabilidad, exclusivamente, con la concreta demostración positiva de que no han incurrido en ninguna de estas dos clases de “culpa”; y, según la edad y el grado de madurez del menor, ven reducida la intensidad de la obligación de vigilancia y, correlativamente, acrecentada la de educación³⁴.

En este sentido, no se requiere al padre la constante presencia física al lado del menor con el fin de ejercitar un estricto seguimiento sobre el mismo, sino que se

30 Morozzo della Rocca, P. *La responsabilità dei genitori, tutori, precettori*, en *La responsabilità civile*, XI, en Cendon, P. (coord.). *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Turin (1998): Utet, 39 ss.

31 De Cristofaro, G.. *La responsabilità dei genitori per il danno cagionato a terzi dal minore*, en Zatti, P. (coord.). *Tratt. dir. fam.*, II. Milán (2002): Giuffrè, 1235; Visentini, G. *Trattato breve della responsabilità civile*, 3ª ed. Padua (2005): Cedam, 729; Quarticelli, P. “La prova liberatoria dei genitori responsabili per colpa in educando ed in vigilando del fatto illecito compiuto dal figlio minore imputabile ex art. 2048 cod. civ.”. *Nuova giur. civ. comm.* (2006). I, 990; Campione, R.. *Il fatto illecito del minore capace*, en Sesta, M. (coord.). *Le responsabilità nelle relazioni familiari*. Turin (2008): Utet, 635; Menga, C. “Il labile confine tra *culpa in vigilando* e *culpa in educando*”. *Resp. civ. prev.* (2010), 2295.

32 Monateri, P.G. *Illecito e responsabilità civile*, II, cit., 43.

33 De hecho, son muy raros los fallos que excluyen la responsabilidad de los padres, con el argumento de ser imposible exigirles mayores esfuerzos educativos. En este sentido se orienta, no obstante, Cass. 28 marzo 2001, núm. 4481. *Danno resp.* (2001), 498, con nota de Carbone, V.: “Non rispondono i genitori per gli incidenti causati dal minore in motorino”. En el supuesto decidido por la sentencia, que se refiere a un siniestro causado por un menor mientras conducía su moto, el hecho de que los padres se hubieran preocupado por encauzarlo hacia un trabajo y de que le hubieran hecho prepararse para la obtención del carnet “A”, se consideró un indicio de que la conducta de los padres hacia sus hijos había sido suficientemente diligente.

34 Di Biase, A. “La prova liberatoria nel sistema della responsabilità civile dei genitori: tra colpa presunta ed obbligo di risultato”. *Danno resp.* (2010), 894; y Cocchi, A. “Art. 2048 c.c.: orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità per illecito cagionato da minore «capace»”, *Resp. civ. prev.* (2010), 1984, la cual, haciendo notar la acentuación del rigor de la jurisprudencia al apreciar la prueba liberatoria, afirma que acaba poniéndose a cargo de los padres, prácticamente, una carga “diabólica”.

haya preocupado de proporcionar una educación sólida al hijo, en ausencia de la cual surgirá el reproche acerca de la eventual incorrección en su deber de vigilancia³⁵.

Al mismo tiempo, también la prueba del correcto cumplimiento de los deberes de educación es examinada por los jueces, en función de la gravedad de la conducta del menor; teniendo en cuenta, tanto su manera de actuar, como el elemento subjetivo que la sustenta³⁶, llegando, incluso, a negar valor eximente a la prueba liberatoria suministrada por los padres en los casos en que el hecho del menor adquiere tintes de particular gravedad³⁷.

Además, la tendencia de la jurisprudencia a considerar cualquier error del menor –aunque sea irrelevante desde el punto de vista del nexo causal entre conducta y hecho dañoso– un indicio de una carencia educativa, que imposibilita la prueba positiva de haber educado correctamente al joven, hace todavía más evidente la deriva objetiva de la responsabilidad³⁸.

Así, para que los padres puedan eximirse de responsabilidad, los jueces no admiten la prueba del mero hecho de haberse impartido una correcta educación, sino que exigen que las enseñanzas dadas a los hijos hayan sido adecuadamente asimiladas por ellos.

Aplicando este principio, se ha llegado a condenar a los padres de un hijo menor por los daños, resultantes de los insultos que éste había dirigido a otra menor en una red social (“facebook”). El hijo llegó a crear un grupo específicamente dedicado a recoger opiniones injuriosas que cualquiera pudiese lanzar contra la víctima. Las particularidades que caracterizan el instrumento de comunicación utilizado, unidas a la difusión que los mensajes injuriosos habían tenido en el círculo de compañeros de la víctima, fueron juzgados suficientes para fundamentar una tutela de tipo resarcitorio³⁹.

35 Monateri, P.G. *Illecito e responsabilità civile*, II, cit., 43 ss.; y Campione, R.: *Il fatto illecito del minore capace*, cit., 637.

36 Comporti, M. *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 242 ss.

37 Monateri, P.G. *Illecito e responsabilità civile*, II, cit., 44 ss., para quien “la prueba de la educación idónea puede llegar a ser imposible por la forma en que haya tenido lugar el hecho ilícito, la cual demostraría *in re ipsa* que tal educación ha sido defectuosa”. En la jurisprudencia Cass. 16 mayo 1984, núm. 2995. *Arch. civ.* (1984), 1397; Cass. 18 junio 1985, núm. 3664. *Giur. it.* (1986), I, c. 1525; Cass. 20 abril 2007, núm. 9509. *Rass. dir. civ.* (2008), 236, con nota de Parini, G.A. “Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: i genitori sempre devono essere chiamati a rispondere?”. En el mismo sentido, Cass. 22 abril 2009, núm. 9556, *Resp. civ. prev.* (2010), 548, la cual, sin embargo, aunque no excluyó de raíz la posibilidad de que pudiera prosperar la prueba en contrario, en el caso juzgado consideró inadmisibles las pruebas propuestas por los padres, porque éstas pretendían demostrar el cumplimiento del genérico deber de educar al menor, que, sin embargo, era insuficiente para excluir su responsabilidad.

38 Cass. 22 abril 2009, núm. 9556. *Resp. civ. prev.* (2010), 548, en la cual, como ha se ha explicado, el hecho de no llevar el menor casco se consideró un obstáculo insalvable para que pudiera prosperar la prueba pretendida por los padres, de haber educado al hijo, preocupándose por estimularlo hacia la consecución de un trabajo. Es evidente que, en este caso, la circunstancia de llevar o no casco era una circunstancia totalmente extraña respecto a la concatenación de los acontecimientos que llevaron a la causación del daño.

39 Trib. Teramo 16 enero 2012. *De jure on line*.

Al acoger la demanda resarcitoria presentada contra los padres del menor, el juzgador, analizando la amplitud de la prueba liberatoria, afirma: "Para quedar exentos de toda responsabilidad derivada del art. 2048 CC, los padres no hubieran tenido que limitarse a alegar y a pedir la comprobación [...] de haber impartido a su hijo menor una educación en sustancial consonancia con las propias condiciones socio-económicas, sino que habrían tenido que alegar y probar haber puesto en práctica una actividad tendente a verificar y a comprobar la efectiva adquisición de dichos valores por parte del menor:

Parece evidente que, en el supuesto examinado, la exigencia de probar, no sólo haber educado correctamente al menor, sino también que éste último había recibido de manera plena las enseñanzas impartidas por los padres, era imposible, dadas las condiciones en que se había cometido el ilícito. Resulta, de hecho, claro que, si el menor hubiese hecho propias las enseñanzas de sus padres, no habría cometido el hecho dañoso.

Siguiendo este razonamiento, frente a un ilícito cometido por un menor, el juez, aunque estuviese convencido de que los padres hubiesen ejercido una correcta vigilancia sobre el mismo y de que hubieran impartido una educación adecuada, seguramente, debería excluir que aquéllos hubiesen verificado, con la suficiente atención, que sus enseñanzas hubieran sido recibidas por un menor; que, de hecho, cometió una conducta que, en cuanto ilícita, era contraria a los principios educativos eventualmente impartidos.

En la sentencia que decidió el caso considerado se valoró, en particular, la circunstancia de que el daño se había producido a través de instrumentos informáticos, que, si bien pueden ser legítimamente utilizados por los menores, imponen una mayor exigencia de cautela y de control a los padres, quienes están llamados a vigilar con la máxima atención a fin de que los usuarios menores no ocasionen daños a terceros. De hecho, el juez afirma que "desde el momento en que los padres, evidentemente conocedores de los riesgos que comporta el uso de internet, consienten en que el propio hijo menor acceda a la red, el deber de verificación y control de la educación impartida no puede ignorar la extrema peligrosidad que comporta la navegación en internet y la clara e incontrolable potencialidad expansiva de los contenidos e ideas allí manifestados. Por ello, ese deber de verificación y control que recae sobre los padres, necesariamente, debe concretarse en una específica limitación cuantitativa y cualitativa a dicho acceso".

Así pues, aunque lograra demostrarse la corrección de la vigilancia o que no era necesaria la atención constante del padre, dada la edad o madurez del menor, se requerirá también la prueba de haberle proporcionado una educación correcta⁴⁰,

40 Sobre el contenido de tal deber de educación se ha pronunciado la Casación, que, endureciendo la carga de

la cual, sin embargo, sólo podrá ser lograda en los casos menos graves; y, aun en éstos, podrá ser desvirtuada por las presunciones derivadas de la conducta del menor; ya que, siendo ésta ilícita, por definición, siempre estará caracterizada por un cierto grado de reproche. Por otro lado, el extremo rigor con que la jurisprudencia valora la conducta del menor para determinar la ausencia de educación, evidencia la dificultad de conseguir la exención de la responsabilidad de los padres⁴¹.

Por lo tanto, los jueces realizan una valoración del “entero sistema educativo” llevado a cabo por los padres en relación con los hijos, con una coéteana valoración del hecho ilícito como un indicio de mala educación⁴².

En definitiva, es claro que, en realidad, lo que se requiere a los padres no es hacer todo lo posible para educar al menor; que, en cuanto individuo, conserva la propia capacidad de autodeterminarse, sino que, por el contrario, se les exige un resultado educativo⁴³, entendiéndose que no se ha alcanzado, cuando existe una conducta ilícita de aquél⁴⁴.

Así ha sido confirmado por una reciente sentencia, en la cual los jueces han debido verificar la existencia de responsabilidad **ex** art. 2048 CC en relación a los padres de un menor; que, durante una partida de fútbol, había golpeado, con un cabezazo, a un jugador del equipo contrario. En ella se dice que la responsabilidad de los padres procede en todas los casos en los que el hecho ilícito cometido por el hijo menor sea reconducible a “carencias objetivas de la actividad educativa”, pudiendo entreverse que, bajo la formulación de un principio que, formalmente, todavía valora

la prueba liberatoria, ha precisado que la misma no puede considerarse cumplida correctamente con la sola demostración de haberse transmitido a los hijos formalmente normas educativas, sino que dicha transmisión deberá ser corroborada por una conducta ejemplar por parte de los padres, la cual, dada la existencia de una presunción de culpa, habrá de ser suficientemente probada. En este sentido Cass. 28 agosto 2009, núm. 18804. *Resp. civ.* (2011), 361 ss., con nota de Mastroianni, S. “La responsabilità dei genitori per il fatto del minore: la lettura degli artt. 1227 e 2048 c.c. proposta dalla Cassazione”, el cual observa que el endurecimiento de la prueba liberatoria podría provocar una interpretación errónea del art. 2048 CC, en clave de responsabilidad objetiva.

- 41 Rossi Carleo, L. “La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.”. *Riv. dir. civ.* (1979) II, 125 ss.; Chianale, A. “In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli minori”. *Giur. it.* (1986), 1527 ss.; Franzoni, M. *Dei fatti illeciti*, cit., 368 ss.; y Ferri, F.: “La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.”. *Giur. it.* (2000), 1409 ss.
- 42 Facci, G. “La prova liberatoria dei genitori per l'illecito del figlio minore dipendente dalle modalità con cui è avvenuto il fatto”. *Resp. civ. prev.* (2001), 1004 ss.
- 43 Así parece orientarse Cass. 21 septiembre 2000, núm. 12501. *Resp. civ. prev.* (2000), 73, con nota de Settesoldi, R. “Fatto illecito dell'allievo e responsabilità civile: inutile l'accertamento della “culpa in vigilando” dell'insegnante se la condotta del minore rivela un'educazione inadeguata”, donde se confirma que, a efectos de exención de responsabilidad, no basta la prueba de haberse transmitido normas educativas, sino que para demostrar que se ha cumplido correctamente el deber de educar al menor, hay que probar que dichas normas han sido adecuadamente asimiladas por él. Sin embargo, una vez verificado el hecho ilícito, es evidente que, aunque las enseñanzas hayan sido transmitidas de manera correcta y escrupulosa, las mismas no han sido asimiladas adecuadamente por el hijo. En este sentido se había ya expresado Pasetti, G.. “In tema di responsabilità del genitore per mancata educazione del figlio”. *Giur. it.* (1949), I-2, 291 ss.
- 44 Franzoni, M. *Dei fatti illeciti*, cit., 371.

la culpa de los progenitores, se esconde una posición, que, decididamente, tiende a calificar como objetiva la responsabilidad del art. 2048 CC⁴⁵.

De hecho son raros los fallos que, reclamando una valoración concreta de la conducta de los padres, les eximen de responsabilidad por haber demostrado haber cumplido su deber de educación de manera no reprobable⁴⁶. Así ha sucedido, no obstante, en un caso, en el que un menor, esquiando, arrolló a una joven, que se encontraba parada dentro de una pista de descenso⁴⁷. En este supuesto, si bien en primera instancia se había considerado responsable al padre, en apelación y casación, aun afirmándose la responsabilidad del menor, se entendió que aquél no había incurrido en *culpa in educando* o *in vigilando*. En particular, se valoró la conducta del padre, que se había preocupado de enseñar a su hijo a practicar correctamente este tipo de deporte, hasta tal punto de que el menor resultaba ser un “experto esquiador”. De ahí que los magistrados no encontraran ningún elemento que pudiera empujarles a imputar responsabilidad al progenitor.

La orientación seguida por esta última sentencia parece especialmente oportuna, no sólo, porque valora la posibilidad de los padres de probar la ausencia de una efectiva culpa en la educación o vigilancia del menor; sino, también, porque tiende a verificar la existencia de una eventual carencia educativa en función del específico hecho ilícito realizado. Así, los juzgadores dan relevancia, no a una genérica obligación de educación, sino que, al contrario, toman en consideración sólo aquellas conductas educativas, cuyas insuficiencias tengan una influencia causal en la producción del específico daño.

De lo dicho se deduce que la prueba liberatoria, expresamente prevista por el art. 2048.III CC, ha llegado ser un elemento evanescente y, en realidad, la posibilidad acogerse a la misma, en la práctica, es inexistente⁴⁸.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES Y FUNCIÓN EDUCATIVA.

Resulta, pues, claro que, detrás de los fallos que todavía hablan de *culpa in educando* y de *culpa in vigilando* y, por consiguiente, de la posibilidad teórica de una prueba liberatoria, en realidad, se esconde una orientación jurisprudencial, que, de hecho,

45 Cass. 6 diciembre 2011, núm. 26200. *Resp. civ. prev.* (2012), 1960.

46 En este sentido se ha orientado, aunque de manera totalmente aislada respecto de la doctrina jurisprudencial consolidada, Cass. 18 enero 2006, núm. 831. *Resp. civ. prev.* (2006), 1071, con nota de Gavazzi, L. “Più leggero l'onere della prova per i genitori, nell'ipotesi di danni cagionati dai figli minori”.

47 Cass. 6 mayo 1986, núm. 3031. *Giur. it.* (1986), I, c.1538.

48 Véase, a este respecto, las consideraciones de Esposito, F. “Autonomia del minore e responsabilità dei genitori”. *Nuova giur. civ. comm.* (2009), 1141, la cual, refiriéndose a la mencionada orientación jurisprudencial, habla de “modelo de culpa ficticia” contrarrestado por “una presencia exclusivamente nominal de la prueba liberatoria”. Análogas consideraciones en Taccini, S. “Il sistema di responsabilità civile dei genitori: tra profili di protezione e di garanzia”. *Danno resp.* (2008), 5; y Chiarella, M.L. “Minore danneggiante e responsabilità vicaria”. *Danno resp.* (2009), 979.

aplica el art. 2048 CC, prescindiendo de toda idea de culpa⁴⁹. Desde este punto de vista, el precepto se convierte en una norma, cuya finalidad es hacer recaer sobre los padres el coste del resarcimiento de los daños causados por los hijos menores, para, de esta manera, garantizar de manera más eficaz su reparación⁵⁰; y, al mismo tiempo, “avisar” a los progenitores de las consecuencias que para ellos pueden resultar de un eventual ilícito cometido por sus propios hijos⁵¹. Curiosamente, se consagra, así, una responsabilidad civil, a la que se asigna una función “educativa” de aquéllos (los padres), que, precisamente, están llamados a educar al menor.

Pero esta orientación no parece pertinente. De hecho, si lo pretendido por el legislador a través del art. 2048 CC fuera estimular al padre a educar al menor, resultaría que tal fórmula de estímulo sólo sería eficaz respecto de progenitores que estuvieran más atentos a la conservación de su propio patrimonio que al interés de sus hijos, induciéndolos a “segregarlos”, más que a educarlos.

Si se hace imposible lograr la prueba liberatoria, el único camino que se deja a los padres para verse a salvo de demandas de responsabilidad es privar a los hijos de todo espacio de autonomía. Sin embargo, la educación, no sólo se logra dando preceptos de conducta, sino también, concediendo a los menores ámbitos de libertad y espacios de autodeterminación personal, que les permitan un pleno desarrollo individual⁵²; y es, en este marco, en el que el juzgador debe valorar la existencia de *culpa in educando* y/o *in vigilando*.

Ha que precisar que, desde este punto de vista, será determinante la comprobación de la edad del menor y de su efectiva madurez, porque sólo en función de tales elementos se podrá valorar una eventual carencia en la educación dada o en la vigilancia ejercida por los padres. Contra más cerca esté el menor de alcanzar la mayoría de edad, mayor relieve jurídico asumirá el aspecto de la educación y, simultáneamente, perderá importancia el de la vigilancia constante. Por el contrario, en menores con edad menos elevada, será mayor la relevancia jurídica que se dé al aspecto educativo.

La orientación que aquí critico parece reposar sobre una manera, ya superada, de entender la patria potestad, concibiéndola como una sujeción del menor a las

49 Corsaro, L. “Funzione e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore”, cit., 232 ss.

50 Annunziata, G. *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, cit., 321.

51 Pardolesi, P y Ditta, M.. “Responsabilità dei genitori per illecito dei minori: un esercizio di precomprensione?”. *Danno resp.* (2009), 174 ss.

52 Véase, al respecto, Vercellone, P. *La potestà dei genitori: funzioni e limiti interni*, en Zatti, P. (coordinador). *Tratt. dir. fam.*, II, cit., 962, el cual afirma que, “si la finalidad de la educación es ‘hacer’ del hijo un hombre libre, respetándose al máximo su propia personalidad, es necesario consentir al sujeto que está en fase de desarrollo realizar ‘una práctica de libertad’. De hecho, también el ejercicio de la libertad es objeto de aprendizaje, como una práctica de elecciones razonadas; por otro lado, el niño y el joven no pueden llegar a conocer las propias capacidades, experimentar sus propias inclinaciones y valorar críticamente sus aspiraciones personales, si no las ponen a prueba, ellos mismos, de manera espontánea”.

directrices de los padres, que obviaba la posibilidad de que los hijos puedan asumir lícitamente decisiones autónomas⁵³.

En ella el menor era considerado como un “objeto” completamente sometido al control y a la voluntad de quienes ejercían su potestad sobre él. En tal contexto era justificable el hecho de tener que pagar por los daños causados por los hijos que continuaban sometidos a la patria potestad de los progenitores. El menor que causaba un daño era, así, considerado como un sujeto que había escapado al control y a la sujeción que el ordenamiento reservaba a los padres, que, en consecuencia debían ser llamados a responder por ello civilmente.

Dicha orientación jurisprudencial, tendente a hacer siempre responsable a los padres de los ilícitos de los menores, resulta anacrónica y casa mal con las modernas directrices del Derecho de familia que emergen con la reforma introducida por la Ley de 19 de mayo de 1975, núm. 151⁵⁴.

De acuerdo con las nuevas concepciones de la familia y de la educación impartida en el seno de la misma⁵⁵, se hace preciso reconocer una mayor autonomía al menor en las propias elecciones⁵⁶.

Precisamente, los jueces suelen reconocer frecuentemente la capacidad del menor para llevar a cabo decisiones, a veces, de extrema relevancia, incluso, contra el parecer de sus padres⁵⁷. Por ello, no se comprende el motivo por el cual las

53 Perlingieri, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed. Nápoles (2006): Edizioni Scientifiche Italiane, 948, el cual, tras constatar que el ejercicio de la patria potestad tiene por exclusivo objeto el interés del hijo menor, prosigue afirmando que tal interés “se identifica con la consecución de una autonomía personal y de discernimiento, y se puede concretar en la posibilidad de expresar elecciones y propuestas alternativas que pueden referirse a los sectores más diversos, desde los intereses culturales a los políticos y afectivos, siempre que sea salvaguardada su integridad psico-física y el desarrollo global de su personalidad”. Partiendo de esta línea de pensamiento, la doctrina promueve un fuerte y radical cambio en la consideración del menor y de su capacidad para asumir decisiones libres e independientes, apelando a la existencia de una constatada capacidad de discernimiento. En este sentido, por último, Ruscello, F.: “Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a «supernorme»”. *Dir. fam.* (2011), 404 ss.

54 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 5. Milano (1994): Giuffrè, 696; y Esposito, F.: “Autonomia del minore e responsabilità dei genitori”, cit., I 140 ss. Sobre la estrecha conexión existente entre los deberes de los padres y la responsabilidad del art. 2048 CC, véase Sbrighi Scotto, A.: “Profili della responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.”. *Resp. civ. prev.* (2000), 911 ss.

55 Dell’Utri, M.: “Il minore tra “democrazia familiare” e capacità di agire”. *Giur. it.* (2008), 1570 ss., hace notar el tránsito de la idea de “sustitución” del menor por el padre a la de “sostenimiento” de aquél por éste.

56 Comporti, M. *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 252 ss., el cual confirma como, en relación con la responsabilidad ex art. 2048 CC, la jurisprudencia, en vez de repetir máximas arcaicas, “con obligaciones irreales y absurdas a cargo de los padres, debe tener en cuenta que, con la reforma del Derecho de familia y con el cambio de las costumbres de la vida familiar, ha decaído el principio de la autoridad del *pater familias* y se ha revaluado notablemente la personalidad del menor; acrecentándose, de manera importante, la esfera de libertad del mismo”. Diversamente, Arnone, G.M.D.: “Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne”, cit., 366 ss., el cual considera que el cambio del conjunto normativo atinente a la familia no debe influir sobre las reglas de la responsabilidad civil, entre ellas, la del art. 2048 CC, que, al contrario, manifiesta su esencia en la necesidad de tutelar a la víctima y de responsabilizar a los padres, remitiéndoles a sus propios deberes educativos. En general, sobre la autonomía de la que goza el menor en el seno de la familia y sobre los límites de la misma, véase Liuzzi, A.: “Trattamenti sanitari su minore tra consenso dell’interessato e potestà genitoriale”. *Fam. dir.* (2002), 551 ss.; y Scalisi, A.: “Famiglia e diritti del minore”. *Fam. pers. succ.* (2006), 815 ss.

57 Así, por ejemplo, Trib. Catania-Paternò 7 noviembre 2002. *Foro it.* (2003). I, 3203, en la que se reconoce

sentencias que se ocupan de la responsabilidad civil de los progenitores no extraen las pertinentes consecuencias de esta autonomía, que la jurisprudencia reconoce a los menores.

Por el contrario, resulta que sí se requiere la culpa⁵⁸, cuando se exige al menor capacidad de entender y de querer las consecuencias de las propias acciones⁵⁹, lo que está en total sintonía con el sistema de responsabilidad civil, que individualiza en la imputabilidad –y no, en la capacidad de obrar- uno de los elementos determinantes del ilícito civil⁶⁰, haciendo, así, que la responsabilidad tenga que estar siempre ligada al comportamiento de la persona que está llamada a responder del daño⁶¹.

Sin embargo, en las sentencias que propugnan una responsabilidad objetiva, obligando siempre a los padres a resarcir el daño causado por los hijos, paradójicamente, existe una excesiva reticencia a condenar a éstos a reparar los perjuicios que producen, sobreprotegiéndose claramente a los menores.

Por este método se fomenta un concepción del menor “poco edificante”, en el que el mismo todavía es considerado como un sujeto privado de una autónoma capacidad de discernimiento. Se le continúa reputando un sujeto que vive bajo la total protección de los padres que, en cuanto tales, siempre están llamados a resarcir los daños producidos por el hijo.

Desde mi punto de vista, la responsabilidad de los padres sólo tiene sentido, cuando les sea reprochable haber incurrido en una conducta omisiva, que suponga una violación de las obligaciones resultantes del art. 30 de la Constitución y del art. 147 CC. Tal exigencia puede, ciertamente, “aligerarse”, presumiéndose la culpa de los progenitores, pero, en ningún caso, es posible llegar a una responsabilidad objetiva. Esta posición es fruto de la convicción de que, si el hecho de sufrir un daño

plena validez a la voluntad de una menor para proceder a la realización de un aborto, prescindiéndose de la autorización de los padres o del juez tutelar, al ser fruto de una opción autónoma dirigida a tutelar su propia salud; Trib. L'Aquila 14 agosto 2007. *Dir. fam.* (2008). 668, en la que se concede relevancia a la voluntad de un menor extranjero, que se hallaba en estado de abandono, de querer retornar a su país de origen; Trib. Milán 15 febrero 2010. *Dir. Fam.* (2011), 401, en la que se reconoce la legitimidad de la elección del menor de no someterse a una intervención terapéutica, como consecuencia de una decisión ponderada y consciente del mismo.

- 58 Aun admitiendo que en algunas circunstancias particulares se recurra al riesgo como elemento de atribución de responsabilidad, Perlingieri, P. “Le funzioni della responsabilità civile”. *Rass. dir. civ.* (2011), 121, evidencia la necesidad de confirmar la centralidad de la culpa como elemento normal de atribución de responsabilidad.
- 59 Sobre la necesidad de una mayor responsabilización del menor; véase Parini, G.A. “Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: i genitori sempre devono essere chiamati a rispondere?”, cit., 258, la cual sostiene que dicha exigencia puede ser alcanzada a través de una mayor valoración del derecho de regreso de los padres frente al menor responsable.
- 60 Lo que testimonia cómo para el ordenamiento no sea extraña la hipótesis de que un menor sea personalmente condenado a resarcir los daños que produce a través de sus propias conductas.
- 61 Si bien, refiriéndose al diverso supuesto de hecho, de daños originados por cosas que se hallan en custodia, evidencia la necesidad de realizar siempre una valoración de la conducta del sujeto agente, desde el punto de vista del elemento subjetivo, Mezzasoma, L. “La responsabilità per danno da cose”. *Rass. dir. civ.* (1997), 83; *Id. Il danno da cose negli ordinamenti italiano e spagnolo*. Nápoles (2001): Edizioni Scientifiche Italiane, 163 ss.

es injusto, también lo es el ser obligado a resarcirlo en el caso de que la propia conducta no pueda ser susceptible de ningún reproche culpabilístico. Esto parece todavía más claro, cuando el propio autor material del ilícito, aunque sea menor, pueda ser personalmente llamado a resarcir el daño producido⁶².

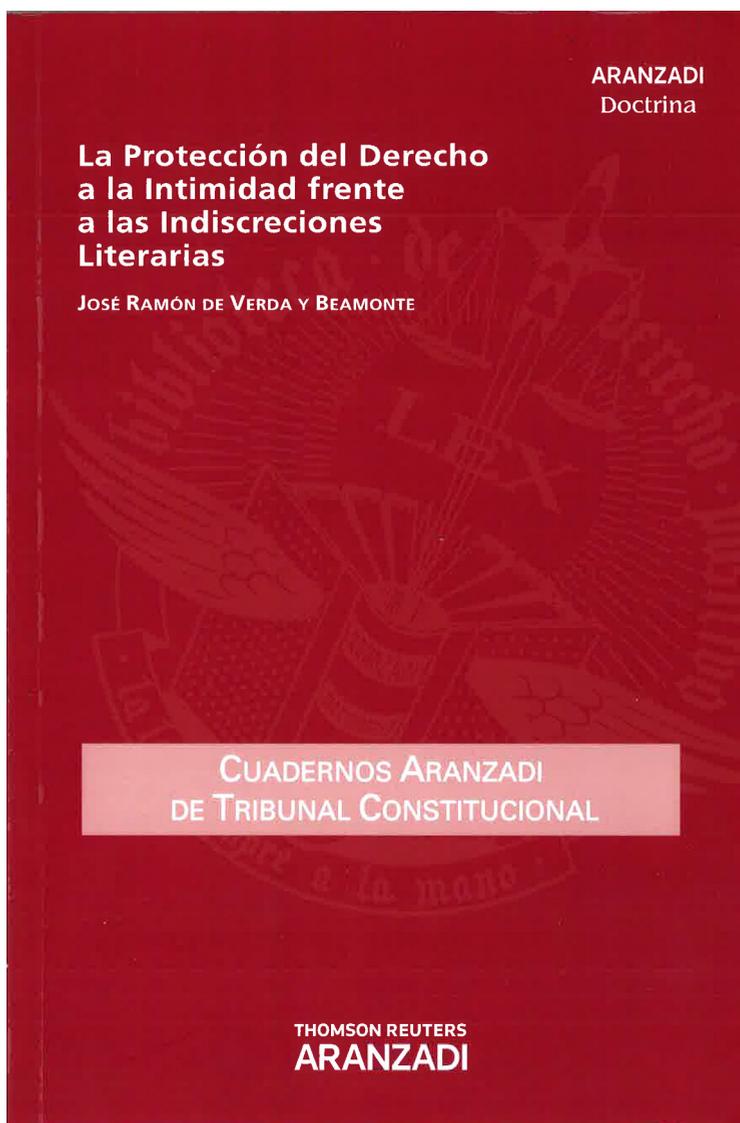
No puede objetarse que, habitualmente, el menor no tiene un patrimonio propio suficiente para satisfacer las pretensiones de resarcimiento de terceros, desde el momento en que en la actualidad el mismo problema es predicable respecto de un gran número de sujetos mayores, a causa del retraso de la edad en la que suele lograrse la adquisición de una efectiva independencia económica respecto a los propios padres.

De cuanto se ha dicho, parece evidente que la responsabilidad civil, principalmente, supone una modalidad de determinación del sujeto sobre el que debe recaer el peso económico del daño ocasionado. Tal determinación, no obstante, debe suponer, necesariamente, la valoración de la presencia de una conducta reprobable en relación con el sujeto que es llamado a responder del daño.

Dentro de este contexto, la responsabilidad de los padres recuperaría su coherencia con el sistema sólo si se interpretara en el sentido de hacer recaer sobre aquéllos el daño ocasionado por el hijo menor, exclusivamente, cuando les fuese reprochable una conducta omisiva, que supusiese un descuido de sus deberes educativos. Por ello, los hijos menores deberían responder de los costes que no derivasen de carencias educativas atribuibles a los padres, sino que fuesen fruto de elecciones, autónomas, ponderadas y conscientes de una persona, que, aun siendo menor, no obstante, es capaz de entender y de querer y, en consecuencia, puede ser considerada como un sujeto imputable.

62 Sobre el carácter excepcional de los supuestos de responsabilidad objetiva y la centralidad de la culpa –aunque la misma se presume en ciertos casos– como elemento necesario para atribuir responsabilidad civil, véase Flamini, A. *Colpa*, en *Id.. Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*. Napoli (2009): Edizioni Scientifiche Italiane, 211 ss.





Jose Ramon de Verda y Beamonte: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*. Cizur Menor (2012): Thomson-Reuters Aranzadi, Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional.

Que el derecho a la intimidad está de moda es algo incuestionable. Los nuevos medios tecnológicos y los crecientes avances informáticos han aumentado de manera exponencial los riesgos de lesión de los derechos fundamentales de la personalidad.

Por ello, son innumerables los escritos jurídicos dedicados al estudio del derecho a la intimidad, pero lo que no había existido hasta ahora en la literatura jurídica española es un estudio monográfico sobre la concreta relación entre el derecho a la intimidad y la libertad de creación literaria, en sus diversas proyecciones. Este vacío es el que, precisamente, viene a colmar el presente libro, del que es autor un prestigioso jurista, el profesor José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia, que analiza el problema de manera, a la vez, profunda y amena, llegando a abrumar al lector con sus profundos conocimientos de los Derechos alemán, francés e italiano y de sus respectivas doctrinas y jurisprudencias.

En el primer capítulo realiza un estudio concienzudo del derecho a la intimidad, analizando su concepto y facultades que lo integran a modo de pórtico, que sirve de introducción a las restantes aportaciones. Así, en el capítulo segundo trata del posible conflicto de dicho derecho con la libertad de expresión, ejercida a través de cartas, memorias, diarios y demás escritos de carácter personal; en el capítulo tercero, de la colisión con la libertad de información, manifestada mediante la redacción de biografías; y en el cuarto y último capítulo, de las relaciones entre el derecho a la intimidad y la libertad de creación literaria, como concreta manifestación de la libertad de creación artística, plasmada en los escritos de ficción.

Este último capítulo es, sin duda, el más estimulante. El autor defiende la autonomía del derecho de creación literaria frente a las libertades de información y expresión, extrayendo de ello las pertinentes consecuencias. Propone ponderar la esencia misma del relato de ficción, como obra imaginativa del ingenio humano, que, en cuanto tal, no es apta para vulnerar la intimidad ajena, a condición, eso sí, de que no pueda evocar en un lector medio la idea de la veracidad de lo narrado y su conexión con una persona determinada o perfectamente determinable.

Estamos, en definitiva, ante una gran obra, que enseña y distrae, que esperamos sea del gusto de lectores inquietos.

Pedro Chaparro Matamoros

Becario de Investigación (FPU) del Departamento de Derecho civil de la
Universidad de Valencia (España)

GIOVANNI BERTI DE MARINIS

La forma del contratto
nel sistema di tutela
del contraente debole

Edizioni
Scientifiche
Italiane



Publicazioni
della Scuola
di specializzazione
in diritto civile
dell'Università
di Camerino

135

a cura di Pietro Perlingieri

Berti de Marinis, G.: *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole.* Nápoles (2013): Edizioni Scientifica Italiane.

El tema de la forma del contrato está alcanzando una importancia hasta hace años impensable. En los Códigos civiles de inspiración liberal, en los que, conforme al principio de autonomía de la voluntad, había una exaltación de la función del consentimiento como elemento esencial, productor de los efectos jurídicos del negocio, la forma aparecía como un elemento de importancia secundaria, salvo en aquellos casos excepcionales, en los que, como acontece en la donación, por su carácter gratuito, hay que asegurar la espontaneidad y libertad del querer del

donante, a través de su comparecencia ante Notario para otorgar la correspondiente escritura pública, la cual se considera requisito para la validez del contrato.

Es cierto que en el Código civil español, el artículo 1280 recoge un amplio catálogo de actos y contratos (en particular, los que tienen por objeto inmuebles), los cuales “deben” constar en documento público, pero la jurisprudencia, desde el primer momento, relativizó el alcance de esta exigencia, interpretándola a la luz del artículo 1279 del referido cuerpo legal, esto es, negando que se tratara de un requisito general de validez, sino (salvo excepciones), entendiendo que consagraba, tan sólo, un mero reconocimiento de la facultad de las partes de poder instar la documentación de un negocio, ya perfecto y válido, con el fin de poder probar su existencia, instar la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad y ser indiscutible la fecha de su otorgamiento frente a terceros.

Sin embargo, en la actualidad, asistimos a un resurgir del formalismo, en un ámbito y con una finalidad diversos. La exigencia de forma se proyecta ahora también (incluso de manera prioritaria) sobre los bienes muebles con un objetivo muy claro: garantizar a los consumidores o destinatarios de contratos de adhesión el exacto conocimiento y significado de unas cláusulas que, en la mayoría de los casos, vienen predisuestas con carácter general, por el empresario, sin posibilidad de discusión previa. Se hace necesario, en definitiva, establecer controles formales de incorporación de las cláusulas, con el fin de proteger a la parte débil del contrato; encomendando a ella, y sólo a ella, la posibilidad de invocar la invalidez del negocio por incumplimiento de estos requisitos de incorporación formal, lo que desaconseja el recurso a la nulidad como forma de sanción.

El espléndido trabajo de Giovanni Berti de Marinis pone de manifiesto esta nueva realidad, con observaciones críticas y agudas, llenas de fino ingenio. Desgrana problemas, analiza cuestiones y lanza interesantes sugerencias. En el capítulo primero reflexiona sobre el principio de libertad de forma, propio de los Códigos civiles y sobre sus excepciones, con la visión puesta en el Derecho italiano, proponiendo una lectura “funcional” de los diversos casos que lleve a averiguar el sentido de la exigencia de la forma en cada uno de ellos, con el fin de extraer las pertinentes consecuencias, en caso de inobservancia de aquélla; en el segundo, realiza un recorrido sobre diversas normas sectoriales, que, pensando en la protección del contratante débil, imponen exigencias de forma, en particular; analiza supuestos en los que, como acontece en los contratos de venta de paquetes turísticos, el legislador no especifica la sanción procedente, mostrándose en contra de aplicar la categoría de la nulidad absoluta y decantándose por la denominada nulidad “relativa”, que sólo puede ser invocada por el consumidor; en el capítulo tercero, con apoyo en las reflexiones contenidas en los anteriores, postula una interesante relectura de la regulación del Código civil italiano sobre la invalidez del contrato, negando el

carácter excepcional de la categoría de la “nulidad relativa”; en el cuarto y último capítulo, pone en conexión la forma con las específicas exigencias derivadas de la contratación a través de las nuevas tecnologías.

Estamos, en definitiva, ante una obra “seria”, de un autor “serio”, que, sin duda, está llamada a tener gran influencia en la doctrina científica.

Pedro Chaparro Matamoros

Becario de Investigación (FPU) del Departamento de Derecho civil de la
Universidad de Valencia (España)

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 28 de febrero y 30 de agosto, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto. El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor; de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de 30 páginas:
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: A) o Números: 1°

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán excepcionalmente y sólo para contener texto adicional y nunca referencias bibliográficas, aunque podrán hacer referencia a la bibliografía.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Serán utilizadas para textos que apoyan una afirmación o aclaran una hipótesis de trabajo. Si son breves deben incluirse en el texto, cuidando de ponerlas entrecomilladas o con una letra de tipo diferente para distinguir el texto citado, del resto del texto. Cuando la longitud del texto citado exceda de dos líneas, deberá llevarse a una nota a pie de página.

VIII. Referencias bibliográficas

Todas las citas se ajustarán a las normas de publicación de trabajos de la American Psychological Association (APA) en su "Publication Manual" (Washington, 1994).

Las referencias bibliográficas se escriben al final del artículo, todo en minúsculas salvo la primera letra, en una hoja aparte y en estricto orden alfabético.

El manual APA distingue y clasifica las referencias de acuerdo al tipo de material:

Libros.- Autor (apellido -sólo la primera letra en mayúscula-, coma, inicial de nombre y punto; en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con una “y”), año (entre paréntesis) y punto, título completo (en letra cursiva) y punto; ciudad y dos puntos, editorial. Ejemplos:

- Apellido, I., Apellido, I. y Apellido, I. (1995). Título del Libro. Ciudad: Editorial.
- Tyrer, P. (1989). Classification of Neurosis. London: Wiley.
- **Capítulos de libros colectivos o actas.-** Autores y año (en la forma indicada anteriormente); título del capítulo, punto; “En”; nombre de los autores del libro (inicial, punto, apellido); “(Eds.);”, o “(Dir.);”, o “(Comps.);”; título del libro en cursiva; páginas que ocupa el capítulo, entre paréntesis, punto; ciudad, dos puntos, editorial. Ejemplos: Autores (año). Título del Capítulo. En I. Apellido, I. Apellido y I. Apellido (Eds.), Título del Libro (págs. 125-157). Ciudad: Editorial.
Singer, M. (1994). Discourse inference processes. En M. Gernsbacher (Ed.), Handbook of Psycholinguistics (pp. 459-516). New York: Academic Press.
- **Artículos de revista.-** Autores y año (como en todos los casos); título del artículo, punto; nombre de la revista completo y en cursiva, coma; volumen en cursiva; número entre paréntesis y pegado al volumen (no hay blanco entre volumen y número); coma, página inicial, guión, página final, punto.
Ejemplos:
Autores (año). Título del Artículo. Nombre de la Revista, 8(3), 215-232.
Gutiérrez Calvo, M. y Eysenck, M. W. (1995). Sesgo interpretativo en la ansiedad de evaluación. *Ansiedad y Estrés*, 1(1), 5-20.
- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes , día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Comentarios normativos.**- Extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.
- **Comentarios jurisprudenciales.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.
- **Reseñas bibliográficas.**- Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

