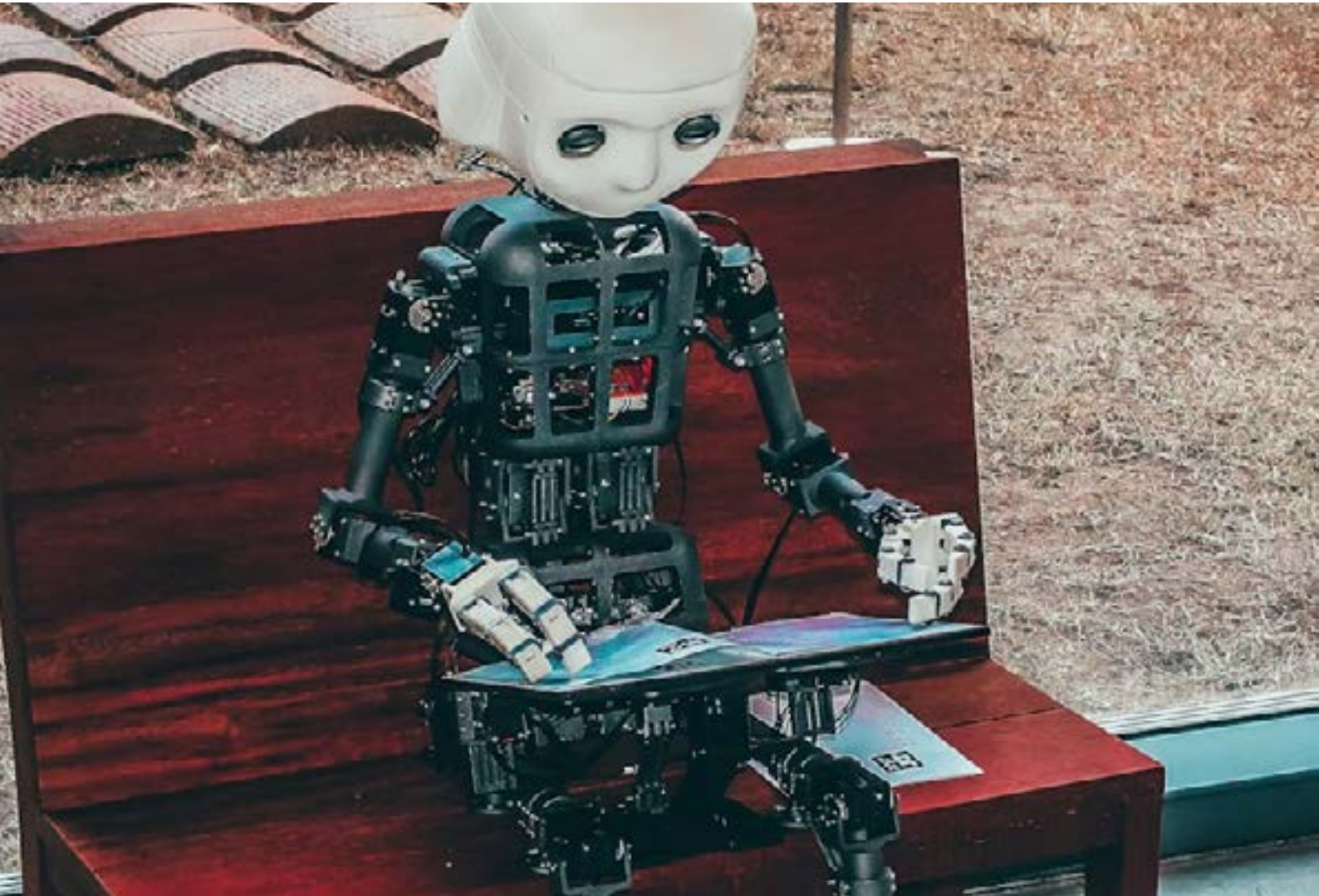


CUADERNO DE FAMILIA

BOLETÍN JURÍDICO DE INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA
Nº 5 mayo 2024



AJFV ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA

SUMARIO:

DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Rodrigo Marcos Vian

EL CONCEPTO DE ANIMAL DE COMPAÑÍA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

Alfonso Carlos Aliaga Casanova

EL RÉGIMEN DE VISITAS: EL CONFÍN ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL DERECHO A MANTENER RELACIONES PATERNO FILIALES

Laura Álvarez Suárez

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. FINAL AÑO 2023- PRINCIPIOS 2024

Susana Jiménez Bautista & Jose Antonio Baena Sierra

mayo 2024

Cuaderno de familia

Boletín Jurídico de Infancia, Familia
y Capacidad de la Asociación Judicial
Francisco de Vitoria
ajfv@ajfv.es

Consejo Asesor

Andrés Martínez Arrieta
José Luis Seoane Spiegelberg
Pascual Martínez Espín
Juan Francisco Mestre Delgado
María Luz García Paredes
María Lourdes Arastey Sahún
Blanca Lozano Cutanda

Comité Editorial:

Alfonso Carlos Aliaga Casanova (Coord.)
Estrella María González Maroño
Susana Jiménez Bautista
José Antonio Baena Morales
Adalberto de la Cruz Correa

Edita: Asociación Judicial Francisco de
Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2687

Exención de responsabilidad:

Las opiniones, comentarios y hechos
consignados en cada artículo efectuados por
los autores son de su exclusiva responsabilidad
y no han de ser necesariamente compartidos
por los miembros del Comité Editorial y, por
tanto, no se asume responsabilidad de los
mismos por parte de éstos y de la Asociación
Judicial Francisco de Vitoria. El Comité
Editorial y la Asociación Judicial Francisco de
Vitoria no se hacen responsables, en ningún
caso, de la credibilidad y autenticidad de los
trabajos

Sumario

03

DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. UNA APROXIMACION CON
EL DERECHO DE FAMILIA

por Rodrigo Marcos Vian

12

EL CONCEPTO DE ANIMAL DE COMPAÑÍA EN LOS PROCESOS DE
FAMILIA TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS Y EL BIENESTAR ANIMAL

por Alfonso Carlos Aliaga Casanova

23

EL RÉGIMEN DE VISITAS: EL CONFÍN ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR
DEL MENOR Y EL DERECHO A MANTENER RELACIONES PATERNO
FILIALES

Por Laura Álvarez Suárez

38

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO
Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. FINAL AÑO 2023- PRINCIPIOS 2024

Por Susana Jiménez Bautista & Jose Antonio Baena
Sierra

DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. UNA APROXIMACION CON EL DERECHO DE FAMILIA

LAW AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE. AN APPROACH TO FAMILY LAW

Rodrigo Marcos Vian

Juez de adscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, provincia de Valladolid. Destino actual: Sección segunda Audiencia Provincial de León

Fecha de remisión: 9/05/2024

Fecha aceptación: 22/05/2024

SUMARIO

I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL. BREVE INTRODUCCION.

II. DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. POSIBLES UTILIDADES Y PROBLEMAS.

III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL SISTEMA JURIDICO ESPAÑOL.

IV. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO DE FAMILIA. UNA PEQUEÑA APROXIMACION. CONCLUSIONES

RESUMEN:

En el presente artículo se analiza el concepto de Inteligencia Artificial (IA), su desarrollo y legislación tanto en el derecho español como europeo, haciendo referencia a sus principales áreas de aplicación, los problemas que de ella se pudieran derivar, así como

posibles soluciones. Asimismo, se realiza una especial significación de la IA en el ámbito del derecho de familia y menores en base a la reciente Ley de Inteligencia Artificial, y su posible implementación en instrumentos como informes psicosociales y de credibilidad.

ABSTRACT:

This article analyzes the concept of Artificial Intelligence (AI), its development and legislation in both Spanish and European law, referring to its main areas of application, the problems that could arise from it, as well as possible solutions. Likewise, a special significance of AI in the field of family and juvenile law is made based on the recent Artificial Intelligence Law, and its possible implementation in instruments such as psychosocial and credibility reports.

PALABRAS CLAVE:

Inteligencia artificial; derecho; Ley de Inteligencia Artificial; menores; emociones; informe psicosocial.

KEY WORDS:

Artificial intelligence; law; Artificial Intelligence Act; Minor; emotions; Psychosocial report.

I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL. BREVE INTRODUCCION.

La inteligencia artificial ha venido para quedarse, eso es un hecho. Tal es así que en la actualidad se encuentra en vías de desarrollo una Ley de Inteligencia Artificial a través de un Reglamento en proceso de aprobación y entrada en vigor, propuesto por la Comisión Europea en fecha 21 de abril de 2021, cuyo objetivo es introducir un marco normativo y jurídico único para los sistemas de inteligencia artificial que operen en la Unión Europea. Pero ¿Cómo se define la Inteligencia Artificial? La inteligencia artificial es un conjunto de tecnologías de rápida evolución que puede generar un amplio abanico de beneficios económicos y sociales en todos los sectores y actividades sociales. El uso de la inteligencia artificial puede proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y facilitar la obtención de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la agricultura, la educación y la formación, la administración de infraestructuras, la energía, el transporte y la logística, los servicios públicos, la seguridad, la

justicia, la eficiencia de los recursos y la energía, y la mitigación del cambio climático y la adaptación a él, entre otros, al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de los recursos, y personalizar las soluciones digitales que se encuentran a disposición de la población y las organizaciones¹.

Así las cosas, de la propia definición de la propuesta de Reglamento, se incluye a la justicia como sector en el que poder implementar las ventajas que de la IA se pudieran derivar, lo que nos hace preguntarnos sobre los distintos fines de la IA y su aplicación al derecho.

II. DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. POSIBLES UTILIDADES Y PROBLEMAS.

Ya en el año 1950, el famoso escritor Isaac Asimov, en una clara visión del futuro, publicaba su famosa obra “Yo Robot”, desarrollando literariamente hablando, las tres leyes de la robótica, lo que nos lleva a si, para poder aplicar estos sistemas en el ámbito de la justicia y el derecho ¿puede la IA de entender la información que se le facilita?

Las máquinas son muy buenas respondiendo, pero no tan precisas preguntando, pues sigue habiendo oficios en los que se necesita un juicio crítico, como es la labor jurisdiccional. Por el momento se ha ido desarrollando la IA dentro del sector jurídico en aspectos

¹ Enmienda 12. Propuesta de Reglamento. Considerando 3. Ley de Inteligencia Artificial. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))

tan variopintos como modelos para la argumentación y la toma de decisiones, clasificación de textos legales para las bases de datos (véase Lefebvre-El Derecho)² así como la extracción de información de distintos textos legales. Igualmente es posible hablar de predicción judicial pues en base a la repetición de supuestos y resoluciones judiciales de la misma o similar naturaleza, pues la IA podrá ser capaz de analizar volúmenes de datos legales para adelantar resultados judiciales, evitando la judicialización masiva de asuntos, pues los algoritmos que les resultaran de aplicación podrían llegar a identificar las posibles áreas de acuerdo y encontrar soluciones satisfactorias para todas las partes. Existen proyectos interesantes como Ross Intelligence, una herramienta de investigación que permite buscar jurisprudencia, doctrina y demás documentación legal a los profesionales del derecho permitiendo a estos hacer una pregunta y recibir una respuesta concreta³.

En el desarrollo de estas tecnologías, se ha venido implementando por alguno de los países de nuestro entorno, la utilización de la conocida aplicación ChatGPT4, como es el caso de Reino Unido, pues en el mes de diciembre de 2023, la Oficina Judicial del Reino Unido introdujo el uso de ChatGPT y otras herramientas de inteligencia artificial en la redacción de sentencias judiciales y fallos legales de cualquier otra índole. En concreto, llevó a cabo la publicación de una guía de uso⁴ en la que se considera que IA puede ser una

herramienta secundaria potencialmente útil para los jueces y magistrados siempre que se sigan adecuadamente las directrices recogidas. Las principales áreas de actuación de las herramientas de IA son aquellas capaces de resumir grandes cantidades de texto velando en cualquier caso que el contenido sea exacto.

Como podemos ver, es un paso más en una carrera imparable, pues nadie duda que más pronto que tarde se puedan llegar a implementar estos sistemas en el ordenamiento jurídico español. De hecho, ya contamos con alguna referencia introducida a través de la última gran reforma legal llevada a cabo con el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, como se analizará posteriormente.

No obstante, el hecho de trabajar con instrumentos y herramientas de IA pueden derivar en una inadecuada automatización del operador jurídico, pues podría llevar a provocar una confianza indebida en la propia aplicación, aceptando el resultado obtenido, sin plantearse si el mismo es o no acertado en base a los parámetros facilitados. Tal es así que ya existen supuestos en los que distintos profesionales del derecho, en este caso dos abogados de Estados Unidos fueron multados con 5.000 dólares por presentar documentos legales que habían sido escritos por ChatGPT con varias citas inventadas, lo que supuso igualmente una demanda de responsabilidad civil por parte del cliente⁵.

La utilización de la IA ha generado igualmente preocupaciones relacionadas

2 Pasado, presente y futuro de la IA. www.genial.lefebvre.es

3 <https://www.rossintelligence.com/about-us>

4 <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/12/AI-Judicial-Guidance.pdf>

5 <https://confilegal.com/20230530-un-abogado-de-ee-uu-se-enfrenta-a-una-possible-sancion-por-utilizar-en-un-juicio-citas-falsas-creadas-por-chatgpt-sin-comprobar-su-veracidad/>

con la privacidad y el tratamiento de los datos, pues las empresas de IA pueden recopilar información de las interacciones de los usuarios, es este caso jueces y magistrados, con los chats de IA, conocidos como Chatbots. En este sentido la Ley de Inteligencia Artificial en sintonía con esta preocupación establece que el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales debe garantizarse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema de IA. A este respecto, los principios de minimización de datos y de protección de datos desde el diseño y por defecto, tal como se establecen en la legislación de la Unión en materia de protección de datos, son esenciales cuando el tratamiento de datos entraña riesgos significativos para los derechos fundamentales de las personas⁶.

En respuesta a esta preocupación, la Unión Europea ha estado trabajando en distintos proyectos como puede ser el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial, titulado “Una aproximación europea a la excelencia y a la confianza”⁷, donde el objetivo es formular alternativas políticas para promover la adopción de la inteligencia artificial y de abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta nueva tecnología, relacionados con los derechos fundamentales.

III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL SISTEMA JURIDICO ESPAÑOL.

El reciente Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha aprobado algunas de las previsiones que se recogían en el proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de la Justicia, habilitando el uso de la IA en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional. En concreto ha llevado una regulación de las actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas, previstas en los artículos 56 a 58. En este sentido entiende por actuación automatizada la actuación procesal producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención humana en cada caso singular. En desarrollo de lo anterior la Administración de Justicia deberá habilitar los soportes necesarios para la automatización de resoluciones simples que no requieren interpretación jurídica, tales como el numerado de expedientes, generación de copias y certificados, comprobación de representaciones o las declaraciones de firmeza, lo que sin duda servirá para auxiliar a los Letrados de la Administración de Justicia en el desarrollo de sus funciones.

Por el contrario, el artículo 56.3, establece en relación con las actuaciones proactivas que son aquellas actuaciones automatizadas, auto-iniciadas por los sistemas de información sin intervención humana, que aprovechan la información incorporada en un expediente o procedimiento de una Administración Pública con un fin determinado, para generar avisos o efectos directos a otros fines distintos, en el mismo o en

⁶ Enmienda 80. Propuesta de Reglamento. Considerando 45 bis. Ley de Inteligencia Artificial. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>

otros expedientes, de la misma o de otra Administración Pública, en todo caso conformes con la ley. Sin embargo, la imprecisión de este precepto, es posible que genere problemas de aplicación, pues las expresiones en él utilizadas son excesivamente ambiguas.

Mayor detalle requiere el artículo 57, en relación con las actuaciones asistidas, considerándose esta la que el sistema de información de la Administración de Justicia genera un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, **y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal.** (Énfasis añadido).

Sin embargo, se encuentra sujeto a control, pues el borrador documental generado no constituye por sí mismo una resolución judicial o procesal, si no se encuentra validado por la autoridad competente. Esta validación para la constitución de resolución judicial o procesal requerirá siempre la validación del texto definitivo, por el juez o jueza, magistrado o magistrada, fiscal o letrado o letrada de la Administración de Justicia, en el ámbito de sus respectivas competencias y bajo su responsabilidad, así como la identificación, autenticación o firma electrónica que en cada caso prevea la ley, además de los requisitos que las leyes procesales establezcan.

Es por ello que, en base a lo anterior, la tramitación de los procedimientos judiciales se hará más sencilla, pues como bien sabemos, una gran parte del trabajo tiene una naturaleza mecánica, utilizando los funcionarios de los Cuerpos Generales de la Administración, modelos de resolución, en los que, en

base a una plantilla, tan solo se cambian los datos identificativos de las partes, fechas, cantidades etc. Respecto a la labor jurisdiccional, hoy día y más en la que los pleitos denominados “en masa” relativos a condiciones generales de la contratación o reclamaciones de cantidad vía monitorio derivados de la compra de carteras de crédito, que tanto han colapsado y siguen colapsando nuestros Juzgados y Tribunales, pocas sentencias se redactan completamente desde cero, recurriendo al uso del llamado “corta-pega”, donde el uso de algoritmos de IA podrían servir de ayuda a los jueces y magistrados, dotándole de argumentos legales aplicables que se usaron en decisiones similares, lo que sin duda reduciría los tiempos para dictar sentencia o la resolución que corresponda, aminorando la carga de trabajo soportada, lo que derivaría en una mayor confianza de los ciudadanos en la Justicia y Administración de Justicia.

Analizado lo anterior, ¿Cuáles son las principales ramas del derecho en las que la IA puede tener más implementación? La primera respuesta que se nos viene a todos a la cabeza es lógica, el derecho penal. Pero no es la única.

Algunas de las medidas de investigación tecnológica más frecuentes en la práctica son la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos

informáticos previstas en los artículos 588 bis y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En materia penal ha sido desarrollada la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales⁸ en la que se reconoce la contribución positiva de determinados tipos de aplicaciones de IA a la labor de las autoridades policiales y judiciales en toda la Unión; destacando que toda tecnología puede aplicarse a una nueva finalidad, mostrando preocupación por la existencia de una supervisión y un control democráticos estrictos de cualquier tecnología basada en IA utilizada por las autoridades policiales y judiciales, en particular las que puedan readaptarse para fines de vigilancia masiva o de elaboración masiva de perfiles pues pueden interferir de manera desproporcionada con los derechos fundamentales debiéndose desarrollar las salvaguardias contra el uso indebido de las tecnologías de inteligencia artificial por parte de las autoridades policiales y judiciales.

Algunas de estas tecnologías ya se encuentran a la orden del día, basta con acudir a un aeropuerto, donde nos encontramos en el control de pasajeros, el uso de técnicas de reconocimiento facial. Estas técnicas de identificación han generado controversia, como por ejemplo la empresa estadounidense, “Clearview AI,” proveedora de sistemas de reconocimiento facial a policías y autoridades de todo el mundo, y que

ha desarrollado su sistema a través de fotos de distintas redes sociales, encontrándose en investigación en países de nuestro entorno como Francia, Austria, Italia, Grecia y Reino Unido⁹.

Igualmente y con la finalidad de ayudar a la seguridad fronteriza de los ciudadanos no pertenecientes a la UE en las fronteras de la UE se está desarrollando el uso de un sistema inteligente y portátil de control de fronteras, “Iborderctrl” mediante el uso de “biomarcadores de engaño”, el sistema determina si una persona está mintiendo durante una entrevista automatizada con un guardia de fronteras virtual donde el sistema rastrea los movimientos faciales y corporales, sistema que ya se ha probado en países como Hungría, Letonia y Grecia. En el ámbito laboral, existe el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización (AMED), que pretende garantizar el control de las personas sobre las máquinas y la inteligencia artificial en el lugar de trabajo, así como sustentar el uso de la robótica y las aplicaciones de la inteligencia artificial, respetando y cumpliendo los controles de seguridad, así como con las leyes y reglamentos aplicables, los derechos fundamentales y las normas de no discriminación¹⁰.

Asimismo, la IA tiene influencia dentro del ámbito del derecho civil, en concreto en el campo de la responsabilidad civil, versando la problemática más importante hasta la fecha respecto a la determinación de la responsabilidad, causación del daño y relación de causalidad,

⁹ <https://www.businessinsider.es/controvertida-clearview-ai-denunciada-5-paises-europeos-872917>

¹⁰ https://www.ceoe.es/sites/ceoecorporativo/files/content/file/2020/12/22/110/acuerdo_marco_interlocutores_sociales_europeos_digitalizacion_2020.pdf

⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_ES.html

conforme a los criterios establecidos en el artículo 1.902 del Código Civil, es decir, quién asume la responsabilidad de los daños que pueda causar un sistema de inteligencia artificial, lo de derivará dado el auge imparable de la IA, en la formulación de teorías que puedan abarcar la responsabilidad de la misma, ya sea al el fabricante, el operador, el usuario etc.

IV. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO DE FAMILIA. UNA PEQUEÑA APROXIMACION.

Vaya por delante que se trata de un estudio de carácter meramente teórico, pero, si es posible la implantación de inteligencia artificial en otras ramas del derecho, ¿cabe plantearnos la utilización de herramientas de IA en el ámbito del derecho de familia? Seguro que, en numerosas ocasiones en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional, nos hemos preguntado si en relación con un menor estábamos tomando o no la decisión más acertada, ya sea concediendo una guardia y custodia en exclusiva o compartida o con una privación o suspensión de la patria potestad. En la práctica forense solemos acudir a instrumentos como informes psicosociales o informes de credibilidad, que realizan los miembros del equipo psicosocial adscritos a los Juzgados y Tribunales, lo que nos lleva a plantear si se pudieran utilizar herramientas de IA para la emisión de dichos documentos, reduciendo lo máximo las posibilidades de error.

Debemos partir de un concepto, sistemas de alto riesgo. Deben considerarse como tales las implementaciones con IA de productos o componentes de seguridad de productos que ya estén cubiertos por legislación europea armonizada, y que por tanto estén sujetos a evaluación de conformidad por parte de un tercero¹¹ así como los enumerados en el anexo tres, es decir, ciertos sistemas de IA destinados a la Administración de Justicia ya que pueden tener efectos relevantes para los derechos fundamentales y libertades



¹¹ Artículo 6 Reglamento Europeo de IA

públicas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Es por ello que procede considerar de alto riesgo aquellos sistemas de IA cuyo objetivo es ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos.

En el ámbito de las ciencias forenses la utilización de instrumentos de inteligencia artificial resultaría esencial para la obtención de mejores resultados haciendo uso de robótica, procesamiento del lenguaje, aprendizaje automático, o de las emociones como se analizará a continuación, eliminando la subjetividad, aumentando la exactitud a la par que se reduce el tiempo de emisión de dictámenes, al igual que con las resoluciones judiciales. Así el informe psicosocial es un documento que recoge la información relativa al estado psicológico de los miembros de una familia, cuyo objetivo suele ser estudiar y evaluar las relaciones entre los diferentes sujetos, las habilidades de los progenitores, así como las dinámicas familiares o sus rutinas cotidianas. Con la información obtenida se crea el documento final que sirve para asesorar al tribunal, principalmente en separaciones, divorcios o modificaciones de medidas en las que no hay un acuerdo entre las partes.

¿Ahora bien, podemos aumentar la fiabilidad de los informes psicosociales implementando herramientas de IA? Hasta la fecha, los integrantes de los equipos psicosociales cuentan con distintas herramientas para la emisión de los informes, como el test SENA, que es una prueba dirigida principalmente a la detección de una gran variedad de

problemas de conducta y emocionales desde los 3 años hasta los 18, el cual permite recopilar información de varias fuentes o informadores, lo que ayuda al especialista a comprender mejor los problemas que enfrentan los niños o adolescentes en diferentes contextos, además de la información proporcionada por el propio niño¹².

Existen otros modelos de evaluación de pruebas testificales, como el sistema HELPT con los que se pretende la obtención de toda la información posible de testigos y víctimas, con la mínima interferencia a fin de valorar su credibilidad. Simplemente se trata de facilitar la información necesaria desde el punto de vista científico para que los jueces y magistrados tomen la mejor decisión en relación con la credibilidad de las personas anteriormente mencionadas, a través de las posibilidades de que el testigo o víctima haya tenido de observar al agresor, y las habilidades cognitivas de aquellos¹³.

Dentro del estudio de la credibilidad del testimonio, también constan otros instrumentos como el Statement Validity Assessment (SVA), que pretende verificar el grado de veracidad de una declaración sobre un determinado asunto, debiendo ser complementado con el CBCA siendo este un listado con 19 criterios que se deben evaluar a través del contenido obtenido en la transcripción de la entrevista, comprobando si se dan y en qué medida, además de una entrevista de carácter semiestructurada¹⁴.

12 <https://web.teaediciones.com/SENA-Sistema-de-Evaluacion-de-Ninos-y-Adolescentes.aspx>

13 Modelo holístico de evaluación de la prueba testifical. Antonio L. Manzanero y José Luis González. *Papeles del Psicólogo*, 2015. Vol. 36 (2) pp. 125-138

14 Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones.

En un futuro no lejano, en relación con esta materia, podrían utilizarse sistemas de IA destinados a ser utilizados para extraer conclusiones sobre las características personales de las personas físicas a partir de sistemas de reconocimiento de emociones, a excepción de los mencionados en el artículo 5 de la Ley de Inteligencia Artificial. Igualmente, y siempre velando por el derecho a la intimidad y protección de datos, podría utilizarse la IA con la finalidad de gestionar la información existente en los Institutos de Medicina Legal, y ponerlos en relación al caso concreto, para la emisión de informes psicosociales.

Es cierto que existe una gran preocupación respecto a la base científica de los sistemas de IA que procuran detectar las emociones o las expresiones faciales, pues estas tecnologías aún tienen deficiencias estructurales, y podrían dar distintos resultados en la misma persona en función de su interacción. En cualquier caso, tal y como señala la legislación europea, los usuarios de un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica que no esté prohibido con arreglo al artículo 5 informarán de manera oportuna, clara e inteligible del funcionamiento del sistema a las personas físicas expuestas a él y obtendrán su consentimiento antes del tratamiento de sus datos biométricos y otros datos personales de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, el Reglamento (UE) 2016/1725 y la Directiva (UE) 2016/280, según proceda.

Para finalizar, no quiero dejar pasar la oportunidad de abrir una reflexión con

ciertos tintes futuristas o de ciencia ficción, como son los robots domésticos. Estamos ante un producto tecnológico que puede suponer un antes y un después en lo que a las relaciones familiares de refiere, pues en base a las tareas que pudiera tener programadas se convertirían en un instrumento de tal confianza hasta tener un sitio en la familia, como si de una mascota se tratase, lo que podría ser objeto de regulación en un futuro a medio plazo.

V. CONCLUSIONES.

En definitiva, los desafíos que plantea la inteligencia artificial son complejos e interesantes. El estudio realizado permite alcanzar como conclusión que la carrera de la IA es imparable, pues cada vez con más frecuencia, se irán utilizando como herramienta al servicio de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, pero sin llegar a ser sustitutivo de estos, al menos por el momento. En cualquier caso, siempre debe de girar en torno a la necesidad de hacer un uso responsable de las tecnologías, con pleno respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. El futuro ya está aquí.

En un futuro no lejano, en relación con esta materia, podrían utilizarse sistemas de IA destinados a ser utilizados para extraer conclusiones sobre las características personales de las personas físicas a partir de sistemas de reconocimiento de emociones

EL CONCEPTO DE ANIMAL DE COMPAÑÍA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y EL BIENESTAR ANIMAL

THE CONCEPT OF COMPANY ANIMAL IN FAMILY PROCESSES AFTER THE APPROVAL OF THE LAW FOR THE PROTECTION OF ANIMAL RIGHTS AND WELFARE

Alfonso Carlos Aliaga Casanova

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela

Fecha de remisión: 20/05/2024

Fecha aceptación: 22/05/2024

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTO DE ANIMALES DE COMPAÑÍA
 - A. No todo animal doméstico es un animal de compañía: requisitos para ser animal de compañía
 - 1. Mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar
 - 2. Los animales de producción deben inscribirse para ser considerados animales de compañía
 - 3. Tenencia en buenas condiciones de bienestar, respeto de sus necesidades etológicas y posibilidad de adaptarse a la cautividad
 - B. Existen unas especies expresamente reconocidas como animales de compañía
 - C. Los animales silvestres sólo podrán considerarse animales de compañía si están incluidos en un listado positivo
- III. CONCLUSIONES
- IV. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN:

El presente trabajo reflexiona sobre la necesidad de que en los procesos de familia sólo se tomen decisiones sobre el cuidado y atención de los animales que puedan ser considerados con animales domésticos y ello, para respetar el bienestar animal y el medio ambiente. Para concretar que debe entenderse por animales domésticos analiza lo dispuesto, al respecto, en la reciente Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales.

ABSTRACT:

This work reflects on the need for family processes to only make decisions about the care and attention of animals that can be considered domestic animals and this, to respect animal well-being and the environment. To specify what should be understood by domestic animals, analyze

the provisions in this regard of the recent Law 7/2023, of March 28, on the protection of the rights and well-being of animals.

PALABRAS CLAVE:

Animal de compañía, procesos de familia, animales silvestres, animales de producción, bienestar animal.

KEY WORDS:

Pets, family processes, wild animals, production animals, animal welfare.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, basta darse un paseo por cualquier calle o parque de una ciudad de nuestro país, para darse cuenta del aumento del número de mascotas o animales de compañías que tienen las familias españolas.

La reciente Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (en adelante, LPDBA), en su Exposición de Motivos refleja dicha tendencia al indicar que *“En España en uno de cada tres hogares se convive con al menos un animal de compañía, y así, según la información resultante de los registros de animales de compañía de las comunidades autónomas, en la actualidad hay más de trece millones de animales de compañía registrados e identificados.”*

De hecho, recientes publicaciones periodísticas refieren incluso unos datos superiores. Así, se habla de que sólo en España, los últimos datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) reflejan que el 43% de los hogares tienen una

mascota¹, destacando el dato de que hay más perros que niños menores de 15 años. Siendo así, cada vez van a ser más frecuentes los casos en haya que decidir en un proceso de familia cuestiones del cuidado y atención de los animales de compañía. Animales como los perros o gatos no dejan dudas sobre su condición de animal de compañía; pero, como la realidad supera a cualquier ficción, no faltarán supuestos en que es dudoso el carácter de mascota de determinados animales. La novedosa LPDBA nos otorga una definición de “animal de compañía”; pero amplía el listado de mascotas prohibidas en casa y restringe las permitidas hasta el momento. Su objetivo es perseguir y preservar el equilibrio del medio ambiente. Por ello, parece oportuno su estudio para tratar de clarificar tales supuestos dudosos.

II. CONCEPTO DE ANIMALES DE COMPAÑÍA

Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales (en adelante, LRJA) introdujo, en los procesos de familia, la necesidad de regular el cuidado y gastos de las mascotas. Dicha reforma exigía un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos de forma que, en las decisiones que se adopten por los tribunales sobre las mascotas, en situaciones de crisis familiares, es imperativo que se considere a los animales como seres dotados de sensibilidad, prime el principio de bienestar animal y se tenga en consideración los lazos de afectividad mutua entre las personas y sus mascotas.

¹ Véase la publicación periodística en https://www.cuatro.com/noticias/sociedad/20240314/crecen-numero-mascotas-gastos-espana-mas-perros-ninos_18_011965285.html

Ahora bien, tras la reforma introducida por la LRJA, todos los preceptos que aluden en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento civil a los animales que deben ser objeto de regulación en los procesos matrimoniales mencionan a los animales de compañía. Por ello, es de vital importancia clarificar que debe entenderse por “animal de compañía”, dado que todo animal que no tenga dicha consideración deberá dejarse fuera de los procesos judiciales relativos a las crisis familiares.

Sin embargo, el Código Civil no contiene una definición expresa del concepto de animal de compañía. Por ello, debemos buscar la definición de tales animales en otros textos legales del ordenamiento jurídico internacional, estatal y autonómica.

De tal forma que hasta ahora era útil acudir, además de, a la normativa autonómica protectora de los animales², a lo dispuesto en el art. 1 del Convenio Europeo sobre Protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 (en adelante, CEPAC), que preceptúa que: *“se entiende por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía”*.

Ahora bien, la reciente promulgación de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de

protección de los derechos y el bienestar de los animales (en adelante, LPDBA) nos obliga a tomar especial consideración de la misma para configurar el concepto de animal doméstico. Tengamos en cuenta que el objetivo de dicha LPDBA, según su exposición de motivos, no es sólo garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen, sino también regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad, de forma que “regula nuestro comportamiento hacia ellos como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia”. Siendo así, dicha ley debe definir que animales podemos tener en nuestro entorno próximo, como el hogar. Por ello, la LPDBA sí contiene una definición de «animal de compañía» en su artículo 3a); en concreto, se define Animal de compañía como: *“animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía. En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del final que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario*

² Todas las normas autonómicas protectoras definen al animal de compañía. A modo, de ejemplo, podemos citar las definiciones contenidas en el art. 2 de la Ley 5/1997, de 24 de abril, de protección de los animales de compañía de Castilla y León ; art. 3 del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales en Cataluña; art. 2 de la Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalidad Valenciana, sobre Protección de los animales de compañía; o art. 4 de la Ley 4/2017, de 3 de octubre de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia:

decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de Compañía”.

Además, con la finalidad de armonizar nuestro ordenamiento jurídico, la LPDBA en su disposición final 2ª modifica la definición de “animal de compañía” contenida en el art. 3 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal y fija en dicho texto legal la misma definición que la que contiene la LPDBA.

De esta definición podemos sacar una serie de conclusiones útiles para definir qué animales podemos considerar mascotas sobre las que un juez tenga que pronunciarse en un proceso de familia.

II. A. No todo animal doméstico es un animal de compañía: requisitos para ser animal de compañía

Se suelen confundir dos conceptos: el de animal doméstico con el de animal de compañía. Para conceptualizar **el animal doméstico** LPDBA, en su art. 3.b). se remite a la ley 8/2003 de Sanidad Animal, que en su artículo 3.4 los define como *“aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que cría y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa”.*

Sin embargo, no todos los animales domésticos son animales de compañía. Los animales que se crían para la producción de carne, piel o algún otro producto útil para el ser humano, los animales de carga y los que trabajan en la agricultura normalmente son animales domésticos en cuanto que

dependen de la mano del hombre para su subsistencia, habitualmente se crían, se reproducen y conviven con personas y que no pertenecen a la fauna salvaje; pero, por regla general no son animales de compañía.

Según se desprende del tenor de la definición de animal de compañía del citado art. 3.a) LPDBA, para que un animal doméstico tenga la condición de animal de compañía se requiere:

1ª Que el animal esté en poder del ser humano, que viva con las personas, principalmente en el hogar.

2º Que la tenencia de ese animal no tenga un fin comercial o lucrativo y no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, sin que se tenga con fines de compañía, ocio, educativo o social.

3º Que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar, que respeten sus necesidades etológicas y pueda adaptarse a la cautividad.

No todos los animales domésticos son animales de compañía

Procede que examinemos, pues, dichos requisitos con algo más de detenimiento.

A.1. Mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar

Si comparamos la definición de animal de compañía en el CEPAC con la contenida en la LPDBA, apreciamos que el tenor del CEPAC es más estricto al exigir que el animal “sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda”, mientras en

el caso de la LPDBA, habla de ser mantenido *“principalmente en el hogar”*. Este término *“principalmente”* va a permitir que se consideren animales de compañía determinados animales que por su volumen no puedan alojarse en la vivienda y precisan un local habilitado para él. De hecho, en el artículo 26 LPDBA, al enumerar las obligaciones para con los animales de compañía, en su apartado b, se indica que *“Los animales que, por razones incompatibles con su calidad de vida tamaño o características de su especie, no puedan convivir en el núcleo familiar, deberán disponer de un alojamiento adecuado, con habitáculos acordes a sus dimensiones y que los protejan de las inclemencias del tiempo, en buenas condiciones higiénico-sanitarias de forma que se facilite un ambiente en el que puedan desarrollar las características propias de su especie y raza; en el caso de animales gregarios se les procurará la compañía que precisen.”* Tal será el caso de los caballos si son utilizados para su monta recreativa y deportiva por los miembros de la unidad familiar y habitan un pequeño establo, especialmente, si está situado junto a la vivienda familiar. En tales casos el caballo es, sin duda, un animal doméstico al servir para recreo y esparcimiento de la familia, pese a que no convive con el hombre de forma estricta *«en su propia vivienda»* o en el *“hogar”*. De hecho, el art. 2 de la Ley 5/1997, de 24 de abril, de protección de los animales de compañía de Castilla y León incluye, expresamente, en el concepto de animal de compañía a *“los équidos utilizados con fines de ocio o deportivo”*.

A.2. Los animales de producción deben inscribirse para ser considerados animales de compañía

Los animales de producción se definen en el apartado 2 del art. 3 de la Ley 8/2003, de Sanidad Animal, como *“los animales de producción, reproducción, cebo o sacrificio, incluidos los animales de peletería o de actividades cinegéticas, y los silvestres mantenidos, cebados o criados, para la producción de alimentos o productos de origen animal, o para cualquier otro fin comercial o lucrativo. Quedan excluidos los perros, gatos y hurones”*. Dichos animales de producción para que puedan ser considerados animales de compañía, según resulta del art. 3.2 Ley 8/2003, de Sanidad Animal y del art. 3.a) de la LPDBA, deberán reunir dos requisitos adicionales a los arriba mencionados en general para los animales domésticos, que son:

- Que pierdan su fin productivo
- Que se inscriban en el Registro de Animales de Compañía

Este Registro, según el art. 10 LPDBA tiene por objeto la inscripción de cualquier animal de compañía que, conforme a lo dispuesto en LPDBA o en las disposiciones normativas de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, dispongan de un sistema de identificación obligatoria, así como la identidad de su propietarios o responsables y tiene por finalidad facilitar la identificación y trazabilidad de cualquier animal abandonado en cualquier punto del territorio nacional, con independencia de la comunidad autónoma o ciudad autónoma en que

hubiera sido registrado. En este registro se incluirán los datos identificativos y sanitarios del animal, si realizan actividades asociadas a actividades humanas, como la actividad cinegética, empleo por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o actividad de pastoreo, junto con los datos identificativos de la persona propietaria o responsable.

Siendo así, animales de granja como las ovejas, las cabras o las vacas que son domésticos porque su especie ha estado sujeta a la selección humana, sólo se podrán tener legalmente como animales de compañía si se informa a las autoridades de su condición de animales de compañía, inscribiéndolos en Registro Público pertinente, y no se les destina a la explotación ganadera.

A.3.Tenencia en buenas condiciones de bienestar, respeto de sus necesidades etológicas y posibilidad de adaptarse a la cautividad

La LPDBA exige para que podamos tener un animal como animal de compañía que *“se pueda tener en buenas condiciones de bienestar, que respeten sus necesidades etológicas y pueda adaptarse a la cautividad”* (art. 3.a))

En cuanto a lo que debe entenderse por “bienestar animal”, la LPDBA lo conceptúa en la letra k) del artículo 3 como *“estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en que vive y muere, en los términos definidos por la Organización Mundial de Sanidad Animal”*.

Así las directrices que guían a la Organización Mundial de Sanidad Animal en materia de bienestar de los animales

terrestres incluyen “cinco libertades” cuando se encuentren bajo control humano, esto es, para que se garantice el bienestar del animal, éste deberá estar:

- libre de hambre, de sed y de desnutrición;
- libre de temor y de angustia;
- libre de molestias físicas y térmicas;
- libre de dolor, de lesión y de enfermedad;
- y libre de manifestar un comportamiento natural³.

Como señala ALCÁZAR ABELLANEDA⁴, dados los términos imprecisos utilizados por la LPDBA, a la hora de concretar tal «bienestar animal» habrá de atender a las obligaciones y prohibiciones que, respecto de los animales de compañía y silvestres en cautividad, detallan los artículos 24 a 27 de la LPDBA. Así, por ejemplo, para que un animal pueda ser considerado animal de compañía debe ser posible que el dueño pueda mantenerlos en unas condiciones de vida dignas, que garanticen su bienestar, derechos y desarrollo saludable y en el caso de los animales que, por sus características y especie, vivan de forma permanente en jaulas, acuarios, terrarios y similares, deberán contar con espacios adecuados en tamaño, naturalización y enriquecimiento ambiental para su tenencia. Igualmente, el dueño deberá poder educar y manejar al animal con métodos que no provoquen sufrimiento o maltrato al animal, ni le causen estados

³ Véase <https://www.woah.org/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/>

⁴ Alcázar Abellaneda, Juan Miguel. “Previsiones respecto de los animales de compañía en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Integración de la legislación civil con la administrativa”, en Diario La Ley, N° 10325, Sección Tribuna, 11 de Julio de 2023, La Ley.

de ansiedad o miedo, así como el dueño deberá poder ejercer sobre los animales la adecuada vigilancia y evitar su huida.

Por otro lado, para que un animal doméstico pueda ser considerado animal de compañía será preciso que puedan atenderse sus necesidades etológicas. Las necesidades etológicas hacen referencia al comportamiento del animal: su forma de ser, sus costumbres, sus necesidades de relación e interacción con otros seres vivos de su misma o distinta especie. Cualquier especie, en su hábitat natural, presenta lo que se denomina “*necesidades de conducta*”, como puede ser para un perro o un gato el hecho de poder olfatear. Estos comportamientos son necesarios para el equilibrio mental del animal, y en la medida que cubramos y facilitemos estas necesidades de conducta, la mascota se adaptará mejor a su entorno. Solo podremos tener un animal como mascota, cuando en cautividad podamos atender dichas necesidades de conducta que tiene el animal.

En cualquier caso, el art. 34 LPDBA prevé que el departamento ministerial competente, tras informe del Comité Científico y Técnico para la Protección y Derechos de los Animales, determinará el listado de especies domésticas de compañía. Cuando tengamos dicho listado, podremos ser más precisos para concretar que animales domésticos pueden tener la condición de animal de compañía.

II. B. Existen unas especies expresamente reconocidas como animales de compañía

La LPDBA considera, en todo caso, como animales de compañía los **perros, gatos y hurones** y, ello, , independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan (art. 3.a). En ello coincide con lo que prevé el art. 4 de la Ley 4/2017, de 3 de octubre de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia.

Distingue, por tanto, la LPDBA a los perros, gatos y hurones del resto de animales domésticos y los considera, en todo caso, animales de compañía.

Por otro lado, el art. 34 LPDBA también prevé expresamente como animales de compañía “**las aves de cetrería y los animales de acuariofilia**”. Ahora bien, tales especies serán animales de compañía con la condición de que no figuren “*incluidos en el catálogo de especies exóticas invasoras ni de especies silvestres protegidas, tanto en el ámbito estatal como autonómico, o especies silvestres de fauna no presentes de forma natural en España protegidas por el Derecho de la Unión Europea y/o los tratados internacionales ratificados por España.*”. El término de acuariofilia no se define en la LPDBA, pero se trata de los casos de peces y de otros organismos acuáticos, criados bajo condiciones controladas, en acuarios.

II. C. Los animales silvestres sólo podrán considerarse animales de compañía si están incluidos en un listado positivo

En uno de los considerandos del preámbulo del CEPAC se advierte que «no debe alentarse la utilización de especímenes de la fauna salvaje como animales de compañía», en la medida que se trata de animales cuyo hábitat natural de vida y reproducción es el medio silvestre, en total libertad. Se atendería, en caso contrario, al bienestar animal y se pondría en peligro la salud de las personas

En el art. 3b LPDBA se define como **animal silvestre** “*todo aquel que forma parte del conjunto de especies, subespecies y poblaciones de fauna cuyo geno/fenotipo no se ha visto afectado por la selección humana, independientemente de su origen, natural o introducido, incluyendo ejemplares de especies autóctonas y alóctonas, ya se encuentren en cautividad o libres en el medio natural. No se considerarán animales silvestres los animales domésticos de compañía, aun en el caso de que hubieren vuelto a un estado asilvestrado.*” Añadiendo, en su apartado d), que es “**Animal silvestre en cautividad**”: “*todo aquel animal silvestre cuyo geno/fenotipo no se ha visto significativamente alterado por la selección humana y que es mantenido en cautividad por el ser humano*”

Del citado art. 3 apartados b y d, se deduce que los animales silvestres en cautividad solo podrán ser animales de compañía si se “**incluye en el listado positivo de animales de compañía**”.

Dicho listado se regula en los artículos 34 a 37 de la LPDBA. Se indica en dichos preceptos que sólo se incluirán en el mismo especies que puedan mantenerse adecuadamente en cautividad y sobre las que exista documentación científica de referencia o información bibliográfica disponible sobre el adecuado alojamiento, mantenimiento y cuidado en cautividad del animal en particular o de otra similar, así como de su cría en cautividad.

Igualmente, la LPDBA prohíbe incluir en dicho listado, y, por tanto, no pueden considerarse, en ningún caso, animales de compañía:

- Especies para las que exista certeza de su carácter invasor en el ámbito territorial del lugar de tenencia o que, en caso de escape y ausencia de control, supongan o puedan suponer un riesgo grave para la conservación de la biodiversidad en dicho ámbito territorial.
- Especies de animales que supongan riesgos para la salud o seguridad de las personas u otros animales, u otro peligro razonable concreto.
- Especies silvestres protegidas, especialmente las incluidas en el régimen de protección especial, tanto en el ámbito estatal como autonómico, o especies silvestres de fauna no presentes de forma natural en España protegidas por el Derecho de la Unión Europea y/o los tratados internacionales ratificados por España,⁵

⁵ Sin perjuicio de lo señalado para las aves de cetrería utilizadas de acuerdo con lo estipulado en el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres y siempre que el Comité Científico y Técnico para la Protección y Derechos de los Animales avale dicha excepción.

- Especies de animales respecto de los cuales existan dudas razonables acerca de la posibilidad de mantenerlas y cuidarlas adecuadamente en cautividad.
- Especies exóticas invasoras en los términos definidos en el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras.

Siendo así, no parece que puedan ser considerados animales de compañía aquellos que supongan un riesgo para las personas por su agresividad, ya sea por su conducta, veneno o tamaño, como podría ser el caso, de tigres, lobos, serpientes, etc. Tampoco podrán ser animales de compañía aquellos respecto a los que existan indicios de que si el animal se escapa o se abandona pueda colonizar hábitats y causar daños, lo que ocurre claramente en el caso de las declaradas especies exóticas invasoras (arruís, cerdos vietnamitas, erizo pigmeo africano, erizo egipcio u orejudo, cotorra argentina, tortuga pintada, etc.)

La elaboración de dicho listado positivo de animales de compañía se aprobará por el Gobierno mediante real decreto, a propuesta del departamento ministerial competente, a través de un procedimiento que se desarrollará reglamentariamente, en el cual se solicitará la evaluación del Comité Científico y Técnico y el informe preceptivo de los ministerios competentes en materia de transición ecológica y reto demográfico, y agricultura, pesca y alimentación.

Mientras se aprueba dicho listado positivo,

la disposición transitoria segunda prevé expresamente que queda prohibida la tenencia como animales de compañía de los animales pertenecientes a especies que cumplan alguno de los siguientes criterios, relativos a su peligrosidad y a la necesidad de aplicar un principio de precaución en materia de conservación de la fauna silvestre amenazada:

- Artrópodos, peces y anfibios cuya mordedura o veneno pueda suponer un riesgo grave para la integridad física o la salud de personas y animales.
- Reptiles venenosos y todas las especies de reptiles que en estado adulto superen los dos kilogramos de peso, excepto en el caso de quelonios.
- Todos los primates.
- Mamíferos silvestres que en estado adulto superen los 5 kg.
- Especies incluidas en otra normativa sectorial a nivel estatal o comunitario que impida su tenencia en cautividad.

Las personas que a la entrada en vigor de la LPDBA tuvieran animales pertenecientes a las citadas anteriores especies tenían la obligación de comunicar a las autoridades competentes la tenencia de estos animales, en el plazo de seis meses a partir de dicha entrada en vigor de la LPDBA y éstas debían adoptar las medidas necesarias para su intervención y puesta a disposición a centros de protección de animales silvestres, zoológicos o entidades de protección animal.

Lógicamente, mientras no se aprueba el

listado positivo de animales de compañía el listado de la disposición transitoria segunda de la LPDBA nos puede servir de guía práctica para descartar como animales de compañía a determinadas especies peligrosas para la salud o integridad de personas o animales o para la conservación del medio ambiente. Y si en el curso de un procedimiento surge la constancia de que alguna de las partes del procedimiento tuviera consigo algún animal de los mencionados en la lista de la disposición transitoria segunda de la LPDBA, debería darse cuenta a las autoridades competentes para que se adopten las medidas necesarias para su intervención y puesta a disposición a centros de protección de animales silvestres, zoológicos o entidades de protección animal.

III. CONCLUSIONES

Tratando de sintetizar lo anteriormente descrito y con la finalidad de concretar concepto legal de animal de compañía, podemos destacar:

- 1.- Tras la aprobación de la LPDBA debemos tener presente que, para la debida protección del bienestar animal y del medioambiente, en los procesos de familia sólo podremos considerar mascotas o animales de compañía, aquellos que tenga la consideración como tales según la LPDBA en relación con los convenios internacionales y la normativa autonómica protectora de los animales.
- 2.- No todos los animales domésticos se pueden considerar animales de compañía.
- 3.- En todo caso, son animales de compañía los perros, gatos y hurones.
- 4.- También son animales de compañía

las aves de cetrería y los animales de acuariofilia con la condición de que no figuren incluidos en el catálogo de especies exóticas invasoras ni de especies silvestres protegidas, tanto en el ámbito estatal como autonómico, o especies silvestres de fauna no presentes de forma natural en España protegidas por el Derecho de la Unión Europea y/o los tratados internacionales ratificados por España.

5.- El resto de animales domésticos para que tengan la condición de animal de compañía se requiere que puedan ser mantenidos por el hombre, principalmente en el hogar y en buenas condiciones de bienestar, con respeto de sus necesidades etológicas y con posibilidad de adaptarse a la cautividad. En un futuro, se prevé en la LPDBA que el departamento ministerial competente, tras informe del Comité Científico y Técnico para la Protección y Derechos de los Animales, determinará el listado de especies domésticas de compañía.

6.- Los animales de producción sólo podrán ser animales de compañía si, por decisión de su titular, dejan de tener un fin productivo y se inscriben en el Registro de Animales de compañía.

7.- Las especies silvestres en cautividad sólo podrán ser animales de compañía si figuran en el listado positivo de animales de compañía. Para que puedan formar parte de dicho listado se requiere, entre otros requisitos, que no tengan carácter invasor en el ámbito territorial del lugar de tenencia ni que, en caso de escape y ausencia de control, supongan o puedan suponer un riesgo grave para la conservación de la biodiversidad en dicho ámbito territorial y que no supongan

riesgos para la salud o seguridad de las personas u otros animales, ni otro peligro razonable concreto, que no sea una especie protegida ni haya sido declarada especie exótica invasora.



8.- Mientras no se elabore dicho listado positivo de animales de compañía, está expresamente prohibido la tenencia de artrópodos, peces y anfibios cuya mordedura o veneno pueda suponer un riesgo grave para la integridad física o la salud de personas y animales, reptiles venenosos y todas las especies de reptiles que en estado adulto superen los dos kilogramos de peso, excepto en el caso de quelonios, todos los primates, mamíferos silvestres que en estado adulto superen los 5 kg y especies incluidas en otra normativa sectorial a nivel estatal o comunitario que impida su tenencia en cautividad. Si resulta de la prueba practicada en un procedimiento de familia que alguna de las partes tiene consigo un animal silvestre similar a los indicados, deberá darse cuenta a las autoridades competentes para que se adopten las medidas necesarias para su intervención y puesta a disposición a centros de protección de animales silvestres, zoológicos o entidades de protección animal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Alcázar Abellaneda, Juan Miguel. “Previsiones respecto de los animales de compañía en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Integración de la legislación civil con la administrativa”, en *Diario La Ley*, N° 10325, *Sección Tribuna*, 11 de Julio de 2023, *La Ley*

González del Pozo, Juan Pablo, “Medidas relativas a los animales de compañía en los procesos de ruptura de pareja (Parte I)”, *Revista de Derecho de Familia* n° 106, abril 2022, *Lefebvre*.

Villar Álvarez, Ana Belén y Aliaga Casanova, Alfonso C. “El cuidado de los animales como seres sintientes en situaciones de crisis familiares” *Cuaderno de Familia: Boletín de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, ISSN-e 2605-2687, N°. 1, 2022, págs. 3-21, consultable en <http://www.ajfv.es/cuadernos-de-familia-junio-2022/> (última consulta efectuada 20 de mayo 2024)

EL RÉGIMEN DE VISITAS: EL CONFÍN ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL DERECHO A MANTENER RELACIONES PATERNO FILIALES

VISITATION REGIME: THE BALANCE BETWEEN THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AND THE RIGHT TO MAINTAIN PARENTAL RELATIONSHIPS

Laura Álvarez Suárez

Jueza Sustituta del TSJ del Principado de Asturias y Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo

Remitido: 22/04/2024

Aceptado: 22/05/2024

SUMARIO:

- I.- Introducción.
- II.- El interés de los menores y el derecho a mantener relaciones paterno filiales.
- III. Preocupación por los niños víctimas de violencia de género: la antesala de la reforma del régimen de visitas.
- IV. Reducción del ámbito de la discrecionalidad de los jueces y tribunales a la luz de la nueva regulación del régimen de visitas.
- V. La interpretación del TC: el retorno a la antigua regulación.
- VI. Valoración final.

RESUMEN:

Este trabajo analiza el nuevo régimen de visitas, estancias y comunicación, y su incidencia en la aplicación del principio del interés superior del menor y en el derecho a mantener relaciones paterno filiales. Para ello se examinará la regulación internacional y estatal del interés del menor, los precedentes de la

reforma y la postura que ha adoptado el Tribunal Constitucional. Siendo una de las conclusiones del estudio que la nueva regulación limita la aplicación del interés superior del menor al reducir el margen de discrecionalidad de los jueces.

ABSTRACT:

This work analyzes the new regime of visits, stays and communication, and its impact on the application of the principle of the best interests of the minor and on the right to maintain parent-child relationships. To do this, the international and state regulation of the interest of the minor, the precedents of the reform and the position adopted by the Constitutional Court will be examined. One of the conclusions of the study is that the new regulation limits the application of the best interests of the minor by reducing the margin of discretion of the judges.

Palabras clave:

régimen de visitas; relaciones paterno filiales; violencia de género; interés superior del menor; derechos de los niños.

Keywords:

visitation rights; parent-child relationships; gender violence; best interest of the child; children's rights

I.- INTRODUCCIÓN

Las reformas efectuadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LRLCPAPD) y; por la Ley Orgánica, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (LOPIIAV) en los artículos 94 del Código Civil (CC) y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), han afectado severamente el derecho de los menores a mantener relaciones paterno filiales y el margen de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales, al establecer la obligación de los jueces y tribunales de suspender el régimen de estancias y visitas cuando uno de los progenitores esté incurso en un procedimiento penal, se dicte una orden de protección con medidas penales en su contra o, se aprecien indicios fundados de la comisión de un delito de violencia de género o doméstica. A la luz de la modificación han surgido dos posturas, la de aquellos que lo ven como una herramienta eficaz para luchar contra la violencia vicaria y; la de aquellos otros que consideran que la reforma quebranta una serie de

derechos fundamentales entre los que se encuentra en derecho a la presunción de inocencia.

Sin embargo, no era difícil atisbar una reforma en este sentido a la vista de la angustia que genera en la sociedad que la violencia de género alcance a los menores, dicha preocupación ha sido plasmada en reiteradas normas, resoluciones y dictámenes de órganos europeos y estatales. Pero resulta llamativa la postura adoptada por el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 106/2022, de 13 de septiembre, ya que afirma que el artículo 94 CC otorga suficiente margen de discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales y, que en ningún caso conlleva a un automatismo de la suspensión del régimen de visitas y estancias, contrarrestando el contenido de la nueva regulación para regresar a la normativa la precedente.

A lo largo de este trabajo todas estas cuestiones serán examinadas en profundidad, siendo una de las principales conclusiones del mismo que la nueva regulación cercena la aplicación de los criterios generales que integran el interés superior del menor, y conculca, entre otros, el derecho a mantener relación de los hijos e hijas menores de edad con sus padres.

II.- EL INTERÉS DE LOS MENORES Y EL DERECHO A MANTENER RELACIONES PATERNO FILIALES

El interés superior del menor se recoge tanto a nivel internacional como europeo y nacional. Así, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “*en todas las medidas*

concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial atenderá al interés superior del niño". El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (1993) alude al interés superior del niño como un principio que inspira las adopciones internacionales y de forma idéntica ocurre en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños redactado en (1996).

En el ámbito europeo, la Carta Europea de los Derechos del Niño (1992) eleva a primordial la protección de los intereses de los niños y reconoce el derecho a mantener contacto directo y permanente con los progenitores (*ex artículo 14*); así el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños realizado en Estrasburgo (1996) protege los derechos procesales de los niños para facilitarles su ejercicio a los efectos de conseguir la efectividad del interés superior del menor. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), establece que el interés superior de los menores *"tendrá una consideración primordial"* en todos los actos llevados a cabo por autoridades públicas y privadas (*ex artículo 24*) y, a su vez, reconoce el derecho de los menores a expresar su opinión libremente en los asuntos que les conciernen teniendo en cuenta

su edad y madurez; y a *"mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses"*.

En el ámbito estatal, el artículo 39 de nuestra Carta Magna establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y declara que *"los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"*. En el CC son constantes las referencias al interés superior del menor, así en el capítulo IX sobre *"los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio"* se alude continuamente al interés superior del menor. Como casos ejemplificativos, se pueden traer a colación el artículo 90.1, letra b, sobre el Convenio regulador; artículo 92 sobre el régimen de custodia; el artículo 94 sobre el régimen de visitas, etc. Sin embargo, legalmente no existe una definición concreta de lo que es el interés superior del menor, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor simplemente establece una serie de criterios generales que deben ser valorados por los órganos jurisdiccionales a los *"efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor"*. Entre los citados criterios se encuentran la protección del derecho a la vida, la satisfacción de las necesidades básicas, la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, etc.; y, han de ser valorados teniendo en cuenta una serie de elementos generales como la edad y madurez del menor, el

irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, etc. De lo expuesto, se deduce que la salvaguarda del interés superior del menor conlleva un papel activo de los jueces y tribunales que deberán determinar de qué forma y con qué medidas se concreta el interés superior del menor caso por caso¹, constituyéndose tal interés en materia de patria potestad, guarda y custodia en el “epicentro del proceso”².

En cuanto a la Jurisprudencia, el TC se ha referido al interés superior del menor como “la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” (SSTC 81/2021, de 19 de abril y 131/2021, de 31 de mayo). Y en el marco de las crisis matrimoniales, el TC ha puesto de manifiesto que el interés superior del niño opera, como contrapeso de los derechos de los progenitores y obliga a la autoridad judicial a ponderar la necesidad y la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor de modo que “cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de

sus relaciones filiales, y puede repercutir de modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste” (STC 11/2008, de 21 de enero). En este sentido, hay autores que consideran que el proceso judicial debe erigirse en torno a las necesidades de protección de los menores y no teniendo en cuenta otras variables como los derechos del progenitor³. Por su parte, el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS) alude al interés del menor en las crisis matrimoniales como “la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades efectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor (STS 641/2018, de 20 de noviembre) y ha reconocido que la comunicación y visitas del hijo menor de edad es un derecho de éste que no puede sufrir limitación o suspensión salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren reiteradamente los deberes impuestos (STS 569/2016, de 28 de septiembre).

III.- PREOCUPACIÓN POR LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LA ANTESALA DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

Los menores que conviven con actos de violencia de género están expuestos constantemente a peligros que pueden

1 ÁLVAREZ SUÁREZ, L., «La protección de los menores en el proceso penal: la práctica de las declaraciones como prueba preconstituida», En CONTRERAS ROJAS, C., *Las declaraciones de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 97.

2 PERAL LÓPEZ, M^a C. «Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas», En *Actualidad Civil*, Núm. 7, 2017, p. 8.

3 PERAL LÓPEZ, M^a C. «Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas», En *Actualidad Civil*, Núm. 7, 2017, p. 9.

perturbar gravemente su salud y su desarrollo evolutivo, tales riesgos se resumen en el maltrato y graves daños por exposición a la violencia y; se especifican en el menoscabo de su bienestar y desarrollo, el surgimiento de problemas de salud⁴, en la transformación de los menores en instrumentos para ejercer dominio y violencia sobre la mujer⁵ y, en la transmisión de conductas violentas sobre la mujer intergeneracionalmente⁶. **Los riesgos de la violencia vicaria para los menores han sido objeto de preocupación en Europa desde hace años por lo que se han ido estableciendo obligaciones y recomendaciones a los Estados. Así, en el año 2011, el Convenio de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia sobre la Mujer y la Violencia Doméstica, más conocido como el Convenio de Estambul por el lugar en que se celebró. Impuso a los Estados parte, en su artículo 31, la obligación de adoptar las medidas necesarias para que, en el momento de establecer los derechos de custodia y visita referentes a los hijos se tengan en cuenta los actos de violencia que han sufrido sus madres y; advierte que se deben adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para que “el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños”.** Y, el artículo 45, plasma la posibilidad de que los Estados parte adopten las medidas

legislativas necesarias en relación con autores de actos de violencia de género o doméstica consistentes en la pérdida de la patria potestad, si el interés superior del menor que incluye la seguridad de la víctima, no se puede salvaguardar de otra forma.

Más recientemente el Parlamento Europeo en su Resolución de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia de pareja y el derecho de custodia en las mujeres y los niños pone de manifiesto que *“la violencia de pareja es claramente incompatible con el interés superior del niño y con la custodia y el cuidado compartidos, debido a sus graves consecuencias para las mujeres y los niños incluido el riesgo de violencia posterior a la separación”*.

En España el surgimiento de casos de violencia de género en los que padres mataron a sus hijos para hacer daño a sus mujeres⁷, conllevó a que se emitieran informes y recomendaciones respecto del derecho de custodia y visitas por distintos órganos públicos. Así, en el Congreso de los diputados, se elaboró el Informe de la Subcomisión de Estudio para abordar el problema de la violencia contra los niños y niñas, aprobado el 23 de junio de 2015, en el mencionado Informe se formulan una serie de propuestas para paliar la violencia ejercida hacia

4 PERAL LÓPEZ, M^a C. «Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas», En *Actualidad Civil*, Núm. 7, 2017, p. 15.

5 DÍAZ VELÁZQUEZ, M^a A. «La suspensión del régimen de visitas en violencia de género: algo más que un problema jurídico», En *Práctica de Tribunales*, Núm. 134, 2018, pp. 15.

6 Así lo puso de manifiesto la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la Infancia y la Adolescencia.

7 “Caso Bretón”: Acusado de haber matado a sus dos hijos Ruth y José y de quemarlos como venganza en contra de su exmujer, fue condenado por el Tribunal del Jurado a cuarenta años de cárcel [para más información consultar el siguiente enlace: [Caso José Bretón - Wikipedia, la enciclopedia libre](#)]. “Caso David Oubel”: Acusado por haber degollado a sus dos hijas, Amaia y Candela, con una radial, fue condenado por el Tribunal del Jurado a prisión permanente revisable [para más información consultar el siguiente enlace: [David Oubel, el asesino de Moraña: asesinó a sus dos hijas con una radial \(cronicasdelacalle.org\)](#)]. “Caso Anna y Olivia” en el que dos hermanas, de uno y seis años, fueron asesinadas por su padre [para más información consultar el siguiente enlace: [Anna y Olivia, el caso de las hermanas canarias asesinadas por su padre que conmocionó a toda España \(diariodesevilla.es\)](#), (último acceso 7/04/2024)]

los niños para hacer daño a sus madres, entre las mismas, se encuentran las siguientes: a) reconocer a los menores que se encuentran en un entorno de violencia como víctimas de este tipo de violencia; b) establecer como principio fundamental la permanencia junto a las madres víctimas de violencia de género de los menores a su cargo; c) acelerar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre las órdenes de protección o, en su caso, las medidas cautelares referentes a la situación de los menores para garantizar su seguridad e integridad; d) tener en cuenta la violencia ejercida sobre los menores en las situaciones de separación y divorcio, en divorcios difíciles o divorcios contenciosos que pueden constituir un contexto de riesgo para su salud mental.

En diciembre del año 2017 se aprobó el Pacto de Estado contra la Violencia de Género en el que se contienen una serie de medidas para luchar contra la violencia de género. Concretamente, en las medidas número 145 y 146 se sanciona expresamente que se deberá establecer el *“carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido, convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004”* y que se deberán *“prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia”*. Tan solo dos años después, el 18 de diciembre de 2019, el Defensor del Pueblo emitió un informe en el que se recomienda *“que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para la modificación de las normas necesarias*

que establezcan, con carácter imperativo, la obligación de un pronunciamiento específico acerca de la suspensión cautelar provisional del régimen de visitas para el inculpado por violencia de género, siempre que exista una medida de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones respecto de la madre (...)”, en opinión del Defensor del Pueblo, el Estado debería garantizar la suspensión del régimen de visitas, siempre que exista una Orden de Protección en vigor respecto de su madre, sin que dicha suspensión dependa de la existencia de pruebas de que el menor haya presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia⁸.

El 25 de noviembre de 2020 se publicó el Primer Informe del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO), sobre la evaluación de las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio de Estambul. Tras analizar las posibilidades que prevé el Ordenamiento Jurídico español para limitar, suspender o regular de otra forma la patria potestad, expresa que *“lamenta su uso limitado en la práctica”* y considera que *“los jueces penales parecen particularmente reacios a suspender o limitar la patria potestad, tanto en las sentencias previas al juicio como en las sentencias finales”*. Por ello, insta a las autoridades españolas a que promuevan las medidas necesarias para, entre otras cosas, *“limitar el margen de discrecionalidad judicial, tanto penal como civil, en aquellas decisiones que tengan que ver con la custodia y los*

⁸ Nota de Servicio de la Fiscalía de Sala Nº 1/2021 sobre *“Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter LECrim y 94.4 CC”*, pp. 13 y 14.

derechos de visita de los culpables de violencia ejercida en el ámbito de la pareja, con respecto a aquellos que están en espera de juicio y en los casos en que se hayan reunido pruebas suficientes para confirmar el abuso del niño o la madre”⁹.

A la vista de todos estos precedentes no era difícil atisbar que el legislador español llevaría a cabo una reforma del régimen de visitas que disminuiría notablemente el margen de maniobra de los órganos jurisdiccionales a la hora de adoptar una resolución.

IV.- REDUCCIÓN DEL ÁMBITO DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUECES Y TRIBUNALES A LA LUZ DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS.

La reforma realizada en los artículos 94 CC y 544 ter LECrim respecto del régimen de visitas, estancias y comunicación no solo ha abierto un debate jurídico entre los que ven en la misma un mecanismo para luchar contra la violencia vicaria¹⁰, y los que creen que atenta contra diversos derechos fundamentales como la presunción de inocencia. También ha recibido críticas por diversos motivos. En primer lugar, se encuentra ilógico que el artículo 94 CC haya sido reformado por la LRLCPAPD y no por la LOPIIAV, ya que es esta última la que reforma el artículo 92 del CC a los efectos de reforzar el interés

del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio y, el artículo 544 ter. 7 LECrim¹¹. Por otro lado, se ha señalado que es insólito que los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género regulen la suspensión del régimen de visitas como una facultad discrecional de los jueces y tribunales, mientras que los nuevos artículos 94 CC y 544 ter establecen como regla general la suspensión¹². Por último, se ha censurado el lenguaje empleado por el legislador en el artículo 94 CC, ya que utiliza el término “cónyuge” en vez de “progenitor” cuando el precepto debe aplicarse con indiferencia de que exista o no un vínculo matrimonial entre el padre y la madre. Se estima, con acierto, que las nuevas normas ya no deberían seguir perpetuando estas discriminaciones lingüísticas, aunque no se vean reflejadas en el plano jurídico¹³.

La finalidad esencial del artículo 94 del CC desde que se configuró es solventar las situaciones que se derivan de las crisis familiares que desembocan en la ruptura de la convivencia entre los progenitores con la consiguiente imposibilidad de poder cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, así como ejercer

11 ORTEGA CALDERÓN, J.L. «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21, de 2 de junio», En *Revista Diario La Ley*, Núm. 9892, 2021, p. 2 y AYLLÓN GARCÍA, J.D. «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *Revista Boliv. de Derecho*; Núm. 34, 2022, p. 102.

12 VILLO TRAVÉ, C. «Las medidas civiles para la protección de los hijos e hijas víctimas de violencia de género. Especial referencia a la reforma del régimen de visitas introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *LA LEY*, Núm. 8363, 2022, p. 8.

13 AYLLÓN GARCÍA, J.D. «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *Revista Boliv. de Derecho*; Núm. 34, 2022, pp. 99 y 100.

9 Texto disponible en: [Informes GREVIO - Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género \(igualdad.gob.es\)](#), pp.64 y ss (última consulta el 24/08/2022).

10 VILLO TRAVÉ, C. «Las medidas civiles para la protección de los hijos e hijas víctimas de violencia de género. Especial referencia a la reforma del régimen de visitas introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *LA LEY*, Núm. 8363, 2022, p. 9.

los derechos de la misma de forma simultánea. La reforma llevada a cabo por la LRLCPAPD en este precepto se focaliza principalmente en los casos de violencia de género y, se considera que pretende específicamente proteger la integridad de los menores e impedir que vivan en ambientes peligrosos provocados por las continuas manifestaciones de violencia¹⁴. El nuevo artículo 94 del CC contiene una regla general que señala que el progenitor no custodio gozará del derecho de visitas y comunicación que fije la autoridad judicial. Seguidamente, establece una excepción de carácter facultativo según la cual la autoridad judicial puede restringir o suspender los derechos de visitas, estancia y comunicación cuando concurren “*circunstancias relevantes*” que así lo aconsejen, pero que a su vez no están vinculadas con la existencia de un proceso penal ni con el incumplimiento reiterado o grave de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad establecidos mediante resolución judicial.

En el apartado 4 del artículo 94 se fijan dos excepciones imperativas para los Jueces y Tribunales, al establecer su tenor literal que “*no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá*” en dos supuestos: 1) cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la indemnidad sexual del otro cónyuge o; 2) cuando se aprecie la existencia de indicios fundados de violencia doméstica

o de género¹⁵. Se ha considerado, que esta reforma hace efectiva la propuesta del Pacto de Estado contra la Violencia de género en la que se establecía la obligatoriedad de suspender el régimen de visitas no solo cuando los menores hubieran presenciado o sufrido manifestaciones de violencia, sino también cuando hubieran convivido con las mismas¹⁶; y se critica porque no alude a la gravedad de los hechos como criterio a valorar para la supresión o concesión del régimen de visitas¹⁷.

No obstante, el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en los supuestos mencionados anteriormente puede ceder, con el consiguiente mantenimiento del régimen de visitas, si se cumplen dos requisitos: 1) que se acuerde mediante resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y, 2) que se evalúe previamente la situación de la relación paterno filial. Este último requisito hace casi imposible que pueda mantenerse el régimen de visitas o estancias sin que medie un largo lapso de tiempo con los consiguientes efectos perniciosos para las relaciones paterno filiales. La evaluación previa de la situación paterno filial ha de efectuarse por un equipo psicosocial, no por los

15 Existen Comunidades Autónomas que en su Derecho Foral prevén disposiciones similares, como, por ejemplo, Cataluña (artículo 233-11-3 de su Código Civil) o Aragón (artículo 80.6 de su Código Civil).

16 ORTEGA CALDERÓN, J.L. «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21, de 2 de junio», En *Revista Diario La Ley*, Núm. 9892, 202, p. 4.

17 VILLO TRAVÉ, C. «Las medidas civiles para la protección de los hijos e hijas víctimas de violencia de género. Especial referencia a la reforma del régimen de visitas introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *LA LEY*, Núm. 8363, 2022, p. 7.

14 AYLLÓN GARCÍA, J.D. «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *Revista Bolív. de Derecho*; Núm. 34, 2022, p. 100.

órganos jurisdiccionales, este tipo de personal es muy limitado en los Juzgados por lo que hasta que un psicólogo pueda valorar la situación paterno-filial pueden pasar muchos meses e, incluso, años. No en vano se ha considerado que es necesario proporcionar los oportunos recursos personales y materiales a los Juzgados de familia y de Violencia sobre la Mujer de forma que dispongan de profesionales de la psicología especializados en menores, y que puedan efectuar una valoración integral de la relación paterno-filial sobre la que “construir/motivar una decisión tan importante”¹⁸. La situación es ardua, pues como bien ha señalado el TEDH el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH de 24 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi c. España, 52). Se ha considerado que con la imposición del requisito de un informe psicosocial que valore la relación paterno-filial se está exigiendo un “*plus probatorio específico*” a los órganos jurisdiccionales, excluyendo la libre valoración del interés superior del menor por parte de los juzgadores. Por último, también se estima que esta forma de legislar en la que se impone a los Jueces y Tribunales disposiciones “*semi-imperativas*” cuando antes existía un amplio margen de discrecionalidad, se traduce en un aumento de la desconfianza en los operadores jurídicos¹⁹.

La prohibición absoluta de la custodia compartida y el reconocimiento de la guarda y custodia a favor de la madre (presunta víctima) en exclusiva, no impide que el órgano jurisdiccional pueda acordar, aunque excepcionalmente, un régimen de visitas a favor del padre (presunto agresor).

El cercenamiento del margen de discrecionalidad de los jueces y magistrados se agrava en el régimen de custodia compartida, ya que el nuevo artículo 92.7 CC establece que “*no procederá*” la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los progenitores se encuentre incurso en un proceso penal o cuando el órgano jurisdiccional advierta indicios fundados de violencia doméstica o de género. La diferencia principal respecto del artículo 94 del CC, es que no existe ninguna excepción que conceda cierto margen de maniobra al órgano jurisdiccional atendiendo al caso concreto, pues la imposibilidad de acordar la custodia compartida en estos casos se configura como una prohibición total y absoluta²⁰. Sin embargo, la prohibición absoluta de la custodia compartida y el reconocimiento de la guarda y custodia a favor de la madre (presunta víctima) en exclusiva, no impide que el órgano jurisdiccional pueda acordar, aunque excepcionalmente, un régimen de visitas a favor del padre (presunto agresor). De hecho, se considera que esta será la

18 ORTEGA CALDERÓN, J.L. «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21, de 2 de junio», En *Revista Diario La Ley*, Núm. 9892, 2021, p. 13.

19 AYLLÓN GARCÍA, J.D. «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *Revista Bolív. de Derecho*; Núm. 34, 2022, pp. 111 y 114.

20 GARCÍA MAYO, M. «Interés superior del menor y régimen de visitas tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *LA LEY Derecho de familia*, Núm. 40, 2023, p.21.

única alternativa posible para conservar las relaciones paterno filiales²¹.

En cuanto al artículo 544 ter de la LECrim sobre la orden de protección, en la redacción original del apartado 6 del artículo 544 ter de la LECrim sobre medidas penales se establecía que el Juez instructor debía adoptar las medidas penales atendiendo exclusivamente a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima. Sin embargo, la nueva regulación dispone que el Juez deberá de atender no solo a la necesidad de protección de la víctima, sino también a la necesidad de protección integral e inmediata de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de la víctima²². Por lo que respecta al apartado 7, sobre las medidas civiles, la principal diferencia entre la regulación original y la actual, radica en que con el texto original cuando se adoptaba una orden de protección el Juez instructor podía regular tanto la custodia como el régimen de visitas. Sin embargo, con el régimen en vigor, el Juez instructor solo puede acordar la suspensión o el mantenimiento del régimen de visitas si está previamente determinado en una resolución civil. Ahora bien, si no existe ninguna resolución civil previa que regule el régimen de visitas, el Juez que dicta la orden de protección no puede pronunciarse al respecto.

21 VILLO TRAVÉ, C. «Las medidas civiles para la protección de los hijos e hijas víctimas de violencia de género. Especial referencia a la reforma del régimen de visitas introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *LA LEY*, Núm. 8363, 2022, p.3.

22 Así, el artículo 544 ter, apartado número 6, de la LECrim, tras la reforma sanciona literalmente que las medidas cautelares penales “(...) se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”.

Por tanto, con la nueva regulación del apartado 7 del artículo 544 ter de la LECrim cuando el Juez instructor acuerda una orden de protección con medidas penales no puede establecer un régimen de visitas y, si se da el supuesto de que ya existe un régimen de visitas, estancias y comunicación con los menores acordado previamente, el Juez tiene la obligación de suspenderlo, bien de oficio o bien a instancia de parte, si los menores han presenciado, sufrido o convivido con la violencia de género o doméstica. Aunque la LECrim, al igual que el artículo 94.4 del CC, permite que excepcionalmente el Juez instructor no acuerde la suspensión y mantenga el régimen de visitas si concurren los siguientes requisitos: a) cuando se solicite a instancia de parte, b) se dicte una resolución motivada en el interés superior de menor y, por último, c) siempre que exista una previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar.

El artículo 544 ter. 7 LECrim distingue entre las visitas, estancia, relación y comunicación. En cambio, el artículo 94 CC solo alude al régimen de visita y estancia, consecuentemente, se ha considerado que al no hacer mención a las comunicaciones permite que las relaciones entre los progenitores y los menores continúen, aunque sea mínimamente²³. A la hora de interpretar este precepto es importante clarificar como ha de interpretarse el término “presenciar” la violencia de género o

23 ORTEGA CALDERÓN, J.L. «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21, de 2 de junio», En *Revista Diario La Ley*, Núm. 9892, 2021, p. 9 y AYLÓN GARCÍA, J.D. «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *Revista Boliv. de Derecho*; Núm. 34, 2022, p. 109.

doméstica. El TS ha venido entendiendo que el término “presenciar” no implica necesariamente que los menores tengan contacto directo con los actos de violencia, sino que es suficiente con que tomen conciencia de los mismos. Así, el Alto Tribunal reunido en Pleno, puso de manifiesto en la STS 188/2018, de 18 de abril que *“la expresión «en presencia» no ha de interpretarse en el sentido de que los menores han de hallarse físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violencia, de modo que el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas. La interpretación estrictamente literal del vocablo como «estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas» (diccionario de la RAE) vaciaría en gran medida de contenido la función y los fines de la norma, llegando a hipótesis absurdas de desprotección normativa de los menores. Y ello porque en muchos casos no se hallan dentro de la habitación de sus ascendientes o de las personas que realizan las escenas violentas, pero escuchan y son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento, como del ruido que es propio de un golpe o de otra agresión”*. Continúa el Alto Tribunal exponiendo que *“la interpretación del término «en presencia» no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de entenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia.*

Y es que en tales supuestos es patente que

el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental”. Concluyendo el TS que nos encontramos ante un supuesto normativo en el que el método de interpretación gramatical debe complementarse con el funcional o teleológico, pues de no interpretarlo de ese modo se desactivaría en esencia su funcionalidad, al quedar desamparados múltiples casos de victimización a menores como cuando, por ejemplo, no tienen acceso al dormitorio de la pareja; o se encuentran en otra estancia²⁴.

V.- LA INTERPRETACIÓN DEL TC: EL RETORNO A LA ANTIGUA REGULACIÓN.

El artículo 94 CC fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado Número 7 de Móstoles y, también de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario VOX. El TC resolvió el recurso de inconstitucionalidad mediante su sentencia Número 106/2022, de 13 de septiembre 2022. Antes de que se dictase la citada sentencia del TC

²⁴ En la STS 188/2018, de 18 de abril el recurrente impugnaba su condena consistente en un delito leve de lesiones del artículo 153.1 y 3 del Código Penal, por cometerse los hechos en presencia de menores, circunstancia que determina que se aplique en su mitad superior. El recurrente entendía que tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia habían realizado un interpretación errónea del precepto respecto del significado y aplicación de este concreto elemento agravatorio, ya que no se hacía alusión en el *factum* de la sentencia a la presencia de los menores en su sentido gramatical en el momento en que se produce la agresión, el TS desestimó el recurso al considerar que *“es claro que los menores fueron conscientes desde el primer momento de la agresión del acusado contra la denunciante, para lo cual utilizaron la percepción visual en unos casos y la auditiva en otros. Sin que la conducta del recurrente resulte ajena al subtipo agravado, como la parte pretende, por el hecho de que el segundo episodio y más relevante sólo fuera escuchado desde la habitación de al lado y no visto directamente por los hijos de la pareja. Por lo demás, es patente que el recurrente tenía conocimiento de que los menores se tenían que percatar necesariamente de la acción agresiva que perpetraba contra la víctima (...)”*

era un dogma generalizado, tanto en la doctrina²⁵ como en la Jurisprudencia que la patria potestad está al servicio del interés superior del menor y que exige una amplia facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales para hacer efectivo tal interés. Así, el TS, en su sentencia 621/2015, de 9 de noviembre afirma que la patria potestad “constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias «exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]»”.

En armonía con esta consolidada Jurisprudencia del TS, el TC en la sentencia 106/2022, de 13 de septiembre interpreta el nuevo artículo 94.4 CC aseverando que “carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del

menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el transcurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como, su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011) ...”. Se ha asegurado, con acierto, que la intención del TC con esta interpretación del artículo 94.4 del CC fue mitigar la aplicación automática del precepto y proporcionar a los órganos judiciales un criterio flexible en la aplicación de la norma que permita la continuidad de las relaciones con los

25 AYLLÓN GARCÍA, J.D. «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *Revista Bolív. de Derecho*; Núm. 34, 2022, p.104.

progenitores con independencia de su situación procesal, siempre que sea lo más recomendable para salvaguardar el interés superior de los menores y se cumplan las cautelas que fije la autoridad judicial²⁶. Lo paradójico es que esta flexibilidad ya se recogía en la regulación anterior a la reforma, por lo que el TC con esta sentencia está retrocediendo.

En este sentido, en el voto particular de la STC 106/2022, de 13 de septiembre²⁷, si bien se manifiesta que el artículo 94.4 no es inconstitucional, se entiende que la interpretación que se ha hecho por el Pleno del mismo vacía de contenido la reforma: *“(…) la lectura del artículo 94, párrafo cuarto CC que realiza la sentencia aprobada por la mayoría dando a entender que no modula en modo alguno la discrecionalidad judicial a la hora de establecer regímenes de estancias, visitas y comunicaciones en casos de violencia de género o violencia doméstica, neutraliza por completo la finalidad que dicha norma está llamada a cumplir, y que ha justificado su incorporación al ordenamiento jurídico, y la convierte en completamente innecesaria, por cuanto no aportaría nada adicional en relación con la realidad jurídica preexistente. En otras palabras, el efecto de una interpretación del precepto como la que formula la sentencia aprobada por la mayoría equivaldría, a efectos prácticos, a una anulación del mismo consiguiente a su declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye una 5”*.

Por último, es necesario poner de

manifiesto que, mediante el auto de 11 de enero de 2023²⁸, el TS ha planteado otra cuestión de inconstitucionalidad, pero esta vez respecto del artículo 92.7 del CC sobre el régimen de la custodia compartida, al entender que choca con el interés superior del menor, y más específicamente, con el desarrollo de la personalidad y la protección de la vida familiar. El TS pone en tela de juicio el citado precepto porque “no permite que entre en juego el principio del interés superior del menor de máximo rango constitucional, al no preverse excepciones al régimen imperativo del art. 92.7 CC, y no ofrecer opciones resolutivas, como si hace el art. 94 del CC” (FJ 6). Dicha cuestión de inconstitucionalidad a la fecha de la presentación de este trabajo todavía no ha sido resuelta, pero nos suscita mucha curiosidad cual va a ser la respuesta del TC, ya que la constitucionalidad del artículo 94 del CC la salvo, precisamente, por la excepción a

28 Expone el Alto Tribunal, en el Fundamento jurídico sexto, que *“(…) en la STC 106/2022, de 13 de septiembre, se descartó la inconstitucionalidad del art. 94, párrafo cuarto del CC, con respecto al régimen de visitas, dado que, en el propio precepto, se establecía que, no obstante, la autoridad judicial, en resolución motivada y en atención al interés superior del menor, podía establecer, en casos como el presente, un régimen de visitas, comunicación o estancia con el progenitor incurso en un proceso penal iniciado por los mismos ilícitos criminales, o por la existencia de indicios de violencia doméstica o de género. Ahora bien, el art. 92.7 del CC, en su redacción vigente, no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o a ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado. Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vede la custodia compartida. Con ello, se subordina o posterga, sin posibilidad de valoración alternativa o tratamiento específico alguno, el interés de un menor, considerado como superior, primordial, bien constitucional y principio de orden público, susceptible, como tal, de limitar el núcleo tuitivo de los derechos fundamentales que entren en conflicto incompatible con dicho interés, en los supuestos en que uno de los padres se encuentre inserto en un proceso penal seguido por ilícitos comportamientos de tal clase, casos en los que su interés superior no puede ser ponderado, por el operador jurídico, sean cuales sean las circunstancias concurrentes (…)”*.

26 PLANAS DOLS, I. «El artículo 94.4 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 8/2022, de 2 de junio y su constitucionalidad», En *Revista Diario La Ley*, Núm.14145, 2022, p.10.

27 Doña María Luisa Balaguer Castellón, Don Juan Antonio Xiol Río y Doña Inmaculada Moltalban Huertas.

la regla general a la suspensión.

VI.- VALORACIÓN FINAL

Se entienden las razones que llevaron al legislador a efectuar la reforma del artículo 94 CC y, a establecer el automatismo del régimen de visitas y estancias; la normativa internacional, el incremento de la violencia vicaria, la evaluación del GREVIO, etc. Sin embargo, considero que fue una decisión precipitada y poco madurada. Los extremos no suelen ser buenos y, menos en una materia tan delicada como el régimen de visitas, estancias y comunicación, pues este régimen ha de estar inspirado en el interés superior del menor, un concepto jurídico indeterminado que necesita que un órgano jurisdiccional valore las circunstancias concretas de cada caso por lo que no se puede excluir la libre apreciación del juez ni reducir al máximo el margen de discrecionalidad, ni siquiera en los casos de violencia de género, porque no todos son iguales y no se puede establecer una regla general.

Con su interpretación del artículo 94 del CC el TC evitó los posibles desmanes que se producirían si se “cuasi obligaba” a los órganos jurisdiccionales a suspender el régimen de visitas o estancias por estar uno de los progenitores incurso en un proceso penal o si existiesen indicios fundados de violencia de género o doméstica, brindándoles un comodín para poder mantener el régimen de visitas, estancias y comunicación cuando crean que es lo más conveniente para el interés superior del menor. Sin embargo, como señalan los tres magistrados en el

voto particular, el Pleno ha neutralizado el contenido de la reforma del artículo 94.4 del CC, pues el tenor literal del precepto no otorga casi ningún margen de apreciación, simplemente obliga a los órganos jurisdiccionales a suspender el régimen de vistas, dicho margen si lo confería la regulación anterior entonces... ¿Por qué llevar a cabo un cambio legislativo tan drástico para luego anularlo?.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ SUÁREZ, L. «La protección de los menores en el proceso penal: la práctica de las declaraciones como prueba preconstituida», En CONTRERAS ROJAS, C., *Las declaraciones de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 95-116.

AYLLÓN GARCÍA, J.D. «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *Revista Boliv. de Derecho*; Núm. 34, 2022, pp. 96-117.

DÍAZ VELÁZQUEZ, M^a A. «La suspensión del régimen de visitas en violencia de género: algo más que un problema jurídico», En *Práctica de Tribunales*, Núm. 134, 2018, pp. 1-16.

GARCÍA MAYO, M. «Interés superior del menor y régimen de visitas tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *LA LEY Derecho de familia*, Núm. 40, 2023, pp.1-31.

PERAL LÓPEZ, M^a C. «Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas», En *Actualidad Civil*, Núm. 7, 2017, pp. 1-16.

PLANAS DOLS, I. «El artículo 94.4 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 8/2022, de 2 de junio y su constitucionalidad», En *Revista Diario La Ley*, Núm.14145, 2022, pp. 1-6.

Nota de Servicio de la Fiscal de Sala Nº 1/2021 sobre “*Criterios orientativos en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter LECrim y 94.4 CC*”.

ORTEGA CALDERÓN, J.L. «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21, de 2 de junio», En *Revista Diario La Ley*, Núm. 9892, 2021, pp. 1-17.

VILLO TRAVÉ, C. «Las medidas civiles para la protección de los hijos e hijas víctimas de violencia de género. Especial referencia a la reforma del régimen de visitas introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», En *LA LEY*, Núm. 8363, 2022, pp. 1-14.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

STEDH de 24 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi c. España, 52. ECLI: CE: ECHR: 2011:0524JUD006616709.

STC 11/2008, de 21 de enero, FJ 7. ECLI:ES:TC: 2008:11.

STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3. ECLI:ES:TC: 2020:178

STC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2. ECLI:ES:TC: 2021:81.

STC 106/2022, de 13 de septiembre 2022. ECLI:ES:TC: 2022:106.

STS 569/2016, de 28 de septiembre, FJ 2. ECLI:ES:TS: 2016:4281.

STS 188/2018, de 18 de abril, FJ 3. ECLI: ES:TS: 2018:1378.

STS 621/2015, de 9 de noviembre, FJ 3. ECLI:ES:TS: 2015:4575.

STS 641/2018, de 20 de noviembre, FJ 2. ECLI:ES:TS: 2018:3882.

ATS de 11 de enero de 2023, F6. ECLI:ES:TS: 2023:581A



RESEÑA DE JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. FINAL AÑO 2023- PRINCIPIOS 2024

REVIEW OF RECENT JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT AND CONSTITUTIONAL COURT. END OF YEAR 2023-BEGINNING 2024

Susana Jiménez Bautista

Magistrada. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Jose Antonio Baena Sierra

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos (Málaga)

Remitido: 15/05/2024

Aceptado: 27/05/2024

SUMARIO

I. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. Discrepancias en el ejercicio de la patria potestad. Vacuna COVID-19 (SSTC 148/2023, 160/2023, 161/2023, 162/2023 de 20 de noviembre, y SSTC 180/2023 A 186/2023, de 11 de diciembre)

2. Fijación de cantidad líquida exigible en pensión de alimentos de hijo menor de edad (STC 2/2024 de 2 de enero).

II. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1. Medidas de apoyo. Guarda de hecho (SSTS del Pleno 1443/2023 y 1444/2023 de 20 de octubre).

2. Guarda y custodia y modificación medidas (SSTS 1644/2023, 1645/2023 y 1682/2023).

3. Las costas en procesos de familia (STS 1437/2023 de 18 de octubre).

4. Acogimiento por abuelos (STS 1438/2023 de 18 de octubre).

5. Régimen económico matrimonial (SSTS 1490/2023, 1554/2023, 1684/2023, 1711/2023 y 1746/2023).

III. ADELANTO DEL PRIMER CUATRIMESTRE DE 2024.

RESUMEN:

A continuación, se reseñan las principales novedades jurisprudenciales emanadas de las sentencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre cuestiones relevantes en Derecho de Familia del último trimestre de 2023. También se incluye un avance del primer trimestre de 2024, que será objeto de desarrollo en el próximo número.

ABSTRACT:

Below, the main jurisprudential

developments are reviewed, on relevant issues in Family Law, from the rulings of the last quarter of 2023 issued by the Constitutional Court and the Supreme Court. Also included is a preview of the first quarter of 2024, which will be developed in the next issue.

PALABRAS CLAVE:

patria potestad, pensión de alimentos, medidas de apoyo, guarda de hecho, curatela, costas, acogimiento, sociedad de gananciales.

KEY WORDS:

parental authority, alimony, support measures, de facto custody, guardianship, costs, foster care, community property

I. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1 Discrepancias en el ejercicio de la patria potestad. Vacuna COVID-19 (SSTC 148/2023, 160/2023, 161/2023, 162/223 de 20 de noviembre, y SSTC 180/2023 A 186/2023, de 11 de diciembre)

Las sentencias referidas resuelven varios recursos de amparo respecto de resoluciones de primera instancia o de audiencias provinciales que acordaron otorgar el derecho a decidir al progenitor que propugnaba la administración al menor de la vacuna frente a la Covid-19. Destacamos el fundamento común utilizado en la STC 148/2023, que fundamenta la desestimación de todos los recursos:

La cuestión constitucional suscitada en este recurso en relación con el derecho

fundamental a la integridad física y moral (art.15CE) es la misma que ya ha sido objeto de análisis por el Pleno de este tribunal en la STC 148/2023, de 6 de noviembre, en cuyos fundamentos jurídicos 4 y 5 se expusieron de manera pormenorizada las pautas de ponderación necesarias para determinar si en este tipo de supuestos se ha vulnerado el derecho a la integridad personal, centrando la cuestión en que la administración de la vacuna, a falta de consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada, precisa para su constitucionalidad el cumplimiento de los requisitos generales que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos.

En atención a lo expuesto, en este caso, como también se concluyó en la STC 148/2023, FJ 5, el Tribunal rechaza que se haya vulnerado el art. 15 CE al constatar que (i) se cumple el presupuesto básico que el art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002 establece para que pueda acudirse al consentimiento por representación –otorgado por los progenitores de común acuerdo o por la autoridad judicial en caso de desacuerdo– porque los menores, dada su edad, carecían de la capacidad emocional e intelectual necesarias para comprender el alcance la intervención y los padres contaban con la información adecuada para la prestación del consentimiento desde un momento anterior incluso a la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, por lo que no cabe apreciar la ausencia de consentimiento informado; y (ii) la motivación de las resoluciones judiciales tuvo como fundamento

esencial la protección del interés superior de los menores en relación con la protección de su salud, teniendo en cuenta la recomendación de las autoridades sanitarias, que se mostraban a favor de la vacunación de menores haciendo una ponderación de riesgos y beneficios de la vacuna, que el órgano judicial no estima desvirtuada por los informes obrantes en los autos”.

Especialmente interesantes lo son las SSTC 181/2023, y 183/2023, por cuanto plantean también, la facultad de decidir al menor. En la primera, la Sala declara:

A propósito de la falta de intermediación respecto de la exploración del menor por no haberse registrado esta en soporte CD o DVD, debe tenerse en cuenta que la documentación del resultado de la exploración en un acta en la que se reflejen aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas y, por ello, estrictamente relevantes para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad, es la forma de proceder que dispone el art. 18.2, apartado 4, párrafo segundo de la Ley de la jurisdicción voluntaria. Como dijimos en la STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 7, tales cautelas legalmente previstas son la medida menos gravosa para la intimidad del menor y, precisamente para preservar su intimidad, concluíamos entonces (FJ 8) que el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes para la decisión del expediente.

Teniendo en cuenta, por tanto, la necesidad de preservar la intimidad del menor, la grabación a la que alude la recurrente queda desplazada en la ley por un acta que refleje aquellas manifestaciones del menor estrictamente relevantes para la decisión del expediente. El acta extendida en estos términos resulta suficiente para que la audiencia provincial pueda revisar la decisión de primera instancia y resolver teniendo en cuenta el resultado de la exploración del menor.

La STC 183/2023 hace referencia a los derechos fundamentales cuya vulneración otorga la facultad de recurrir en amparo y al requisito de invocación previa durante el procedimiento judicial:

2. Cuestiones previas y delimitación de los derechos fundamentales concernidos.

Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas en la demanda de amparo, deben hacerse las siguientes precisiones:

a) *En el recurso de amparo se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE), en relación con el derecho a un procedimiento con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque el juzgado procedió a celebrar la comparecencia prevista en el art. 85 de la Ley de la jurisdicción voluntaria, dictando inmediatamente auto por el que se atribuye al padre la facultad de decidir sobre la inoculación de la vacuna contra la Covid-19 a la niña, de doce años, sin oír a esta previamente, como es preceptivo conforme al citado precepto legal.*

Conforme a lo interesado por el Ministerio Fiscal, esta queja debe ser inadmitida por incurrir en el óbice de falta de invocación tempestiva en la vía judicial [art. 44.1 c) LOTC]. En efecto, la queja se plantea per saltum en el recurso de amparo, pues la recurrente no interesó que la niña fuera oída en el expediente de jurisdicción voluntaria cuando presentó su escrito inicial de oposición a la solicitud del padre, ni tampoco lo hizo en el recurso de apelación contra el auto dictado por el juzgado que desestimó la oposición y atribuyó al padre la facultad de decidir sobre la inoculación de la vacuna frente a la Covid-19 a la menor.

b) *El objeto del recurso de amparo queda, en consecuencia, constreñido a examinar si se ha producido la alegada vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), por falta de consentimiento informado de la menor y de sus progenitores para la inoculación a aquella de la vacuna contra la Covid-19. Esta es la lesión constitucional que se imputa a la decisión judicial, confirmada en apelación, que atribuye la facultad de decidir al progenitor favorable a la vacunación.*

3. *Aplicación de la doctrina constitucional expuesta en la STC 148/2023, de 6 de noviembre. La cuestión constitucional suscitada, por tanto, en este recurso en relación con el derecho*

fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) es la misma que ya ha sido objeto de análisis por el Pleno de este tribunal en la STC 148/2023, de 6 de noviembre, en cuyos fundamentos jurídicos 4 y 5 se expusieron de manera pormenorizada las pautas de ponderación necesarias para determinar si en este tipo de supuestos se ha vulnerado el derecho a la integridad personal, centrando la cuestión en que la administración de la vacuna, a falta de consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada, precisa, para ser conforme con la Constitución, el cumplimiento de los requisitos generales que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos.

2. Fijación de cantidad líquida exigible en pensión de alimentos de hijo menor de edad (STC 2/2024 de 2 de enero).

Se interpone recurso de amparo se interpone contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Getafe que declaró la disolución del matrimonio por divorcio, y en su consecuencia impuso una serie de medidas de orden familiar de entre las cuales y en lo que importa a este proceso, se incluyó la de fijar que ambos progenitores contribuirían al levantamiento de las cargas familiares del hijo entonces menor “abonando el esposo como alimentos de su hijo el 10 por 100 de sus ingresos mensuales antes de los cinco primeros días de cada mes”, con actualización anual posterior conforme al índice de precios al consumo; y “computándose como contribución de la esposa al levantamiento de las cargas familiares su dedicación al cuidado del hijo común”. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid.

El objeto lo es en concreto el

pronunciamiento de la cuantía de la pensión de alimentos del padre demandado, fijada en un 10 por 100 de sus ingresos mensuales sin ninguna otra precisión sobre su cuantificación que considera contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): (i) por no haberse resuelto esta medida con arreglo al principio de proporcionalidad que en materia de alimentos impone el art. 146 CC, y en su interpretación y aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de las audiencias provinciales; y (ii) porque aquella misma inconcreción en cuanto a la suma de la cantidad mensual a la que está obligado a abonar el demandado rebelde, trae consigo también la imposibilidad material de poder ejecutar la sentencia. Conectado con aquel derecho fundamental se denuncia también como conculcado el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, al no quedar determinado el importe efectivo de la pensión, ya que se desconocen cuáles son los ingresos que pueda tener el demandado, quien fue declarado en rebeldía y no ha comparecido en ningún grado jurisdiccional de la causa.

La Sala otorga el amparo en base a los siguientes argumentos:

Destacamos, el siguiente Fundamento jurídico:

« [...] 3. Resolución del caso planteado.

La aplicación de la doctrina constitucional a la que se ha hecho referencia, puesta en relación con las circunstancias concretas del presente caso, conducen a la estimación de la demanda de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de

derecho a una motivación reforzada con arreglo al principio del interés superior del menor. Motivación cualificada de cuya ausencia adolecen las resoluciones aquí impugnadas.

Tal y como se aclaró en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, no corresponde a este tribunal determinar cuál es el criterio de legalidad ordinaria más adecuado para la cuantificación de la pensión de alimentos del entonces menor don Joao Víctor, tarea propia de los órganos judiciales intervinientes. Tampoco, añadimos ahora, se trata de evaluar con carácter general el sistema elegido por esas dos sentencias (fijar esa cuantía en un porcentaje de los ingresos del demandado), puesto que no cabe excluir que el mismo pueda ser efectivo en circunstancias distintas de las que aquí concurren (cuando por ejemplo esos ingresos sí se conocen). Exponemos a continuación, en todo caso, por qué dicho sistema no resulta respetuoso con el interés superior del menor aquí concretamente afectado, ni por ende exterioriza una ponderación adecuada de los bienes constitucionalmente protegibles en juego:

(...)

Esta sala debe declarar que junto con la necesaria protección de los intereses del rebelde procesal, está la necesidad de que los tribunales tutelen los derechos del menor y como señala el Ministerio Fiscal, no podemos soslayar la obligación que el padre tiene, constitucionalmente establecida, de prestar asistencia a sus hijos (art. 39 CE).

El padre o madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia, todo ello sin perjuicio de las acciones que el rebelde pueda plantear una vez hallado, en orden a la modificación de las medidas, posibilidad que también podrá plantear el otro progenitor si han variado sustancialmente las circunstancias”.

(...)

(i) En primer lugar, dado que la sentencia declara en el mencionado fundamento de Derecho quinto, que “se acreditan los ingresos de la esposa y se ignoran los del padre”, no es posible saber de ningún modo cuál es la traducción en dinero de ese 10 por 100. Como consecuencia, no es posible decir que se cumple con el principio de proporcionalidad (art. 146 CC) imperante en este ámbito, el cual ha de medirse respecto “al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”. La sentencia nada dice sobre el primer elemento, los medios del padre; pero es que tampoco pondera las del segundo (las necesidades del menor). Se ignoran cuáles habrían sido las gestiones efectivamente realizadas por el juzgado para averiguar tanto una fuente de ingresos del demandado, como su situación patrimonial, pues la sentencia omite decirlo.

(ii) Como nada se sabe sobre su cuantía efectiva, no es posible determinar si ese porcentaje del 10 por 100 podía ser económicamente insuficiente en este caso para proveer a las necesidades del menor (en cuanto a los diversos conceptos que integran la prestación de alimentos). O si a la inversa, podría resultar una cantidad desproporcionadamente alta para ese mismo fin prestacional.

De hecho, ni siquiera es posible saber con arreglo a qué parámetro económico, estadístico o de cualquier otro orden objetivo, el juzgado ha decidido fijar el 10 por 100 (más allá de que sea lo indicado en la STS de 22 de julio de 2015), y no el 5 por 100 o el 30 por 100, por poner dos cifras al azar.

Lógicamente, si se dispusiera de la acreditación en las actuaciones de cuáles son esos ingresos y del carácter regular de su percepción por el demandado, la eventual sujeción a ese porcentaje podría ser respetuoso con el interés superior del menor. Al no ser esto posible con arreglo a la sentencia, que se limita a decir que desconoce la capacidad económica del demandado, sin explicitar siquiera, repetimos, las gestiones que debía efectuar para su averiguación, la referencia al 10 por 100 deviene meramente artificiosa. Y contraria también al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el cual resulta aplicable en materia de derecho de alimentos con arreglo a nuestra doctrina (ATC 301/2014).

(iii) El progenitor obligado judicialmente a la satisfacción de un importe dinerario por alimentos,

es evidente que no responde de su cumplimiento solamente con sus “ingresos”, sino con todo el patrimonio que pudiera ser hallado por el órgano judicial, como sucedería si se tratase de ejecutar una cantidad líquida impagada. Esto sin embargo no es factible con el sistema elegido en este caso por el juzgado.

(iv) Que el sistema seleccionado por el juzgado a quo ha devenido además ineficaz al efecto supuestamente pretendido de asegurar el derecho de alimentos del hijo menor de la recurrente, lo evidencia el oficio remitido por la letrada de la administración de justicia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Getafe, fechado el 23 de octubre del pasado año, en el que a requerimiento de este Tribunal Constitucional hace constar que, manteniendo el órgano judicial en estos años el criterio fijado en la sentencia del 23 de noviembre de 2015, “sobre el estado actual de la deuda por alimentos del demandado, no consta en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, ningún mandamiento de pago”. Es decir, nada tras siete años y once meses después.

(...)

C) Estimación de la demanda y efectos.(...)

Debemos acordar asimismo la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Getafe, para que en su lugar este último pronuncie otra resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental reconocido».

II. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1. Medidas de apoyo. Guarda de hecho y curatela representativa.

1.1. STS del Pleno 1443/2023 de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4212). Ponente: Sancho Gargallo.

Los antecedentes son los siguientes: el presente procedimiento se inició en marzo de 2021, antes de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reformó la legislación civil y procesal relativa al apoyo de las personas con discapacidad. En la demanda, interpuesta bajo la legislación anterior, se pedía la incapacitación total del Sr. X, que en ese momento tenía 92 años (había nacido en noviembre de 1928), porque como consecuencia de varias dolencias psiquiátricas, carecía de capacidad para gobernarse por sí mismo. La demanda había sido interpuesta por su hijo único, con quien convivía y sigue conviviendo, y quien se hace cargo de su cuidado. La sentencia de primera instancia, aplicando ya la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, aprecia que el Sr. X precisa de asistencia y representación de otra persona. El juzgado razona, para justificar el alcance de estas medidas de apoyo, que su capacidad «[...] resulta insuficiente para todos los ámbitos del ejercicio de su capacidad jurídica, necesitando de medidas de apoyo de carácter representativas, para llevar a cabo actos administrativos, o de contratación, de la forma que se expondrá en la parte dispositiva, teniendo en cuenta que no puede otorgar un consentimiento válido en esos ámbitos». Nombra curador con funciones de asistencia y representación a su hijo.

Confirmada la sentencia en apelación el Ministerio Fiscal recurrió en casación (reiterando los motivos de apelación) al entender que, si bien eran necesarias las medidas de apoyo, ya son prestadas de hecho por el hijo, quien ejerce la guarda de hecho, lo que hacía innecesario la constitución de la curatela.

El Tribunal Supremo desestima el recurso del Ministerio Fiscal, en base a los siguientes argumentos:

« [...]3. Conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal.

Pero esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesario la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidas en todo caso.

4. El caso objeto de enjuiciamiento es paradigmático: la persona necesitada de apoyos tiene más de 95 años y sufre un deterioro cognitivo con trastorno delirante

senil, que ha provocado que necesite apoyos asistenciales y de representación; esta persona convive desde hace muchos años con su hijo único, soltero, que de facto desarrolla hasta ahora esas funciones de apoyo; es quien hasta ahora hacía de guardador de hecho el que pone de manifiesto ante el juzgado que para seguir desarrollando su función precisaría pasar a ser curador con representación, en la medida en que le facilitaría su labor, sobre todo en el ámbito patrimonial. La sentencia que ahora se recurre resalta, entre las circunstancias relevantes del caso que justifican la adopción formal de la medida de apoyo, que, como consecuencia de su demencia senil, Enrique Garrucho Laura «se escapa de la casa sin avisar», aprovechando que su hijo está trabajando, y que «se va al banco a sacar dinero o abrir nuevas cuentas –sin saber qué, para qué y por qué– y adoptar distintos sistemas de gestión, lo que supone un riesgo por (su) vulnerabilidad».

Si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho. Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan

perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de si, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo.

En situaciones como la que es objeto de enjuiciamiento y en algunas otras de revisión de tutelas, hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificado la constitución de la curatela (y en otro contexto de revisión de tutelas anteriores, la sustitución por una curatela) en vez de la guarda de hecho.

Al respecto, es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, no en vano es quien de hecho presta los apoyos. Máxime cuando esta persona forma parte del núcleo familiar más íntimo, en nuestro caso es el hijo único.

La interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona (que precisa de unos apoyos como consecuencia de una discapacidad) cuyos intereses pretende tutelar la norma. A la postre, deben adoptarse las medidas más idóneas para esa persona. Se da la circunstancia de que esta persona, por su situación, no manifiesta voluntad, deseo o preferencia que

no sea seguir conviviendo con su hijo. Lo esencial es la prestación del apoyo que precisa y a cargo de quien prefiere que le asista y represente, sin que su provisión judicial tenga una connotación negativa, como tampoco la tiene la provisión voluntaria de apoyos o la propia guarda de hecho.

De tal forma que, del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo».

1.2. STS 1444/2023 de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129). Ponente: Parra Lucán.

El presente procedimiento se inició en febrero de 2021, antes de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 8/2021. En la demanda, interpuesta bajo la legislación anterior, se pedía la incapacitación del Sr. Z, nacido en 1961, casado, padre de un hijo, y que convivía con su esposa, que fue quien interpuso la demanda. En el curso del procedimiento, ha quedado constancia, por el informe médico forense de fecha 25 de octubre de 2021, que desde que en 2016, cuando sufrió un ictus en arteria cerebral, que desemboca en gran invalidez, hay un empeoramiento conductual, que no presenta mejoría; se informa que precisa de supervisión en el autocuidado, que en las actividades

cotidianas precisa de apoyo más intenso, y en cuanto a las habilidades económico-jurídico administrativas y contractuales, y ámbito de la salud, precisa un apoyo más intenso (de representación); la valoración es que necesita protección por la patología de base que sufre, y que repercute de forma negativa en las áreas referidas.

La sentencia de la Audiencia Provincial confirma la de Primera Instancia, que acuerda la curatela representativa. El Ministerio Fiscal recurre en casación, argumentando sobre la procedencia de la continuación de la institución de la guarda de hecho por la esposa y la improcedencia de constituir la curatela, dado que, a la vista de la prueba practicada, existe ya una medida de apoyo suficiente por parte de la esposa que, incluso, ha abandonado su actividad laboral para poder atender a su marido. Entiende que la guarda de hecho se ha desarrollado sin incidencias ni conflictos de intereses, sin que las dificultades prácticas alegadas por la esposa para desempeñar el apoyo prestado por no contar con la representación del esposo justifiquen la adopción de un apoyo judicial.

Al igual que en la anterior, la Sala del TS, declara:

« [...]4. Esto es lo que sucede en el caso objeto de enjuiciamiento. La persona necesitada de apoyos presenta limitaciones para expresar su voluntad, deseos, preferencias; presenta limitaciones a la hora de tomar decisiones de manera autónoma, es una persona vulnerable y sus capacidades cognitivas-volitivas están

condicionadas por la patología que presenta; en relación con la intensidad del apoyo, requiere el apoyo más intenso (representación) en las áreas económico-jurídico-administrativo y salud. Es la persona que convive con él y que ha venido haciendo de guardadora de hecho la que pone de manifiesto ante el juzgado que para seguir desarrollando su función precisaría pasar a ser curadora con representación, en la medida en que le facilitaría su labor, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. En su escrito de oposición al recurso de casación del Ministerio Fiscal, la esposa explica los problemas diarios que afronta para realizar gestiones en nombre de su esposo, en las que debería firmar él, pero que no comprende ni tiene el menor interés, porque no comprende el valor del dinero, y que la esposa soluciona firmando «con autorización tácita» del esposo. Es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar y obtener una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad, y que la autorización puede comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (art. 264 CC), pero cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad

de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial.

Por lo que se refiere al ámbito sanitario y de la salud, el art. 9.3.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, permite el consentimiento por representación «cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Ese consentimiento por representación, que según los hechos acreditados en la instancia debe ser prestado en atención a la discapacidad que afecta a Manuel, está en función de que en cada caso el médico valore que el paciente no puede tomar decisiones. Además, no es de extrañar lo que la esposa refiere sobre las ocasiones en las que se le ha limitado información médica. Legalmente, el titular del derecho a la información es el paciente,

por mucho que la ley permita que cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se ponga en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, así como que sean informadas las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (art. 5 de la Ley 41/2002). De ahí que, partiendo de los hechos acreditados en la instancia acerca de la falta de habilidades en el ámbito sanitario y de la salud de Manuel, su incapacidad para interpretar la información y para tomar decisiones, resulta conveniente que la esposa, para tomar las decisiones precisas en cada caso pueda contar con la representación que le ha conferido la sentencia recurrida, tanto para recibir información como para tomar decisiones.

(...)

Concluye la sentencia: con independencia de que, por lo que se refiere al modo de actuar, el art. 249. II CC sienta como criterio general que «las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera» y que, cuando no sea posible determinar esa voluntad, «en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la

persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración».

2. Guarda y custodia y modificación medidas.

2.1. STS 1644/2023 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5193). Modificación de medidas: cambio de custodia monoparental a custodia compartida.

El padre interesó la guarda y custodia compartida. En instancias anteriores se acuerda ampliar el régimen de visitas del padre, pero manteniendo un sistema monoparental. El recurso de casación lo presenta el padre con informe favorable del Ministerio Fiscal, y se estima bajo los siguientes argumentos:

Refiriéndonos a la modificación de circunstancias, en la sentencia 559/2020, de 26 de octubre, con cita de las sentencias 215/2019, de 5 de abril, y 31/2019, de 19 de diciembre, que cita, a su vez, las de 12 y 13 de abril de 2016, dijimos que:

«[l]a modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio “cierto” de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (art. 91 del C. Civil).

»Igualmente en sentencia 311/2020, de 16 de junio, se declaró:

»“En base a lo expuesto, se debe declarar que concurre un cambio cierto y sustancial en las circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron, el tiempo transcurrido, la posibilidad de vivienda independiente del

padre, la reconstrucción de sus vidas afectivas por parte de ambos progenitores, la idoneidad como educadores de ambos y la trascendencia del informe psicosocial que no desaconseja la custodia compartida, todo ello unido a un amplio régimen de vistas preexistente que va a facilitar la transición al actualmente fijado”.

»En el mismo sentido las sentencias 124/2019, de 26 de febrero, y 211/2019, de 5 de abril».

Y en relación con la guarda y custodia compartida, en la sentencia 870/2021, de 20 de diciembre, dijimos que:

«[c]onforma una manifestación declarada por este tribunal del interés y beneficio de los menores, en tanto en cuanto: 1) se fomenta la integración de los hijos con su padre y con su madre, obviando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y 4) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores (sentencias 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio; 654/2018, de 30 de noviembre y 175/2021, de 29 de marzo, entre otras)».

Y en la sentencia 559/2020, de 26 de octubre, que:

«Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado: »«La interpretación del artículo 92,

5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma «debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto

en cuanto lo sea” (STS 25 de abril 2014).

»Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: “se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013)”».

La sentencia recurrida, a diferencia de la dictada por el órgano de primera instancia que sí lo hace, no aplica correctamente la doctrina anterior, ya que, la escasa edad de la menor cuando se atribuyó

la guarda y custodia exclusiva a la madre, el tiempo transcurrido, la reconstrucción de la vida afectiva del padre y el hecho de que este haya tenido otro hijo, permiten apreciar, conforme a nuestra doctrina, un cambio cierto y sustancial en las circunstancias.

Además, la idoneidad como educadores de ambos progenitores, la conveniencia de que la menor desarrolle con facilidad y del mejor modo no solo la relación con sus dos progenitores, sino también la relación fraternal con su hermano, el hecho de no haberse constatado la existencia de inconveniente alguno para el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida que solicita el padre (no lo es su trabajo nocturno, que no le impide atender las necesidades de su hija, labor para la que cuenta, además, con la ayuda y apoyo de otros familiares y, especialmente, de su actual pareja; y tampoco constituye inconveniente la distancia existente entre los domicilios de los progenitores, dado que no es significativa), y que dicho régimen, en principio, tal y como señala el juzgado, debe ser el preferente y normal, configura un conjunto circunstancial favorable al establecimiento de la guarda y custodia compartida que se aprecia, en este momento, como el sistema más idóneo y acorde al principio del interés superior del menor.

En definitiva, como asevera la fiscal, con la que estamos de

acuerdo, «El interés superior de la menor no debe confundirse con el mantenimiento de la situación anterior por el mero hecho de que así venía desarrollándose». La edad actual de la menor y el contacto fluido con ambos progenitores y su nuevo hermano resulta beneficioso y favorable para su desarrollo. Y, además, no concurren circunstancias de peso que aconsejen la limitación de la relaciones paternofiliales».

2.2. STS 1645/2023 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5273).

En esta sentencia el Tribunal Supremo mantuvo al custodia compartida acordada por la Audiencia Provincial. Mediante la formulación de la demanda, el padre pretendió que se sustituyera la custodia materna por un régimen de guarda y custodia compartida, porque al convenir los progenitores la custodia materna, el menor tenía once meses y contaba con ocho años en el momento de interponer la demanda. La madre se opuso. En primera instancia se mantuvo la custodia materna, y se amplió el régimen de visitas del padre. Recurrieron ambos y la audiencia acordó la custodia compartida, que recurrió la madre en casación. El interés de esta sentencia viene por el hecho de que la Sala se pronuncia sobre sobre la incidencia de procesos penales por violencia de género y la custodia compartida. Desestima el recurso de casación presentado por la progenitora, con los siguientes argumentos:

Con respecto a los episodios de violencia de género, en la sentencia

228/2022, de 28 de marzo, citada por el Ministerio Fiscal, señalamos que:

«Esencialmente la recurrente entiende que de acuerdo con el art. 92.7 del C. Civil, no puede establecerse la custodia compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la integridad moral del otro cónyuge.

»En el presente caso consta condena del Sr. Celso por un delito leve de vejación injusta a la pena de 10 días de localización permanente. La ejecutoria penal se archivó por auto de 3 de abril de 2019.

»Dado que de acuerdo con el art. 136 del Código Penal procede la cancelación de los antecedentes delictivos a los seis meses, debemos concluir que no es computable la condena como óbice para el establecimiento de la custodia compartida, al no estar incurso el Sr. Celso en una condena penal, por lo que cuando la Audiencia Provincial fijó el sistema de custodia compartida, no infringió el art. 92.7 del C. Civil.

»A ello debe añadirse que la hoy recurrente se mostró conforme con el amplio régimen de visitas fijado al padre de fines semanas alternos y dos tardes entre semana con pernocta, lo cual evidencia que lo consideraba apto para una convivencia amplia con los hijos».

Lo expuesto no significa que la existencia de manifestaciones de violencia de género impidan

la fijación de una custodia compartida (SSTS sentencias 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero; 175/2021, de 29 de marzo, o 372/2021, de 31 de mayo, entre otras).

CUARTO.- Ponderación de las circunstancias concurrentes y desestimación del recurso

Pues bien, en este caso, el episodio de violencia de género, que provocó la condena del demandado, se produjo por unos hechos acaecidos el 12 de mayo de 2019, hace cuatro años, y la pena impuesta al padre de 35 días de trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 14 meses, y prohibición de aproximación y comunicación con su ex pareja, D.^a Romina Mónica Tinca, durante 7 meses, fueron cumplidas a fecha 19 de febrero de 2020, por lo que, actualmente, el padre no está incurso en un proceso penal por violencia de género (art. 92.7 del CP). Tampoco constan episodios ulteriores de tal naturaleza.

Desde que se fijó la custodia materna en 2010, cuando el hijo contaba con 10 meses de edad, han transcurrido trece años. Las relaciones del padre con su hijo son buenas, como así resulta del informe psicosocial. El menor, incluso, exterioriza su deseo de ampliar los contactos con su progenitor.

En dicho informe se considera que ambos litigantes son idóneos para ocuparse del hijo común, y

se constata la intención real y seria del padre de participar en el cuidado y atención del niño. Tampoco existe riesgo de que el menor con el demandante no reciba el tratamiento preciso para su enfermedad y, de esta manera, descuide la atención requerida por la patología que padece.

Las diferencias entre los padres no trascienden al menor. Vienen constituidas, fundamentalmente, por episodios puntuales relativos a una discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, nacida de la solicitud de la doble nacionalidad del niño (española y rumana), subjetivamente vivenciada por el demandante como riesgo y correlativo temor del traslado del menor al país del que la madre es nacional y pérdida de la relación con el niño; por otra parte, la denuncia por coacciones fue sobreseída.

La sentencia del juzgado fijó un régimen de visitas muy intenso con una distribución prácticamente igual de la custodia del niño entre sus padres, con intercambios en el domicilio de la madre. Con respecto a este régimen, así como el de custodia compartida fijado por la audiencia, no existe constancia en autos de que su desarrollo sea conflictivo o su cumplimiento anómalo con incidentes negativos para la estabilidad y tranquilidad del menor, de manera que entorpezca el desarrollo de su personalidad. Nada se ha alegado en este sentido.

El hecho de que la condena penal

fuera posterior a la contestación de la demanda, por lo que no pudo ser alegada con dicho escrito, nada influye en la decisión del recurso, al haber sido objeto de ponderación judicial.

2.3. STS 1682/2023 de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5307).

Resumen: En el seno de un procedimiento de medidas paterno-filiales, el recurso de casación que plantea el padre, lo es sobre el sistema de guarda y custodia que mejor satisface el interés de un niño, nacido en 2018. Tanto el juzgado como la Audiencia Provincial han adoptado un sistema de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre. El padre interpone contra la sentencia de la Audiencia Provincial recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Solicita que, con estimación de los recursos, se adopte un sistema de custodia compartida. Sus recursos se desestiman.

Destacamos por su interés el Fundamento de Derecho Quinto:

“[...] 2. Tiene razón el recurrente cuando señala que no toda enfermedad mental o trastorno de salud mental impide al progenitor asumir el cuidado del menor y el desarrollo de las funciones parentales. Lo decisivo es la repercusión que la enfermedad pueda tener en el menor y ello depende de factores como la gravedad y naturaleza de la enfermedad, la incidencia que la misma tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece; de la evolución, si se ha seguido tratamiento,

resultado del mismo y efectos que haya podido producir en la persona que la padece; si hay deterioro, o si por el contrario puede apreciarse una situación de estabilidad en el tiempo; de la conciencia de enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento que asegura la evolución positiva y del entorno familiar, apoyo de personas cercanas que facilitan un buen diagnóstico y que intervienen caso de detectar alguna anomalía. En este caso, constan una serie de circunstancias que se oponen a considerar que el mejor interés de Casiano quede garantizado mediante una custodia compartida. Estas circunstancias no consisten, contra lo que afirma el recurrente, en el mero hecho de que el padre esté diagnosticado de DIRECCION003. Como advierte el Ministerio Fiscal, si leemos los argumentos de la sentencia de primera instancia -que asume la Audiencia Provincial- resulta que «el resto de la prueba» a que se hace referencia es la testifical y la conveniencia de vivir en un entorno próximo a la familia paterna (abuelos y hermano). Son, por tanto, diversas las circunstancias que se han tenido en cuenta. En el mismo informe de la psicológica de la Audiencia Provincial al que tanta importancia pretende dar el recurrente (que a su vez recogió datos del informe psiquiátrico aportado por el recurrente y elaborado por la Dra. María Inmaculada con la que la psicóloga entabló además

colaboración telefónica, así como del informe emitido por el servicio de enfermería especializado en salud mental) se alude también a datos que se han obtenido de la entrevista con el padre, con la madre y con el propio niño, y que justifican que no se establezca una custodia compartida.

(...)

En definitiva, frente a estas circunstancias no pueden prevalecer los argumentos del recurrente, pues que sea consciente de su enfermedad y sea responsable con el tratamiento y medidas para evitar recaídas es solo un dato que debe valorarse junto con los mencionados, y que permite, como se ha acordado en la instancia, establecer un sistema de relaciones y visitas con la compañía de terceras personas (pareja, padres, hermanos), sin perjuicio de que, como dice el Ministerio Fiscal, se pueda solicitar la supresión de esta exigencia si las circunstancias y los informes actualizados así lo hacen aconsejable, en el sentido indicado en el informe psicológico.

3. Las costas en procesos de familia. STS 1437/2023 de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4380).

Se declara que la condena en costas procesales es factible en los procesos de familia y no impide tal pronunciamiento litigar acogida al beneficio de justicia gratuita. En primera instancia, se desestimó la demanda y dicha se condenó en costas a la demandante, al apreciarse temeridad y mala fe en su conducta por

promover una demanda a sabiendas de que no existía ninguna modificación sustancial de las circunstancias con respecto a las concurrentes en el momento de la firma del convenio regulador. La audiencia confirmó la desestimación de la demanda, y la condena en costas. Recurrió en casación la demandante la imposición de costas y el TS desestimó el recurso de casación. Destacamos por su interés en el Fundamento de Derecho Segundo, la siguiente argumentación:

En cualquier caso, la condena en costas es compatible con disfrutar del beneficio de justicia gratuita y llevar a efecto la correspondiente tasación de costas para el caso de mejor fortuna, como resulta de lo dispuesto en el art. 36.2 LAJG (autos de esta sala de 11 de enero de 2022, en recurso 900/2019, 18 de enero de 2022, en recursos 1303/2019 y 1387/2015).

(...)

En cuanto al primero de los motivos de casación ignoramos sobre qué base la sentencia recurrida infringe el art. 25 de la CE, así como difícilmente cabe considerar vulnerado el art. 19.2 LAJG, cuando las sentencias de primera y segunda instancia no contienen pronunciamiento alguno de revocación del beneficio de justicia gratuita con base en tal precepto, sino que se limitan a la condena en costas de la demandante, que es perfectamente compatible con la circunstancia de que litigue asistida al beneficio de justicia gratuita, tal y como resulta de lo dispuesto en el art. 36 de su ley

reguladora, así como es posible también que se condene a ellas en los procesos de familia, lo que se razona por la sentencia del juzgado dadas las circunstancias concurrentes”.

4. Acogimiento por abuelos. STS 1438/2023 de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4413).

En el presente recurso plantea un caso complejo en el que se analiza como cuestión jurídica si la valoración del interés superior de una niña (nacida el 1 de diciembre de 2017) aconseja que continúe con una familia de acogida con la que, según la sentencia recurrida, se ha prolongado de manera forzosa y artificiosa su situación familiar como consecuencia del incorrecto proceder de la Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana, o si, por el contrario, su interés superior queda mejor garantizado con el acogimiento por su familia extensa, en atención a que sus abuelos paternos, que desde que se declaró el desamparo de la niña han manifestado su disposición de cuidarla, y tienen además en acogimiento familiar a su hermano, nacido el 4 de abril de 2020. Ambas resoluciones denegaron al solicitud de los abuelos, y en el procedimiento se personó el acogedor de la menor. Destacamos el Fundamento de Derecho Quinto:

Por las razones que exponemos a continuación, el recurso va a ser estimado, pues la valoración que hace la sentencia recurrida para desestimar el establecimiento del acogimiento de la menor por sus abuelos paternos no valora

adecuadamente el interés de la niña, de acuerdo con los criterios establecidos en los textos internacionales y nacionales de protección del interés superior del menor y protección de la vida privada y familiar, y la jurisprudencia que los interpreta que, como no podía ser de otra manera, valora los intereses concretos el niño, niña o adolescente en cada caso, en función de las circunstancias que concurren (entre las más recientes, con cita de jurisprudencia de la propia sala, sentencias 1275/2023, de 20 de septiembre, 281/2023, de 21 de febrero, 720/2022, de 2 de noviembre).

1. No se discute que cuando nació la niña se encontraba en una situación de desprotección, sino si lo que procede ahora es que se acuerde el acogimiento permanente por sus abuelos paternos.

2. Es cierto que el retorno con la familia biológica no es un criterio absoluto y también que el acogimiento en familia extensa se supedita al interés del menor. Pero uno y otros son criterios que la legislación de menores prioriza y consagra como preferentes en atención al beneficio abstracto que, por razones de identidad y estabilidad, reporta para los menores ser cuidados por su familia de origen, por lo que solo el interés del menor puede justificar que la decisión se aparte del criterio preferente (art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 172 ter CC, y de los arts. 2, 19 bis y 20.2

de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). En el caso que juzgamos no concurren razones para no dar cumplimiento al criterio que la ley prioriza en interés de los menores.

3. En el caso que juzgamos la sentencia recurrida, con criterio que compartimos, y por las razones que hemos recogido en el apartado 7 del fundamento de derecho primero de esta sentencia, considera que los abuelos son idóneos para el acogimiento.

(...)

4. La sentencia recurrida igualmente valora que el acogimiento por los hermanos permitiría la convivencia de la niña con su hermano de doble vínculo, lo que a juicio de esta sala es un criterio muy relevante, por la potenciación de la relación y los afectos fraternales y por el refuerzo de pertenencia a una familia.

La no separación de hermanos es un criterio que debe inspirar las decisiones que se adoptan en materia de menores (art. 172 ter CC y legislación autonómica, art. 91 de la Ley valenciana 26/2018). Es cierto que no es un criterio absoluto cuando hay otras razones que lo desaconsejan, pero este no es el caso, sin que la poca relación entre ellos en el pasado sea un factor decisivo que impida no favorecer su convivencia, en especial dada la escasa diferencia de edad existente entre ellos.

Si hasta ahora la relación no ha sido mayor ha sido por la actitud de

la entidad pública pues, tal como recoge la sentencia recurrida, para la realización de las visitas, «los abuelos paternos han tenido que impetrar nuevamente el auxilio de los tribunales, lo que dio lugar al procedimiento de Ejecución n.º 1555/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón, en el que la Generalitat ha tenido que ser requerida reiteradamente, incluso con apercibimiento de multas coercitivas, para que cumpliera con lo establecido en la sentencia firme del procedimiento n.º 298/2018, y en el que, ante la solicitud de los abuelos para la adopción de medidas cautelares urgentes al amparo del artículo 158 del Código Civil, se llegó finalmente un acuerdo el 28 de julio de 2022 para dar inicio a las visitas entre María Candelas y sus abuelos paternos y su hermano pequeño».

5. Si finalmente la sentencia recurrida se inclina por rechazar el acogimiento de la niña por sus abuelos es porque «existe una total ausencia de relación de la menor con su familia de origen» (afirmación excesiva en atención al régimen de visitas finalmente acordado entre los abuelos y la Administración) y porque la menor se encuentra integrada en su núcleo familiar de acogida.

Sin duda, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma son factores que deben ponderarse en el retorno a

la familia de origen (art. 19 bis.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) y, por extensión, es un criterio que debe valorarse al decidir sobre si procede un acogimiento familiar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena. Igualmente, la relación previa es un criterio para la valoración de la adecuación para el acogimiento por la familia de origen (art. 20 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

A la hora de ponderar esos criterios en el caso que debemos juzgar no podemos prescindir, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de una circunstancia determinante, y es que la propia sentencia recurrida considera que se ha producido una «prolongación forzada y artificiosa de la situación personal y familiar de la niña a consecuencia del incorrecto proceder de la Conselleria».

6. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2019 (asunto Haddad c. España, núm. 16572/17) estima la demanda contra España interpuesta por el padre de una niña en un caso en el que los tribunales españoles confirmaron las resoluciones administrativas de acogimiento y no atendieron a las peticiones del padre de retorno con el argumento de la falta de contacto, cuando eran las autoridades competentes las responsables de la interrupción del contacto.

(...)

8. No se trata en absoluto de minimizar el impacto que tendría en la niña una súbita separación de la familia de acogida con la que ha estado desde septiembre de 2018.

(...)

9. En una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes expuestas en este caso, de acuerdo con los criterios que recogen los textos legales y la jurisprudencia sobreprotección del interés superior del menor, procede estimar el recurso de casación de los abuelos recurrentes. En consecuencia, se estima su demanda y se acuerda el acogimiento permanente de la niña por parte de los abuelos paternos, que siempre han querido cuidarla y son idóneos para ello, lo que además permitirá a la niña vivir en compañía de su hermano de doble vínculo, reforzando sus vínculos afectivos y el sentimiento de identidad de pertenencia a su propia familia.

5. Régimen económico matrimonial.

5.1. Actualización de cantidades dispuestas por un a parte tras el fallecimiento de la otra. STS 1684/23 de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5285).

La controversia se plantea en el seno de un procedimiento de liquidación de gananciales iniciado por la solicitud de formación de inventario presentada el 25 de enero de 2013 tras el fallecimiento del esposo ocurrido el 19 de agosto de 2011. La solicitud fue presentada por la viuda y uno de los hijos comunes contra otros dos hijos del matrimonio, que son ahora los recurrentes. Durante

la tramitación del procedimiento, el 17 de diciembre de 2016, falleció la viuda demandante. Tras el dictado de una sentencia firme por la que se aprobó el inventario, se nombró contador partidor. En el recurso de casación, que va a ser estimado, se plantea como cuestión jurídica la actualización de las cantidades gastadas unilateralmente por la viuda tras el fallecimiento del esposo y que, de acuerdo con lo ya decidido por la sentencia recurrida, deben computarse en su haber. La Sala estimó el recurso de casación, declarando en el Fundamento de Derecho Tercero:

El contador-partidor, en el cuaderno que presentó el 18 de enero de 2019, incluyó el saldo de las cuentas como estaban el día del fallecimiento del causante, a pesar de que en el momento de elaboración del cuaderno parte del dinero ya no estaba en las cuentas. A su vez adjudicó el saldo por partes iguales a la cuota de los partícipes (los herederos de la viuda, de una parte, y los herederos del marido de otra parte). En su impugnación del cuaderno, y luego en apelación, los recurrentes defendieron que debía computarse en el haber de la viuda (de sus herederos) el valor de la suma de la que ya se había beneficiado.

Igualmente, los recurrentes impugnaron e

l cuaderno por entender que debían incluirse las rentas devengadas por el arrendamiento ganancial constituido sobre la finca registral 6.576 desde septiembre de 2011, pero solo hasta el momento del

fallecimiento de la viuda, porque a partir de entonces pertenecían a sus herederos. Además argumentaron que, puesto que tales cantidades no estaban en las cuentas de las que eran titulares los esposos, en la adjudicación de bienes debían contabilizarse en la cuota o participación de la viuda las cantidades de las que había dispuesto después del fallecimiento del marido.

La Audiencia consideró acreditado que la viuda había dispuesto de 28 933,97 euros que estaban ingresados en las cuentas conjuntas; también que gastó en su beneficio exclusivo los 57 600 euros de renta de una finca ganancial. Partiendo de lo anterior, la sentencia de la Audiencia dejó sin efecto la liquidación y adjudicación propuesta por el contador-partidor y ordenó que llevara a cabo una nueva liquidación y adjudicación «tomando en cuenta los parámetros fijados en la presente resolución» (como paso previo a que se proceda a la partición de la herencia de ambos cónyuges, si alguno de los herederos así lo interesa, y sin perjuicio de que lleguen a un acuerdo una vez determinado el caudal que corresponde a cada uno en el haber conyugal).

La Audiencia, sin embargo, no acordó, como interesan los recurrentes, la actualización de las cantidades mencionadas, y ese es el único objeto al que se circunscribe el recurso de casación, que va a ser estimado.

Tienen razón los recurrentes. Procede la actualización solicitada, pues las disposiciones efectuadas de manera unilateral y en su propio beneficio por parte de la viuda desde la disolución de la sociedad de gananciales deben contemplarse, no por el valor nominal de cada disposición, sino por su valor actualizado al tiempo de la liquidación, de manera semejante a lo que se establece de manera expresa por el legislador para el derecho de reembolso en los casos de créditos a favor de la sociedad de gananciales (arts. 1358 y 1397 CC), y para los que esta sala recientemente, en la sentencia 224/2022, de 24 de marzo, de manera coincidente con lo solicitado por los recurrentes, ha considerado adecuado atender a la actualización acudiendo a la variación del índice de precios al consumo (IPC) fijado por el Instituto Nacional de Estadística (INE). También a la hora de realizar la liquidación y adjudicación de bienes y de valorar lo que la viuda se llevó de manera anticipada para atribuirlo en su cuota debe estarse al poder adquisitivo de las cantidades gananciales de las que se apropió.”

5.2. STS 1490/2023 de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4538). Venta en pública subasta del patrimonio consorcial.

Aunque se trata de un matrimonio regido por el régimen de conquistas de derecho aragonés, la Sala del Tribunal

Supremo, acepta su competencia funcional porque el recurso de casación no se funda en la infracción de ninguna norma del derecho civil foral propio de la Comunidad Autónoma aragonesa, sino en preceptos del Código civil, que el recurrente entiende que han sido interpretados incorrectamente por la sentencia recurrida. En este caso, la subasta de todo el patrimonio consorcial o la adjudicación de bienes a uno de ellos con compensación en metálico.

“[...]La sentencia recurrida estima el recurso de apelación de la exesposa contra la sentencia de primera instancia que aprobó el cuaderno particional en el que se formaron lotes que se adjudicaron a las partes. En el lote adjudicado a la esposa se incluyeron las acciones consorciales y se puso en su cuenta el crédito a su favor por el capital privativo que había aportado; en el lote adjudicado al marido se incluyeron el resto de los bienes (el piso que fue vivienda familiar, y que la sentencia de divorcio atribuyó a la esposa hasta la liquidación del régimen económico, dos fincas, dos coches y dos motos). Además, se distribuyó entre los esposos la obligación de pago del préstamo hipotecario pendiente y, en atención al exceso de la adjudicación, se fijó una compensación a cargo de la esposa y a favor del marido por un importe de 2 892,59 euros.

La sentencia recurrida asume las razones alegadas por el marido y por las que, en atención a las circunstancias, no procede

adjudicarle a él acciones de la sociedad titular de la empresa familiar. Ello por cuanto la empresa está regentada directamente por su exmujer, los otros dos accionistas son el padre y el hermano de su exmujer, y porque durante el tiempo que trabajó en la empresa ha mantenido una relación laboral conflictiva (fue objeto de denuncia penal, resultando absuelto, y fue despedido). Pero la sentencia también asume los argumentos de la exmujer acerca del desequilibrio significativo que le ocasiona la adjudicación de las acciones, cuando el paquete de acciones, si no fuera por razones de conveniencia y oportunidad, sería divisible y, en cualquier caso, si se considerara indivisible, la solución sería la venta en pública subasta con licitadores extraños, al amparo del art. 1062 CC. Partiendo de lo anterior, la sentencia atiende a lo solicitado por la esposa y acuerda que se proceda a la venta en pública subasta de todo el activo consorcial, se satisfaga el pasivo y los gastos de la subasta, y se reparta el importe neto entre los exesposos.

De esta forma, la sentencia recurrida ha interpretado que la facultad de exigir la venta en pública subasta prevista en el art. 1062 CC es atendible por el hecho de no mediar abuso de derecho (que la sentencia no aprecia), y la ha extendido a todo el patrimonio consorcial. Al decidir así la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta que lo

que hizo la contadora partidora en su cuaderno al adjudicarle a la exesposa las acciones fue formar y repartir lotes, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de lo dispuesto en el art. 1061 CC. En efecto, en el patrimonio que se liquida y divide existen otros bienes y derechos que integran el activo y que alcanzan un valor relevante (el piso, dos fincas rústicas, los coches y las motos), y que se adjudican al exesposo.

Partiendo como hace la sentencia de lo inadecuado de la adjudicación al exesposo de la mitad de las acciones, la consecuencia que se imponía no era la división de todo el patrimonio consorcial sino, como hizo la contadora y aprobó el juzgado, adjudicar las acciones a la exesposa y adjudicar al exesposo los restantes bienes, ordenando las compensaciones procedentes, que en el caso no puede decirse que sean desproporcionadas respecto del haber consorcial partible.

(...)

«[N]os encontramos en una partición derivada de separación conyugal contenciosa; y siguiendo tensas relaciones entre los litigantes, (por lo que) parece la única solución razonable y lógica, dado que comparte la propiedad de los mismos con su padre y hermana respectivamente, por lo que adjudicar cualquiera de estas mitades indivisas de inmuebles a la esposa, sería muy probablemente abocar a futuros litigios, (...) y si, como dijo la sentencia de 15 julio

1985 el párrafo 2 del artículo 3 del CC veda el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, no veda en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas, que es lo ocurrido en el caso concreto que nos ocupa».

La posibilidad de realizar adjudicaciones de bienes, con compensación en metálico del exceso, es algo que la sala ha admitido en otras sentencias (en casos de extinción de copropiedad, sentencias 399/2012, de 15 de enero, y 583/2014, de 21 de octubre, entre otras; y también en casos de liquidación de régimen de gananciales, sentencia 77/2013, de 14 de febrero, o de separación de bienes, sentencia 69/2000, de 29 de enero).

Incluso, en el ámbito de la liquidación de gananciales, donde se adopta una posición crítica frente a la adjudicación de la vivienda familiar en propiedad a uno de los esposos, con abono en metálico al otro, cuando lo ha sido contra su voluntad, por ser factible su venta y el reparto del dinero entre los dos (sentencia 591/2021, de 9 de septiembre), excepcionalmente, con apoyo en el primer párrafo del art. 1062 CC, esta sala ha confirmado la sentencia que, en atención a las circunstancias del caso, adjudicó a uno la vivienda familiar con compensación en dinero u otros

bienes al otro (sentencias 630/1993, de 14 de junio, y 104/1998, de 16 de febrero). Por su parte, la sentencia 458/2020, de 28 de julio, confirma la sentencia que, en una liquidación de gananciales, adjudicó las participaciones gananciales de la sociedad que explotaba el negocio familiar al esposo que lo gestionaba junto con su hermano, titular del resto de las participaciones, con obligación de abonar a la esposa la mitad de su valor.

En definitiva, en este caso, la decisión de la Audiencia de ordenar la subasta pública de todos los bienes consorciales en lugar de atender a la formación de lotes con todos los bienes del inventario y su adjudicación con compensación por el exceso tal y como hizo el juzgado no encuentra apoyo en el marco legal vigente de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Por lo demás, tal decisión se aparta de la actual tendencia legislativa a huir de la subasta en la medida en que sea posible: así, a falta de acuerdo, confiriendo al juez la facultad de decidir, sin subasta, el destino de animales de compañía (art. 404 CC, modificado por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, teniendo en cuenta no solo el bienestar del animal, sino también el interés de los conductores); o dando preferencia a la venta directa de los bienes de la persona con discapacidad por parte del curador (art. 287 CC, después de la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que deroga el art. 65.2 de la

Ley de jurisdicción voluntaria, que partía de que la regla general, que podía excepcionarse, era la subasta pública)”.
gananciales no se ha llegado a liquidar. Estamos por tanto ante una comunidad postganancial de la que indudablemente formaban parte los dos cónyuges de ese primer matrimonio, la Sra. A (ahora demandada) y el Sr. C y, desde el fallecimiento del Sr. C, y ocupando su lugar, sus herederas. La solicitud de liquidación y partición debió dirigirse contra todos los partícipes o miembros de la comunidad postganancial, incluidas por tanto las herederas del Sr. C.

5.3. STS 1554/2023 de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4660).

En este caso se discute la legitimación activa de la viuda para instar la liquidación de la sociedad de gananciales de su fallecido esposo con una primera esposa, de la que se había divorciado sin llegar a liquidar el régimen económico matrimonial. La viuda ha demandado únicamente a la primera esposa, sin traer al procedimiento de liquidación de gananciales a las hijas del causante, que en su testamento las instituyó herederas. En las dos instancias se han rechazado las excepciones de falta de legitimación activa y de litisconsorcio pasivo necesario invocadas por la demandada, que interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación, que se estiman parcialmente.

En un procedimiento dirigido exclusivamente contra la primera esposa, la viuda ha promovido la liquidación de la sociedad de gananciales del primer matrimonio del causante, disuelto por divorcio. La sociedad de gananciales de ese primer matrimonio se extinguió en ese momento (arts. 95 y 1392 CC) y, con independencia de la valoración que merezcan las soluciones alcanzadas en los procedimientos promovidos por las partes con anterioridad (y que han quedado reflejados en el fundamento de derecho primero de esta sentencia), lo cierto es que tal sociedad de

gananciales no se ha llegado a liquidar. Estamos por tanto ante una comunidad postganancial de la que indudablemente formaban parte los dos cónyuges de ese primer matrimonio, la Sra. A (ahora demandada) y el Sr. C y, desde el fallecimiento del Sr. C, y ocupando su lugar, sus herederas. La solicitud de liquidación y partición debió dirigirse contra todos los partícipes o miembros de la comunidad postganancial, incluidas por tanto las herederas del Sr. C.

En principio, ello determinaría la nulidad de lo actuado, con retroacción de las actuaciones al momento de la audiencia previa, dando a la parte afectada el plazo legal para subsanar el vicio procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, en este caso, no es lo que procede, pues, por lo que decimos a continuación, y tal como se denuncia por la recurrente en el motivo quinto del recurso por infracción procesal y en el motivo único del recurso de casación, la actora no está legitimada para promover la liquidación de la sociedad de gananciales del primer matrimonio.

(...)

Para justificar la legitimación de la actora para promover la liquidación de la sociedad de gananciales del primer matrimonio de su marido, la sentencia recurrida tiene en cuenta que el legado deferido a la viuda es de un bien ganancial, pues como tal se calificó por la

sentencia de primera instancia la vivienda de La Manga sobre la que recae el usufructo testamentario legado a la viuda, de acuerdo con la propuesta de inventario presentada por ella misma, y sobre lo que no existió oposición de la demandada. Con cita de la sentencia de esta sala 21/2018, de 17 de enero, en la que se dice que la eficacia del legado de cosa postganancial depende de a quién se adjudique el bien en la división, la Audiencia concluye que es precisa la liquidación de la sociedad de gananciales, pues de ella dependerá la forma de llevar a efecto el legado otorgado a la demandante.

Es cierto que para que se entienda adquirida desde que muere el testador la propiedad de cosa cierta y determinada es preciso que la cosa legada se encuentre en su patrimonio (art. 882 CC). También que, de acuerdo con lo previsto en el art. 1380 CC para el legado de cosa ganancial, aplicable por analogía al legado de cosa postganancial, si en la liquidación de la sociedad el bien no se adjudica en el lote correspondiente al testador, habrá que considerar legado el valor del bien ganancial al tiempo del fallecimiento (en este caso el usufructo vitalicio de la vivienda de la Manga). Pero de ahí no se desprende que el beneficiario de la disposición testamentaria de un bien ganancial esté legitimado para promover la liquidación de la sociedad de gananciales, sino

que podría exigir en su caso, sin perjuicio de lo que diremos a continuación, que la excónyuge y las herederas del causante procedan a la liquidación lo que, de no hacerse voluntariamente, podría llevarse a cabo en ejecución de la sentencia que las condenara a ello.

Con todo, lo anterior presupone la calificación del bien legado como ganancial, calificación que en este caso se ha producido en las sentencias de instancia sin que en el procedimiento fueran parte las hijas y herederas del causante, a pesar de ser copartícipes de la sociedad de gananciales existente entre sus padres.

Por otra parte, es a las herederas a quienes corresponde la entrega de la cosa legada (art. 885 CC), sin que tampoco puedan negarse a su entrega por el hecho de no haber llevado a cabo todavía la partición de la herencia. La actora debió requerir a las herederas para que cumplieran con su obligación de entrega del legado, siendo ellas las que en su caso hubieran podido objetar, entre otras circunstancias, bien el daño a su legítima, bien el carácter ganancial de la vivienda y la falta de liquidación. De ahí la conveniencia de que, ante esta última eventualidad, la actora dirigiera su demanda también contra la primera esposa, pero sin prescindir nunca de las herederas. La disposición del legado previsto por el testador no impone el modo de hacer la liquidación

de la sociedad de gananciales, pero nada impide que se cumpla voluntariamente. Si existe acuerdo, incluso sin necesidad de liquidar para el caso de que las demandadas se avinieran a hacer efectivo en su integridad el legado del usufructo sobre la vivienda de La Manga.

En definitiva, debemos concluir que procede estimar parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la demandada recurrente, pues ni la actora está legitimada para promover la liquidación de la sociedad de gananciales que ha interesado ni ello podría hacerse en ningún caso sin la presencia de las herederas. Ni el derecho a que se le entregue el legado ni su interés en comprobar que el legado deferido cubre su legítima (lo que tampoco ha sido sugerido) legitiman a la actora para promover en los términos que ha hecho la liquidación de los gananciales del primer matrimonio.

5.4. STS 1711/2023 de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5506).

En este caso se debate en relación al pago efectuado por exmarido de deuda de la que los litigantes eran cofiadores solidarios e hipotecantes no deudores, y la aplicación del art. 1844 del Código Civil. El recurso lo interpone el exesposo, y la Sala lo desestima:

En el caso que nos ocupa, resulta que la sentencia recurrida considera acreditado: 1) que fue el recurrente el que procedió, sin

el consentimiento de la recurrida, a la venta de la vivienda familiar, ganancial en el 74,26%, para amortizar el préstamo de una sociedad mercantil de la que los litigantes ya no eran socios, aunque sí hipotecantes y avalistas solidarios; 2) no consta reclamación de la deuda por parte de la entidad financiera acreedora, ni la situación de insolvencia o falta de liquidez de la sociedad prestataria, que justificara anticipar el pago del crédito que no se encontraba vencido; 3) el propio recurrente comunica a la recurrida, mediante correo electrónico, un supuesto acuerdo de cesión de una vivienda por parte del socio y administrador único de la mercantil deudora como contraprestación de la liquidación del préstamo social, con la obligación del recurrente de amortizar un préstamo hipotecario de 40.000 euros que gravaba aquel inmueble; no obstante, durante el proceso desmiente tal operación, aunque se encuentra en posesión de dicha vivienda, aportando un contrato de alquiler formalizado en documento privado.

Es cierto, que la jurisprudencia ha interpretado el párrafo tercero del art. 1844 del CC, en el sentido de que, si no consta que el pago no fue imprudente, ni prematuro, ni malicioso, el fiador podrá reclamar de los cofiadores la parte que le corresponde; pero, en este caso, tal pago fue “apresurado y falto de diligencia”, según declara la sentencia recurrida.

(...)

No obstante, en el caso que nos ocupa, a diferencia del contemplado en la precitada sentencia 442/2015, de 23 de julio, no resulta de la sentencia recurrida, ni se atisba el beneficio que obtuvieron los litigantes con el pago anticipado del préstamo, mediante la venta de la vivienda familiar de naturaleza ganancial, en la que los hijos comunes, además, satisfacían sus necesidades de habitación, cuando la propia parte recurrente niega la contraprestación consistente en la cesión en pago de una vivienda, titularidad del socio único de la mercantil prestataria, para explicar el anómalo proceder del recurrente de liquidar anticipadamente el préstamo ajeno.

5.5 STS 1746/2023 de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5694).

En relación al régimen económico matrimonial de participación, los cónyuges pueden apartarse de la regla que para la estimación de los bienes constitutivos del patrimonio inicial prevé el art. 1421 CC, en su primer párrafo, atribuyéndoles, de común acuerdo, otro valor, sin más límites que los establecidos a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Para determinar el patrimonio inicial, la estimación de los bienes que lo constituyen tan solo supone, de los dos que establece el art. 1421 CC, el primer paso. El segundo, una vez establecido el importe de la estimación, consiste en su actualización que debe realizarse, como el propio art. 1421 CC establece en

su segundo párrafo, «el día en el que el régimen haya cesado».

Los cónyuges contrajeron matrimonio, siendo su régimen económico el de la sociedad de gananciales y en 2004, otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que dispusieron la modificación desde ese momento del régimen económico de su matrimonio y el establecimiento para la sucesivo del régimen de participación, con extinción, por lo tanto, del régimen legal de gananciales existente hasta entonces, así como la liquidación y adjudicación de los bienes existentes en la sociedad conyugal. Se divorciaron por sentencia de mutuo acuerdo en 2008, que declaró disuelto dicho régimen. Se destaca el siguiente que las partes fijaron como valor neto de los bienes inmuebles litigiosos (descontada la carga hipotecaria) el de 17 532 euros. No obstante, los tribunales de instancia consideran que, en la cuenta de liquidación del régimen de participación, no se puede aceptar dicho valor para determinar el patrimonio inicial de la recurrida. La Sala resuelve en los siguientes términos:

El criterio anterior no tiene en cuenta que los cónyuges, al comenzar el régimen de participación, pueden inventariar sus bienes y valorarlos estableciendo de consuno su patrimonio inicial. Y, aunque es cierto que en el presente caso lo que las partes inventariaron y valoraron en la escritura de capitulaciones matrimoniales que otorgaron el 17 de septiembre de 2004 en orden a su liquidación fue el activo, del que formaban

parte los bienes litigiosos, y el pasivo de la sociedad ganancial, también es cierto que los bienes que se adjudicaron en pago de sus respectivos haberes, conforme a los valores que fijaron de común acuerdo, pasaron a formar parte del patrimonio inicial de cada uno de ellos en el régimen económico matrimonial de participación que también establecieron en dicha escritura y que empezó a regir en lo sucesivo una vez extinguido el de gananciales que había regido hasta entonces.

En estas circunstancias, asumir que los bienes litigiosos que en la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudicaron a la recurrida, en pago de su haber, por el valor neto de 17 532 euros, deben ser estimados, para establecer su patrimonio inicial en el régimen de participación, en el valor neto de 177 109, 61, es un contrasentido. El valor que las partes asignaron a los bienes litigiosos en la escritura de 17 de septiembre de 2004 es el que debe observarse para la estimación de los bienes constitutivos del patrimonio inicial de la recurrida. Y esta no puede pretender ahora, sin contradecir sus propios actos, que dicha estimación no debe ser hecha conforme al valor de los bienes que aceptó al otorgar la escritura en la que se estableció el régimen de participación, sino de acuerdo con otro muy superior y fijado conforme a un criterio distinto y que entonces no tuvo

en cuenta.

(...)

Ahora bien, lo anterior ha de ser completado con lo que se observa a continuación.

Para determinar el patrimonio inicial, la estimación de los bienes que lo constituyen tan solo supone, de los dos que establece el art. 1421 CC, el primer paso. El segundo, una vez establecido el importe de la estimación, consiste en su actualización que debe realizarse, como el propio art. 1421 CC establece en su segundo párrafo, «el día en el que el régimen haya cesado».

Para realizar dicha operación es necesario utilizar un índice de actualización que el precepto no identifica y de cuya previsión por las partes tampoco tenemos constancia, por lo que así las cosas, y dado que lo perseguido por la norma es traducir el valor de la moneda de antes (el importe de la estimación de los bienes al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos) al valor de la moneda de ahora (al día en que el régimen ha cesado) consideramos que procede utilizar, como índice de actualización, el IPC, pues como ya dijimos en la sentencia 224/2022, de 24 de marzo, en relación con la aplicación de la norma contenida en el art. 1398.3.ª CC, en la que confrontamos el IPC con el interés legal del dinero.

III. ADELANTO DEL PRIMER CUATRIMESTRE DE 2024 (ENERO).

Para concluir la reseña jurisprudencial, os dejamos un anticipo de algunas sentencias de interés recaídas en el mes de enero de 2024, que serán objeto de estudio en el próximo número de la revista:

1. STS 4/2024, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2024:31).

Procedimiento de fijación de medidas paterno filiales. Demandado en paradero desconocido. Procedencia de fijación de alimentos.

2. STS 6/2024, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2024:32).

Alimentos de menores. Devengo desde la fecha de interposición de la demanda. Cambio de custodia compartida a exclusiva del padre que convivía ya con los menores al interponerse la demanda. Doctrina general sobre el momento de satisfacción de alimentos en supuestos de modificación de su cuantía.

3. STS 33/2024, de 11 de enero (ECLI:ES:TS:2024:238).

Modificación de medidas. Régimen de visitas. Pernocta. Recurso de casación. Se estima el recurso. Dadas las circunstancias del caso, que son variadas y de difícil apreciación, siendo ardua la labor de ponderación y compleja la estimación del interés superior de los menores, es claro que la sentencia recurrida no atiende debidamente dicho interés, ya que, como señala el fiscal, los cambios de fase en el régimen de visitas y el paso a un sistema de pernoctas no puede quedar en manos del PEF y llevarse a efecto sin un previo y riguroso control judicial.

4. STS 35/2024, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2024:156).

Régimen económico matrimonial. Sociedad de gananciales. Liquidación. Formación de inventario. Calificación de los bienes adquiridos por el padre del esposo y cuya titularidad se escritura a favor del hijo, casado en el momento del otorgamiento de las escrituras.

5. STS 39/2024, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2024:153).

Régimen económico matrimonial. Sociedad de gananciales. Liquidación. Empresa fundada durante la vigencia del régimen económico con fondos gananciales. Valoración en el momento de la liquidación. Rendimientos netos obtenidos desde la disolución del matrimonio hasta el momento de la liquidación. Retribución por el trabajo personal del cónyuge.

6. STS 91/2024, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2024:241).

Nulidad matrimonial promovida por hijo del esposo fallecido contra su viuda. Falta de consentimiento matrimonial. Falta de caducidad de la acción de nulidad matrimonial.

7. STS 92/2024, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2024:240).

Derecho de familia. Alimentos a favor de hijo que, durante la tramitación del procedimiento, alcanzó la mayoría de edad.

8. STS 106/2024, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2024:433).

Privación de la patria potestad. Falta de interés, de contacto y de preocupación por la manutención y bienestar del hijo menor desde el mismo momento del nacimiento.

Nos vemos en el siguiente número.

