UN DERECHO CENTRADO EN LAS PERSONAS

PERSPECTIVAS DE DERECHO COMPARADO

DIRECCION:

LUIS F. CARRILLO POZO

NAYIBER FEBLES POZO

COLEX READER

COLEX AUDIO

COLEX

¡Gracias por confiar en nosotros!

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

Funcionalidades eBook

Acceso desde cualquier dispositivo con conexión a internet

Idéntica visualización a la edición de papel

Navegación intuitiva

Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:

UN DERECHO CENTRADO EN LAS PERSONAS

PERSPECTIVAS DE DERECHO COMPARADO

Proyecto PID2020-114611RB-I00 Financiado por el MCIN/AEI
Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)

REDIJEA

UN DERECHO CENTRADO EN LAS PERSONAS

PERSPECTIVAS DE DERECHO COMPARADO

Dirección:
Luis F. Carrillo Pozo
Nayiber Febles Pozo

COLEX 2025

Copyright © 2025

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

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

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

© Luis F. Carrillo Pozo, Nayiber Febles Pozo
© Encarnación Abad Arenas, Ana Isabel Berrocal Lanzarot, Nayiber Febles Pozo, Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Cristián Lepin Molina, María Blanca Noodt Taquela, Guillermo Argerich, Adriana Verónica Villa, Patricia Orejudo Prieto De Los Mozos, Natalia Rueda, Luciana Beatriz Scotti, Leandro Baltar, Salomé Adroher Biosca, Luis F. Carrillo Pozo, Luciane Klein Vieira, Tatiana Cardoso Squeff, Inez Lopes, Luciana B. Scotti, Daniel Trecca, Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, Héctor Loyola Novoa, Claudia Madrid Martínez, Sebastián Paredes, Paloma Hernández, Fernando Pedro Meinero, Esther Alba Ferré, Juan Espinoza Espinoza, Natividad Goñi Urriza, Dante Mauricio Negro Alvarado

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

SUMARIO

Prólogo 15

PRIMERA PARTE
MATRIMONIO Y CRISIS MATRIMONIALES

CAPÍTULO 1
REQUISITOS Y EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO
Encarnación Abad Arenas

Requisitos y efectos personales del matrimonio 21
1. Introducción 21
2. Requisitos legales para contraer matrimonio 22
3. Efectos personales del matrimonio: deberes de los cónyuges en la esfera personal 29
4. Conclusiones 38
5. Bibliografía 39

CAPÍTULO 2
LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA CRISIS CONYUGAL O DE PAREJA. EN ESPECIAL, LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS
Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Las consecuencias económicas de la crisis conyugal o de pareja. En especial, la pensión de alimentos de los hijos menores de edad no emancipados 41
1. Consideraciones previas 41
2. Interés superior del menor de edad no emancipado y su guarda y custodia 49
3. La atribución del uso de la vivienda familiar 64
4. La pensión de alimentos de los hijos menores de edad 73
5. Conclusiones 107
6. Bibliografía 109

CAPÍTULO 3
LA RESIDENCIA HABITUAL COMO CRITERIO DE CONEXIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES EN LA UNIÓN EUROPEA
Nayiber Febles Pozo

La residencia habitual como criterio de conexión en el Derecho Internacional Privado de Familia y de Sucesiones en la Unión Europea 111
1. Introducción 111
2. La residencia habitual como criterio de conexión en los instrumentos de Derecho de familia y de sucesiones en la Unión Europea 114

3. Determinación del concepto de residencia habitual: criterios interpretativos en la jurisprudencia del TJUE 126
4. Interpretación autónoma de un concepto fáctico: delimitación doctrinal del criterio de residencia habitual 129
5. Conclusiones 134
6. Bibliografía 135

CAPÍTULO 4

REGÍMENES PATRIMONIALES QUE RIGEN EN CHILE

Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Regímenes patrimoniales que rigen en Chile 141
1. Introducción 141
2. Antecedentes 142
3. Regímenes patrimoniales 143
4. Conclusiones 161
5. Bibliografía 162

CAPÍTULO 5

CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LAS CRISIS CONYUGALES

Cristián Lepin Molina

Consecuencias económicas de las crisis conyugales 165
1. Introducción 165
2. Efectos de la ruptura matrimonial. Generalidades 166
3. Nulidad de matrimonio 166
4. Separación judicial de los cónyuges 166
5. Divorcio 167
6. Conclusiones 181
7. Bibliografía 181

CAPÍTULO 6

LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

María Blanca Noodt Taquela, Guillermo Argerich y Adriana Verónica Villa

Liquidación del régimen económico 183
1. Introducción 184
2. Concepto de régimen económico 185
3. Pluralidad de regímenes económicos 188
4. Materia arbitrable 191
5. Conveniencia de pactar arbitraje para la liquidación del régimen económico 197
6. Facilidad para ejecutar el laudo. Convención de Nueva York de 1958 197
7. Conclusiones 199
8. Bibliografía 199

CAPÍTULO 7

EL MATRIMONIO DE PERSONAS LGBTIQ+ EN SITUACIONES INTERNACIONALES: CELEBRACIÓN EN ESPAÑA Y EFICACIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

El matrimonio de personas LGBTIQ+ en situaciones internacionales: celebración en España y eficacia en la Unión Europea 201
1. Introducción 201

2. La importancia de llamarlo matrimonio 204
3. Extensión del refugio español en la Unión Europea 213
4. Conclusiones 217
5. Bibliografía 218

CAPÍTULO 8
CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LAS CRISIS MARITALES EN COLOMBIA

Natalia Rueda

Consecuencias económicas de las crisis maritales en Colombia 221
1. Introducción 221
2. Régimen de bienes en el matrimonio y la unión marital de hecho 222
3. Obligación de alimentos 227
4. Responsabilidad civil 229
5. Conclusiones 234
6. Bibliografía 234

CAPÍTULO 9
LAS UNIONES CONVIVENCIALES (NO MATRIMONIALES) DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

Luciana Beatriz Scotti y Leandro Baltar

Las uniones convivenciales (no matrimoniales) desde el Derecho Internacional Privado argentino 237
1. Introducción 237
2. Reconocimiento de las diversas formas de familia como un derecho humano fundamental 238
3. La unión convivencial como vida familiar 240
4. El sistema de Derecho Internacional Privado argentino 245
5. Conclusiones 254
6. Bibliografía 255

SEGUNDA PARTE
RELACIONES PATERNOFILIALES. PROTECCIÓN DE MENORES

CAPÍTULO 10
LA IMPORTANCIA DE LA POLÍTICA EXTERIOR EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Salomé Adroher Biosca

La importancia de la política exterior en la adopción internacional 259
1. Introducción 259
2. Política estatal y adopción internacional 262
3. La regulación internacional bilateral de la adopción internacional: el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia de 9 de julio de 2014 265
4. Política exterior en adopción internacional como competencia exclusiva del Estado ... 271
5. Conclusiones 275
6. Bibliografía 276

CAPÍTULO 11

NOVEDADES EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA: ENTRE LA REALIDAD Y EL DESEO

Luis F. Carrillo Pozo

Novedades en materia de gestación subrogada: entre la realidad y el deseo 279
1. La respuesta desde el derecho español: sentencias, instrucciones y alguna norma. 280
2. La propuesta de reglamento sobre filiación: ¿cambia algo en el panorama español? ... 287
3. A modo de conclusión 293
4. Bibliografía 294

CAPÍTULO 12

LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS DESDE LA PERSPECTIVA BRASILEÑA

Luciane Klein Vieira y Tatiana Cardoso Squeff

La restitución internacional de niños desde la perspectiva brasileña 297
1. Introducción 298
2. La restitución internacional de niños según el Derecho Internacional Privado de fuente internacional, en Brasil 299
3. La interpretación de Brasil a las excepciones a la restitución internacional de niños previstas en los Convenios de Montevideo y de La Haya: la situación específica de los casos de violencia doméstica 307
4. Conclusiones 315
5. Bibliografía 317

CAPÍTULO 13

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Inez Lopes

La protección internacional de niños, niñas y adolescentes 323
1. Introducción 324
2. La protección internacional de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de Derecho Internacional 324
3. El papel del Derecho Internacional Privado en la protección integral de niños, niñas y adolescentes 331
4. La obligación alimentaria internacional en la protección de niños y adolescentes 331
5. Sustracción internacional de niños y adolescentes 335
6. Adopción internacional de niños y adolescentes 337
7. Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños 339
8. El principio del interés superior del niño en otras relaciones jurídicas transnacionales 340
9. Conclusiones 341
10. Bibliografía 342

CAPÍTULO 14

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ARGENTINO

Luciana B. Scotti

Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva del Derecho argentino 345
1. Introducción 345

2. El fenómeno de la sustracción internacional y la fuente convencional 346
3. Las guías de buenas prácticas y otros instrumentos 350
4. El alcance convencional del derecho de custodia 351
5. Otras calificaciones autárquicas 353
6. Procedencia del pedido de restitución: requisitos y excepciones 354
7. El procedimiento de restitución 357
8. Legislación argentina en la materia: su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación 359
9. Derecho comparado 363
10. Conclusiones 366
11. Bibliografía 367

CAPÍTULO 15

EL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE VISITAS EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Daniel Trecca

El proceso de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y el régimen internacional de visitas en la República Oriental del Uruguay 371
1. Introducción 372
2. Antecedentes 373
3. Ámbito de aplicación de la Ley n.º 18.895 374
4. Normas procesales y principio interpretativo 377
5. Competencia 378
6. Legitimación 378
7. Representación del solicitante 379
8. Asistencia o representación del NNA trasladado/a o retenido/a ilícitamente o por el/la cual se solicita un régimen de visitas internacionales 379
9. Intervención de otras autoridades 380
10. Proceso de restitución internacional de NNA 381
11. Proceso de solicitud de régimen internacional de visitas 388
12. Comunicaciones judiciales directas 389
13. Conclusión 389
14. Bibliografía 389

CAPÍTULO 16

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra

La protección internacional de menores en el marco de la conferencia de la haya sobre derecho internacional privado 391
1. Introducción 391
2. Orígenes de la adopción internacional 393
3. Instrumentos jurídicos internacionales 395
4. La Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional 396
5. A modo de conclusión 399
6. Bibliografía 400

TERCERA PARTE
SUCESIONES INTERNACIONALES

CAPÍTULO 17

LA SUCESIÓN INTERNACIONAL DE ACTIVOS DIGITALES CON PROTECCIÓN DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: ANÁLISIS DESDE EL DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL

Héctor Loyola Novoa

La sucesión internacional de activos digitales con protección de propiedad industrial: análisis desde el derecho europeo y español 403
1. Introducción 403
2. Activos digitales protegidos por propiedad industrial: categorías y dificultades sucesorias 404
3. Incidencia del derecho sucesorio español y europeo en la transmisión de estos activos 408
4. Conclusiones y propuestas 411
5. Bibliografía 413

CAPÍTULO 18

LA SUCESIÓN INTERNACIONAL: UN PANORAMA GENERAL DE LOS SISTEMAS COLOMBIANO Y VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Claudia Madrid Martínez

La sucesión internacional: un panorama general de los sistemas colombiano y venezolano de derecho internacional privado 417
1. Introducción 417
2. Determinación de la autoridad competente 418
3. Determinación del Derecho aplicable a la sucesión 425
4. Una breve conclusión 434
5. Bibliografía 435

CAPÍTULO 19

LOS DESAFÍOS DE LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA EN UN MERCOSUR NO ARMONIZADO

Sebastián Paredes y Paloma Hernández

Los desafíos de la planificación sucesoria en un MERCOSUR no armonizado 439
1. Introducción 439
2. Las sucesiones internacionales en el Derecho Internacional Privado mercosureño 440
3. Las fuentes convencionales 441
4. Las normas de dimensión autónoma de los estados del MERCOSUR 446
5. Conclusiones 453
6. Bibliografía 453

CAPÍTULO 20

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL BENEFICIO DE LA LEY MÁS FAVORABLE EN LAS SUCESIONES INTERNACIONALES EN BRASIL

Fernando Pedro Meinero

Evolución legislativa del beneficio de la ley más favorable en las sucesiones internacionales en Brasil 455
1. Introducción 455
2. Las primeras reglas de conflicto 458

3. Introducción del beneficio de la ley más favorable en el ordenamiento 459
4. Motivos para la constitucionalización del beneficio..... 461
5. Las constituciones posteriores y la ley de introducción al Código Civil de 1942..... 463
6. La Constitución de 1988 y la reforma de la ley de introducción al Código Civil de 1942. 465
7. Proyectos de modificación del beneficio 466
8. Conclusiones..... 466
9. Bibliografía 467

CUARTA PARTE
PROTECCIÓN DE ADULTOS

CAPÍTULO 21
EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE TESTAR POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Esther Alba Ferré

El ejercicio de la capacidad jurídica de testar por las personas con discapacidad 473
1. Introducción: el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones 473
2. Una aproximación general a la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio en el Derecho de Sucesiones 475
3. La capacidad de testar antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio 477
4. El ejercicio de la capacidad jurídica de testar por las personas con discapacidad tras la reforma 481
5. La función esencial del notario en el otorgamiento de las últimas voluntades 484
6. Conclusiones..... 490
7. Bibliografía 492

CAPÍTULO 22
¿EL ADMINISTRADOR DE SOSTENIMIENTO DEBE RESPONDER POR LOS DAÑOS QUE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD OCASIONA A TERCEROS?

Juan Espinoza Espinoza

¿El administrador de sostenimiento debe responder por los daños que la persona con discapacidad ocasiona a terceros? 495
1. Brevísima introducción 495
2. Las primeras reformas legislativas..... 497
3. La situación posterior a la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad..... 504
4. La tormentosa experiencia jurídica peruana en materia de capacidad..... 508
5. Bibliografía 527

CAPÍTULO 23
LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ADULTOS

Natividad Goñi Urriza

La competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la protección de los adultos 531
1. Las medidas de apoyo judiciales en situaciones internacionales..... 531

2. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de discapacidad en la LOPJ 533
3. El sistema de competencia judicial internacional en instrumentos internacionales: la propuesta de la Comisión Europea. 535
4. ¿Podemos prescindir de la litispendencia? 545
5. Conclusiones 546
6. Bibliografía 546

CAPÍTULO 24

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Dante Mauricio Negro Alvarado

La convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores 549
1. Introducción 549
2. Antecedentes de la convención interamericana: las resoluciones de la asamblea general de la OEA 550
3. La convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores: contenido. 555
4. El seguimiento a la convención interamericana en las resoluciones de la asamblea general de la OEA 564
5. Recapitulación y conclusiones 565
6. Bibliografía 566

PRÓLOGO

La expansión del Derecho de familia regulador de las situaciones internacionales ya sea de origen interno o de origen internacional no hace sino que aumentar en los últimos años, para atender al incremento de relaciones privadas internacionales particularmente en el ámbito familiar y sucesorio. Este dato se constata en cuanto a las relaciones que discurren en el interior de los Estados miembros de la Unión Europea, y más allá. Lo cual obliga a los teóricos a buscar lecturas coherentes ante el incremento de fuentes de distinta procedencia.

Ese dato explica que la obra que se presenta se sume a otras publicaciones recientes en la disciplina que llevan un título similar (*El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, ed Aranzadi La Ley, *El Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración*, ed Aranzadi, coord. Por Beatriz Campuzano; *Derecho internacional privado. Personas y Familia*, por Carmen Otero Garcia Castillon; *El Derecho de familia a la luz del derecho fundamental europeo al respeto de la vida privada y familiar* coord. por Maria Victoria Cuartero y de próxima aparición); sin olvidar otras publicaciones anteriores (*Derecho de Familia internacional*, del que son autores los profesores Calvo y Carrascosa, para la edit. Colex.; *Persona y Familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, dirs. Mónica Guzmán y Carlos Esplugues, Tirant lo Blanch, 2017; *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea* dirs. Mónica Guzman y Mónica Herranz, Tirant lo Blanch, 2018; y *La vida familiar internacional en una Europa compleja*: *cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, dirs. Maria Victoria Cuartero y Jose Manuel Velasco, Tirant lo Blanch, 2021). Y no es de extrañar el extenso número de obras colectivas. Por una parte, asistimos a un proceso de especialización de la materia no solo en atención a su fuente de producción, que ya hemos apuntado, sino lo que es más relevante, en atención a la especialización de los supuestos de las normas. De suerte que una única categoría, por ejemplo, el matrimonio, se desglosa en la instrucción del expediente previo, la celebración, los efectos personales y patrimoniales, los efectos hacia los hijos, y la incidencia de todos estos sectores en los supuestos de separación, nulidad o divorcio, con unas implicaciones procesales y conflictuales. La especialización del supuesto no es tan nueva como la especialización de su regulación al que se añade sus derivaciones en la práctica judicial. Y el lector comprenderá que no es tan sencillo que uno o dos autores aborden en solitario todas estas cuestiones desde un análisis profundo y actual, sin descuidar el Derecho comparado como herramienta explicativa de ciertas soluciones. En suma, los planteamientos ambiciosos requieren el concurso de especialistas en las distintas materias.

Creo que a esta razón responde el trabajo que presentamos, dirigido bajo la segura guía del profesor Carrillo Pozo, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Almería, con amplia trayectoria en estas materias y autor de una excelente monografía sobre alguna de las cuestiones más actuales aquí tratadas (*Responsabilidad parental: Un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant, 2021). Ha contado con la generosa ayuda del profesor Nayiber Febles, Profesor Permanente laboral de Derecho internacional privado de la UNED, quien en los últimos años ya ha dirigido dos obras colectivas relevantes sobre la protección de las personas con discapacidad (*La protección jurídica de las personas con discapacidad. Perspectiva interna e internacional*, Aranzadi-La Ley, 2024, ISBN 9788410295155; *Protección jurídica de las personas con discapacidad como sujetos de derechos: Una aproximación desde el Derecho Civil, el Derecho Procesal y el Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, 2024, ISBN: 978-84-10308-57-2.). Su impulso y sus relaciones personales con algunos países de América latina han permitido

incorporar autores de distintos países (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Perú, Uruguay y Venezuela). La obra se enriquece con una perspectiva comparada respecto a países terceros, obviamente limitada por países y por temas escogidos. Una perspectiva comparada que no es usual y que, por lo demás, los países escogidos son relevantes habida cuenta que España mantiene significativos flujos migratorios, en ambas direcciones de modo que pueden encontrarse respuestas para los concretos problemas que se suscitan en la práctica.

Si nos adentramos en su contenido la materia se ordena siguiendo el criterio de la persona retenida en su individualidad y la persona en sus relaciones familiares y sucesorias. La primera perspectiva se aborda en los trabajos recogidos en la *Parte Cuarta*, en relación con la protección de las personas con discapacidad, de los que son autores los profesores Alba Ferré, Espìnoza Espinoza, Goñi Urriza y Negro Alvarado, y cabe afirmar que las cuestiones centrales están tratadas.

En la *Parte Primera*, *Segunda* y *Tercera* la persona se retiene en sus relaciones con otros siempre en el ámbito familiar y sucesorio. En la *Parte Primera* la atención se centra en los efectos de la institución matrimonial; por una parte, los efectos personales (a cargo de la profesora Abad Arenas), si bien se dedica mayor número de colaboraciones a los efectos económicos o patrimoniales del matrimonio particularmente en las situaciones de crisis (así, las aportaciones de los profesores Berrocal Lanzarot, Lepin Molina, Noodt Argerich y Villa o Gomez de la Torre por lo que se refiere a Chile y Natalia Rueda que da cuenta del Derecho en Colombia). También es significativa la aportación relativa al matrimonio de personas LGTBI (a cargo de Patricia Prieto Orejudo de los Mozos) o a las uniones de hecho y análogas (del que son autores los profesores Scotti y Baltasar).

No se han omitido cuestiones aisladas pero transversales al ser condicionantes de todos los problemas abordados, como lo es la relativa a la determinación de la residencia habitual como criterio de conexión en la determinación del derecho aplicable en el ámbito personal y sucesorio, a cargo del profesor Nayiber Febles. Y otras originales y muy trascendentes en la práctica, como la incidencia de la política exterior en las adopciones internacionales y su validez -a cargo de la profesora Salomé Adroher- que tan bien conoce un problema que se maximiza en situaciones de crisis internacionales.

En efecto, esta última cuestión abre la *Parte Segunda* sobre la protección de la infancia, a la que sigue la filiación establecida por maternidad subrogada (a cargo del profesor Carrillo) un vehículo más que controvertido en España y en otros países sobre el que no es previsible que incida la Propuesta europea en curso. La protección internacional de la infancia con carácter general es objeto de dos capítulos (de los que son autoras Inés Lopez y Ana E.Villalta) y el supuesto especial de protección en los casos de sustracción internacional de menores es objeto de otros dos capítulos diferenciados, uno en el que se resalta la situación en Argentina (L.B.Scotti) y otro focalizado en la República Oriental de Uruguay (D. Trecca).

La *Parte Tercera* relativa a las sucesiones, muestra el panorama en el Mercosur como espacio aun no integrado en esta materia (S. Paredes y P. Hernández) y otro capítulo dedicado a los sistemas colombiano y venezolano (a cargo de C. Madrid Rodriguez). Cuestiones especiales son la sucesión de activos digitales protegidos por propiedad intelectual (por H. Loyola Novoa), no más complejo que la cuestión de teoría general que se aborda al tratar el beneficio de la ley más favorable en esa materia y con particular incidencia en Brasil (F.P. Meinero). No hay pues un tratamiento sistemático de la sucesión pero si una aproximación a cuestiones especiales y relevantes desde la perspectiva del Derecho comparado.

Por la diversidad de los problemas abordados y la multiplicidad de fuentes ya comprenderá el lector que no es una obra de lectura sosegada para un fin de semana, sino que estamos ante una obra de consulta, con muchas posibilidades de convertirse en una referencia obligada. Es por ello que me produce enorme satisfacción presentar esta obra colectiva resultado de un Proyecto de investigación I+D en parte desarrollado desde la UNED (*Proyecto PID2020-114611RB-I00: Protección del menor en las crisis familiares internacionales. Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea* y financiado por el MCIN/AEI), bajo el paraguas de la

Red *Iberoamericana de Investigación Interuniversitaria para el Diálogo Jurídico entre Europa y América*, de la que también son codirectores los profesores Luis Carrillo y Guillermo Ormazabal. La distancia entre ambas orillas del Atlántico se salva hoy gracias a que los desarrollos tecnológicos hacen más fluido el intercambio de ideas y por tanto de soluciones para la práctica.

Mónica Guzmán
Catedrática de Derecho internacional privado
UNED (Madrid)

PRIMERA PARTE

MATRIMONIO Y CRISIS MATRIMONIALES

CAPÍTULO 1

REQUISITOS Y EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO[1]

Encarnación Abad Arenas

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REQUISITOS LEGALES PARA CONTRAER MATRIMONIO. 2.1. El consentimiento matrimonial. 2.2 La capacidad. 2.3. Requisitos de forma: La celebración del matrimonio civil. 3. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO: DEBERES DE LOS CÓNYUGES EN LA ESFERA PERSONAL. 3.1. El deber de respeto mutuo. 3.2. El deber de ayuda y socorro. 3.3. El deber de actuar en interés de la familia. 3.4. El deber de guardarse fidelidad. 3.5. El deber de convivencia. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El matrimonio en su consideración jurídica se concibe como acto o negocio jurídico y, como vínculo conyugal o estado, debido a que en su conceptualización tiene cabida como Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, precisa una doble realidad distinta: «el momento de su celebración y el conjunto de relaciones jurídicas que con carácter permanente y estable dimanan del mismo»[2].

De esta forma, el acto constituyente del matrimonio concebido como estado, es el vínculo o la relación jurídica que se ha creado entre las partes como consecuencia de la realización del acto. Además, este vínculo reviste las características que son asignadas al concepto de relación jurídica. De forma que: «Entraña un conjunto de derechos y de obligaciones atribuidas a las partes y es una situación orgánica y establemente regulada por el ordenamiento jurídico como cauce de realización de fines sociales dignos de tutela»[3]. Asimismo, su contenido se encuentra regulado imperativamente por los artículos 67 y 68 CC, preceptos que establecen los deberes conyugales y, que como de Verda y Beamonte precisa «configuran el estado civil de casados»[4].

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del MICINN: «Ejes de la Justicia en tiempos de cambio» (IP Sonia Calaza), Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00.

2. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Bosch, 2019, p. 221.

3. Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Tecnos, 1985, p. 117.

4. De Verda y Beamonte, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 63.

Por otra parte, el acto constituyente del matrimonio concebido como acto, es un negocio jurídico de Derecho de familia, formado por la voluntad de los contrayentes y, por las declaraciones de voluntad que éstos emiten y, que se encuentran dirigidas a unirse en matrimonio. Así, Díez-Picazo—Gullón Ballesteros precisan que: «La intervención de los funcionarios del Estado o, en su caso, de los ministros de un culto religioso, no priva al acto jurídico en cuanto tal de su carácter de negocio jurídico. Es ello así, porque la relación jurídica conyugal se crea por virtud de un acto de autonomía privada de los contrayentes. Los funcionarios, o los ministros del culto, pueden ser fedatarios o testigos muy autorizados, pero los celebrantes o contrayentes son los esposos»[5].

En sintesis, aunque, el contenido de la relación jurídica conyugal como ya hemos indicado en líneas previas del presente manuscrito es regulado de forma imperativa y, no puede ser modificado al libre arbitrio por las partes, lo cierto es que ello no contradice a la calificación dada de negocio jurídico, debido a que lo decisivo para que exista el negocio jurídico es que el efecto jurídico derive de la autonomía privada, aunque el contenido de la situación creada se imponga de forma imperativa. Por otra parte, todo negocio jurídico requiere de una causa, ya que en caso contrario carece de sentido, siendo, por tanto, la causa la razón que da sentido al negocio. Así, y como Díez-Picazo[6] precisa: ésta es, objetivamente la finalidad práctica que el ordenamiento jurídico tutela y, subjetivamente, la común intención de las partes de alcanzar esta finalidad, de modo que, desde este punto de vista —como este autor añade—: «el elemento causal existe en los negocios de Derecho de Familia»; causa del matrimonio que encontramos en la creación de una total e indisoluble comunidad de existencia entre los contrayentes —que en la actualidad, tras las diferentes reformas legislativas acaecidas, éstos podrán ser de idéntico o de diferente sexo—.

2. Requisitos legales para contraer matrimonio

Los requisitos para la celebración del matrimonio, se encuentran regulados en los artículos 44 y ss. Preceptos que se encuentran ubicados en el Capítulo II intitulado «De los requisitos del matrimonio», incluido en el Título IV que lleva por rúbrica «Del matrimonio», del Libro I del Código Civil (en adelante CC).

En este sentido, en el texto contenido en el artículo 44 CC, se proclama que: «Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código». Precepto que se encuentra en perfecta concordancia con el texto contenido en el artículo 32 Constitución Española (en adelante CE), al reproducir practicamente su literal. Además, añade, en su segundo y último párrafo, que: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo» —párrafo que sería añadido por Ley 13/2005, de 01 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante Ley 13/2005, de 01 de julio)—.

De forma que, para que el matrimonio sea válido será necesaria la concurrencia de una serie de requisitos, diferenciándose, entre: requisitos referidos al consentimiento, requisitos que aluden a la capacidad de los contrayentes y, requisitos que inciden en la forma matrimonial. Requisitos que serán analizados en las siguientes líneas.

2.1. El consentimiento matrimonial

El consentimiento concebido como elemento esencial del matrimonio, evidencia el carácter de negocio jurídico bilateral que presenta el matrimonio, de forma que, será necesaria la existencia de un acuerdo de voluntades entre los contrayentes. De ahí que, cada parte deba manifestar su voluntad de contraer el enlace matrimonial mediante la correspondiente prestación

5. Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistemas de Derecho Civil ...op. cit..,* 1985, p. 67.

6. Díez-Picazo, L., «El negocio jurídico del derecho de familia», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 212, No. 6, 1962, pp. 771-792.

del consentimiento y, por tanto, si cualquiera de éstos careciese de la aptitud mental necesaria para prestarlo, faltaría el mencionado requisito. En este sentido, dispone el artículo 45 CC que: «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial» y, por ello, y como consecuencia de lo anterior, el artículo 73. 1 CC indica que será nulo «el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial».

De modo que para poder contraer nupcias como DE VERDA Y BEAMONTE[7] precisa será necesario tener capacidad natural para entender y para querer contraer el acto de que se trata. De ahí que el artículo 56. 2 CC en la redacción dada por Ley 30/1981, de 07 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (en adelante Ley 30/1981, de 07 de julio), indicase que: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». De esta forma, y, con esta redacción, se exigía un dictamen médico sobre la aptitud para el caso de que alguno de los contrayentes se encontrase afectado por deficiencias o anomalías psíquicas.

Precepto al que se le daría una nueva redacción por Ley 15/2015, de 02 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante Ley 15/2015, de 02 de julio) que, permitía a los Secretarios judiciales, a los Notarios y, a los Encargados del Registro Civil, constatar mediante acta o expediente —tramitado conforme a la legislación del Registro Civil—, que los contrayentes reunían los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de conformidad con lo previsto en este Código. Además, con esta redacción se aludía tanto a las «deficiencias o anomalías psíquicas» previstas por redacción anterior a la reforma, como a las «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», expresión mucho más amplia[8].

Asimismo, por Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 02 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante Ley 4/2017, de 28 de junio), con la intención de favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad y, evitándose con ello, cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio —como se precisa en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley—, se propone una modificación de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 02 de julio, que a su vez modifica el artículo 56. 2 CC, precisando el precepto ahora, que: «El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». De esta forma, se da cobertura a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, impidiéndose únicamente la celebración matrimonial de forma excepcional, como indica MONTERROSO CASADO[9].

Por otra parte, para que este consentimiento sea válido será necesario que se emita de forma libre y consciente, que sea incondicional y, que se encuentre dirigido únicamente a la celebración de las nupcias, por ello, el artículo 45. 2 CC precisa, que: «La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta», de forma que, el matrimonio celebrado será válido.

Ahora bien, el consentimiento no será válido: ni cuando concurra algún vicio de la voluntad en la formación de éste, esto es: el celebrado por error en la identidad o en aquellas cualidades personales del otro contrayente que, por su entidad, hubiesen sido determinantes de la pres-

7. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, *...op. cit..,* p. 64.

8. *Vid*., las aportaciones en esta materia de: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, *...op. cit..,* pp. 64-71.

9. MONTERROSO CASADO, E., *Derecho civil. Derecho de familia*, Centro de Estudios Financieros, 2023, pp. 57-58.

tacion del consentimiento (art. 73. 4 CC), —éste sería el caso, por ejemplo, de una enfermedad crónica o; de un embarazo—; ni tampoco será válido el celebrado por coacción o por miedo grave (art. 73. 5 CC) existiendo intimidación cuando concurran los requisitos previstos en los artículos 1.267 y 1.268 CC.

No obstante, conviene precisar que dentro de estos vicios que afectan al consentimiento matrimonial ni se incluye el dolo, ni tampoco la simulación o, la reserva mental —sin embargo, en los dos casos últimos si se acredita que el matrimonio ha sido contraído «aparentemente» para obtener los beneficios propios que la ley asigna al matrimonio, como sería el caso, por ejemplo, de los matrimonios de conveniencia, el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento, ya que aunque se ha prestado de forma aparente, lo cierto es que falta[10]—.

Para finalizar, conviene precisar que dado el carácter personalísimo que presenta el matrimonio, el consentimiento debe prestarse personalmente por el contrayente, sin que quepa su sustitucion por otra persona, esto es, que se preste por medio de representante.

Sin embargo, y como se precisa en el artículo 55 CC cabe la posibilidad de que uno de los contrayentes contraiga matrimonio por apoderado —siempre y cuando el otro contrayente asista a la ceremonia personalmente—, a quien tendrá que haber concedido poder especial en forma auténtica. Además, en este poder se deberá determinar «la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad, debiendo apreciar su validez el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente matrimonial previo al matrimonio».

En este punto, nos referimos a los denominados «matrimonios por poderes», en los que el apoderado se trata de un mero portavoz que se limita a transmitir la voluntad del contrayente previamente formada. De ahí, la exigencia de ese poder especial en el que el contrayente interesado ya ha prestado su consentimiento matrimonial. Además, en el poder para contraer matrimonio —que deberá constar en documento público (art. 1.280. 5 CC)— se deberá indicar: «la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad» (art. 55. 2 CC). Extinguiéndose este poder por la revocación del poderdante —en este caso, bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio—; por la renuncia del apoderado o, por la muerte de cualquiera de ellos. Revocación que deberá ser notificada inmediatamente «al Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente previo al matrimonio, y si ya estuviera finalizado a quien vaya a celebrarlo».

2.2. La capacidad

Tendrán capacidad para contraer nupcias aquellas personas en las que no concurran impedimentos legales, es decir, aquellas en las que no concurran circunstancias que determinadas expresamente por la ley les impida contraer matrimonio. De forma que, la ley exige un mínimo de capacidad y de aptitud para poder contraer de forma válida el matrimonio y, en su ausencia, podemos decir que, existe un impedimento matrimonial.

No obstante lo anterior, la existencia de alguno de estos impedimentos puede no impedir la celebración del matrimonio, de forma tal que los interesados —antes de celebrar el matrimonio—, deberán obtener del Juez su oportuna dispensa[11] y, en consecuencia, será en estos casos, en los que el matrimonio ha sido celebrado tras la obtención de dicha dispensa, cuando el matri-

10. Ossorio Serrano, J. M., «Efectos del Matrimonio», en: Sánchez Calero, F. J., (coord.), *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, IV, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 84; de Verda y Beamonte, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, *...op. cit..,* p. 71.

11. El procedimiento de dispensa deberá tramitarse por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria, que se encuentra regulado en los arts. 81 a 84 LJV, incluidos en el Capítulo I, intitulado «De la dispensa del impedimento matrimonial», integrado en el Título III «De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia».

monio sea válido y eficaz. Ahora bien, también cabe la posibilidad de que soliciten y obtengan la dispensa tras la celebración de las nupcias. En este caso, la obtención de la dispensa convalidará el matrimonio desde su celebración —esto es, tendrá eficacia retroactiva—, siempre que ninguno de los contrayentes hubiese instado judicialmente aún su nulidad (art. 48 CC[12]).

Dicho lo anterior, conviene precisar que en el CC se diferencia: De una parte, entre los impedimentos o prohibiciones absolutos, siendo estos impedimentos los de edad y ligamen; De otra, los impedimentos o prohibiciones relativos, siendo éstos los de parentesco y crimen.

a) Impedimentos o prohibiciones absolutas: estas prohibiciones impiden el matrimonio con cualquier persona, así, el artículo 46. 1 CC precisa que no pueden contraer matrimonio: De una parte, los menores de edad no emancipados, deduciéndose de ello, que sí podrán contraer matrimonio tanto los mayores de edad, como los menores emancipados, no requiriendo este impedimento de dispensa alguna —prohibición que antes de la reforma del artículo 48 CC practicada por Ley 15/2015, de 02 de julio, era excusable por el Juez de primera instancia, con justa causa y a instancia de parte, a partir de los catorce años—.

En la actualidad, ya no cabe dispensar el impedimento de edad, para contraer matrimonio válido, por tanto, ahora tal y como ya hemos indicado en líneas previas, únicamente podrán dispensarse —por parte del Juez, con justa causa y a instancia de parte—, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. Por tanto, el matrimonio no origina la emancipación, debiendo ésta anteceder al matrimonio (art. 48 CC).

Por otra parte, tampoco podrán contraer matrimonio los que se encuentren ligados con vínculo matrimonial. De forma que, solamente podrán contraer matrimonio: aquellas personas que hayan obtenido la libertad de estado tras su matrimonio anterior por haber sido disuelto por divorcio o declarado nulo —es decir, que no se encuentren vinculados previamente por un matrimonio anterior—; aquellos otros que han permanecido solteros dado que no han contraído nupcias nunca o; aquellos otros que, aunque han contraído matrimonio, han quedado viudos/as por el fallecimiento de su cónyuge[13].

Lo anterior es consecuencia lógica de la naturaleza monogámica del negocio jurídico del matrimonio, siendo necesario que el matrimonio anterior de uno o de ambos contrayentes haya sido declarado nulo o haya sido disuelto previamente y, no pudiendo contraer matrimonio quien se encuentre ligado por un matrimonio anterior con efectos civiles vigentes, prohibiéndose de esta forma, tanto la poligamia, como la poliandria. Asimismo, los matrimonios contraídos por quienes carezcan de la libertad de estado —cuando ésta sea requerida— será nulo (art. 73. 2 CC), pudiendo incurrir los contrayentes en un delito de bigamia, de conformidad con los artículos 217 y ss., Código Penal (en adelante CP).

b) Impedimentos o prohibiciones relativas: son aquellos en los que se impide contraer matrimonio solo con determinados parientes. Así, el artículo 47. 1 y 2 CC que consagra los impedimentos por parentesco precisa que no pueden contraer matrimonio entre sí: De una parte: «los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción», sin limitación de grados. Por tanto, no podrán contraer matrimonio aquellos familiares que desciendan unos de otros, esto es, un padre con su hijo —ya sea biológico o adoptado—, ni un abuelo con su nieto; De otra: «los colaterales

12. Dice así el precepto: «El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes».

13. Ossorio Serrano, J. M., «Efectos del Matrimonio...*op. cit..,* pp. 78; de Verda y Beamonte, J. R., en este punto, precisa que «el problema de la libertad de estado se plante solo en los casos en los que uno o ambos contrayentes se encuentren previamente vinculados por un matrimonio que tenga efectos civiles en España y que no haya sido previamente declarado nulo o disuelto por divorcio, muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges» (*Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, *op. cit.,* pp. 75-76).

por consanguinidad hasta el tercer grado». Por tanto, no podrán contraer matrimonio aquellos parientes que, aunque no desciendan los unos de los otros, lo cierto es que su procedencia proviene de un tronco común, separándoles hasta dos generaciones, esto es, ni entre hermanos biológicos, ni entre un tío/a y sobrino/a. En este punto, DE VERDA Y BEAMONTE precisa que «como el artículo 47. 2 CC únicamente impide casarse a "los colaterales por consanguinidad", parece que no debe aplicarse a los parientes colaterales por adopción, sino, exclusivamente, a los que lo sean por consanguinidad»[14]. Mientras que por el contrario sí podrán contraer matrimonio entre sí los primos carnales, al tratarse de parientes colaterales que se encuentran en el 4.º grado.

Asimismo y, aunque no es dispensable el impedimento de parentesco en línea recta, ni tampoco en línea colateral dentro del segundo grado, lo cierto es que de conformidad con el texto contenido en el artículo 48 CC: «El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de ... y de parentesco de grado tercero entre colaterales», de manera que, será válido el matrimonio contraído entre tío/a con sobrino/a carnal.

Por último, el artículo 47. 3 CC —en su redacción dada por Ley 15/2015, de 02 de julio— consagra el denominado impedimento de crimen y muerte dolosa al precisar que no podrán contraer matrimonio entre sí: «los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal». Impedimento que, podrá ser dispensado por el Juez, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria (art. 48 CC). En la actualidad, tras la reforma practicada por Ley 15/2015, de 02 de julio, se ha unificado el sistema de dispensa para poder contraer matrimonio, supuesto que —con anterioridad a la reforma— debía ser dispensado por el Ministro de Justicia.

2.3. Requisitos de forma: La celebración del matrimonio en la forma civil

El matrimonio configurado como un acto solemne, que requiere de determinadas formalidades para su validez, admite como negocio formal que sea contraído, bien en la forma civil —distinguiéndose, en este caso por el CC entre una forma ordinaria y, otras formas extraordinarias, en las que se requiere que reúna un elenco de circunstancias de carácter extraordinario— o, bien en la forma religiosa (arts. 49. 2; 59 y 60 CC), respetándose con ello, la libertad que ostentan los contrayentes para poder optar por una u otra forma de celebración[15].

De conformidad con el texto contenido en el artículo 51. 1 CC —redactado por Ley 15/2015, de 02 de julio—: se requiere la tramitación de un acta o expediente previo en el que se constate «el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio». Recabándose dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento para el «caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentase una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo» (art. 56. 2 CC). Además, la competencia para tramitar el acta o expediente será atribuida al «Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero».

Por su parte, el artículo 52. 2 CC prevé para el caso del matrimonio en peligro de muerte que no será necesaria para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial. No obstante, sí será necesaria la «presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad y, cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico de alguno de los

14. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...op. cit.,* p. 79.

15. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...op. cit.,* p. 83.

contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada». Y, para el caso de los matrimonios secretos, será el Ministro de Justicia el que lo autorice, siempre y cuando «concurra causa grave suficientemente probada», tramitándose el expediente matrimonial de forma reservada, «sin la publicación de edictos o proclamas» (art. 54 CC).

Asimismo, el artículo 51. 2 CC en su redacción dada por Ley Orgánica 1/2025, de 02 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante Ley Orgánica 1/2025, de 02 de enero), indica que: «Será competente para celebrar el matrimonio: 1.º El Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. 2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración. 3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero».

De esta forma se diferencia entre la competencia funcional ordinaria —regulada por el mencionado precepto—, de la extraordinaria que se encuentra prevista en el artículo 52. 1. 2.º y 3.º CC y, que alude al matrimonio del que se encuentre en peligro de muerte y, más concretamente, a los casos: de los militares en campaña —recae en el Oficial o Jefe superior inmediato— y, de los que se celebren a bordo de nave o aeronave — recae en el Capitán o Comandante—.

Por su parte, el artículo 57 CC —redactado por Ley Orgánica 1/2025, de 02 de enero—, prevé que: «El matrimonio tramitado por el letrado o letrada de la Administración de Justicia o por personal funcionario consular o diplomático podrá celebrarse ante el mismo u otro distinto, o ante Alcalde o Concejal en quien este delegue, a elección de los contrayentes. Si se hubiere tramitado por el Encargado o Encargada del Registro Civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el Alcalde o Concejal en quien éste delegue, que designen los contrayentes».

Por tanto, la regla de la competencia de la autoridad correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, parte del hecho de que el domicilio de ambos contrayentes no resulta coincidente, ahora bien, si ambos se encuentran domiciliados en el mismo lugar el matrimonio se celebrará ante el Alcalde o Concejal de dicho lugar[16]. No obstante, añade el precepto en su segundo párrafo que: «si fuera el notario o la notaria quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo notario o notaria u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, Alcalde o Concejal en quien este delegue».

Además, la falta de competencia funcional o territorial del funcionario autorizante, no afectará a la validez del matrimonio, «siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y aquellos ejercieran sus funciones públicamente» (art. 53 CC redactado por Ley Orgánica 1/2025, de 02 de enero).

Asimismo y, respecto al contenido de la ceremonia de la boda en sí, precisa el artículo 58 CC —redactado por Ley Orgánica 1/2025, de 02 de enero— que: «El Alcalde, Concejal, letrado o letrada de la Administración de Justicia, notario o notaria, o personal funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá el acta o autorizará la escritura correspondiente». De forma que, el precepto reúne todos los requisitos que son necesarios para que el matrimonio se encuentre revestido de toda solemnidad, esto es, la prestación expresa del consentimiento matrimonial tras la pregunta de la autoridad interviniente «a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro»; La declaración por el Alcalde de que los contrayentes «quedan unidos en matrimonio»; La práctica de la extensión del acta o de la autorización de la escritura correspondiente y, la lectura de los artículos 66, 67 y 68 CC —preceptos que describen las obligaciones que son recíprocas para los cónyuges como consecuencia de haber contraído matrimonio—, subrayándose de esta forma el

16. Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil*. *Derecho de Familia*, V, Marcial Pons, 2024, p. 44.

nuevo *status* jurídico al que las partes han quedado sometidas tras la prestación del consentimiento matrimonial[17].

Para finalizar y, respecto de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (en adelante RC), precisa el artículo 61 CC que: «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración» y, añade que «el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». De esta forma, se precisa que, aunque el matrimonio tiene plena eficacia y origina todos sus efectos desde el momento de su celebración, sin necesidad de que se encuentre inscrito, será necesaria su inscripción para el pleno reconocimiento de éstos. Asimismo, aunque el matrimonio no inscrito es perfectamente válido, lo cierto es que tendrá una eficacia más limitada, de ahí que el precepto en su párrafo tercero indique que los terceros de buena que no conozcan la celebración no se verán perjudicados por los efectos del matrimonio, mientras no se practique la inscripción, si bien, a partir de dicho momento los efectos civiles del matrimonio serán oponibles a terceros.

Así, el artículo 59. 5 LRC indica que: «La inscripción hace fe del matrimonio y de la fecha y lugar en que se contrae y produce el pleno reconocimiento de los efectos civiles del mismo frente a terceros de buena fe».

Lo anterior de conformidad con el texto contenido en el artículo 64 CC será de aplicación a los matrimonios secretos. Reza así el precepto: «Para el reconocimiento del matrimonio secreto basta su inscripción en el libro especial del Registro Civil Central, pero no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sino desde su publicación en el Registro Civil ordinario».

Por otra parte, de conformidad con el vigente artículo 62 CC —redactado por Ley 15/2015, de 02 de julio—: «La celebración del matrimonio se hará constar mediante acta o escritura pública que será firmada por aquél ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos. Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente, para su inscripción, previa calificación por el Encargado del mismo», mientras que el artículo 58 CC, al describir la forma de celebración del matrimonio civil, nos indica que el funcionario que lo autorice, deberá extender el acta o autorizar la escritura correspondiente, tras declarar que los contrayentes han quedado unidos por matrimonio.

De esta forma, el acta o la escritura pública —que tendrá valor declarativo, puesto que su pretensión es la de acreditar la celebración del matrimonio y, el consiguiente nuevo estado civil de los contrayentes, esto es, el de casados— deberá ser firmada todos los intervinientes en la ceremonia.

Por último, respecto a los matrimonios celebrados en forma religiosa, el artículo 63 CC prevé que: «La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil», denegándose la práctica del asiento «cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título».

Esto es, se admite en el Registro para su inscripción, la simple presentación de la certificación que expida la iglesia, o confesión, la comunidad religiosa o la federación que corresponda. Sin embargo, se establece un control de legalidad de las formalidades admitidas, de forma tal que, se supedita la inscripción del matrimonio a la concurrencia de los requisitos de validez del matrimonio —requisitos de aptitud y capacidad, inexistencia de impedimentos [...]—, de conformidad con lo previsto en la legislación del RC, denegándose su inscripción en caso contrario[18].

17. Ossorio Serrano, J. M., «Efectos del Matrimonio...*op. cit.*., pp. 85-86.

18. Ossorio Serrano, J. M., «Efectos del Matrimonio...*op. cit.*., p. 90; López de la Cruz, L., «Matrimonio», en: López y López, A. M., (coord.), *Derecho de familia*, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 52.

3. Efectos personales del matrimonio: deberes de los cónyuges en la esfera personal

Los efectos personales del matrimonio comprenden una serie de derechos y deberes conyugales —para ambos cónyuges en plano de igualdad— que se encuentran determinados con carácter imperativo en los artículos 67 y 68 CC.

Derechos—deberes que encuentran acomodo tanto en la CE, concretamente, en el artículo 32 que referido al matrimonio, precisa que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», como en el artículo 66 CC al disponer que: «Los cónyuges son iguales en derechos y deberes». De esta forma los deberes conyugales se encuentran presididos por el principio de igualdad jurídica de los cónyuges. Principio que reforzado por la utilización del vocablo «mutuamente» de los artículos 67 y 68 CC otorga a dichos Derechos—deberes de un carácter indiscutiblemente recíproco.

Estos deberes conyugales se concretan en los siguientes: el deber de respeto; el de ayuda mutua —traducido en la colaboración y en la atención por parte de ambos cónyuges a las cargas familiares, afrontando cada cual distintos y diversos cometidos[19]— y, el de actuar en interés de la familia, a los que se refiere el artículo 67 CC y, los deberes de convivencia; fidelidad y, socorro mutuo, regulados en el artículo 68 del mismo texto legal. Junto a estos deberes, la Ley 15/2005, de 08 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante Ley 15/2005, de 08 de julio), introduce un nuevo deber de contenido personal, esto es, la corresponsabilidad familiar, de modo que, en la actualidad, los cónyuges: «Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

Para finalizar, se plantea la cuestión de sí estos deberes conyugales deben ser considerados como auténticos deberes jurídicos, dada la incoercibilidad que presentan —en el sentido de que no es posible solicitar ni conseguir su cumplimiento forzoso— . Sentido en el que conviene puntualizar: que el hecho de que no pueda reclamarse su cumplimiento forzoso no significa que la violación de los mismos no pueda generar ciertas consecuencias jurídicas, tal y como se prevé por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 441/2012, Sección 5.ª, de 21 de septiembre de 2012 [LA LEY 280473/2012].

A mayor abundamiento y, siguiendo a la mejor doctrina[20], podemos concluir que, aunque el conjunto de deberes conyugales alcancen escasa relevancia en una situación de normalidad matrimonial, al encontrarse ésta presidida por un compromiso de convivencia asumido de forma voluntaria y por un sentimiento de afecto mutuo, lo cierto es que en los supuestos de incumplimiento de estos deberes se pone en evidencia su verdadero alcance. De esta forma, aunque resulta innegable que su quebrantamiento no genera el «aparato coactivo» consiguiente al incumplimiento de las obligaciones en sentido técnico —arts. 1.088 y ss., CC— lo cierto es que resulta evidente que sí acarrean consecuencias jurídicas propiamente dichas, así, por ejemplo: su incumplimiento constituye causa de desheredación (art. 855 CC).

3.1. El deber de respeto mutuo

Precisa el artículo 67 que: «Los cónyuges deben respetarse ... mutuamente ...». Este deber que se encuentra reconocido de forma implícita por el artículo 10. 1 CE al enunciar como derechos fundamentales: la dignidad de la persona y, el libre desarrollo de la personalidad, exige la abstención de realizar cualquier tipo de acto que pueda originar una lesión al derecho de la integridad física y moral del otro cónyuge protegido por el artículo 15 CE e, impide la realización de

19. Así se precisa en la SAP de Madrid 1054/2014, Sección 22.ª (civil), de 28 de noviembre de 2014 [LA LEY 188311/2014 - ECLI:ES:APM:2014:16584].

20. Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia... op. cit.,* p. 59.

actos que vulneren ilegítimamente otros derechos de la personalidad —«derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»—, garantizados por el artículo 18. 1 CE y, cuya protección judicial se realiza a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo).

De esta forma, el respeto al que se refiere el artículo debe ser tanto físico como moral, encontrándose referido tanto a la esfera privada como personalísima del otro cónyuge y, por ende, vinculado a la relación conyugal, con la pretensión de evitar la realización de comportamientos vejatorios, inmorales o abusivos[21].

Por tanto, tendrán la consideración de conductas infractoras o atentatorias de este deber de respeto debido: el trato vejatorio o injurioso[22]; la agresión física o de palabra; interferir el ejercicio profesional o determinadas prácticas religiosas; la imposición de opiniones políticas o ideas religiosas; la divulgación entre terceros de aspectos o hechos de la vida íntima del otro cónyuge o de la vida íntima de la familia y; la violación del secreto de correspondencia.

Dentro del trato vejatorio o injurioso, podría tener cabida el débito conyugal. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 254/2019, sala segunda, de lo penal, de 21 de mayo de 2019 [LA LEY 55883/2019], en la que fue Ponente: Magro Servet, Vicente, se precisó que: «No puede admitirse bajo ningún concepto el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre». Precisándose en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Primero, respectivamente, que: «no existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando fuerza o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge». Además, «el vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro miembro de la pareja». De forma que «se condena al recurrente como responsable criminal en concepto de autor de un delito de agresión sexual en concurso ideal con un delito de maltrato», ... «concurriendo en el primero la agravante de parentesco a la pena de NUEVE años de prisión, y a la medida de libertad vigilada durante CINCO años, por el primero, y NUEVE meses de prisión por el segundo»[23].

Además, los malos tratos de palabra o de obra serán constitutivos de delito, pudiendo entrar dentro del ámbito de aplicabilidad de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), cuando sean ejercidos a la mujer por el marido[24]. Asimismo, la intromisión ilegítima

---

21. Así, Fernández Gónzalez, M.ª B., «Los efectos personales en el matrimonio la corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad doméstica», en: Fernández González, M.ª B., (coord.); O'callaghan Muñoz, X., (pr.), *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, Dykinson, 2019, p. 96.

22. En este punto, Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., precisan que el trato vejatorio o injurioso al otro cónyuge constituía causa suficiente para instar la separación legal conforme al contenido del art. 82. 1 CC hasta la aprobación de la Ley 15/2005, de 08 de julio. (*Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit.,* p. 60).

23. En la misma línea, entre otras: SSTTSS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 436/2008, de 17 de junio de 2008, [LA LEY 92732/2008]; Sala Segunda, de lo Penal, 99/2019, de 26 de febrero de 2019, [ECLI:ES:TS:2019:591]; Sala Segunda, de lo Penal, 2/2021, de 13 de enero de 2021, [ECLI:ES:TS:2021:64]; SAP de Vizcaya 1/2012, Sección 6.ª, de 26 de enero de 2012, [LA LEY 66158/2012]. En doctrina y, por cuanto atañe al intitulado débito conyugal *vid*., Olmedo Cardenete, M. D., «Matrimonio y libertad sexual (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de enero de 1997)», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 1, 1998, pp. 1870-1878.

24. Carrasco Perera, Á., y Ureña Martínez, M., *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tecnos, 2023, pp. 63-64; Lledó Yagüe, F., Herrán Ortiz, A. I., Gutiérrez Barrenengoa, A., Monje Balmaseda, Ó., Urrutia

en el derecho a la intimidad —personal o familiar— del otro cónyuge —de conformidad con lo previsto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo—, da origen a resarcir daños morales y, en su caso, será delito el descubrimiento de secretos o la vulneración de la intimidad de otro[25] —de conformidad, con el art. 197. 1 CP—.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala segunda, (penal), de 14 de mayo de 2001 [LA LEY 3665/2001]: Se condena al acusado como autor responsable de un delito de descubrimiento de secretos, a la pena de un año de prisión. Fundamentalmente los hechos de que trae causa la sentencia condenatoria son, esencialmente, que: «El acusado con objeto de comprobar si su esposa, le era infiel, instaló un mecanismo para interceptar y grabar conversaciones telefónicas en el aparato situado en el dormitorio del domicilio conyugal. Lograda de este modo la grabación de conversaciones mantenidas por su esposa, con la madre de ésta, con una amiga, y con un amigo, hizo oír a estos dos últimos fragmentos de esas grabaciones con la finalidad de demostrarles que, al igual que ellos, conocía las infidelidades de su esposa. Asimismo, participó el acusado a su médico psiquiatra parte del contenido de las cintas magnetofónicas, referentes a citas de su esposa con conocidos suyos». También, en la Sentencia del Tribunal Supremo 70/2020, Sala Segunda, de lo Penal, de 24 de febrero de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:492], se condenó al acusado como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos[26], en este caso, a la pena de 6 meses de multa, por la difusión de imágenes íntimas de la que fue su pareja, sin autorización de ésta.

Por último, el incumplimiento de este deber de respeto mutuo, además de las consecuencias que con carácter general se establecen para todos los casos de incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales —causa de desheredación (art. 855 CC) —, y de las eventuales responsabilidades penales en los casos de violencia en el ámbito familiar o de conducta atentatoria e injuriosa hacia el otro cónyuge[27], prevé el CC en su artículo 81 que no será preciso para que se decrete judicialmente la separación matrimonial el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio que se exige con carácter general para la interposición de la demanda, cuando se acredite por el cónyuge que lo alega la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

3.2. El deber de ayuda y socorro recíproco

Dice el artículo 67 que: «Los cónyuges deben ... ayudarse mutuamente ...». Añadiendo el artículo 68 que: «Los cónyuges están obligados ... a socorrerse mutuamente».

De esta forma, y de conformidad con los mencionados preceptos, el CC impone a los cónyuges el deber de socorrerse y ayudarse mutuamente. Términos que aún a pesar de la reiteración

---

Badiola, A. M., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio ...op. cit...*, p. 70.

25. De Verda y Beamonte, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...op. cit..,* p. 90.

26. En jurisprudencia y, por lo que respecta a conductas delictivas consistentes en la difusión de imágenes o fotografías de contenido sexual, sin el consentimiento de la afectada y con el propósito de denigrar su intimidad, *vid.,* entre otras: SSTTSS, Sala Segunda, de lo Penal, 767/2023, de 03 de octubre de 2023, [ECLI:ES:TS:2023:5148] y, *Vid*., STS, Sala Segunda, de lo Penal, 259/2022, de 17 de marzo de 2022, [LA LEY 31127/2022], en la que el acusado realiza comentarios y publica capturas de pantalla con conversaciones íntimas, alguna de contenido sexual, mantenidas con su pareja y, STS, Sala Segunda, de lo Penal, 699/2022, de 11 de julio de 2022, [LA LEY 153035/2022], en la que los hechos son cometidos por la pareja sentimental de la víctima y, consisten en el reenvío de fotografías íntimas —alguna de naturaleza sexual— a terceras personas, sin consentimiento de la víctima. Estas imágenes, aunque fueron enviadas por la víctima al acusado, lo cierto es que con dicho comportamiento no se presupone que ella esté renunciando a su intimidad.

27. Monterroso Casado, E., *Derecho civil. Derecho de familia...op. cit..,* p. 67.

con la que han sido redactados los mencionados preceptos —tal y como indica la mejor doctrina[28]—, tienen la consideración de sinónimos.

En este punto, y siguiendo a Lasarte Álvarez[29] conviene precisar que, frente a la anterior evidencia, no han faltado autores[30] que aunque han pretendido dotar de diferente significado a ambos términos, apoyándose en que el vocablo «socorro» debe referirse a las necesidades económicas, siendo la «ayuda» la expresión de mayor amplitud y alcance, debido a que comprendería las necesidades personales de cualquier índole, lo cierto es que esta reduplicación de términos proveniente de la Reforma de 1975, plantea la imposibilidad de dotar a tales vocablos de un significado distinto.

Por tanto, nos encontramos ante un deber de ayuda y socorro mutuo y recíproco que abarca situaciones de distinta indole y, que alcanza a todo tipo de auxilio que cualquiera de los cónyuges pueda necesitar para satisfacer sus propias necesidades.

De modo que, referido a la atención de cualquiera de las necesidades del otro cónyuge[31], se configura como la base de ciertas obligaciones, como sería, por ejemplo, la de contribuir a las necesidades de la familia, comprendiendo de forma particular la obligación alimenticia entre los cónyuges, ya que este deber no puede limitarse únicamente a un ámbito estrictamente económico y material[32].

Por tanto, este deber debe ser entendido en sentido amplio, comprensivo no solo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentos, sino tambien de toda clase de ayudas y de cuidados de orden afectivo y ético[33].

Asimismo, el incumplimiento de este deber, además de constituir causa de desheredación (art. 855 CC) puede incluso comportar una condena penal por delito de abandono de familia (art. 226. 1 CP). De esta forma, su incumplimiento origina tanto efectos en el ámbito civil, como en el penal[34]. También, y al igual que ocurre con el deber de guardarse fidelidad, su incumplimiento podrá originar que se decrete judicialmente la separación matrimonial sin necesidad del trans-

28. Lasarte Álvarez, C., Y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia... op. cit.,* p. 60; Ossorio Serrano, J. M., «Efectos del Matrimonio...*op. cit.,* p. 98; Lledó Yagüe, F., Herrán Ortiz, A. I., Gutiérrez Barrenengoa, A., Monje Balmaseda, Ó., Urrutia Badiola, A. M., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio...op. cit..,* p. 70.

29. Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia... op. cit..,* pp. 60-61.

30. Así, para Espín Canovas, D., la ayuda es diferente del socorro, conceptuando la ayuda mutua como el asesoramiento y consejo, aceptación y mandato, también la representación dada por el otro cónyuge e, incluso, la defensa jurídica de los intereses del otro (*Manual de Derecho Civil español. Familia*, IV, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, p. 161).

31. En este punto, de Verda y Beamonte, J. R., precisa que en parte se confunde tanto con el deber de alimentos entre cónyuges (art. 143. 1. 1.º CC), como con el deber que éstos ostentan de contribuir al levantamiento de las cargas de matrimonio (art. 1.318 CC) (*Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...op. cit..,* p. 89).

32. *Vid*., Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit..,* p. 61; OSSORIO SERRANO, J. M., «Efectos del Matrimonio...*op. cit..,* p. 98; López de la Cruz, L., «Matrimonio...*op. cit.,* pp. 59-60.

33. Añade el autor que: «Cada cónyuge está obligado a prestar al otro la asistencia y colaboración que precise en la medida de sus posibilidades» (Carrasco Perera, Á., y Ureña Martínez, M., *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit..,* p. 62). Por su parte, Romero Coloma, A. M.ª, precisa que: «Este deber de ayuda no puede ser igual en cada uno de los cónyuges, ya que supone ayudar al otro en la medida de las posibilidades del que ayuda y de las necesidades del ayudado» («El incumplimiento de deberes conyugales como causa de desheredación», *Diario La Ley*, No. 8058, 2013, p. 6).

34. Blasco Gascó, F. de P., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tirant Lo Blanch, 2022, p. 101.

curso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, siempre que se acredite por el cónyuge que lo alega la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio (art. 81. 2 CC).

Por otra parte, conviene precisar que mediante Ley 15/2005, de 08 de julio, se añade por el legislador un segundo inciso al artículo 68 CC conforme al cual los cónyuges: «Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo», reforzándose de esta forma, el principio de igualdad que impera en el matrimonio, puesto que ahora se supone que ambos cónyuges ostentan el derecho y el deber de atender las tareas domésticas y el cuidado de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

En suma, se introduce un doble deber: esto es, el de compartir la responsabilidad doméstica y; el de asistir a las personas que conviven en el domicilio familiar. Deberes ambos que constituyen una manifestación específica del deber de ayuda y de socorro mutuo en combinación con el principio de igualdad[35] y, que deberán compartir ambos cónyuges.

Por otra parte, respecto al «cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo», conviene precisar que el precepto recoge a varios tipos de familiares y, otras personas dependientes, de forma que, estos cuidados y atenciones no se ciñen solamente a los hijos/as menores de edad, sino que se extrapolan a otras personas que, dependientes, conviven en el domicilio familiar y que requieren de estas atenciones, como sería el caso, por ejemplo, de las personas mayores o dependientes de cualquier edad.

Además, el precepto alude a «otras personas dependientes a su cargo», lo que incluye a aquellos menores en acogida o bajo guarda de hecho de la familia. Y, además, con la dicción «a su cargo» debemos entender que, esas personas «dependientes» podrán o convivir en la vivienda familiar o, vivir fuera de ella, de forma que, se refiere a aquellas personas frente a las que se ha asumido un compromiso moral de atención y cuidado por parte de los cónyuges[36].

Por último, el desempeño de estos deberes impuestos por la ley y que competen a ambos cónyuges por igual con independencia del tipo de trabajo que desempeñan —fuera o dentro del hogar familiar—, quedará al *albur* de éstos, quienes deberán acordar de mutuo acuerdo cómo y qué se distribuyen, de forma que, nada impide que puedan pactar quién de ellos y cómo llevará a cabo estas tareas. En todo caso y, si procede, para el caso de incumplimiento entendemos que deberá tenerse en cuenta el nivel de ocupación que cada uno de ellos desempeña, esto es: si trabajan ambos fuera del hogar familiar o solo uno de ellos; la duración de la jornada de trabajo y; si ésta es a tiempo parcial o total[37].

3.3. El deber de actuar en interés de la familia

Aunque a diferencia del resto de deberes este deber se encuentra carente de reciprocidad, lo cierto es que los cónyuges conforme a lo dispuesto en el artículo 67 deben actuar en «interés de la familia».

---

35. Carrasco Perera, Á., y Ureña Martínez, M., *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit..,* p. 64; López de la Cruz, L., «Matrimonio*...op. cit..,* p. 60.

36. Así, López de la Cruz, L., «Matrimonio*...op. cit..,* p. 60. Calzadilla Medina, M.ª A., «La ausencia de corresponsabilidad en la realización de las tareas domésticas o de cuidados familiares en hogares de doble ingreso ante la crisis familiar», en Tomás Martínez, G; Vidu Afloarei, A., (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 110.

37. Carrasco Perera, Á., y Ureña Martínez, M., *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit..,* p. 64; López de la Cruz, L., «Matrimonio*...op. cit..,* p. 60; Estellés Peralta, P. M.ª, «La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal», *Revista Boliviana de Derecho*, No. 27, 2019, p. 110.

En este punto y, al igual que otros autores[38], conviene puntualizar que no resulta sencillo determinar qué debe entenderse por «interés de la familia», expresión que, aunque ha sido incorporada a diversos preceptos del CC[39] por la modificación legislativa originada por Ley 30/1981 de 07 de julio, lo cierto es que la presencia ambivalente del término «familia», puede hacernos pensar erróneamente en la existencia de un interés distinto al de los miembros que integran el propio grupo familiar.

Así, Díez Picazo – Gullón Ballesteros precisan que «la familia como tal no es un ente portador de interés de ninguna clase»[40]. Punto en el que Lasarte Álvarez[41], especifica que «en la generalidad de los casos se acabará por identificar el interés de la familia con las expectativas o exigencias de los miembros de ella que se encuentren más desamparados o más necesitados de protección» y, Ossorio Serrano[42] con acierto puntualiza que este deber de actuar en interés de la familia debe ser entendido en el sentido de que los cónyuges deben abstenerse de realizar cualquier tipo de actividad que pueda lesionar el interés familiar, es decir: de adoptar o realizar cualquier acto que pueda perjudicar el proyecto de vida en común acordado[43].

De esta forma, todo apunta a que su virtualidad reside en operar como una pauta de actuación en aquellos supuestos en los que el Juez interviene resolviendo[44] en «interés de la familia» aquellas discrepancias que hayan podido originarse y que derivan de las decisiones que debían adoptar de forma conjunta los cónyuges por disposición legal (art. 70 CC) o, en los casos de conflicto previstos por el artículo 103. 2.º CC[45].

---

38. Ossorio Serrano, J. M., «Efectos del Matrimonio*...op. cit..,* p. 99; Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit..,* p. 59.

39. En este sentido, Fernández Gónzalez, M.ª B., precisa que la finalidad de esta incorporación es que sea uno de los criterios a tener presente por el Juez a la hora de decidir aquellas acciones o conductas que recaen en beneficio de la familia o, por el contrario, obedecen a intereses particulares de alguno de sus miembros («Los efectos personales en el matrimonio la corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad doméstica*...op. cit..,* p. 97).

40. Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Tecnos, 2012, p. 94.

41. Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia... op. cit..,* p. 59.

42. Ossorio Serrano, J. M., «Efectos del Matrimonio*...op. cit..,* p. 99. También, son de esa opinión, entre otros, Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia...op. cit..,* 2012, p. 94; Lledó Yagüe, F., Herrán Ortiz, A. I., Gutiérrez Barrenengoa, A., Monje Balmaseda, Ó., Urrutia Badiola, A. M., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio...op. cit..,* p. 71; García García, M.ª Á., «El deber de actuar en interés de la familia», *Revista de Derecho Privado*, No. 64, 1984, p. 243; Verdera Izquierdo, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 1, 2016, pp. 6-7.

43. Son de esa opinión, entre otros, Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia...op. cit..,* 2012, p. 94; Lledó Yagüe, F., Herrán Ortiz, A. I., Gutiérrez Barrenengoa, A., Monje Balmaseda, Ó., Urrutia Badiola, A. M., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio...op. cit..,* p. 71; García García, M.ª Á., «El deber de actuar en interés de la familia*...op. cit..,* p. 243.

44. Así, el art. 1.377 CC respecto a la realización de actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales, precisa que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. De forma que, si uno de ellos se encuentra impedido o se opone, será el Juez el que procederá a autorizarlos si lo considera de interés para la familia.

45. En este sentido, López de la Cruz, L., «Matrimonio*...op. cit..,* p. 61; Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit..,* p. 59.

Lo anterior, permite concluir que el vocablo utilizado por el mencionado precepto debe entenderse limitado a la familia nuclear, prevaleciendo así, en caso de conflicto, el interés supraindividual del grupo familiar —integrado por los cónyuges y por sus hijos—, sobre el interés individual de cada uno de los miembros[46].

3.4. El deber de guardarse fidelidad

Como bien sabemos, la infidelidad conyugal con la Ley 30/1981, de 07 de julio, se contemplaba como una de las causas de separación legal[47] previstas por el artículo 82. 1 CC. Precepto que quedaría vacío de contenido tras la modificación legislativa practicada por Ley 15/2005, de 08 de julio. Modificación legislativa que suprime el principio de causalidad en las crisis matrimoniales, eliminándose con ello, esta causa concebida como una «conducta civilmente ilícita frente al otro cónyuge»[48] y, reforzándose el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, tal y como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 08 de julio, al precisar que: «su vigencia depende de la voluntad constante de ambos». También, y hasta la reforma del CP practicada por Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, el adulterio tenía la consideración de delito, castigándose con mayor severidad en aquellos casos en los que hubiese sido cometido por la mujer.

Dicho lo anterior, conviene puntualizar que, en la actualidad —de conformidad con el texto contenido en el art. 68 CC— los cónyuges, por imperativo legal, tendrán la obligación de guardarse fidelidad mutua. De esta forma, la fidelidad opera en un doble plano: De una parte, el positivo referido a la exclusividad de las relaciones sexuales entre cónyuges; De otra, el negativo que comporta la abstención de toda relación íntima —esporádica o permanente— de cualquiera de los cónyuges con un tercero, ya sea de igual o de diferente sexo[49].

También, conviene destacar que en jurisprudencia las imputaciones por infidelidad se han traducido en demandas de indemnización por daño moral, en las que, la consecuencia de la infi-

---

46. Son de esta opinión, entre otros: Carrasco Perera, Á., y Ureña Martínez, M., *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit.,* p. 62; Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit.,* p. 59; Monterroso Casado, E., *Derecho civil. Derecho de familia...op. cit.,* p. 68; Lledó Yagüe, F., Herrán Ortiz, A. I., Gutiérrez Barrenengoa, A., Monje Balmaseda, Ó., Urrutia Badiola, A. M., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio... op. cit.,* p. 71. En este sentido, García García, M.ª Á., puntualiza que «el deber de obrar en interés de la familia, entendida ésta como una familia concreta y no como ente distinto de los individuos que la componen, sino como interés común que comprende el interés de los hijos, el del cónyuge que actúa y el del otro cónyuge» («El deber de actuar en interés de la familia...*op. cit*.., p. 243).

47. Así, en la STS 701/1999, Sala Primera, (Civil), de 30 de julio de 1999 [LA LEY 11101/1999], se precisa que la única consecuencia que contempla la ley por el incumplimiento del deber de fidelidad es la de ser causa de separación, sin que quepa indemnización; así en su fundamento 3.º dice que: «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 CC, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el art. 97 e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art. 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar».

48. Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia... op. cit.,* pp. 61-62.

49. Así, O'callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Derecho de la familia*, IV, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2022, p. 108; de Verda y Beamonte, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...op. cit..,* p. 90.

delidad ha sido el nacimiento de un hijo, constatándose que el marido no es el padre de éste y, en las que esta circunstancia ha sido descubierta constante matrimonio. Poniéndose en correlación el deber de fidelidad tanto con la presunción de paternidad prevista por el artículo 116 CC, como con el deber de convivencia.

En este sentido, no han faltado sentencias favorables a la reparación del daño moral con fundamento en el artículo 1.902 CC —aún a pesar de la posición contraria manifestada por la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 701/1999, Sala Primera, (Civil), de 30 de julio de 1999— en las que o, bien, se exigía el ocultamiento doloso de la verdadera filiación biológica del hijo, presuponiéndose el conocimiento por la esposa de dicha circunstancia[50] —línea jurisprudencial, que estima la responsabilidad extracontractual de la madre por el daño moral ocasionado al marido. Si bien, lo que se indemniza es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento al cónyuge y, no la infidelidad conyugal[51]— o, bien, se consideraba como suficiente la mera negligencia de la esposa, esto es, el mantenimiento de relaciones sexuales con un tercero en el periodo de la concepción del menor, para imputarle el daño[52] —línea jurisprudencial, que ha sufrido una variación, dada la negación por el Pleno del TS de la aplicación de los preceptos generales de la responsabilidad civil contractual (art. 1.011 CC) o extracontractual (art. 1.902 CC) en orden a la reparación de este tipo de daño moral, de esta forma, el TS ha negado la posibilidad de resarcir este tipo de daños derivados de la ocultación de la paternidad[53]—.

50. Así, las SSAAPP de Valencia 606/2004, Sección 10.ª, de 02 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:APV:2004:4700); de Cádiz, Sección 2.ª, de 03 de abril de 2008 (JUR 2008/234675); de Santa Cruz de Tenerife 389/2009, de 16 de octubre de 2009 (ES:APTF:2009:2888); de Ciudad Real 112/2018, de 23 de abril de 2018 (ECLI:ES:APCR:2018:407) admiten la pretensión resarcitoria, estimando la responsabilidad extracontractual de la madre por el daño moral ocasionado al marido.

51. SAP, de Valencia de 05 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366).

52. Esta línea considera que no es necesario que concurra el dolo para imputar subjetivamente el daño por ocultación de la paternidad a la esposa, siendo suficiente que la conducta sea culposa o en cierta medida negligente. Así, en la SAP de Barcelona, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682), se precisa que «la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1.902 CC constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que la señora no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió de adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente».

53. Así, la STS, Sala de lo Civil, PLENO, 629/2018, de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5154), precisa en su Fundamento de Derecho Cuarto que: «Esta sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio, descartando la aplicación al caso del artículo 1.902 CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, ...
(i) No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar».
Y, añade que: «(ii) Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1.902 CC ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 CC, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa». Precisándose que: «Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe —art. 98 CC— ...».
En doctrina, *vid*., Casas Planes, M.ª D., «De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)», *Anuario de derecho civil*, Vol. 74, No. 2, 2021, pp. 407-542.

En la actualidad, al haber perdido la infidelidad su consecuencia principal —esto es, la de ser causa de separación—, fuera de las posibles reclamaciones de daños, presenta únicamente las consecuencias directas de ser una causa de desheredación (art. 855 CC) por el incumplimiento de deberes conyugales. No obstante, el incumplimiento de este deber también puede originar que se decrete judicialmente la separación matrimonial sin necesidad del transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, siempre y cuando se pueda acreditar por el cónyuge demandante que la infidelidad del otro cónyuge ha supuesto para él o los hijos de ambos un riesgo para la integridad moral o libertad o, indemnidad sexual (art. 81. 2 CC).

3.5. El deber de convivencia

Este deber[54] que se presenta como una consecuencia natural del matrimonio ostenta un carácter instrumental cuya pretensión es la de facilitar el cumplimiento del resto de deberes conyugales[55].

Así, el artículo 68 CC dice que: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos». Y, conforme al artículo 69 CC, salvo prueba en contrario, se presume, que los cónyuges viven juntos. De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum* de convivencia por el precepto que cesará: cuando se admita una demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 102. 1. 1.º CC); por privación de libertad por condena judicial a un cónyuge y; por declaración de fallecimiento o de ausencia legal. También, este deber de convivencia cesará por la sentencia o el decreto de separación o por el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que determine la separación judicial —al suspenderse para los casados la vida en común— (art. 83 CC).

Además, la convivencia como norma general tendrá lugar en el domicilio conyugal, que será fijado por los cónyuges de común acuerdo y, para el caso de discrepancia, como precisa el artículo 70 CC será el Juez el que resuelva, teniendo en cuenta para ello el «interés de la familia». En este punto, Lasarte Álvarez precisa que: «La convivencia matrimonial no solo implica un deber, sino una situación expresamente presumida por el Código, dando por hecho que la convivencia conyugal es la situación normal del matrimonio»[56].

De esta forma, y al igual que otros autores[57] entendemos que en este deber prevalece la autonomía de voluntad de los cónyuges tanto en la fijación del domicilio conyugal, como en la determinación de establecer domicilios separados, dadas las circunstancias particulares y concretas de los cónyuges y, cuando así lo aconsejen las circunstancias laborales, profesionales o familiares, entre otras, siempre y cuando medie un acuerdo pleno entre los cónyuges. Además, este deber «no tiene por qué arrojar que necesariamente los cónyuges hayan de residir en el propio término municipal o estar empadronados en el mismo barrio»[58].

---

54. El deber de convivencia y el concepto de convivencia como comunidad de vida es estudiado en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 noviembre de 1985 (RJ\1985\5908), en la que fue Ponente: Gómez de la Bárcena López, José María. Precisa la mencionada Sentencia que: «Entendida la convivencia conyugal propiamente dicha como manifestación de la comunidad de vida, obviamente compatible con la individual de cada esposo, es claro que puede resultar rota esa unidad a pesar de que marido y mujer sigan pernoctando bajo el mismo techo, como para otros efectos señala el artículo ochenta y siete, acertadamente invocado por la sentencia combatida; pues lo que da color a tal situación es el cumplimiento de los deberes de colaboración y auxilio (artículo sesenta y siete y sesenta y ocho), ...».

55. De Verda y Beamonte, J. R., *Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...op. cit..,* p. 89; López de la Cruz, L., «Matrimonio...*op. cit..,* p. 60.

56. Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia... op. cit..,* p. 61.

57. Monterroso Casado, E., *Derecho civil. Derecho de familia...op. cit..,* p. 69. En este punto López de la Cruz, L., precisa que: «No parece que exista impedimento legal alguno a que los cónyuges puedan tener domicilios distintos, siempre que ello no atente a las reglas relativas a la continuidad de vida y subsista un determinado proyecto de vida en común» («Matrimonio...*op. cit..,* pp. 60-61).

58. Lasarte Álvarez, C., y Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia... op. cit..,* p. 61.

Asimismo, el matrimonio tiene la consideración de unión voluntaria de los cónyuges y, aunque para constituir una comunidad de vida y un proyecto en común —personal y familiar—, resulta innegable que los cónyuges deben vivir juntos, lo cierto es que el legislador no ha pretendido imponer en todo caso la vida en común[59]. De ahí que este deber que va más allá del hecho de vivir juntos, requiera tanto de una convivencia física como de una voluntad interna, elementos que como bien sabemos son necesarios para que tenga lugar lo anterior, pero que en realidad y en determinados casos, aunque estos elementos no sean coincidentes, ello no supondrá un incumplimiento o ruptura del deber de convivencia. Así, el articulo 105 CC indica que: «No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores».

Para finalizar, en el ámbito penal el incumplimiento de este deber, sin motivo razonable y suficiente, podrá dar lugar a un delito de abandono de familia (art. 226 CP) y, en el ámbito civil podrá ser causa de desheredación (art. 855 CC).

4. Conclusiones

Como es sabido, desde la consideración jurídica del matrimonio, éste se concibe como acto o negocio jurídico y, como vínculo conyugal o estado, debido a que en su conceptualización tiene cabida una doble realidad distinta, esto es, «el momento de su celebración y el conjunto de relaciones jurídicas que con carácter permanente y estable dimanan del mismo»[60].

Dicho lo anterior, conviene precisar que la regulación de los requisitos para la celebración del matrimonio, la encontramos en el Capítulo II: «De los requisitos del matrimonio» (arts. 44 y ss. CC). Así, el CC en perfecta concordancia con el texto contenido en el artículo 32 CE, prevé en su artículo 44 que toda persona tendrá derecho a contraer matrimonio, teniendo éste idénticos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo, precisión última que sería integrada por Ley 13/2005, de 01 de julio. Requiriéndose la concurrencia de una serie de requisitos para que el matrimonio sea válido: requisitos referidos al consentimiento; a la capacidad de los contrayentes y; los que inciden en la forma matrimonial.

Por otra parte, los efectos personales del matrimonio comprenden una serie de derechos y deberes conyugales que en plano de igualdad para ambos cónyuges con carácter imperativo se encuentran determinados en los artículos 67 y 68 CC. Derechos—deberes que encuentran acomodo tanto en el artículo 32 CE, como en el artículo 66 CC y, que se encuentren presididos por el principio de igualdad jurídica de los cónyuges. Principio que reforzado por la utilización del vocablo «mutuamente» de los preceptos 67 y 68 CC otorga a dichos Derechos—deberes un carácter recíproco.

Estos deberes conyugales se concretan en: el deber de respeto; el de ayuda mutua —traducido en la colaboración y en la atención por parte de ambos cónyuges a las cargas familiares, afrontando cada cual distintos y diversos cometidos— y, el de actuar en interés de la familia, a los que se refiere el artículo 67 CC y, los deberes de convivencia; fidelidad y, socorro mutuo, regulados en el artículo 68 del mismo texto legal. Junto a estos deberes, se introduce por Ley 15/2005, de 08 de julio, un nuevo deber de contenido personal: la corresponsabilidad familiar, de forma que, ahora, también los cónyuges deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

De esta forma, la corresponsabilidad doméstica se concibe como la obligación de los cónyuges de repartir las responsabilidades familiares, referidas a la esfera doméstica y al cuidado de

59. Lledó Yagüe, F., Herrán Ortiz, A. I., Gutiérrez Barrenengoa, A., Monje Balmaseda, Ó., Urrutia Badiola, A. M., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio…op. cit..,* p. 70.

60. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Bosch, 2019, p. 221.

otros miembros de la familia y, por tanto, debe entenderse como una de las reglas básicas que rigen las relaciones familiares y, basarse en la continuidad, ya que de lo contrario nos encontraremos ante una forma de colaboración y no ante una corresponsabilidad plena.

Para finalizar, frente a la cuestión de sí estos deberes conyugales deben ser considerados como auténticos deberes jurídicos, dada la imposibilidad de solicitar o conseguir su cumplimiento forzoso, conviene precisar que lo anterior no significa que la violación de estos deberes no pueda generar ciertas consecuencias jurídicas, tal y como se prevé por la jurisprudencia menor. Y, además aunque el quebrantamiento de estos deberes no genera el «aparato coactivo» consiguiente al incumplimiento de las obligaciones en sentido técnico —arts. 1.088 y ss., CC—, ya que el conjunto de deberes conyugales alcanzan escasa relevancia en una situación de normalidad matrimonial, al encontrarse presidida ésta por un compromiso de convivencia asumido de forma voluntaria y por un sentimiento de afecto mutuo, lo cierto es que resulta evidente que sí acarrean consecuencias jurídicas propiamente dichas, como sería el caso, por ejemplo, de su incumplimiento que constituye causa de desheredación (art. 855 CC).

5. Bibliografía

Blasco Gascó, F. de P., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tirant Lo Blanch, 2022.

Calzadilla Medina, M.ª A., «La ausencia de corresponsabilidad en la realización de las tareas domésticas o de cuidados familiares en hogares de doble ingreso ante la crisis familiar», en Tomás Martínez, G; Vidu Afloarei, A., (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 107-137.

Carrasco Perera, Á., y **Ureña Martínez, M**., *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tecnos, 2023.

Casas Planes, M.ª D., «De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)», *Anuario de derecho civil*, Vol. 74, No. 2, 2021, pp. 407-542.

De Verda y Beamonte, J. R., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, IV, Tirant Lo Blanch, 2023.

Díez-Picazo, L., «El negocio jurídico del derecho de familia», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 212, No. 6, 1962, pp. 771-792.

Díez-Picazo, L., y **Gullón Ballesteros, A**., *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Tecnos, 2012.

Díez-Picazo, L., y **Gullón Ballesteros, A**., *Sistemas de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Tecnos, 1985.

Espín Canovas, D., *Manual de Derecho Civil español. Familia*, IV, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

Estellés Peralta, P. M.ª, «La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal», *Revista Boliviana de Derecho*, No. 27, 2019, pp. 100-133.

Fernández Gónzalez, M.ª B., «Los efectos personales en el matrimonio la corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad doméstica», en: Fernández González, M.ª B., (coord.); O'callaghan Muñoz, X., (pr.), *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, Dykinson, 2019, pp. 91-109.

García García, M.ª Á., «El deber de actuar en interés de la familia», *Revista de Derecho Privado*, No. 64, 1984, pp. 243-277.

Lasarte Álvarez, C., y **Sáinz-Cantero Caparrós, M.ª B**., *Principios de Derecho Civil*. *Derecho de Familia*, V, Marcial Pons, 2024.

López de la Cruz, L., «Matrimonio», en: López y López, A. M., (coord.), *Derecho de familia*, Tirant Lo Blanch, 2023.

Lledó Yagüe, F., Herrán Ortiz, A. I., Gutiérrez Barrenengoa, A., Monje Balmaseda, Ó., Urrutia Badiola, A. M., *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno I. El matrimonio y situaciones análogas de convivencia. Crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, Dykinson, 2012.

Monterroso Casado, E., *Derecho civil. Derecho de familia*. Centro de Estudios Financieros, 2023.

O'callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Derecho de la familia*, IV, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2022.

Olmedo Cardenete, M. D., «Matrimonio y libertad sexual (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de enero de 1997)», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 1, 1998, pp. 1870-1878.

Ossorio Serrano, J. M., «Efectos del Matrimonio», en: Sánchez Calero, F. J., (coord.), *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, IV, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 93-99.

Romero Coloma, A. M.ª, «El incumplimiento de deberes conyugales como causa de desheredación», *Diario La Ley*, No. 8058, 2013, pp. 1-11.

Verdera Izquierdo, B., «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 1, 2016, pp. 1-57.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Bosch, 2019.

CAPÍTULO 2

LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA CRISIS CONYUGAL O DE PAREJA. EN ESPECIAL, LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS

Ana Isabel Berrocal Lanzarot

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

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO Y SU GUARDA Y CUSTODIA. 3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 3.1. Existencia de hijos menores de edad no emancipados. 3.2. La atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida. 4. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD. 4.1. Concepto y fundamento de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad. 4.2. Sujetos activos y pasivos de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad. 4.3. El contenido y la cuantía de los alimentos a los hijos menores de edad. Recursos económicos, necesidad y proporcionalidad. 4.4. La exigibilidad de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad. Irretroactividad. 4.5. La modificación, suspensión y extinción de la medida de pensión de alimentos a los hijos menores de edad no emancipados. 4.6. El delito de impago de pensiones. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Consideraciones previas

Las crisis matrimoniales pueden tener lugar por nulidad —da lugar a la declaración de invalidez del matrimonio—; por separación —en la que se suspende la convivencia de los casados sin cuestionar la validez del matrimonio, ni su disolución—; y, por divorcio —que determina la extinción sobrevenida de un vínculo matrimonial válido—.

Por otra parte, la Ley 5/2005, de 8 de junio reforma las causas de separación o divorcio en un doble sentido: se establece como única causa de separación o divorcio la mera voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos de no querer seguir conviviendo o continuar casados con un límite temporal de tres meses desde la celebración del matrimonio —salvo que la separación o el divorcio sea prestado por uno de los cónyuges, quedando, mediando malos tratos, en cuyo caso no será necesario esperar el trascurso de dicho plazo—; y, en segundo lugar, no será necesaria una fase previa de separación.

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

A su vez, la separación o el divorcio judicial puede ser: de mutuo acuerdo —en cuyo caso debe acompañarse la demanda de una propuesta de convenio regulador (principio de autonomía) que deberá ser aprobado por el Juez, salvo que sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (artículos 81.1, 86 y 90.2 del Código Civil)—; o ser contencioso que tendrá lugar cuando no haya acuerdo entre los cónyuges (artículo 90.3 del Código Civil) y el demandante presente una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o el divorcio (artículos 81.3.°.II y 86 del Código Civil), de la cual se dará traslado a la parte demandada para que conteste a la demanda, decidiendo el juez lo que proceda[1].

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

En este contexto, tanto si se tratan de medidas definitivas en sentencia fijadas como de convenio regulador se adoptarán las siguientes medidas: **personales:** guarda y custodia de los hijos y el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viven habitualmente con ellos (régimen de visitas); relaciones familiares de los nietos con sus abuelos, parientes o allegados; y, **patrimoniales:** la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar; pensión compensatoria[2], pensión de alimentos y la compensación para el trabajo

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

2. La pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges, condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el art. 97 del CC, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 100/2020, de 20 de febrero; 418/2020, de 13 de julio; 807/2021, de 23 de noviembre; 435/2022, de 30 de mayo y 1429/2023, de 17 de octubre, entre otras). Asimismo, la pensión compensatoria entra de lleno en el marco de las facultades dispositivas que corresponden a los cónyuges, los cuales cuentan con la posibilidad de configurarla jurídicamente de la forma que estimen oportuna. Son, por lo tanto, perfectamente válidos los pactos relativos a su renuncia, cuantía, revisión, límites temporales, capitalización etc., siempre claro está que reúnan los requisitos de validez de todo pacto libremente concertado (sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, 572/2015, de 19 de octubre, 392/2015, de 24 de junio, 615/2018, de 7 de noviembre, 102/2022, de 2 de febrero, 130/2022, de 21 de febrero, y 904/2023, de 6 de junio, entre otras).
Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de septiembre de 2012 (Roj. STS 7070/2012; ECLI:ES.TS:2012:7070); y, de 15 de noviembre de 2013 (Roj. STS 5579/2013;

de la casa[3]; y, el destino de los animales de compañía —teniendo en cuenta el interés de los

ECLUI:ES:TS:2013:5579) permiten que pueda decidirse en un procedimiento de separación o divorcio si existe o no derecho a la pensión compensatoria, aun cuando la parte demandada no haya formulado demanda reconvencional de forma expresa para solicitarla. Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016 (Roj. STS 2574/2016; ECLI:ES:TS:2016:2574) señala que la pensión que solo es posible establecer pensión compensatoria, si se solicita en la demanda de separación o divorcio o mediante reconvención expresa, tal y como exige el artículo 770.2 de la LEC; y añade que, la pensión compensatoria no puede solicitarse en un procedimiento de modificación de medidas; y, de 6 de mayo de 2025 (Roj. STS 2081/2025; ECLI:ES:TS:2025:2081) indica, asimismo, «no cabe concluir que la petición de pensión compensatoria formulada por la demandada puede estimarse a pesar de que no se planteó en forma de reconvención en el escrito de contestación a la demanda. Dicha omisión no constituye un mero defecto formal subsanable, sino un incumplimiento sustancial de una exigencia procesal cuyo respeto es imprescindible para la válida articulación del contradictorio y para garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa. El artículo 770.2 de la LEC establece de manera clara y categórica que la reconvención en los procesos matrimoniales deberá formularse con la contestación a la demanda, permitiendo al actor un plazo de diez días para oponerse. La solicitud de una pensión compensatoria por parte del cónyuge demandado encaja de manera inequívoca dentro del supuesto contemplado en la letra d) del citado precepto: se trata de una medida definitiva no solicitada en la demanda y respecto de la cual el tribunal no puede pronunciarse de oficio. Por tanto, su inclusión en el proceso exige la formulación expresa de una reconvención».
De nuevo, en la sentencia del citado Alto Tribunal y Sala, de 31 de octubre de 2024 (Roj. STS 5604/2024; ECLI:ES:TS:2024:5604) se admite la pensión compensatoria, aunque no se formuló reconvención pues «el recurrente no explicitó, con respecto a la pensión compensatoria, en qué consistió esa alegada merma o privación de su derecho de defensa, dado que los elementos, para la determinación del desequilibrio económico y cuantificación del importe de la pensión (artículo 97 del Código Civil), se encontraban en los autos, eran perfectamente conocidos por el demandante, en tanto en cuanto los aportó al proceso en la base fáctica de su escrito de demanda, razonó sobre ellos, y propuso, al respecto, prueba documental que se admitió. Tampoco se vio sorprendido por tal pretensión, toda vez que la demandada expresamente solicitó su fijación, y gozó el recurrente de plurales oportunidades procesales para formular su oposición a su determinación judicial. Por todo ello, consideramos que, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, el recurso no puede ser estimado en este extremo impugnatorio». Sin embargo, considera que «cuestión distinta es la relativa a la indemnización del artículo 1438 del Código Civil, dado que la demanda no contiene una concreta base fáctica respecto a su determinación, ni el demandante la aportó para cuestionar su procedencia, con razonamiento sobre sus presupuestos fácticos y jurídicos, de manera que pudiera entenderse razonablemente que introdujo su determinación como objeto del proceso, lo que, desde luego, no puede considerarse acreditado. (...) Su condición de pretensión dependiente de las facultades dispositivas de las partes es indiscutible. La demandada no formuló reconvención conforme a lo establecido en el artículo 770.2 d) de la LEC. Los elementos configuradores del nacimiento de dicha pretensión indemnizatoria y su cuantificación no fueron realmente sometidos a contradicción y cabe apreciar, en este caso, lesión del derecho de defensa del demandante». Por consiguiente, la Sala, entiende que «tal cuestión quedó al margen del proceso, y, en este sentido, la audiencia fue incongruente al pronunciarse sobre ella, lo que determina la estimación del recurso en este extremo».

3. Sobre la compatibilidad entre la compensación por el trabajo para la casa y la pensión compensatoria, *vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019,5090); y, de 21 de febrero de 2024 (JUR 2024,62578). Y respecto a la valoración de la precariedad en las condiciones de trabajo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 29 de septiembre de 2020 (RJ 2020,3770) declara que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el art. 1438 del CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Con este pronunciamiento, «se adapta la jurisprudencia de esta sala, recogida entre otras en sentencias 534/2011 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado "por cuenta ajena"».

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

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

En los demás, el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Salas de Gobierno, podrá acordar que, en aquellos Tribunales de Instancia donde no hubiere una Sección de Familia, Infancia y Capacidad y sea conveniente por razón de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en este artículo corresponda a uno de los jueces, juezas, magistrados o magistradas de la Sección Civil, o Civil y de Instrucción que constituya una Sección Única, determinándose en esta situación que ese juez, jueza, magistrado o magistrada conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias (artículo 86.3 de la LOPJ). Por otra parte, en los partidos judiciales en que exista un Tribunal de Instancia con Sección Única integrada por una sola plaza judicial, el juez o jueza que la ocupe será quien asuma el conocimiento de los asuntos de familia cuando no se hubiere creado una Sección de Familia, Infancia y Capacidad (artículo 86.4 de la LOPJ).

En todo caso, serán los actuales Juzgados de Primera Instancia de grandes partidos judiciales dedicados en exclusiva a atender los asuntos de familia y capacidad, los que se transformen en la nueva sección (Disposición Transitoria 7.ª de la LOESP).

Las materias sobre las que se proyecten su conocimiento estas nuevas secciones vienen enumeradas en el artículo 86.5 de la LOPJ y son las relativas: a) Al matrimonio y a su régimen económico matrimonial y las que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar y otras acciones derivadas de la crisis matrimonial o de la unión de hecho; b) Las que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos o hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos o hijas menores; c) Las relativas a modificación de medidas adoptadas en los procesos que versen sobre las materias previstas en las letras anteriores; d) Las que versen sobre maternidad, paternidad, filiación y adopción; e) Las relativas a los alimentos entre parientes; f) Las relativas a las relaciones paternofiliales; g) Las que versen sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, incluyendo los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico; h) Las relativas a la protección del menor, incluidas las que sean objeto de los procedimientos regulados en los artículos 778 bis y 778 ter y los capítulos IV bis y V del título I del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; i) La oposición a las resoluciones y actos de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en materia de Registro Civil que se tramitan por el procedimiento del artículo 781 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; j) Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y familia, con excepción de los regulados en los capítulos IX y X del título I de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; k) Las que versen sobre el reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial; l) El reconocimiento y la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales extranjeras civiles sobre menores, familia y medidas de apoyo; m) Los procesos para la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil; y,

A la luz de esta doctrina jurisprudencial debemos declarar que el caso enjuiciado difiere esencialmente de la doctrina jurisprudencial esgrimida, dado que el recurrido Sr. Benjamín no consta que trabajase con mayor intensidad en el trabajo para la casa, por lo que mantuvo intacto su desarrollo profesional. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2020 (RJ 2020,3770) no procede la aplicación del artículo 1438 del Código Civil, pues, trabaja como autónomo con un salario adecuado en la farmacia adquirida por la ex esposa. Al respecto, no consta que trabajase con mayor intensidad para la casa. Se mantiene su desarrollo profesional.

n) Cualesquiera otras materias civiles relativas a la familia o la protección de la infancia o las personas con discapacidad.

En esta LOESP, asimismo, se regula la necesidad de acudir a un Medio Adecuado de Soluciones de Controversias (MASC) como presupuesto previo a la admisión de la demanda. Estos MASC son la negociación *inter partes* o entre sus abogados, mediación, conciliación, oferta vinculante, opinión de un experto independiente o proceso de Derecho colaborativo[4].

En algunos supuestos, se impone como obligatorio, de forma que si no se acredita haber intentado un MASC (artículos 264.4 y 393.3 II de la LEC), conlleva la inadmisibilidad de la demanda (artículos 403.2 de la LEC).

El artículo 4.1 II de la LOESP dispone al respecto que: *«no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, pero sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado». Si bien «las partes pueden alcanzar acuerdos totales o parciales. En el caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia»* (artículo 4.1 de la LOESP).

Asimismo, el artículo 5.1 de la LOESP dispone que *«en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias»*. De ahí que, se exija actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la LEC con excepción de los que tengan por objeto las siguientes materias: a) La tutela judicial civil de derechos fundamentales; b) La adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; c) La adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; d) La filiación, paternidad y maternidad; e) La tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; f) La pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; y, h) El juicio cambiario. Asimismo, no será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la interposición de una demanda ejecutiva, la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, la solicitud de diligencias preliminares ni para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, con excepción de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, así como de los de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. Tampoco será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para presentar la petición de requerimiento europeo de pago conforme al Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, o solicitar el inicio de un proceso europeo de escasa cuantía, conforme al Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (artículo 5.2 y 3 de la LOESP).

4. Ortuño P. «La introducción de los MASC», *Diario LA LEY, Sección Tribuna, 30 de mayo de 2025*, p. 3 señala que «la integración de los MASC en el sistema de justicia presupone una actitud abierta a nuevas fórmulas alternativas e imaginativas». Y añade que «Por esta razón la mediación y los otros métodos de resolución de controversias deben incorporarse al sistema de justifica y deben ser conocidos y practicados por todas las personas, especialmente por la abogacía y otras profesiones que operan en el campo del derecho, sin perjuicio que se atribuyan a la administración de justicia tradicional aquellos casos en los que se necesita una decisión de autoridad inapelable e indiscutible, o cuando los componentes jurídicos sean esenciales».

Atendiendo a tales bases normativas, cabe plantear si es necesario un MASC previo antes de interponer la demanda de separación o divorcio. Para Banacloche Palao es partidario de su no necesidad. Entiende que las materias que versen sobre el estado civil (matrimonio, capacidad, filiación) o en la que estén implicados menores no son disponibles por las partes. Además, la aparente contradicción entre los artículos 4.1 y 5.2 de la LOPESP se salva porque si este último «no menciona los procesos de separación y divorcio o los relacionados con menores como excluidos de MASC, es porque no resulta necesario, al estar ya contenido en el artículo 4.1». No obstante, considera el autor que «hubiera sido más claro y conveniente que el legislador los hubiera enumerado en la lista de excluidos del artículo 5.2 de la LOESP, pero el mero hecho de que no estén no significa que requieran MASC previo, porque dicho precepto debe conectarse e interpretarse sistemáticamente con el anterior y de esto se deduce claramente que los procesos de separación, divorcio, menores y relacionados no necesitan actividad negociadora previa». En todo caso, para el citado autor, en el supuesto que se exigiese en estos procesos un MASC previo como requisito de procedibilidad, su no interposición conllevaría la no admisión de la demanda conforme el artículo 403.2 de la LEC; lo que no impide la posibilidad de solicitar la subsanación y sería el Letrado de la Administración de Justicia el que debería dar un plazo para subsanar, manteniendo entretanto en suspenso la admisión de la demanda[5].

Recientemente, se han pronunciado los jueces de Familia Madrid capital aprobando por mayoría una serie de criterios orientativo en relación con el requisito de procedibilidad establecido en la LOESP y que opera en sentido contrario al expuesto. En concreto, un total de cuatro: 1. **Sobre el ámbito objetivo de aplicación del requisito de procedibilidad:** indican que: de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 2 del título II de la LOESP se considera que el requisito de procedibilidad consistente en la necesidad de acudir precisamente a algún medio adecuado de solución de controversias (MASC) de las previstas en el artículo 2 del mismo título es exigible en los procesos de separación, divorcio, nulidad, medidas paternofiliales referidas a los hijos/as no matrimoniales y, en general, a todos los procesos especiales en materia de familia y menores comprendidas en el capítulo 2.º del Título I del Libro IV de la LEC, excepto las expresamente mencionadas en los apartados 2 y 3 del citado precepto.

En particular, se considera también exigible acudir previamente a una actividad negociadora de los MASC, previstas legalmente, para que sea admisible la interposición de la demanda de solicitud de medidas procesales previas del artículo 771 de la LEC, las cuales, a estos efectos, en ningún caso pueden asimilarse a las medidas cautelares previas a la demanda reguladas en los artículos 721 y siguientes de la LEC, al deber considerarse aquellas, a todos los efectos, un proceso especial autónomo e independiente de la demanda posterior. Si bien, no obsta a dicha interpretación el tenor literal del párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 4 del Título II de la LOESP, que parece abocar a la inexigibilidad del requisito de procedibilidad en relación con los conflictos que versen sobre materias indisponibles para las partes, como algunas de las afectantes a los hijos menores comunes, pues tal interpretación haría inaplicable el requisito a todos los procesos en que se ventilan pretensiones indisponibles relativas a hijos menores y dejaría prácticamente vacía de contenido la reforma en materia de familia y menores, conclusión que no es coincidente en absoluto con la *«voluntas legislatoris»*. De ahí que, entiendan los citados jueces que, «aun admitiendo que genera dudas hermenéuticas por la deficiente técnica legislativa empleada (regla general referida a materias, a su vez excepcionada con matices, seguida

5. Banacloche Palao, J. «Los procesos de familia tras la Ley Orgánica 1/2025: ¿qué sucede con el juez competente, el "MASC" previo y la vista en el juicio verbal?», *Diario LA LEY, número 10696, sección Doctrina, de 2 de abril de 2025*, pp. 5-6. El auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 28 de mayo de 2025 (Roj. AAP 397/2025; ECLI:ES:APV:2025:397A) señala respecto del ámbito temporal de los MASC la fecha de presentación de la demanda, fecha taxativa, y no de su registro o reparto; y, el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8ª,de 18 de julio de 2025 (Roj. AAP A 253/2025; ECLI:ES:APA: 2025:253A) dispone que no hay obstáculo para que la forma de remisión de la oferta sea mediante el correo electrónico dado que colma las exigencias del artículo 17 de la LOESP). En similares términos, el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 23 de julio de 2025 (Roj. AAP MA 538/2025; ECLI:ES:APMA:2025:538A).

de regla general relativa a procesos especiales, a su vez con excepciones), ciertamente, la indicación del artículo 4.1 párrafo 2.º que "si será posible su aplicación (en referencia a los MASC) en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código civil, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado" ha de interpretarse no en el sentido de entender que, respecto de tales medidas, es facultativo para las partes hacer o no uso de los MASC (lo cual es procedente porque la aplicación de las normas procesales, y esta lo es, no pueden dejarse a la libre voluntad de las partes al ser normas de orden público), sino, en el más ajustado a la voluntad del legislador, esto es, considerar que la Ley persigue dejar claro ("(....) sí será posible su aplicación...") que es preceptivo también el requisito de procedibilidad para dichas materias; dado que, aun refiriéndose algunas de dichas medidas a materias indisponibles, se establece en el propio precepto una salvaguarda judicial que impedirá a las partes acordar medidas de carácter indisponible contrarias al interés superior de los menores». A esto añaden que «la autoridad judicial podrá denegar su aprobación, ex artículo 90 del Código Civil, como se desprende del inciso final del párrafo citado ("(...), sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado") que, además, presupone que si se habla de homologación del acuerdo alcanzado en el MASC es porque el mismo debe seguirse, lo cual, por otra parte, no representa ninguna excepcionalidad, porque es lo mismo que ocurre cuando las partes pactan en los procesos contenciosos sobre materias indisponibles y la validez de tales acuerdos precisa, para su validez, de la previa aprobación judicial»; 2. **Sobre la posible subsanación de la demanda en relación con este requisito de procedibilidad**: manifiestan que «la falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad, para la admisibilidad de la demanda, de acudir previamente a alguno de los MASC previstos en el artículo 2 del Título II de la LOESP, excepto en los procesos y materias excluidos expresamente, dará lugar a la inadmisión a trámite de la demanda, sin necesidad de conferir a la parte demandante la posibilidad de subsanar este defecto procesal de la demanda en un determinado plazo». Se estima, además que «de concederse a la parte actora un plazo para subsanar el no cumplimiento del requisito de procedibilidad, sería necesario otorgar a la misma un plazo no inferior a cuatro meses para que se pudiera seguir el MASC elegido con respeto a los plazos máximos previstos en el artículo 10 del título II de la Ley (artículo 10.4 a) y c), lo que resultaría un plazo completamente irrazonable, que desnaturalizaría el requisito de procedibilidad, al no poder subsanarse el mismo en el plazo de 10 días que en la práctica forense suele concederse a las partes conforme al artículo 231 de la LEC y podría acarrear otras disfunciones, como las derivadas de las fecha de presentación de la demanda y efectos jurídicos anudados a la admisión de la misma». En todo caso, será «subsanable la falta de acreditación del intento de negociación y/o terminación del proceso sin acuerdo por no aportación de alguno de los documentos a que se refiere el artículo 10 del Título II de la LOESP o no contener los presentados todas las circunstancias que deben constar en los mismos»; 3. **Sobre el supuesto de imposibilidad de llevar a cabo un proceso de negociación previa a la vía judicial conforme a lo establecido en los artículos 399.3 párrafo 2.º y 264.4.º de la LEC; y, 4. Sobre la utilización del MASC previsto en el artículo 17 del Título II de la LOESP** (oferta vinculante confidencial)[6].

6. *Vid*., asimismo, el Acuerdo de unificación de criterios de los Jueces de Primera instancia de Barcelona adoptados el 12 de marzo de 2025 para la aplicación de un intento previo de solución extrajudicial de conflicto en su ámbito; también los jueces de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria han acordado unificar criterios en relación con la aplicación del requisito de procedibilidad de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), introducido por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, en su artículo 10. La decisión, adoptada el 3 de abril de 2025 en Junta de Jueces, busca ofrecer seguridad jurídica y una interpretación coherente de una norma que afecta directamente al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. Entre ellos, cabe citar que, no cabe subsanar la ausencia del intento de MASC, aunque sí puede corregirse la falta de su acreditación documental. Permitir su subsanación supondría vaciar de contenido el espíritu de la ley.
Por su parte, se ha celebrado fórum de unificación de criterios de los Letrados de la administración de justicia destinados en los Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Barcelona en la jurisdicción civil, los días 20 y 21 de marzo de 2025, fueron adoptados los siguientes criterios: REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD Ámbito de aplicación. Conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la LO 1/2025 es necesario actividad negociadora previa a la vía judicial en todos los procesos declarativos del libro II y en

Por su parte, los jueces de los Juzgados Mixtos de Zamora el 2 de abril de 2025 entienden que procede la obligación de los MASC en medias provisionales previas a la demanda. Asimismo, en la Propuesta de unificación de criterios de Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia sobre la incidencia de los MASC en los procesos de jurisdicción civil en fecha también del 2 de abril de 2025 concretan que: en el ámbito del Derecho de Familia, los MASC deben resultar de aplicación a los procedimientos de familia como la separación, el divorcio, la nulidad matrimonial y las medidas paterno-filiales, abarcando no sólo las pretensiones principales —como la disolución del vínculo matrimonial o la guarda y custodia— sino también las medidas accesorias, tales como el uso de la vivienda familiar, o la pensión alimenticia. Con ello, se interpreta que los MASC garantizan que, en los conflictos familiares que, que a menudo conllevan una alta carga emocional, puedan resolverse mediante el diálogo, evitando una confrontación judicial innecesaria. También entienden que resulta preceptiva la intervención de los MASC en las medidas provisionalísimas del artículo 771 de la LEC, así como la posterior homologación judicial de los acuerdos tomados en el Derecho de Familia. En fin en la Unificación de Criterios de los Jueces de Instancia de Castellón de 1 de agosto de 2025 disponen que los procedimientos en los que resulta necesario acudir a un MASC se impone como requisito de procedibilidad en: los de nulidad, separación, divorcio, asimismo, en medidas de guarda y custodia y modificación de medidas contenciosas; en medidas previas del artículo 771 de la LEC y medidas provisionales coetáneas a la demanda; en el régimen de visitas del artículo 160 del Código Civil; en la formación de inventario y liquidación de la sociedad de gananciales, y en procedimientos de jurisdicción voluntaria por desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad.

Asimismo, el decano Eugenio Ribón y la vicedecana Isabel Winkels del Ilustre Colegido de Abogados de Madrid (ICAM) han solicitado la suspensión urgente de la Ley de Eficiencia en los

los procesos especiales del libro IV de la LEC, con las excepciones previstas en la ley. No se considera necesario el cumplimiento del requisito de procedibilidad en los casos de: interposición de demanda reconvencional, por estar ya abierta la vía judicial; interposición de demanda de procedimiento ordinario por oposición en el procedimiento monitorio, puesto que ya se ha debido cumplir con carácter previo a la solicitud de este; interposición de demanda de procedimiento ordinario o transformación en juicio verbal por oposición en el procedimiento monitorio europeo, puesto que está eximido el procedimiento inicial, y en consecuencia, también las actuaciones posteriores. Se considera que sí es necesario el cumplimiento del requisito de procedibilidad en el caso de interposición de demanda con solicitud de medidas cautelares coetáneas, puesto que estas no están excluidas. Procedimientos de familia: Solo se exigirá el cumplimiento de un MASC en los casos en que comience el procedimiento como medidas previas y se presente posterior demanda de procedimiento contencioso en el plazo de 30 días. Conforme al artículo 4 es posible su aplicación a los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil, sin perjuicio de la homologación del acuerdo alcanzado. Si en la demanda de medidas provisionales previas se incluye alguna cautelar del artículo 158 del CC se dará cuenta al Juez conforme a lo dispuesto en el artículo 771.2 2.º de la LEC. El artículo 5.2.b) de la LO excepciona la adopción de medidas del artículo 158 del CC. En estos casos no es necesario presentar documento acreditativo de haber acudido a la actividad negociadora previa. Si no se aprecian circunstancias del artículo 158 del Código Civil, se dictará diligencia de ordenación en base al artículo 254 de la LEC reconduciendo el procedimiento a medidas previas, con exigencia de MASC.

En todo caso, la AEAFA alerta al Ministerio de los «riesgos» a los que se está exponiendo a los niños o adolescentes por exigir un MAS antes de interponer una demanda judicial para fijar la pensión de alimentos el régimen de custodia y visitas o el uso del domicilio familiar: imponer un MASC antes de poder garantizar sus derechos más básico como la alimentación o contacto con ambos progenitores, dilata innecesariamente la resolución de situaciones de alta conflictividad y vulnerabilidad y expone a los menores a una incertidumbre que les perjudica mucho; la AEFA denuncia la disparidad de criterios de los juzgados a la hora de aplica la norma; y los abogados de familia reclama una reunión urgente con el ministro de Justicia (Diario LA LEY 7 de mayo de 2025).

Para Santos Echevarría R. «Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de Medidas de Eficiencia del Servicio Público de Justicia: Un nuevo requisito de intento de solución extrajudicial», *Diario LA LEY, número 10712, abril de 2025*, p. 4 «la comparativa con el resto de naciones europeas sugiere que, bien implementado, el requisito de intento pueda reducir litigiosidad y denuncias, para exigir un cambio de mentalidad y, sobre todo, recursos económicos y humanos, en el plano institucional».

procedimientos de familia que afecten a menores ante los efectos negativos que la aplicación de esta nueva Ley está provocando en el ámbito del Derecho de Familia. Al efecto se denuncia que la imposición obligatoria de los medios adecuados de solución de controversias (MASC) está generando retrasos injustificados, inseguridad jurídica, aumento de la litigiosidad y en muchos casos, una situación de desprotección flagrante para niños, niñas y adolescentes implicados en procesos de especial sensibilidad, cono la fijación de custodia, pensiones de alimentos o regímenes de visitas.

Asimismo, en este contexto, procede indicar que se ha aprobado el Real Decreto-Ley 422/2025, de 3 de junio, por el que se dotan de nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer y se crean Secciones de Violencia contra la infancia y la Adolescencia, a la par que se amplia y modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal[7].

Por razones de espacio, el presente estudio únicamente se va a centrar en el análisis de las medidas patrimoniales relativas a la pensión de alimentos. Si bien, nos parece oportuno con carácter previo aludir brevemente a lo que representa el interés del menor como principio prevalente en el Derecho de Familia, su canon de razonabilidad procesal; asimismo, a las medidas que representa la guarda y custodia de los hijos menores de edad; y, atribución del uso de la vivienda que, precisamente, como medida económica puede condicionar la prestación de alimentos en relación a su cuantía. No obstante, únicamente nos referiremos a cómo opera esta última en relación con los hijos menores no emancipados y, la guarda y custodia compartida.

2. Interés superior del menor de edad no emancipado y su guarda y custodia

La patria potestad supone un conjunto de derechos y deberes enumerados en el artículo 154 del Código Civil así: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes; y, 3. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. La titularidad y el ejercicio como regla general corresponden conjuntamente a ambos progenitores —patria potestad dual—.

Ahora bien, ante la ruptura de la convivencia y siempre velando por el interés del menor, la titularidad sigue correspondiendo a ambos, salvo privación de la patria potestad[8]; no así el ejercicio, esto es, la convivencia diaria con el menor y su cuidado directo, como la adopción de decisiones ordinarias y cotidianas que corresponderá al progenitor que tiene atribuida la guarda

7. BOE, número 134, de 4 de junio de 2025, pp. 72962 a 73023.

8. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2024 (JUR 2024,40724) privación al padre que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, pero que, desde entonces, no ha mantenido ningún contacto con él, ni nunca se ha preocupado por su manutención o bienestar. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486030) declara improcedente la privación al padre de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (impago de pensiones alimenticias e incumplimiento del régimen de visitas). Ciertamente, los pagos de las pensiones no han sido inexistentes y no se ha consolidado una falta absoluta de comunicación y de trato del padre con la niña; de manera que, no se da una situación de ausencia de vinculación que justifique por el momento adoptar una medida tan excepcional. No obstante, en interés de la niña, dado los problemas que refiere la madre en la vida cotidiana para la toma de decisiones que afectan a la menor por falta de colaboración del padre, procede atribuir a la progenitora el ejercicio exclusivo de todas las funciones inherentes a la patria potestad durante el plazo de 2 años (y no sólo de las relativas a la salud u escolarización, como dispuso la Audiencia). Ahora bien, no procede la suspensión total del régimen de visitas por incumplimiento por el padre del sistema aprobado judicialmente en el que se preveía una progresividad que finalizaría con la pernocta. De ahí, que se deje sin efecto la pernocta.

y custodia; todo ello, sin perjuicio de la adopción de decisiones de mayor importancia (ejercicio extraordinario) que requiera el consentimiento de ambos progenitores (ejercicio compartido), salvo que con carácter excepcional las partes hayan pactado o el juez haya decidido que la patria potestad sea ejercida exclusivamente por uno de los progenitores (artículo 92.4 del Código Civil). No obstante, es posible que el juez considere pertinente atribuir la guarda y custodia a un tercero por exigirlo el interés superior del menor (artículo 103 del Código Civil).

Al respecto, la jurisprudencia constitucional considera que «el interés superior del menor es 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», según lo previsto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º; 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4.º; 28/2024, de 27 de febrero, FJ 5.º; 53/2024, de 8 de abril: y 82/2024, de 3 de junio, FJ 2.º)[9]. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 129/2024, de 5 de febrero, cuya doctrina reproduce y ratifica la sentencia de este mismo Alto Tribunal 234/2024, de 21 de febrero aborda el significado del interés superior del menor y pone en evidencia su trascendencia en la decisión de los procesos en que se adoptan medidas referentes a los niños y a las niñas, al considerarlo: (i) Como un principio axiológico preferente en la interpretación y aplicación de las normas; (ii) Un concepto jurídico indeterminado; (iii) Una regla de orden público (iv) Un límite indisponible a la autonomía de la voluntad de los progenitores; (v) Un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de armonizarlo con los otros intereses convergentes; (vi) Su determinación exige una motivación reforzada sobre la ordinaria de toda resolución judicial; (vii) Constituye un instrumento de flexibilización del rigor procesal; (viii) Es susceptible de apreciación mediante el auxilio de ciencias extrajurídicas como la psicología; y (ix) Fiscalizable a través del recurso de casación[10].

Por otra parte, en la apreciación del interés superior del menor se exige un canon de motivación especialmente reforzado cuando se encuentre afectada la esfera personal y familiar de un niño o de una niña (sentencias del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero; 53/2024, de 8 de abril y 126/2024, de 27 de noviembre). De igual manera, se expresa la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sus sentencias 984/2023, de 20 de junio; 129/2024, de 5 de febrero; 754/2024, de 28 de mayo; y 981/2024, de 10 de julio, entre otras muchas. Es decir, que el deber de motivar las sentencias (artículos 120.3 de la CE; 209.3 y 218.2 de la LEC, así como artículo 248.3 de la LOPJ), cuando afecten a los menores en los procesos judiciales, requiere de los órganos jurisdiccionales un esfuerzo mayor, más intenso y completo, en la ponderación de las circunstancias concurrentes que el nivel ordinario de justificación del proceso causal que conduce al fallo exigible en los otros procesos de distinta naturaleza[11].

9. En todo caso, es a los órganos judiciales a quienes corresponde delimitar el contenido del interés superior del menor en cada caso ofreciendo para ello, dada la afectación de un principio superior de nuestro ordenamiento, una motivación reforzada (sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5.º; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6.º; y, 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2.º, entre otras).

10. Asimismo, *vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 413/2014, de 20 de octubre; 157/2017, de 7 de marzo; 578/2017, de 25 de octubre; 18/2018, de 15 de enero; 648/2020, de 30 de noviembre; 548/2021, de 19 de julio; 577/2021, de 27 de julio; y 984/2023, de 20 de junio, entre otras.

11. Precisamente, este canon de motivación *ex* art. 24.1 de la CE es reforzado cuando las resoluciones afectan o inciden sobre los valores superiores del ordenamiento constitucional o derechos fundamentales sustantivos. En reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que «cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del art. 24.1 CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que

De ahí que, las manifestaciones y la voluntad expresada por los menores deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica y según la lógica y la experiencia del juzgador y que, el Alto Tribunal, Sala de lo Civil haya negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Asimismo, señala que, resulta relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores. En definitiva, la voluntad libremente emitida debe ponderarse en función del interés superior del menor (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, 93/2018, de 20 de febrero; y, 705/2021, de 19 de octubre, entre otras muchas).

Por su parte, el artículo 2.2 de la LOPJM establece que, a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: a) La protección de sus necesidades básicas, «tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas»; y c) «La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia». Precisamente, el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se hace eco de los graves perjuicios que las conductas violentas generan sobre los menores, en línea con los textos internacionales, como la resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166 (INI)), que en su apartado N, exige la garantía del que el interés superior del menor sea la consideración primordial para determinar los derechos de custodia y visita en los casos de separación[12].

---

nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza». La obligación de motivación exige aquí la exteriorización del «nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución», no teniendo así cabida «una motivación estereotipada» (sentencias 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2.º a) (ii); y, 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 2.º). Ahora bien, se añade que, este deber de motivación reforzada es múltiple, pues este canon lo es exigido en asuntos relacionados con el principio del interés superior del menor por cuanto tiene su proyección constitucional en el art. 39 de la CE, pero también cuando se ha alegado la afectación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 de la CE (sentencias 173/2013, de 10 de octubre, FJ 3.º; y, 4872024, de 8 de abril, FJ 5.º); y, en contextos de violencia contra la mujer (sentencia, 115/2024, de 23 de septiembre, FFJJ 3.º Y 4.º). En otros términos, el deber de motivación reforzada que impone el citado art. 24.1 de la CE a aquellas decisiones que afectan o inciden en el interés superior del menor se proyecta, lógicamente, sobre las resoluciones judiciales, provisionales o definitivas, de atribución y ejecución de los regímenes de guarda, custodia y visitas. En estos casos, los jueces y tribunales deben hacer constar expresamente en sus resoluciones la ponderación de todos los bienes y derechos en juego, teniendo siempre presente el interés superior del menor, en cuya identificación habrán de tener en cuenta, entre otros aspectos, su deber de prevenir y protegerle contra la violencia, sea el o la menor víctima presencial o instrumental.

12. Es doctrina constitucional consolidada que, cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* (sentencias 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2.º; y 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4.º). En este sentido, ha afirmado el Tribunal Constitucional que en la atribución y ejecución de los regímenes de guarda, custodia y visitas el interés superior del menor ha de operar como contrapeso de los derechos de cada progenitor (sentencias 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6.º; y, 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2.º). Y ello también se predica tanto de la toma de decisiones provisionales, en el marco de la adopción de medidas cautelares, como en la adopción de decisiones definitivas.
Asimismo, dispone, al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 53/2004, de 8 de abril, FJ 3.º que «es doctrina consolidada de este tribunal el deber de todos los poderes públicos de atender "de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público (...) incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas pro-

Asimismo, se ha reiterado en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 281/2023, de 21 de febrero; 981/2024, de 10 de julio; y 1149/2024, de 18 de septiembre, que el interés del menor no puede concebirse: «mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta. O, dicho de otro modo, no puede fijarse *a priori* para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias».

Existe, pues, un amplio consenso sobre que, en todas las decisiones relativas a los niños, debe prevalecer su interés superior (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2010, asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza, § 135; de 26 de noviembre de 2013, asunto X c. Letonia, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 2003, asunto Sahin c. Alemania, § 66).

Tomando como base que, el interés superior del menor (*favor filii* o *favor minoris*) constituye el criterio al que debe atender el juez a la hora de adoptar cualquier decisión en materia de Derecho de Familia; el menor tiene derecho a ser oído, por lo que, implica su participación en todas las decisiones que puedan afectarle (artículos 92.2, 92.6, 154.3, 154.3, 156.2, 158.2 y 215 del Código Civil; artículos 2.5 a) y 9.1 y 2 de la LOPM; artículo 233-11 e) del Código Civil catalán y artículo 80.2 d) del Código de Derecho Foral aragonés)[13]. Si bien, la opinión del menor no vincula al juez, incluso puede denegarse por resolución motivada su audiencia, cuando el juez constate que la comparecencia del menor es contraria a su interés (artículo 9.2 de la LOPJM). Además de la opinión del menor se debe tener en cuenta para la concreción del sistema de guarda y custodia que: la recomendación de no separar a los hermanos, el informe del ministerio fiscal, el dictamen de especialistas, las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas en la comparecencia y la relación que los padres mantengan entre sí y sus hijos (artículo 92 del Código Civil).

Ahora bien, relacionando el canon de motivación reforzada (interés superior del menor) y la violencia de género ejercitada sobre la madre, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 10 de marzo de 2025[14] tras declarar que «en las sentencias de esta Sala 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3.º; y, 145,2024, de 2 de diciembre, FJ 4.º, en sus resoluciones sobre regímenes de guarda, custodia y visitas, los órganos judiciales deben tener en cuenta los incidentes de violencia de género. Un deber que, asumido por el vigente artículo 94 del Código Civil y por la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, es contrario a la práctica de equiparar el interés superior del menor "con mantener el contacto con ambos progenitores, independientemente de que su padre sea un maltratador —o presunto maltratador— y de la exposición del niño a la violencia". Por tanto, la exposición a la violencia de género es un elemento a considerar en la definición judicial del interés superior del menor cuando se trata de resolver sobre la fijación y ejecución de las medidas paternofiliales»; asimismo, la Sala Segunda, recuerda que nuestros órganos judiciales deben tener presentes las dinámicas inherentes a la violencia de género en sus decisiones sobre medidas paternofiliales, la sentencia afirma que dicho deber implica «una obligación de prevención y protección contra la violencia de los hijos e hijas de mujeres víctimas

cesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros". El interés superior del menor es, "considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales". De ahí que, la decisión de lo que sea en cada caso más beneficioso para el interés general del menor «corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios».

13. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 y 27 de julio de 2021 (RJ 2021,3411; RJ 2021,4023); de 27 de mayo de 2024 (JUR 2024,16062); y, de 18 de diciembre de 2024 (Roj. STS 6315/2024; ECLI:ES:TS:2024:6315) la falta de audiencia del menor motiva que se declare la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, con devolución de los autos.

14. BOE, número 88, de 11 de abril de 2025, pp. 513171 a 51398.

de violencia machista». Por lo que, esta Sala entiende que «en las decisiones sobre los regímenes de guarda, custodia y visitas, provisionales o definitivas, los órganos judiciales tienen un deber de motivación reforzada para cuyo cumplimiento habrán de tener en cuenta los indicios de violencia de género. Nuestros jueces y tribunales no pueden así asumir que el interés superior del menor es equivalente a mantener relaciones con ambos progenitores, ni promover la perpetuación de funciones estereotipadas tradicionalmente atribuidas a las mujeres, obviando con ello las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género (sentencias del Tribunal Constitucional 115/2024, de 23 de septiembre, FFJJ 2.º y 3.º; y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 5.º). Y este deber de consideración de las dinámicas inherentes a la violencia de género supone también una obligación de prevención y protección contra la violencia de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia machista».

En consecuencia, aplicando el canon de enjuiciamiento previamente establecido, el Tribunal concluye que el auto controvertido no supera el deber de motivación reforzada que exige para el caso el artículo 24.1 de la CE en conexión con el artículo 39 de la CE, pues no identifica los beneficios concretos que reporta al menor su regreso a la ciudad de residencia del padre, frente a quien en ese momento ya se seguía un proceso por distintos delitos de violencia de género. Considera además insuficiente la mera referencia a la inexistencia de una orden de protección. De ahí que, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional estime el recurso de amparo interpuesto por O.V.R. contra el auto judicial de medidas previas a sentencia de divorcio que le atribuyó en exclusiva la guarda y custodia de su hijo menor, imponiéndole su ejercicio en la ciudad de residencia de su entonces marido, de donde alegó haber huido por razones de violencia de género.

Al respecto, nos parece acertada la crítica que la magistrada Jiménez Bautista hace de la citada resolución constitucional en cuanto indica que «se desplaza el canon de motivación reforzada del interés superior del menor por el "canon reforzado de motivación de este en casos de violencia de género" y que a pesar de lo acuñado, en realidad lo que se hace es subordinar al de la perspectiva de género, prescindiendo, de su dimensión de afección en el menor, alejándonos del otrora prevalente ISM —art. 2 de la LOPJM—, esto es, sin analizar el impacto que las medidas puede provocar en el menor —y sin perjuicio, que en ocasiones, muchas ocasiones, debamos proteger al menor con medidas restrictivas incluso de suspensión de la relación paterno-filial—. En consecuencia, para la mentada Magistrada con esta forma de proceder del Tribunal Constitucional "se produce una identificación automática del interés de la madre con el del menor"; y (...) "con ello se contradice su propia doctrina, acuñada con admirable esfuerzo"»[15].

En todo caso, pone de manifiesto el voto particular a esta sentencia de la Sala Segunda que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y don Enrique Arnaldo donde indican que, el

15. Jiménez Bautista, S. «Reflexiones sobre el interés superior del niño, niña y adolescentes y las SSTC 115/2024, de 23 de septiembre (1), 145/2024, de 2 de diciembre (2) y 54/2025, de 10 de marzo (3)», *Diario LA LEY, número 10711, sección Tribuna, de 28 de abril de 2025,* p. 8.
En cuanto la necesidad de aplicar al caso la perspectiva de género se manifiesta el voto concurrente presentado por las magistradas doña María Luisa Balaguer Callejón y doña Inmaculada Montalbán Huertas y, el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 106/2022, de 13 de septiembre (LA LEY 211348/2022) que aunque coinciden en el fallo; no obstante, exponen en el mismo que «la deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género en general y a la violencia vicaria en particular constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia. La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)».

peligro de operar de esta forma vulnera el derecho a la presunción de inocencia de don J.V.O., quien fue absuelto, hace casi un año, de los hechos a los que hace referencia la sentencia[16]; y, la posibilidad de denuncias falsas. Así exponen que «no son pocas las ocasiones en supuestos de violencia de género o doméstica, en los late la sospecha de motivaciones espurias en la denuncia, derivadas fundamentalmente de discrepancias surgidas por los padres en torno a la custodia y régimen de visitas de los hijos menores, en este caso la duda ha dado paso a la certeza, y es por más hubiera podido acreditarse que los hechos denunciados fueron ciertos, lo que por otro lado no se ha logrado, de lo no cabe duda es que la denunciante y acolitas, presionaron al acusado desde el inicio para que aceptar las condiciones de un divorcio, que incluían las custodia exclusiva del menor para la madre, haciéndole saber al acusado que caso contrario se expondría a una denuncia por violencia de género». Además discrepan de la resolución en la utilización de la lucha por la igualdad, que en su origen ha sustentado el enfoque de la perspectiva de género como instrumento de aportación de nuevas máximas de experiencia —especialmente útiles en la valoración probatoria—, obviando con ello las garantías tradicionales que han inspirado el proceso penal y en particular el derecho a la presunción de inocencia; y, de este modo, resucitar el canon ad hoc que será aplicado en el proceso, basado en la exigencia de motivación reforzada en 10 contextos de violencia de género y que lleva directamente a estimar el presente recurso de amparo.

Coincidimos que, efectivamente, con el argumento que los jueces y tribunales están sometidos a un canon reforzado de motivación cuando toman decisiones que afectan al interés superior del menor. Canon que se proyecta, precisamente, en las resoluciones judiciales sobre la atribución y ejecución de los regímenes de guarda, custodia y visitas. Asimismo, al adoptar este tipo de decisiones los jueces y tribunales habrán de tener en cuenta su deber. Un deber que no se debe condicionar al de la madre, víctima de violencia de género, pues, el interés que predomina frente a cualquier interés es el del menor sea o no víctima de violencia de género y, asimismo, en los supuestos de violencia de género procede atender al derecho de defensa y la presunción de la inocencia del otro progenitor, pues ello no impide que se adopten medidas y resoluciones dirigidas a prevenir y proteger al menor de la violencia y a las mujeres de la violencia machista.

Ciertamente, como declara el Tribunal Constitucional en esta sentencia como n otras (115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3.º; y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 4.º) sobre regímenes de guarda, custodia y visitas señala que, los órganos judiciales deben tener en cuenta los incidentes de violencia de género. Un deber que, es asumido por el artículo 94 del Código Civil; por el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor al incorporar, como criterio para la delimitación del interés superior del menor, la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un ambiente familiar adecuado y libre de violencia; y, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género que, en sus artículos 1, 61 y 65 reconoce a los menores como víctimas directas de violencia de género e incide en la obligación de los jueces de pronunciarse sobre

16. La STEDH de 16 de febrero de 2016 (asunto Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España), supone un menospreció a la presunción de inocencia, como se desprende de los parágrafos 39 y 40, que señala: «39. (...) no puede admitirse que se siembren sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución que haya adquirido carácter de firmeza (Sekanina, anteriormente citada, § 30). Una vez que la absolución es firme —aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda— conforme al artículo 6 § 2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (Rushiti, anteriormente citada, § 31). En efecto, unas decisiones judiciales posteriores o unas declaraciones que emanen de Autoridades públicas pueden plantear un problema desde la perspectiva del artículo 6 § 2 anteriormente citado si equivalen a una declaración de culpabilidad que ignora, deliberadamente, la absolución previa del acusado (Del Latte c. Países Bajos, no 44760/98, § 30, 9 de noviembre de 2004). 40. (...) en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutiva de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidente sobre la responsabilidad penal del interesado (Allen, anteriormente citada, § 102, Vassilios Stavropoulos c. Grecia, no 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007». En tal contexto, la presunción de inocencia significa que si se ha formulado una acusación penal y el proceso ha dado lugar a una absolución, la persona procesada se considera inocente según la ley y debe ser tratada como tal (STEDH de 25 de febrero de 2025, asunto Gomes Costa c. Portugal § 98).

las medidas que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia. Por tanto, en las decisiones sobre los regímenes de guarda, custodia y visitas, provisionales o definitivas, los órganos judiciales tienen un deber de motivación reforzada para cuyo cumplimiento habrán de tener en cuenta los indicios de violencia de género. Si bien, nuestros jueces y tribunales no pueden, por un lado, asumir que el interés superior del menor es equivalente a mantener relaciones con ambos progenitores; y, por otro, su deber de tener en cuenta las dinámicas inherentes a la violencia de género supone también una obligación de prevención y protección contra la violencia de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia machista; sin que el interés superior del menor opere en un nivel igualitario necesariamente con el del progenitor víctima de violencia de género (sentencias del Tribunal Constitucional 115/2024, de 23 de septiembre, FFJJ 2.º y 3.º, y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 5.º).

En definitiva, procede señalar que, en las resoluciones sobre regímenes de guarda, custodia y visitas, sean las mismas definitivas o provisionales, los órganos judiciales deben desarrollar un ejercicio de ponderación en el que, al delimitar el contenido y alcance del interés superior del menor como límite de los derechos y legítimos intereses de los progenitores, aunque tengan presentes los indicios de violencia de género y las dinámicas inherentes a la violencia machista, sin que ello predetermine el hecho constatado de la preminencia del interés superior del menor (sentencias del Tribunal Constitucional 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3.º; y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 4.º).

Pues bien, en este contexto la medida de guarda y custodia de los hijos menores de edad puede ser ejercida[17]: a. En exclusiva por sólo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en lo que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones. Le corresponde a un solo de los progenitores la guarda y custodia exclusiva, unilateral o monoparental y respecto del otro progenitor se fija un sistema de visitas, estancias o comunicaciones[18]. Este régimen de guarda y custodia podrán

17. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018 (LA LEY 64156,2018; de 14 de diciembre de 2020 (LA LEY 187955,2020); y, de 18 de mayo de 2022 (LA LEY 89682,2022) reiteran la jurisprudencia sobre el interés del menor como prioritario a la hora de adoptar el sistema de guarda y custodia y el régimen de visitas y estancias.

18. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2015 (RJ 2015,6185) guarda y custodia a favor de la madre. Progenitores divorciados con residencia en España y Portugal. Se está ante unos niños que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse para evitar lo posible un factor de riesgo para su estabilidad; ante menores cuyos padres viven en países distintos y en unas circunstancias familiares en las que no es posible establecer un régimen de guarda y custodia compartido, como sería deseable. Y se ha resuelto en favor de la madre y no del padre porque los criterios que se han utilizado no son contrarios al interés de los niños en permanecer con su madre, una vez que sus padres han puesto fin al matrimonio; de 18 de enero de 2018 (RJ 2018,99) guarda y custodia del hijo menor con una discapacidad de un 53 % en favor de la madre; de 11 de abril de 2018 (RJ 2018,1729) a favor del padre; de 17 de octubre de 2018 (RJ 2018,4473) guarda y custodia a favor de la madre. Traslado de residencia de la madre a España con su hijo sin acuerdo entre los cónyuges. Interés el padre en reintegrarle a los estudios en EE. UU. sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares en España que debe decaer frente al interés del menor valorado en la sentencia recurrida de forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad y su formación psíquica y física. Padre sin trabajo totalmente fijo y estable en aquel país que podrá determinar su retorno a España de forma definitiva; de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,5413) a favor del padre. Audiencia de los menores por la Audiencia Provincial con inmediación y sin filtros concluyendo que lo transmitido por los adolescentes no se corresponde con lo que refleja el informe psicosocial, justificado razonablemente en el tiempo transcurrido desde su comunicación con los redactores del informe; de 22 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5143) a favor del padre; de 21 de febrero de 2024 (JUR 2024,72108) custodia materna. Inhabilidad del padre para asumir el rol de progenitor custodio. Episodios de violencia de género y conflicto de pareja retenido con repercusión negativa en el niño; de 23 de octubre de 2024 (JUR 2024,413996) rechazo de la petición de ejercicio conjunto de la patria potestad formulada por el padre sobre el hijo común. No concurre una alteración sustancial de las circunstancias, que justifique la modificación del precitado acuerdo, por el hecho del traslado del padre a un centro peni-

acordarlo los padres en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges (artículo 92.4 del Código Civil). Si bien, conviene precisar que, la adopción de esta guarda y custodia exclusiva o monoparental puede operar por exclusión de la compartida así: cuando no sea solicitada la guarda y custodia compartida por los padres; cuando no proceda la guarda y custodia compartida; o se excluya por imperativa legal la guarda y custodia compartida ante situaciones de violencia. En todo caso, el juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia «*deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o*

tenciario de Madrid. Fijación de un régimen de visitas en un punto de encuentro familiar para posibilitar la comunicación padre e hijo durante los permisos penitenciarios. El hijo no ha perdido la relación con su padre y manifiesta su deseo de comunicarse con él. La intención del padre de relacionarse con su hijo es real y verdadera, sin que existan atisbos de un ánimo espurio; de 10 de julio de 2024 (JUR 2024,237971) régimen de visitas a favor del padre e improcedencia de la contribución de la madre a los gastos de desplazamiento del progenitor a Bielorrusia para su desarrollo; y, de 16 de enero de 2025 (JUR 2025,6474) no procede la modificación de la custodia exclusiva de la madre pues, el padre presenta un desconocimiento de las necesidades básicas de los menores, mantiene pautas sociales inadecuadas hacia ellos, adopta una conducta amenazante; y, en definitiva, reconoce que no está en condiciones de asumir su custodia.

En todo caso, precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2024 (JUR 2024,242860) no se puede conceder el uso de la vivienda familiar a la madre y la custodia de los hijos al padre, aunque este solo solicitase la custodia y no el uso de la vivienda. Principio de interés superior del menor. La cuestión relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar no queda sometida al principio de rogación, ya que debe dilucidarse con petición o sin ella, en beneficio e interés de los menores. El hecho de que el padre disponga de un piso en alquiler no permite concluir por sí solo que los menores no precisen la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 8 de octubre de 2024 (LA LEY 361440,2024) destaca que la publicación por la madre de videos de contenido sexual en redes sociales no es razón para denegarle la custodia de su hijo de 4 años. La cuestión debatida se centra en la atribución de la guarda y custodia del hijo de los litigantes. La sentencia de primera instancia atribuyó la guarda y custodia del menor a la madre, estableciendo un régimen de visitas respecto del padre. Este interpone recurso de apelación contra dicha sentencia, centrando su discurso en la forma de vida de la madre, que considera es perjudicial para el hijo. Son dos los hechos fundamentales que considera que son perjudiciales al interés del menor: a) La exposición pública de la madre y su actual pareja en las redes sociales, publicitando contenidos consistentes en manifestaciones y emisión de vídeos de contenido sexual explícito; y b) Que la actual pareja de la madre realiza tatuajes en el salón del domicilio de ésta, permitiendo la entrada de desconocidos al domicilio donde reside el menor. La Audiencia Provincial de Pontevedra desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre. La Sala afirma que la publicación de pornografía en webs de acceso a través de redes sociales no puede considerarse que haya provocado un perjuicio al menor, ni sea susceptible de causárselo en los próximos años. La razón esencial de esta consideración es que se trata de un menor de 4 años que no tienen acceso a redes sociales, ni tiene por qué teniendo en los próximos años. Al igual que los menores con los que se vaya relacionando, dada la corta edad que se les supone a todos. También está la labor de las personas adultas de su entorno que no tienen por qué transmitir estos hechos al menor. No puede adoptarse una decisión en función de unas hipótesis que pueden no cumplirse en un largo periodo temporal, o nunca, pues dependerá de múltiples factores y circunstancias. En esta valoración coinciden los técnicos del equipo psicosocial en su informe y lo han ratificado y aclarado en el acto de la vista. Respecto a la actividad relativa a los tatuajes, el Tribunal señala que, aunque se lleven a cabo en el domicilio particular, no puede considerarse acreditado que afecte al interés del menor. A la actividad en sí misma considerada no se le puede atribuir un potencial o real perjuicio, salvo perjuicios subjetivos respecto de esta que no pueden ser fundamento de la decisión, pues, pertenecen al imaginario individual de las personas o de colectivos, en función de determinadas creencias o valores, que no pueden valorarse negativamente. El mero hecho que entren personas a la vivienda para que les realicen el tatuaje no puede entenderse que implique, con carácter general, un perjuicio para el menor, que ni siquiera tiene por qué coincidir con tales personas. En todo caso, la sentencia concluye que, no existe prueba alguna de la que se pueda deducir que la madre no está capacitada o carece de habilidades para el cuidado del menor. En realidad, la valoración de los técnicos del equipo psicosocial aconseja mantener la guarda y custodia de la madre y el establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre.

del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda» (artículo 92.6); y, asimismo *«de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior»* (artículo 92.9) y, en fin, oír a los menores que tengan suficiente juicio (artículo 9 de la LOPJM).

Asimismo, puede ser modificada y adoptarse un régimen de custodia exclusiva para el otro progenitor hasta ahora no custodio[19] o, una custodia compartida[20]; b. Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que, cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es, por ello, importante que en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no sólo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c. La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Resulta necesario la elaboración de una propuesta de plan de parentalidad en que el solicitante de la guarda y custodia compartida concrete la forma, el contenido del ejercicio en aras siempre del interés superior de menor; y,

19. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2025 (JUR 2025,6474) se atribuye a la madre la custodia, pues, los menores ya han pasado a convivir con la madre y con su pareja. Además, el padre ha manifestado al equipo psicosocial que no podía hacerse cargo de los hijos por carecer de recursos y los menores han expresado su deseo de vivir con la madre.
Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (JUR 2025,1305) no procede modificar la guarda y custodia atribuida al padre. Al respecto, señala la citada resolución que la circunstancia de la existencia de una condena al padre por un delito de lesiones en el ámbito familiar no es obviada por la Audiencia, que la conoce, si bien señala que fue un hecho puntual, a lo que debe añadirse ahora que, tal como consta en las actuaciones, se refiere a unos hechos ocurridos el 23 de agosto de 2021, y por auto de 17 de noviembre de 2022, se procedió a la suspensión de la ejecución de la pena impuesta de diez meses de prisión, el 16 de septiembre de 2024 quedó extinguida la medida de alejamiento y en noviembre de 2024 quedó extinguida la condena, y consta el cumplimiento de la obligación de someterse a un programa de formación para maltratadores que se impuso como condición para la suspensión de la pena de prisión. De modo que no se ve el beneficio que derivaría para los menores cambiar ahora el sistema de guarda y custodia a favor del padre, sistema que se estableció en su interés por considerarlo el más idóneo por la sentencia del juzgado, y fue mantenido por la Audiencia, sin que se haya alegado por la madre ni por el fiscal ninguna incidencia ni dato que revele que no se esté desenvolviendo adecuadamente.

20. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2023 (JUR 2023,435080) escasa edad de la menor cuando se atribuyó la guarda y custodia exclusiva a la madre. Nueva paternidad y reconstrucción de la vida afectiva del padre. Idoneidad como educadores de ambos progenitores. Se refiere la resolución a la conveniencia 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. Por su parte, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 31 de enero de 2023 (RJ 2023,2952) resulta beneficioso mantener la custodia monoparental materna por la mayor dedicación de la madre; y, procede una adaptación del padre a un mayor acercamiento a éstas con un amplio sistema de visitas que por el momento no disipa la conveniencia y el mejor interés que permanezcan las hijas menores con su madre. Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2024 (JUR 2024,413996) se rechaza la petición del ejercicio conjunto de la patria potestad formulada por el padre, ingresado en prisión. Las partes pactaron, con homologación judicial, la atribución a la madre del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo común. Esta asignación no es desproporcionada, ni implica una limitación injustificada de los derechos del padre. Tampoco concurre una alteración sustancial de circunstancias que, justifique la modificación del precitado acuerdo, por el hecho del traslado del padre a un centro penitenciario de Madrid. Fijación de un régimen de vivistas en un punto de encuentro familiar para posibilitar la comunicación padre e hijo durante los permisos penitenciarios. El hijo no ha perdido la relación con su padre y manifiesta su deseo de comunicarse con él. La intención del padre de relacionarse con su hijo es real y verdadera, sin que existan atisbos de un ánimo espurio.

una buena relación entre los progenitores (esto es, una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental)[21]. De ahí que, no proceda la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (violencia de género y vicaria)[22]; ni ante la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas —supuesto también de violencia vicaria— (artículo 92.7 del Código Civil)[23]. Tampoco procede cuando uno de los progenitores carece de una vivienda adecuada, además de una relación muy conflictiva entre los progenitores[24].

Dentro de este tipo de guarda y custodia cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por

21. *Vid*., las sentencias de este mismo Tribunal Supremo y Sala, de 16 de febrero y de 17 de noviembre de 2015 (Roj. STS 258/2025; ECLI:ES:2015:258; y, Roj: STS 5218/2015; ECLI:ES:TS:2015:5218) que con el régimen de guarda y custodia compartida «a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia». También, las sentencias de este Alto Tribunal y Sala; de 28 de enero de 2016 (LA LEY 1000/2016); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329,2016); de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 20628,2016); de 17 de marzo 2016 (LA LEY 15991,2016); de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4449); de 27 de junio de 2017 (RJ 2017,3077); de 16 de enero de 2020 (RJ 2020,666); de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021,4459) no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida, cuando *de facto* así se ha establecido; y de 28 de abril de 2022 (RJ 2022,2374). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013 (Roj. STS 5643/2013; ECLI:ES:TS:2013:5643) «la genérica afirmación "no tiene buenas relaciones", no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrariar el interés de los menores»; de 16 de febrero de 2015 (Roj. STS 258/2015; ECLI:ES:TS:2015:258); de 24 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478) «(...) conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres existe una relación de mutuo respeto (...)»; de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1041); de 28 de marzo de 2022 (RJ 2022,2219) no consta que el horario que el horario del padre le impide dedicarse a su hija,; el padre cuenta con apoyo por personas de confianza Además, la menor es escolarizable, lo que facilita la compatibilidad de horarios con ambos progenitores; de 26 de septiembre de 2023 (JUR 2023,367144); y, de 28 de mayo de 2024 (JUR 2024,168158).

22. *Vid*., la sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre (RTC 2022,106) en la que declara constitucional el artículo 94 del Código Civil que prescribe la suspensión (o, en su caso, el no establecimiento) del régimen de estancias, visitas y/o comunicación respecto del progenitor incurso en un proceso penal iniciado por violencia, advirtiendo, al respecto, que la autoridad judicial competente habrá de valorar si de las declaraciones de las partes y de las pruebas practicadas puede concluirse «la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género», en la que se comprende también «la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad» (FJ 4.º).

23. *Vid*., Ortiz Fernández M. «El régimen jurídico de los animales domésticos en las crisis familiares», *GPS Familia*, director J. R. De Verda y Beamonte, 2.ª ed., tirant lo blanch, Valencia, p. 256.

24. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 21 de septiembre de 2020 (JUR 2021,19654) en este caso quien carecía de vivienda era el padre.

los menores: son los padres lo que entran y salen del único domicilio[25]; 4. La guarda compartida y la atribución de la vivienda a los hijos menores y uno de los progenitores[26]; 5. Sistema mixto. Custodia compartida en unos periodos y exclusiva en otros[27]; d. Guarda y custodia encomendada a abuelos, parientes u otras personas que así lo consintiere y, de no haberlos, a una institución idónea[28]. Admitida la demanda el Juez, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar con audiencia de éstos, excepcionalmente que, los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren (terceros) y de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerá bajo la autoridad del Juez (artículo 103.1.ª del Código Civil). Se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos, en que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor[29].

De todas formas, como precisa acertadamente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 2025[30] la custodia compartida sea el modelo de comunicación entre

---

25. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (RJ 2012,8358); y, de 6 de julio de 2020 (RJ 2020,2220) vivienda nido; y, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2008 (LA LEY 116201,2008) señala que, la denominación de custodia compartida puede amparar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones.
Por su parte, Rogel Vide C. (2005). «En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, p. 82, considera más adecuado el término de custodia alterna, ya que la guarda y custodia ni es conjunta no se comparte, sino que lo que se alterna entre los progenitores es el lugar de estancia y/o el tiempo. El menor ha de repartir su tiempo entre ambos progenitores.

26. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (RJ 2011,3139); de 21 de mayo de 2012 (RJ 2012,6532); de 17 de octubre de 2013 (RJ 2013,7255); y, de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017,1079).

27. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2024 (JUR 2024,237982) aplica el principio de interés superior del menor, asimismo, valora las concretas circunstancias del caso, atiende a la corta edad del niño (nacido en 2021), a la situación laboral de los progenitores (el padre trabaja en turnos en jornada anual en una localidad y madre en otra, en un hotel, como fija discontinua desde abril hasta finales de octubre) y a que ambos tienen plenas habilidades parentales, se han implicado en el cuidado del menor desde su nacimiento, tienen posibilidades económicas, gozan de una comunicación fluida en lo que al hijo se refiere y cuentan con apoyo familiar.

28. A favor de la tía paterna, *vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015,681); y, de 22 de junio de 2023 (RJ 2023,4106).

29. La sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 3 de junio de 2024 (JUR 2024,215463) se otorga amparo a los abuelos ante las resoluciones judiciales que impidieron la intervención de los abuelos en el procedimiento de adopción de su nieto y que descartaron la alternativa del acogimiento en familia extensa. Pese al evidente interés legítimo y directo que tenían los abuelos en el resultado del procedimiento, y a la pendencia de dos procedimientos en que reclamaban el acogimiento del menor, se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones y se les negó legitimación activa en el procedimiento de adopción atribuyéndoles la intención de «paralización del procedimiento». Asimismo, *vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 11 de abril de 2014 (JUR 2014,193852), guarda y custodia atribuida a los abuelos, atendiendo al informe psicosocial que, señala que sobre la base de los intereses de los menores, es conveniente atribuir la guarda a ellos; y, de 16 de mayo de 2014 (AC 2014,1019), a favor de su tía, por considerarse la mejor solución para los hijos que, siempre han convivido con ella, y han de mantenerse en ese entorno, en el que son atendidos, reciben cuidados y ello no impide que tengan relación con sus padres.

30. Roj. STS 2228/2025; ECLI:ES:TS:2025:2228. Recuerda, además, el Tribunal Supremo que ya en la sentencia 244/2025, de 14 de febrero se indicó: «el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Aunque la sala ha reiterado que el interés del menor presenta interés casacional (entre otras, sentencia 348/2018, de 7 de junio, y 705/2021, de 19 de octubre), también ha reiterado que el recurso habrá de ser desestimado cuando la sentencia recurrida haya valorado adecuadamente el interés del menor (sentencias 400/2018, de 27 de

los progenitores y sus hijos que deba adoptarse incondicionalmente en todos los casos de fijación de medidas relativas a los menores en los procesos judiciales, prescindiendo de las concretas circunstancias concurrentes; pues existen factores negativos que desaconsejan acordar una medida de tal naturaleza, que puede resultar contraproducente para la estabilidad emocional y desarrollo de la personalidad de los niños en contra de la finalidad pretendida con su adopción. En efecto, la Sala de lo Civil, se ha manifestado, también, en reiteradas ocasiones, al analizar la esencia de ese concepto jurídico indeterminado en que consiste el interés y beneficio de los menores, que éste no puede ser concebido desde un punto de vista abstracto o general, sino de una manera circunstancial en atención al específico escenario concurrente en cada supuesto en que se vean comprometidos el desarrollo integral y bienestar de los niños y de las niñas. «Así se ha expresado, también, el Tribunal Constitucional cuando enseña que, para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor, «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

Pues bien, en el presente caso, para el Alto Tribunal la sentencia recurrida ha llevado a cabo precisamente un examen individualizado y ha ofrecido una motivación detallada y congruente sobre las razones que desaconsejan la adopción del régimen de custodia compartida. Razones que, además, no se limitan a una mera inercia conservadora de la situación previa ni se basan exclusivamente en la mayor vinculación afectiva del menor con la madre, como parece sugerir el recurrente, sino que descansan en una pluralidad de circunstancias objetivas que inciden directamente en el bienestar del menor. Al asumirse la sentencia de primera instancia, se considera que la situación laboral del padre, marcada por la inestabilidad derivada de su condición de interino, con riesgo de cese o traslado a destinos alejados, así como por un horario laboral que obligaría al menor a alterar sustancialmente sus rutinas —al tener que ser conducido al colegio dos horas antes del inicio de la jornada escolar—, resulta incompatible con la implantación del modelo compartido. Frente a ello, se constata que la madre goza de una mayor estabilidad y flexibilidad horaria, cuenta con una red de apoyo familiar efectiva y ha garantizado al menor un entorno estable, seguro y favorable a su desarrollo. A ello se suma la conclusión del informe del equipo psicosocial, que desaconseja la custodia compartida por no considerar el proyecto de parentalidad del padre suficientemente definido ni viable, al no garantizar una disponibilidad real de apoyos externos ni una implicación suficientemente estructurada en la dinámica cotidiana del menor. En todo caso, el recurrente niega la existencia de obstáculos reales a la custodia compartida y sostiene que las dificultades laborales que puedan presentarse son responsabilidad suya y no deben operar en su contra. Sin embargo, este planteamiento desconoce que el régimen de custodia compartida no puede imponerse en abstracto por razones de equidad entre progenitores, sino que debe responder al mayor beneficio del menor, el cual, como se ha explicado, requiere de un entorno organizado, previsible y estable, tanto desde el punto de vista material como emocional. La estabilidad y la adecuación del entorno familiar son condiciones que no se presumen, sino que deben demostrarse, y en el caso del padre, la prueba no ha permitido acreditar su viabilidad con un grado de certeza que permita alterar el statu quo actual, cuya adecuación y beneficio para el menor en este momento han quedado suficientemente constatados. Por otra parte, tampoco ha quedado acreditado para la Sala que la denegación de la custodia compartida vaya a suponer una pérdida de la relación afectiva y vinculación del menor con su padre, puesto que esta, tal y como señala la Audiencia Provincial, con base en el informe pericial, «queda asegurada a través del sistema de contactos amplio, sin que ello suponga desajuste alguno, debiendo aquí recordarse a D. Antonio que no incumben a la progenitora mayores facultades respecto del niño que al padre cuando con este le corresponde la permanencia». En suma, considera la Sala

junio, 413/2018, de 3 de julio, 393/2017, de 21 de junio, 84/2018, de 14 de febrero, entre otras muchas). En estos recursos solo puede examinarse si el juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de la medida de que se trate (entre otras, sentencias 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo)».

que, la sentencia recurrida no ha vulnerado el principio de protección del interés superior del menor, sino que lo ha aplicado de forma razonada, suficiente y conforme a la doctrina jurisprudencial y constitucional, primando en todo momento el bienestar y el interés concreto del menor sobre cualquier expectativa legítima —pero subordinada— del progenitor, sin incurrir en ninguna infracción normativa ni interpretativa que pueda justificar la estimación del recurso.

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar éstos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (artículo 172 del Código Civil). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él. Si bien, la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediese, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela. En todo caso, se considera situación de desamparo «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

En este contexto, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, o los tutores que, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor[31].

De todas formas, la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal y la autorización durante el proceso de tutela legal de un régimen de visitas o de su suspensión[32].

Ahora bien, el régimen de guarda y custodia que se adopte debe descansar sobre tres principios fundamentales: el principio de interés del menor[33]; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad/corresponsabiliadad[34].

---

31. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (Roj: STS 385/2025; ECLI:ES:TS:2025:385); y, de 12 de febrero de 2025 (Roj: STS 575/2025; ECLI:ES:TS:2025:575) en las que se impugna la resolución administrativa de protección de menores y, asimismo, se extingue el acogimiento familiar permanente establecido.

32. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2024 (JUR 2024,494087); y, de 20 de enero de 2025 (Roj. STS 253/2025; ECLI:ES:TS:2025:253) no procede el retorno con la familia de origen y se suspende el régimen de visitas.

33. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2012 (RJ 2012,8190); y de 27 de mayo de 2024 (JUR 2024,160602) se alude también al derecho del menor a ser oído.

34. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2021 (RJ 2021,2616) coparenting (relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas) es de muy mal pronóstico; y, de 18 de octubre de 2024 (JUR 2024,408652) se atribuye la guarda y custodia a la madre, y se considera que no procede la guarda y custodia compartida ante las concretas situaciones concurrentes. Existe una mayor idoneidad de la madre, además de condicionamientos negativos del padre, deseos exteriorizados por las niñas de 13 y 10 años, a lo que hay que añadir una falta de comunicación entre los padres con pronóstico de coparentalidad desfavorable; y un informa psicosocial que conseja mantener la situación preexistente de guarda y, en fin, hay una divergencia en los modelos educativos que desorientan a los menores; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 17 de septiembre de 2014 (LA LEY 149595,2014) no puede hablarse de un régimen de custodia compartida, si no hay coparentalidad. Por lo que la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de la

Sobre tales bases, el Código Civil español en su artículo 92 carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013[35] como tales: «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». En todo caso, estos criterios son los que deben tener en cuenta el Juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor[36].

responsabilidad parental y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres.

35. LA LEY 37196,2013. En el mismo sentido, *vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009 (LA LEY 192180,2009); de 10 de marzo de 2010 (LA LEY 5293,2010); de 11de marzo de 2010 (RJ 2010,2340); de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 31826,2012); de 19 de julio de 2013 (RJ 2013,5002); de 25 de abril de 2014 (RJ 2014,2651); de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015,553); de 28 de enero de 2016 (RJ 2016,370); de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016,37611); y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,847). Asimismo, *vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 22 de febrero de 2005 (JUR 2005,222004); de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 31826,2012); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 18 de febrero de 2011 (JUR 2011,229748); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 29 de febrero de 2012 (JUR 2012,117971).

36. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (LA LEY 165754,2010); de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727,2012) donde, asimismo, se precisa que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre; de 25 de mayo de 2012 (LA LEY 72578,2012); de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714,2013); de 29 de noviembre de 2013 (LA LEY 186577,2013); de 17 de diciembre de 2013 (LA LEY 204311,2013); de 25 de abril de 2014 (LA LEY 51101,2014); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014) ambos progenitores están capacitados para ejercer responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y sus domicilios están próximos en una pequeña localidad; de 16 de octubre de 2014 (LA LEY 149440,2014); de 20 de octubre de 2014 (LA LEY 149445,2014); y, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736,2011); de 27 de septiembre de 2011 (LA LEY 183864,2011); y, de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 18517,2012) se deniega la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores; de 10 de enero de 2012 (LA LEY 7717,2012) donde se dispone que, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario demostrar que de este modo se protege más eficazmente el interés del menor, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, pues, el padre se limita a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés del menor; e deniega la guarda y custodia compartida solicitada por el padre. El sistema de custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo desde su superación de hecho ha funcionado correctamente y los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores, cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda; de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014,4894) no procede establecer un sistema de custodia compartida, al no ser beneficioso para los hijos y, la madre que, se ha dedicado en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, dejando por ello de trabajar. Además de una menor disponibilidad del padre, y una conflictiva relación de la progenitora con la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos, teniendo en cuenta la atención que deberían prestarles dada la escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; de 1 de marzo de 2016 (RJ 2016,736) se deniega la custodia compartida dada la distancia de los domicilios al residir la madre en Granada y el padre en Cádiz, y no solo se tienen en cuenta la corta edad del menor, sino también las alteraciones que, esto supone en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria;

De todas formas, el incumplimiento reiterado por parte de cualquiera de los progenitores, del régimen acordado, entiende Martínez de Aguirre «podrá dar lugar a su modificación» (artículo 776.3 de la LEC)[37].

Ahora bien, cabe que la medida de guarda y custodia —exclusiva o compartida— pueda determinar la atribución de la guarda de los animales de compañía (mascotas), siempre que sea en interés superior del menor y que convivan en la misma vivienda familiar.

En todo caso, los cónyuges pueden regular en convenio el destino de los animales de compañía, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado; así como las cargas asociadas al animal (artículos 91 b) bis y 94.4 del Código Civil). Si no hay acuerdo, corresponde a la autoridad judicial fijar el alcance de tal medida[38].

---

de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,842) desestimación de la atribución de guarda y custodia a favor del padre, pues, la enfermedad de Parkinson en estado leve y controlada de la madre no le impide hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución. Y, además, la existencia de una manifestación ansioso-represiva que, no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales; de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,972) aptitud de ambos progenitores para hacerse cargo de la educación de sus hijos; y aun reconociendo que le es más fácil a la madre la compatibilización de horarios por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente), por lo que debe ser reconocida al padre el compartir con la madre la guarda y custodia de los hijos; y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,1131) no se concede la guarda y custodia compartida, pues, con la sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que «por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de éste, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre que no tiene nueva familia, pierda la custodia.

37. Martínez de Aguirre Aldaz C. «Régimen jurídico a la nulidad, la separación y el divorcio», *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, coordinador C. Martínez De Aguirre Aldaz, 7.ª ed., Edisofer, Madrid, 2024, p. 204.

38. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de marzo de 2025 (Roj. STS 1470/2025; ECLI:ES:TS:2025:1470) de la reduccionista calificación de esos seres como «cosas» se ha pasado a su definición legal como «...seres vivos dotados de sensibilidad» (arts. 333 y 333 bis del CC). El sufrimiento de un animal, la muerte de un ser vivo exige un tratamiento penal que adquiera sentido a partir de su consideración como ser sintiente y, por tanto, protegido en su propia mismidad; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 13 de julio de 2022 (Roj. SAP B 8616/2022; ECLI:ES:APB:2022:8616); y, de 12 de enero de 2023 (Roj. SAP B 142/2023; ECLI:ES:APB:2023;142) consideran a los animales como organismos dotados de sensibilidad psíquica, además de física, que, aunque no los hace merecedores de unos derechos propios de su condición animal, lleva a proteger tanto las obligaciones de las personas propietarias y poseedoras de éstos como las prohibiciones de las acciones que les pueden causar daños.
Por su parte, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de 27 de mayo de 2019 (Roj. SJPI 88/2019; ECLI:ES:JPI:2019:88) fijó la copropiedad de Frida y Fernando sobre «Bucanero», y en consecuencia, dicha propiedad común sobre el mismo desde el 12.1.2015 y hasta octubre del 2018, la cual, conforme dispone el art. 394 del CC, otorga a ambos propietarios un derecho de posesión y disfrute compartido del perro, que en este caso, dadas las nuevas circunstancias concurrentes (residencia en Alicante de D. Fernando), se desarrollará de forma exclusiva por los mismos por periodos alternativos de seis meses cada año, y así, desde el 1 de septiembre de 2019 y hasta el 1 de marzo del 2020, permanecerá Bucanero con D. Fernando, en Alicante, y desde el 2 de marzo del 2020 hasta el 1 de septiembre próximo, corresponderá a D.ª Frida, la posesión, disfrute y custodia de su perro. Asimismo, interpretando las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y como se ha expuesto, debe considerarse al perro «Bucanero», pese a la actual regulación del código civil cosa, como un animal de compañía, el cual constituye un ser dotado de especial sensibilidad, tal y como ya se estable con plena eficacia jurídica el art. 13 del TFUE, como Derecho originario, pese a la falta de desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico de derecho común, y como tal, en supuestos de crisis de pareja (relación de afectividad análoga a la conyugal) como el presente, deben de aplicarse como

3. La atribución del uso de la vivienda familiar

La medida de la atribución del uso de la vivienda familiar se relaciona con la relativa a la guarda y custodia; y la pensión de alimentos, respecto a esta última, es posible un incremento de la pensión de alimentos a favor de los hijos para atender sus necesidades de vivienda[39].

criterios de resolución del conflicto, más bien los previstos para las crisis matrimoniales, circunstancia que concurre en este caso, ya que se trata de un hecho admitido la relación de convivencia análoga a la conyugal de Frida y Fernando desde el mes de octubre del 2012 y febrero del 2017. De igual modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, de 25 de septiembre de 2020 (Roj. SAP V 3901/2020; ECLI:ES:APV 2020:3901:3901) En el «Convenio Regulador de Custodia Compartida» acordaron como se desarrollaría la tenencia y disfrute del animal si sobrevenía la crisis matrimonial, y con tal objeto establecieron unos periodos de tenencia de la mascota, que podrían ser semanales o quincenales; igualmente acordaron distribuirse alternativamente la tenencia del animal, en los meses de julio y de agosto. En dicho documento ellos se denominan progenitores y a la mascota la denominan como «perhijo». En todo caso, se indica que existen numerosos elementos de juicio que permiten concluir que el convenio de 25de junio de 2016 era simulado. El uso de un término inventado, como «perhijo», es buen síntoma de la falta de seriedad del documento, como también el empleo de anacolutos (errores sintácticos) como «el uso de domicilio se atribuye en el domicilio que caya conyugue perciba» o «que los comparecientes en caso de que durante la vida decidan con acuerdo común presentar ante el Juzgado demanda de divorcio y a este efecto suscriben la presente (...)». Además, cualquier persona conoce que conceptos jurídicos como patria potestad, guarda y custodia, atribución del domicilio y pensión de alimentos son inaplicables a los animales. A ello se suma la propia precipitación e imprevisión en la redacción del documento, puesto que en algunos párrafos se ha omitido sustituir la referencia a «hijo» del documento original por «perro» o «perhijo», demostrando así el escaso interés demostrado en su preparación, algo incompatible con el supuesto deseo de las partes de obligarse por el documento.
Ahora bien, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 22 de septiembre de 2021 (Roj. SAP TO 1780/2021; ECLI:ES.APTO:2021:1780) en lo que se refiere al perro Santo, mascota de los hijos comunes, se establece un régimen de visitas con turnos alternos coincidente con el de los hijos. Así irá con los menores y con su padre en los fines de semana que le corresponda al Sr. Pedro Miguel pasar con los mismos, así como durante los periodos vacacionales, de forma que durante el tiempo en que los niños se encuentren con su padre en los citados periodos, disfruten también de su mascota. Debiendo correr todos los gastos relacionados con el animal al 50 % entre los progenitores (vacunación, veterinarios, piensos, etc.); y, en el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.ª, de 16 de junio de 2023 (AAPO 1518/2023; ECLI:ES:APPO:2023:1518A) respecto al incumplimiento del régimen de visitas de la mascota: obligación de cumplir con las resoluciones judiciales se indica que, el acuerdo de fecha 1 de diciembre de 2020 alcanzado por las partes litigantes en sede medidas provisionales, estableció que D.ª Ana tendría a la perra Mimosa en su compañía los fines de semana en que el hijo común esté con ella, recogiendo a la mascota en la tarde del viernes en el domicilio de D. Cristobal a las 17 horas y reintegrándola el domingo a las 22 horas en dicho domicilio (...). La resolución judicial ha de cumplirse, de tal manera que los argumentos para oponerse a la solicitud de la ejecutante alegados tanto en la instancia como en el recurso no resultan atendibles y no justifican un incumplimiento. (...) No son del caso tampoco las alegaciones sobre la presunta falta de interés por Mimosa o bien que la hubiera devuelto muy mojada en alguna ocasión, y ello es así porque el debate de la ejecución no es más que el cumplimiento de lo acordado, si se dan esas otras actuaciones por parte de D.ª Ana, la vía no es otra que la de solicitar una modificación de medidas.
En fin, la sentencia de la de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 18 de septiembre de 2023 (Roj. SAP NA 992/2023; ECLI:ES:APNA:2023:992) del contenido del artículo art. 94.4 del CC se desprende que en principio deben ser «ambos cónyuges» quienes acuerden la forma de llevar a cabo el cuidado de los animales de compañía, siendo la autoridad judicial la que debe pronunciarse sobre el tema cuando no exista ese acuerdo.
Por su parte, García Gómez, R. «La nueva perspectiva jurídica de las mascotas en España y Portugal: implicaciones en las crisis matrimoniales», *Diario LA LEY, número 10702*, abril 2025, p. 8 entienden que en esta materia, pese al avance normativo, siguen para los autores existiendo lagunas. Así indican «que falta regulación con respecto a las parejas de hecho, además de ser recomendables la creación de equipos especializados en bienestar animal que operasen en los Juzgado o tribunales, o, la inclusión en el Código Civil sobre los criterios a seguir para determina el destino de los animales en una crisis matrimonial, el régimen de visitas, custodia o reparto de gastos».

39. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021,4459); y, de 23 de septiembre de 2024 (JUR 2024,369219) la pensión de alimentos que el padre debía abonar para

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2021 señala que el concepto de vivienda familiar no es controvertido en la doctrina jurisprudencial y conforme al artículo 96 del Código Civil «es la habitada por los progenitores e hijo(s) hasta la ruptura del matrimonio»[40].

3.1. Existencia de hijos menores de edad no emancipados

El artículo 96.1 del Código Civil considera prioritario la protección de los hijos menores de edad; de ahí que, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges sea el de la minoría de edad de los hijos, por entender que el interés de éstos resulta el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (artículo 96.1 del Código Civil)[41]. Precisamente, en la sentencia de la Audiencia Provin-

atender a las necesidades de los hijos quedo fijada atendiendo a los ingresos de los progenitores y a las necesidades de los menores entre las que se encontraba la de vivienda. Esta necesidad quedaba cubierta con la atribución del uso de la que fue vivienda familiar, que ahora se declara extintivo. En consecuencia, en aplicación del artículo 93 del Código Civil y por expresa petición del Ministerio Fiscal ante esta Sala, debe fijarse una nueva pensión, en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a los menores de una nueva vivienda. Se hará efectivo el incremento de la pensión de alimentos, una vez se produzca el desalojo de la vivienda.

40. RJ 2021,2510. En el presente caso, la vivienda privativa de la esposa se cedió temporalmente al esposo durante la crisis matrimonial. Entiende la Sala que, no cabe la atribución al esposo de tal vivienda como vivienda familiar aunque resisa allí con sus hijos en los periodos de custodia compartida. Tal cesión es en precario y no supone un acto propio. D ahí que, su desalojo deba efectuarse en procedimiento de desahucio dado que esta Sala en sede de proceso matrimonial no puede atribuir ni desalojar vivienda que no sea familiar (FJ 2.º).
Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020 (RJ 2020,66) en un caso de atribución de vivienda en caso de custodia compartida por dos años a la madre e hijas y considerando no procedente el sistema de «vivienda nido», se fija durante los mencionados dos años una pensión de alimentos de 150 euros para cada hija, abonables por el padre, teniendo en cuenta sus superiores ingresos (artículo 146 del Código Civil), que durante dos años la vivienda solo la disfrutarán madre e hijas y que los períodos de estancia con el padre son superiores en tiempo.

41. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 13928,1994); de 1 de abril d 2011 (LA LEY 14453,2011) que, aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 90854,2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726,2012); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 69264,2012) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714,2013); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 10444,2014); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090,2014); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745,2014); de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016,5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; de 20 de abril de 2022 (RJ 2022,2095); de 22 de julio de 2024 (JUR 2024,242860) no se puede conceder el uso de la vivienda familiar a uno de los padres y la custodia de los hijos al otro, aunque éste solicitase tal custodia y no el uso de la vivienda; y, de 7 de enero de 2025 (Roj. STS 43/2025; ECLI:ES:TS:2025:43) declara la Sala que el pago del IBI y los gastos de comunidad de la vivienda familiar, cuyo uso se atribuyó a la esposa en la sentencia de divorcio, corresponde al ex marido por ser exclusivamente de su propiedad; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 (AC 1995,758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997,2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 1998 (AC 1998,326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1998 (JUR 1998,89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070,1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de junio de 2006 (JUR 2007,10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, de 18 de enero de 2007 (LA LEY 27477,2007); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 279953,2008); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 38828,2010); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 125895,2011); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2

cial de Murcia, sección 4.ª, de 14 de febrero de 2025[42] la hija del exmarido, a la que este donó la vivienda familiar, no puede desahuciar a la exesposa a la que se atribuyó el uso de la vivienda. La demandante ejercitó una acción de desahucio por precario frente a la ex esposa de su padre, acción que fu desestimadas en primera instancia al considerar el órgano judicial que la demandada ocupaba la vivienda propiedad de la accionante sin título habilitante y sin abonar contraprestación alguna, lo que configuraba una situación de precario. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Murcia revoca dicha resolución y desestima la demanda, declarando que la recurrente no ostenta la condición de precarista. La posesión de la vivienda por la demandada se inició por razón del vínculo matrimonial que mantenía con el entonces titular registral, ruto del cual nació su hijo menor. La vivienda fue establecida como domicilio familiar y, en base a una orden de protección y la posterior sentencia de divorcio dictadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, se atribuyó el uso del inmueble a la madre y al hijo menor.

Aunque la actora es la actual propietaria del inmueble ocupado por la demandada en virtud de escritura de donación otorgada por su padre (ex marido de la demandada) con anterioridad al inicio del presente procedimiento, lo cierto es que el donante carecía en ese momento de la transmisión de las facultades de uso y disfrute del inmueble, las cuales habían sido atribuida judicialmente a su exesposa y al hijo común. Además, su facultad de disposición se encontraba limitada por constituir la misma el dominio conyugal, circunstancia conocida por la donataria, que estuvo residiendo en dicho domicilio hasta su marcha para vivir de forma independiente., en consecuencia, la actora no puede sr considerada tercera ajena al proceso matrimonial. En que se atribuyó el uso del inmueble a la demandada, dada su relación personal con el titular registral de la vivienda, y su particular modo de adquisición de dicha condición por título de donación. En definitiva, la sentencia concluye que no se puede atribuir a la demandada la condición de precarista, al ostentar posesión con título atribuido por sui condición inicial de cónyuge del propietario de la vivienda que constituía el dominico familiar y, por la atribución a la misma del derecho de uso y disfrute por las posteriores resoluciones judiciales, lo que conlleva la estimación del recurso planteado, dejando sin efecto lo resuelto en la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, atendiendo a lo que constituye la regla general expuesta, esto no impide que se puede atribuir como vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor otra distinta de la vivienda familiar[43]. En todo caso, sobre la base de autonomía de voluntad de las partes, es posible que se solicite por el padre, la adscripción de la vivienda familiar a los menores y a la madre y que, no sea objeto de recurso de apelación ni de casación[44]. En la sentencia del Tribu-

de marzo de 2012 (LA LEY 224628,2012); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 19 julio 2012 (LA LEY 120942,2012); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 224164,2012); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 214050,2013); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.ª, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 104742,2014).

42. LA LEY 78426,2025. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 26 de enero de 2023 (JUR 2023,167164) se estima la demanda de precario. El demandante, dueño de la vivienda y la demandada eran pareja de hecho y compartían el domicilio en compañía de las hijas menores de la demandada. La orden de alejamiento contra el demandante no supone pronunciamiento de atribución del uso de la vivienda en favor de la demandada. Por tanto, el uso de la vivienda que se ha venido haciendo por esta y sus hijas es sólo una consecuencia indirecta de esa orden de alejamiento, al haber optado el demandante por cumplirla sin intentar una recuperación de las facultades posesorias inherentes al dominio. La situación enjuiciada es la continuación de la creada tras la salida del demandante del lugar, en que se desarrolló la convivencia, perteneciente solo a él en exclusiva, habiendo mediado durante este tiempo una simple dejación en el ejercicio de acciones inherentes al dominio, actitud a la que ha decidido poner término mediante el ejercicio de la acción de precario.

43. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162416,2012).

44. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2019 (RJ 2019,98).

nal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 2025[45] señala que, no existe problema alguno en una atribución del uso sin limitación temporal cuando al respecto exista acuerdo suscrito con el progenitor titular exclusivo de la vivienda. Título que fue respetado en ulteriores actos de disposición patrimonial de la vivienda; en concreto, en la donación de la misma por el padre a su otro hijo y en la posterior venta de la vivienda por dicho hijo a la mercantil ahora demandante, que no desconocía las concretas circunstancias posesorias del inmueble toda vez que se hizo expresa referencia a ellas en la escritura de venta, las cuales aceptó expresamente. Los demandados no son meros precaristas, sino poseedores con título atribuido por sentencia firme.

En todo caso, se ha considerado que, existían dos factores que, eliminaban el rigor de la norma del mencionado antiguo artículo 96.1 cuando no existía acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación[46]; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor.

Ahora bien, un caso curioso es el establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 18 de enero de 2024[47], pues, se obliga a un hombre a compartir con su exsuegra la que fuera vivienda familiar. Dadas las dimensiones de la vivienda de la que son propietarios los cónyuges al 50 %, pactaron en un acuerdo de mediación plasmado en la sentencia de divorcio la división del inmueble en dos partes, la más grande para la esposa, el hijo común y la madre de la primera (en el caso de ésta con carácter vitalicio), y la más pequeña para el marido. El demandante hace referencia a la modificación que supone el que ya no residan en la vivienda ni la exmujer ni el hijo común, puesto que se ha trasladado a vivir a un nuevo domicilio con el hijo común junto a su uva pareja con la que contrajo matrimonio. Con base a esta nueva circunstancia, pidió en su demanda que se atribuyese el uso exclusivo de la vivienda y, subsidiariamente, que pasase a ocupar la zona más amplia prevista para cuando ya no residan en la vivienda ni el hijo ni la abuela. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que las partes excluyeron la total ocupación del inmueble por el esposo en virtud del referido acuerdo de mediación, en el que expresamente las partes confirieron a la madre de la demandada el derecho a ocupar la vivienda conyugal por el resto de sus días en la parte asignada a su hija, de mantera que, continuando la abuela en la vivienda, no cabe ni que se establezca exclusivamente e uso a favor del acto, ni que se amplié el que le corresponde. Disconforme con este pronunciamiento, el demandante interpone un recurso de apelación insistiendo en que ha existido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de adoptar las medidas derivadas del divorcio en el acuerdo de mediación familiar

La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Al respecto, recuerda que en el procedimiento de divorcio se acordó la atribución del uso del domicilio familiar a ambos progenitores en los términos del acuerdo de mediación por el que se dividía la vivienda n dos partes atributando a la esposa la parte más grande «mientras el menor resida y sea dependiente económicamente y este la madre de la demandada». También indica que conforme el artículo 96.3 del Código Civil la regla general es que, en caso de ausencia de hijos menores, no se haga pronunciamiento sobre el uso de la vivienda y, excepcionalmente, cuando se considere que concurren circunstancias que aconsejan atribuir al cónyuge no titular por representar el interés más necesitado de protección, podrá atribuirse el uso por el tiempo que prudencialmente se establezca.

---

45. Roj. STS 32/2025; ECLI:ES:TS:2025:32.

46. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013,7447); y, de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015,1919).

47. LA LEY 71972,2024.

Por otra parte, argumenta la Sala que el apelante hace referencia en su escrito de demanda y de recurso de apelación a la modificación producida por el hecho que la demandada ya no resida en el domicilio familiar, ni lo haga el hijo común y sólo la madre de la primera, pero no a qué circunstancias hacen que sea el suyo el interés más necesitado de protección que justifique la atribución de uso exclusivo que solicita, siendo que ambas partes son copropietarias de la vivienda. Se incide en el hecho que para la atribución del uso exclusivo limitado de los derechos dominicales de uno de los propietarios es preciso la determinación del interés del otro como en más necesitado de protección y solo por tiempo limitado. En todo caso, se pone de manifiesto que para analizar la concurrencia de dicho interés es preciso acreditar las circunstancias económicas y personales que hacen que al solicitante se le pueda atribuir ese uso con carácter exclusivo y concluye que la falta de justificación de ese interés es lo que impide que pueda accederse a lo solicitado en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, a lo que añade que los derechos de terceros (en este caso la madre de la demandada) resultan ajenos a los efectos entre los cónyuges de la disolución del matrimonio y no son parte en los procedimientos derivados de la crisis matrimoniales.

3.2. La atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida

El artículo 96 Código Civil no introduce ninguna regla especial en cuanto a la atribución del uso de la vivienda en caso de guarda y custodia compartida[48]. En todo caso, la sentencia 1710/2024, de 18 de diciembre, con cita de las sentencias 1489/2024, de 11 de noviembre, 757/2024, de 29 de mayo, entre las más recientes, recuerda que constituye un reiterado pronunciamiento jurisprudencial con respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida el siguiente: «Este supuesto específico, no contemplado en el artículo 96 del Código Civil, fue tratado, entre otras muchas, en las sentencias 558/2020, de 26 de octubre; 438/2021, de 22 de junio; 870/2021, de 20 de diciembre; 314/2022, de 20 de abril; 835/2022, de 25 de noviembre y 138/2023, de 31 de enero, entre otras muchas». En estos casos, no es de aplicación el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil, que se refiere a la custodia exclusiva. Tampoco el párrafo segundo del artículo 96 (matrimonio sin hijos). Con lo que se acude, por razón de analogía, al actual párrafo cuarto del apartado 1 del artículo 96 (atribución de la custodia de los hijos entre los progenitores), en cuyo caso «la autoridad judicial resolverá lo procedente». Para tomar la decisión oportuna se atenderá a estos factores: el interés más necesitado de protección (riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida) y la titularidad de la vivienda (privativa o común), pero siempre con fijación de plazo.

Pues bien, las posibilidades de atribución del uso en caso de custodia compartida son: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los períodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia[49]. Las sentencias del Tribu-

48. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio 2012 (LA LEY 134899,2012) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

49. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017,483); de 6 de julio de 2020 (RJ 2020,2220); de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022,259) dificultades de asignación del modelo «casa nido». Asignación a la madre por el tiempo de dos años por su precaria situación económica, por la naturaleza ganancial de la vivienda y por venir conviviendo en ella madre e hija; de 20 de abril de 2022 (RJ 2022,2272) atribución rotatoria del uso de la vivienda familiar; y, de 11 de noviembre de 2024 (JUR 2024,432187) se atribuye a la madre el uso de la vivienda, pues sus ingresos son inferiores a los del padre; por lo que, constituye el interés más necesitado de protección, la vivienda es ganancial y se concede el uso de la vivienda por un plazo de un año a contar desde la sentencia de casacón; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 31 de enero de 2014 (JUR 2014,119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2014 (LA

nal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero y de 6 de julio de 2020[50] entienden que el sistema de «vivienda nido» no es compatible con la capacidad económica de los progenitores que se verían obligados a mantener tres viviendas, las de cada uno y la común; y la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 14 de octubre de 2024[51] precisa, en esta línea, que no procede el sistema de «casa nido» si no media acuerdo entre los excónyuges. Para adoptar este sistema es imprescindible constatar que concurre un alto nivel de entendimiento entre los progenitores para planificar la organización y no debe acordarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de ellos se opone, pues, si no media tal entendimiento el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores. En contra del criterio del Tribunal Supremo que, como hemos visto se muestra contrario a considerar este sistema casa-nido como pertinente al exigir a los progenitores contar con tres viviendas y obligados a entenderse, se ha pronunciado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca, número 16, de 24 de marzo de 2025[52] concediendo a una pareja divorciada, poder turnarse en la vivienda familiar para cuidar de sus hijos, aplicando el sistema de casa-nido ante la emergencia habitacional existente en Islas Baleares, donde es difícil encontrar una vivienda debido a la alta demanda y a los precios desorbitados; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio (niño maleta)[53]. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que se atienda al inte-

LEY 108568,2014); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 141867,2014) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (JUR 2014,276233) atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2014 (JUR 2014,298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y periodos vacacionales; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016,248972).
En contra, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61) no es un sistema que, vele por el interés de los menores ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

50. RJ 2020,66; y RJ 2020,2220. En la primera resolución procede fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a las hijas y la madre por un plazo de transición máximo de un año, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales. se trata de una medida acorde al interés de los menores en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia y residencia; y, en la segunda, procede fijar un plazo de transición de dos años, durante el cual los menores y su madre permanecerán en la vivienda familiar, tras el cual, deberán abandonarla, momento en el que la vivienda familiar se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 96 del CC), medida que se toma en interés de los menores, a la vista de los escasos ingresos de la madre, situación necesitada de protección en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia.
Asimismo, con anterioridad la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, 215/2019, de 5 de abril declaró: «En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artículo 96 del Código Civil)». Igualmente, en sentencia 343/2018, de 7 de junio señala que, a la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

51. JUR 2024,392542. Atribución del uso al padre en el litigio de autos. No existe acuerdo entre los progenitores sobre su alternancia, la vivienda es privativa de aquél, sus ingresos son limitados y los superiores de la madre le permiten acceder a un alquiler; de modo que, está en situación de proporcionar al hijo común una vivienda durante el tiempo que le corresponda la custodia.

52. LA LEY 86931,2025.

53. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2017 (Roj. STS 2347/2017; ECLI:ES:TS:2017:2347).

rés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga el otro progenitor de otra vivienda, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc.[54]; o se atribuye de forma conjunta a ambos[55]; o al padre o a la madre e hijos, mientras vivan con ella[56]; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges o pertenecer a un tercero se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 96 que, regula el supuesto de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el Juez lo que estime precedente, con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso[57]. Criterio temporal que también se aplica en los supuestos de custodia compartida cuando los padres se encuentran en situaciones económicas semejantes y son cotitulares de la vivienda[58]; c) Que no se realice atribución ninguno de los progenitores ni

54. *Vid*., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2016 (JUR 2016,42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; de 20 de abril de 2022 (Roj. STS 1562/2022; ECLI:ES:TS:2022:1562); de 25 de noviembre de 2022 (Roj. STS 4424/2022; ECLI:ES:TS:2022:4424); y, de 31 de enero de 2023 (Roj. STS 1009/2023; ECLI:ES:TS:2023:1009); las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 26 de marzo y de 27 de mayo de 2014 (JUR 2014,135522; JUR 2014,178933); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 10 de julio de 2014 (JUR 2015,52617); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2014 (JUR 2014,246623); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 27 de octubre de 2014 (JUR 201549497).

55. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de julio de 2014 (JUR 2014,234601); y, de 23 de julio de 2014 (JUR 2014,233941).

56. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 y de 27 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3323/2017; ECLI:ES:TS:2017:3323).Roj. STS 3369/2017; ECLI:ES:TS:2017:3369); y, de 24 de mayo de 2021 (RJ 2021,2510).

57. Luque Jiménez, M.ª del C. *La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Colegio de Registradores de España*,* Madrid, 2012, p. 84; Marín García de Leonardo, T. «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *La Ley, n.º 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009*, p. 7. *Vid*., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2013 (RJ 2013,7834); de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014); de 24 de octubre de 2014 (RJ 2014,5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; de 6 de abril de 2016 (RJ 2016,1321); de 27 de junio de 2016 (RJ 2016,2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la sentencia; de 21 de julio de 2016 (RJ 2016,3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el período de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele dispone de ella, incluso en los períodos que el hijo permanece con él y el del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4449); de 23 de enero de 2017 (RJ 2017,363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; de 14 de marzo de 2017 (RJ 2017,878); de 10 de enero y de 20 de febrero de 2018 (RJ 2018,74; RJ 2018,573); de 9 de mayo de 2018 (RJ 2018,1852); de 12 de junio de 2020 (RJ 2020,1574) un año desde la fecha de esta sentencia; de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4165) limitación a dos años; de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021,4459) a dos años; y, de 25 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5139). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado y atención a lo postulado por las partes (sentencia 28 de marzo de 2022 (Roj. STS 1207/2022; ECLI:ES:TS:2022:1207). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 de febrero de 2012 (LA LEY 136661,2012); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 18 de julio de 2016 (JUR 2016,221681).

58. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2025 (Roj. STS 1765/2025; ECLI:ES:TS:2025:1765) ambos progenitores tienen parecidas necesidades, si bien la progenitora tiene por el momento unos ingresos económicos más reducidos, razón por la que resultó acertado considerar el interés de la madre como el más necesitado de protección, y que, por ello, se le atribuyera el uso de la vivienda. Ahora bien, la atribución del uso hasta la mayoría de edad de la hija resulta desproporcio-

a los hijos[59]; d) Se atribuya al cónyuge más necesitado de protección con limitación temporal en la mayoría de los casos[60]; e) Se atribuya la vivienda familiar a los menores hasta la momento de

nado, y no se ajusta a los parámetros jurisprudenciales de la Sala. La diferente capacidad económica de los progenitores no puede justificar la atribución de la vivienda familiar hasta enero de 2034. Ahora en su recurso de casación, el Sr. Faustino no solicita que se fije un concreto plazo de duración a la atribución del uso, pero en la impugnación de la sentencia de primera instancia solicitó que la atribución del uso a la Sra. Eloisa se hiciera como máximo por un plazo de cinco años. En este caso, este plazo, a juicio de la sala, y de acuerdo con el Ministerio fiscal, permite una mejor armonización de los intereses en juego, ya que puede ser suficiente para que la madre mejore sus ingresos económicos, permitiéndole proporcionarse por sus medios una vivienda. Ello en atención a su edad (la madre nació en 1982) y sus capacidades laborales y tomando en consideración que en ese momento la hija (nacida en 2016) tendrá una edad más propicia para que pueda conciliar sus actividades laborales. A lo anterior debe añadirse que en el momento en que cese el uso de la vivienda, el rendimiento que pueda obtenerse de la misma revertirá en ambos progenitores, también en la madre, En consecuencia, estimamos el recurso de casación y casamos la sentencia en el sentido de establecer que la atribución del uso de la que fue vivienda familiar a la Sra. Eloisa durante un plazo de cinco años a contar desde la fecha de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

59. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014) la vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; y, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017,483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social, no procede a entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencias las incidencias que procedan.

60. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021,4489) atribución del uso de la vivienda a los hijos y madre por un plazo de transición máximo de dos años desde la fecha de la sentencia, salvo que antes se procediese a la liquidación de la sociedad de gananciales; de 28 de marzo de 2022 (RJ 2022,2220) fijación de un plazo de dos años desde la presente sentencia a la esposa, periodo con el que se contribuye a la adaptación al nuevo escenario en el que deberá busca nueva residencia, evitando un grave perjuicio al interés de los menores; de 11 de noviembre de 2024 (JUR 2024,432187) atribución del uso de la vivienda familiar a la madre (vivienda ganancial), pues sus ingresos son inferiores a los del padre, por lo que, constituye el interés más necesitado de protección; de 18 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486032) atribución de sus uso a la esposa en atención a sus mayores dificultades para acceder a una vivienda en razón de sus menores ingresos. Limitación del uso a un año; y, de 19 de mayo de 2025 (Roj. STS 2224/2025; ECLI:ES:TS:2025:2224) señala que «La finalidad de la atribución temporal de la que fue la vivienda familiar a uno de los progenitores cuando se adopta un sistema de custodia compartida se dirige a paliar las dificultades a las que puede enfrentarse tal progenitor para proporcionar una vivienda al menor cuando esté en su compañía. Deben valorarse para ello las posibilidades que el progenitor que no es el propietario de la vivienda tiene de satisfacer por sus propios medios la necesidad de vivienda, atendiendo a su capacidad económica, a su accesibilidad al mercado laboral si en ese momento no dispone de un trabajo remunerado, a la edad del niño, entre otros datos». Pues bien, teniendo en cuenta que el recurrente percibe mensualmente, por salario y alquileres, unos 2600 euros netos, y la recurrida, también por salario y alquileres, unos 1650 euros netos; que aquel debe abonar una pensión de alimentos de 400 euros al mes, una hipoteca de 850 euros y asumir el 70 % de los gastos educativos y extraordinarios de los hijos; que, además de la vivienda familiar, dispone de otra de uso residencial de 140 m², y es cotitular de otros doce inmuebles junto con familiares; mientras que la recurrida es titular de una vivienda en el Campo, de 44,8 m2, y otra de 69,50 m², y paga una hipoteca de 250 euros; entiende el Alto Tribunal que «aunque la situación económica del recurrente es objetivamente más favorable —lo que justifica la atribución a la recurrida del uso de la vivienda familiar por ser su interés el más necesitado de protección—, también lo es que esta dispone de otras viviendas y recursos que le permiten atender por sus propios medios la necesidad de alojamiento durante los períodos de custodia. En consecuencia, no puede considerarse justificada la atribución del uso hasta la mayoría de edad del hijo menor, por lo que procede estimar parcialmente el recurso de casación para, asumiendo la instancia, y dadas las circunstancias, establecer como más proporcionado y conforme con nuestra

la venta o liquidación de la sociedad legal de gananciales[61]; o f) Una atribución alternativa por periodos determinados[62].

Por su parte, en la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2021[63] la vivienda es privativa de la esposa que la cedió temporalmente al esposo durante la crisis matrimonial. No cabe su atribución al esposo como vivienda familiar, aunque resida allí con su hijo en los periodos de custodia compartida. Tal cesión en precario de la vivienda sin compromiso de permanencia no supone un acto propio, su desalojo deberá efectuarse en procedimiento de desahucio, dado que esta Sala en sede de proceso matrimonial no puede atribuir ni desalojar vivienda que no sea familiar. El demandado tiene otra vivienda de su propiedad en la que puede residir, por lo que la conducta de la demandante se ajusta a la buena fe y no contradice su actuación anterior.

Ahora bien, es posible que se solicite por el progenitor custodio que la atribución del uso de la vivienda se condicione a la medida de guarda de los animales de compañía (mascotas). Si bien, lo relevante no es tanto la titularidad del animal, sino quien es la persona que sufrague los gastos de aquél los gastos del mismo —veterinario y alimentación[64]—.

---

doctrina, tal como propone la fiscal, un uso temporal limitado a dos años desde la presente sentencia»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 10 junio 2013 (JUR 2013,317947) a la esposa.

61. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 (Roj. STS 973/2017; ECLI:ES:TS:2017:973); de 7 de junio de 2018 (RJ 2018,2857); de 22 de junio de 2021 (RJ 2021,2988); y, de 3 de enero de 2022 (RJ 2022,49) en un cambio de guarda y custodia exclusiva a compartida. Además en el presente caso, dado que los dos tienen ingresos; si bien, los de ella no se cuantifican, que ella ha mantenido hasta ahora el uso de la vivienda con sus dos hijos menores y que el esposo solicitó, con anterioridad el uso por ella hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o su venta y que el esposo reside en la vivienda de su actual pareja; en consecuencia, esta Sala entiende que no procede la fijación de un plazo exiguo de tres meses por lo que declara que la recurrente podrá mantenerse en el uso de la vivienda familiar gasta la venta o liquidación de la sociedad de gananciales.

62. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2024 (Roj. STS 5519/2024; ECLI:ES:TS:2024:5519).

63. RJ 2021,2510.

64. La sentencia de la Audiencia Provincial Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 18 de septiembre de 2023 (Roj. SAP NA 992/2023; ECLI:ES:APNA:2023:992) señala al respecto que, en todo caso es necesario tener presente siempre el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, con independencia de la titularidad del animal. Examinando la prueba practicada al respecto, no sólo no existe una prueba rigurosa y fehaciente sobre la titularidad de los animales, sino tampoco en relación con que animales son, donde se encuentran actualmente y cuáles son los gastos que generan. En todo caso se da por acreditado que dichos animales han convivido siempre con la familia desde su adopción, haciéndolo en la vivienda familiar (...). Es ahora la Sra. Amelia la que solicita la atribución del cuidado de dichos animales condicionado siempre a la atribución del uso de la vivienda familiar y alega para ello que sólo en ese entorno se puede garantizar no sólo el bienestar de los animales sino también el suyo propio ya que en ocasiones ha sufrido crisis de asma, consecuencia del contacto con los mismos. Es decir, supedita la atribución del cuidado de los animales a que previamente se le atribuya el uso de la vivienda. En todo caso lo cierto es que una vez que se produjo la separación fue ella la que se quedó al cuidado de los mismos, llevándolos a casa de sus padres donde parece ser que se encuentran actualmente, aunque por otra parte también declaró que había solicitado la ayuda de una amiga vinculada a una sociedad protectora, para que se hiciera cargo de los mismos. Entendemos por ello que dicha situación debe mantenerse, debiendo ser ella quien continúe en el cuidado de los animales ya que es la que expresamente lo ha solicitado no siendo recurrido dicho pronunciamiento por la contraparte. Sin embargo, ello no puede suponer que consecuencia de dicho pronunciamiento se le atribuía también el uso de la vivienda ya que entendemos dichos pronunciamientos obedecen a criterios distintos, debiendo ser objeto de valoración en el caso de los animales no solo el bienestar de estos sino también el interés de los miembros de la familia. A la vista de todo ello y con independencia de la valoración del recurso interpuesto en

4. La pensión de alimentos de los hijos menores de edad

4.1. Concepto y fundamento de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad

El artículo 93.1 del Código Civil fija el mandato imperativo en base al cual el juez determinará la contribución de cada uno de los progenitores a los alimentos debidos a los hijos menores de edad que, será proporcional al caudal o medios de quien los da (artículos 93.1, 145.1 y 1438 del Código Civil) y a la necesidad de quien los recibe en cada momento, en concreto, las necesidades efectivas de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (artículos 1319 y 1362 del Código Civil). Es por ello que la sola diferencia de estatus económico entre uno y otro de los progenitores por muy diferente que sea, no exonera a ninguno de éstos, de cooperar en la medida de sus posibilidades al sostenimiento y atención pecuniaria de las necesidades de sus hijos, aunque en la contribución del cónyuge guardador haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (artículo 103 y 1438 del Código Civil); habiendo añadido a este argumento la jurisprudencia que las propias exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación[65].

Lo cierto es que, la nulidad, separación y divorcio, en ningún caso, exime a los padres del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales (artículo 154.1 del Código Civil). La obligación de alimentar a los hijos forma parte de las obligaciones alimenticias en sentido genérico que, se conceptúan como «una obligación legal en virtud de la cual el deudor, unido por un vínculo

relación con el pronunciamiento que atribuye a la madre el uso de la vivienda, procede mantener el pronunciamiento de la resolución dictada, atribuyendo el cuidado de los animales a la Sra. Amelia por ser esta su voluntad, y manteniendo la contribución a los gastos en un 50 % tal y como se venía realizando hasta el momento de la separación. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 31 de marzo de 2023 (Roj. SAP LE 463/2023; ECLI:ES.APLE:2023:463) en consecuencia, se estima que el matrimonio tiente tres perros (Chispas, Campanilla y Topacio) y siete gatos (Picon, Rubia, Gallina, Santa, Avispado, Monja). En cuanto a la atribución o asignación del cuidado de los animales atendiendo, como señala el artículo 94 bis del Código Civil, al interés de los miembros de la familia y al bienestar de los animales y con independencia del derecho de propiedad sobre los mismos, debe tenerse en cuenta que la relación emocional con los animales de compañía excede claramente del derecho de propiedad sobre las cosas y ello por cuanto se trata de seres vivos con los que se crean importantes lazos de afectividad. En este caso, en vista de la posición mantenida por el actor que, ni siquiera mencionaba a los animales en su demanda ni ha mostrado en ningún caso disposición a tenerlos en su compañía, se estima que lo más adecuado para su bienestar es que sigan al cuidado de la demandada que así lo acepta y es quien, por otro lado, está asumiendo actualmente su cuidado y también parece ser la persona que más se ha dedicado a dicha atención. No procede fijar visitas en favor del actor dado que este, aunque según refirió en la vista de estos autos, tiene cariño a las mascotas y en verano acudió a visitarlas, nada interesa al respecto. Lo que sí resulta de su declaración es que no niega la existencia de los animales y ha de recordarse que el citado artículo 94 bis del Código Civil contempla la fijación de un régimen en relación con su cuidado y atención al margen de la titularidad dominical de los mismos. En todo caso, se estima procedente fijar a cargo del actor en concepto de contribución a las cargas asociadas al cuidado de los mismos mientras vivan, la cantidad mensual de 200 euros (20 euros por cada uno), pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes. La apelante deberá comunicar al actor el posible fallecimiento de los animales o de cualquiera de ellos, si esa fatal circunstancia se produce, en el momento en que así suceda y, en todo caso, acreditar ante el demandante, al comienzo de cada año natural, la supervivencia de los considerados en esta resolución. Todo ello a efectos, tanto del pago de la cantidad fijada como de su posible reducción en caso de fallecimiento de cualquiera de las mascotas. La cantidad señalada se actualizará anualmente con arreglo a las variaciones que experimente el IPC fijado por el INE u organismo que le sustituya.

65. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1981; de 1 de febrero de 1982; y de 5 de octubre de 1993.

de parentesco o matrimonial con el acreedor, se obliga a suministrarle los medios necesarios para su subsistencia cuando se hallan en situación de necesidad»[66]. De forma que, la obligación alimenticia de los hijos menores de edad no emancipados, constante matrimonio, forman parte de las cargas familiares, o gastos familiares y con la separación o divorcio se convierta en una medida —de obligada adopción en el caso de existir hijos menores de edad o incapacitado (artículo 91 del Código Civil)— en la que se fija el modo en que se ha de hacer efectiva la prestación de alimentos a los hijos por parte de ambos progenitores, adaptándose a las nuevas circunstancias que supone la situación de vida independiente de aquéllos de una medida que puede decretarse de oficio, y está informada por el principio rector *«favor filii»*, es decir, en beneficio e interés de los hijos, que son los verdaderos destinatarios de la pensión de alimentos, y, en consecuencia, los titulares del crédito[67]. En cambio, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, la obligación se inserta dentro de la figura de la deuda alimenticia entre parientes[68].

Se trata, asimismo, de una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, inherente como es sabido, a la relación paterno-filial, y no a la patria potestad, de duración temporal, de contenido absoluto y proporcionada a las necesidades del hijo y los medios y posibilidades económicas del padre y madre obligados[69]; de ahí que, los progenitores excluidos *ab initio* de la patria potestad (artículo 111 del Código Civil) o privados judicialmente de ésta (artículo 170 del Código Civil) mantienen su deber de alimentos. De forma que, mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación; todo ello con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención[70]. Lo que antes se configuraba como carga del matrimonio, tras la ruptura de la convivencia se convierte en una medida —de obligada adopción en el caso de existir hijos menores de edad o incapacitado (artículo 91 del Código Civil)— en la que se fija el modo en que se ha de hacer efectiva la prestación de alimentos a los hijos por parte de ambos progenitores, adaptándose a las nuevas circunstancias que supone la situación de vida independiente de aquéllos de una medida que puede decretarse de oficio, y está informada por el principio rector «*favor filii*», es decir, en beneficio e interés de los hijos, que son los verdaderos destinatarios de la pensión de alimentos, y, en consecuencia, los titulares del crédito[71].

Este deber paterno de alimentar a los hijos menores no emancipados es más amplio que el estricto deber de alimentos derivado de los artículos 142 a 153 del Código Civil, en cuanto no está sometido a las limitaciones de éste[72], aunque no se excluye la aplicación de algunos de sus preceptos[73].

---

66. Lázaro Palau C.Mª., *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2008, p. 25.

67. Como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional número 120/84, de 10 de diciembre (LA LEY 54948-NS/0000) el mandato imperativo del artículo 93.1 del Código Civil, está fundado en el interés público, y al ser de derecho necesario excluye el principio de rogación de las partes.

68. *Vid*., la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 6 de marzo de 2023 (RTC 2023,12).

69. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993,7464); las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 22 de julio de 1998 (AC 1998,6867); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 26 de febrero de 2001 (JUR 2001,138816); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 30 de junio de 2005 (JUR 2006,47270); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006,172411).

70. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2015 (RJ 2015,601).

71. Como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional número 120/84, de 10 de diciembre (LA LEY 54948-NS/0000) el mandato imperativo del artículo 93.1 del Código Civil, está fundado en el interés público, y al ser de derecho necesario excluye el principio de rogación de las partes.

72. Moreno Mozo F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008, p. 84.

73. *Vid*., Rabadán Sánchez-Lafuente F., «Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia», *Actualidad Civil, número 15, vol. 2, 2011,* pp.

En definitiva, corresponde al Juez decidir, aunque los progenitores no lo hayan solicitado, sin incurrir en incongruencia, sobre la pensión de alimentos atribuible a los hijos menores de edad, pues, su carácter necesario y derivado de la propia filiación, además de su imposición constitucionalmente a quienes son titulares y ejercen la patria potestad, justifican tal decisión y competencia. En todo caso, la determinación de esta medida —pensión de alimentos— opera sobre la base de la no sujeción del juez al principio de congruencia o aportación de parte en relación a la fijación de la pensión alimenticia de los menores o hijos discapacitados. Es, pues, una obligación básica para los progenitores y un derecho esencial de los hijos[74].

Por otra parte, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad o, se emancipan adquieren la plena capacidad jurídica (artículo 322 del Código Civil) y ello necesariamente conlleva la extinción de la patria potestad (artículo 169 del Código Civil), además del fin de la representación legal de los padres (artículo 162 del Código Civil). Ahora bien, la extinción del deber de alimentos no opera automáticamente, sino que es posible prolongar más allá de mayoría de edad, el cumplimiento de tal deber, siempre que se den los presupuestos para su concesión; no obstante, su régimen jurídico será distinto[75]. Es un hecho económico constatado en España como es una alta tasa de paro juvenil y una falta de recursos para acceder a una vivienda en alquiler o en propiedad (bajos salarios), hace no sólo resulta muy difícil o casi imposible obtener un empleo sino una independencia económica de los hijos mayores de edad. Asimismo, una cada vez más exigente una formación académica, sobre todo si se opta por estudios superiores o por oposiciones, unido a un mercado laboral que demanda una mayor alta capacitación profesional y formativa, hace que esta situación de dependencia económica de los progenitores se prolongue más allá de la mayoría de edad. Ciertamente, la prestación de tales alimentos por quienes han ejercicio la patria potestad tiene su fundamento en el principio de solidaridad familiar basado en los vínculos de filiación y, reforzado por una base constitucional (artículo 39.3)[76].

1677-1678; Echarte Feliú A.M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000, pp. 137-13.

74. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 9 de enero de 2025 (Roj. SAP SE 123/2025; CLI:ES:AAPSE:2025:123).

75. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 17 de abril de 1998 (AC 1998,822); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 28 de octubre de 1998 (AC 1998,8100); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.ª, de 11 de junio de 1999 (AC 1999,5681); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, de 24 de septiembre de 2004 (JUR 2004,292496); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 10 de diciembre de 2010 (LA LEY 272381,2010); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 3 de marzo de 2011 (JUR 2011,156757), habla del derecho a ser alimentado; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 30 de mayo de 2011 (LA LEY 103077,2011); y, de Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.ª, de 27 de junio de 2011 (LA LEY 17087,/2011).
Por su parte, el artículo 93.2 del Código Civil y la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo exigen para reconocer la legitimación de un progenitor en orden a reclamar alimentos para hijos mayores de edad, que convivan con dicho progenitor y que sea el mismo progenitor quien los perciba y administre (sentencias 411/2000, de 24 abril; y, 156/2017, de 7 de marzo).

76. *Vid*., la sentencia de del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2016 (Roj. STS 4099/2016; ECLI:ES:TS:2016:4099) afirma que «el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la "extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código Civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado 'principio de solidaridad familiar' que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (artículo 152 del Código Civil); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores". Por ello, añade la Sala que "en tales supuestos el juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil (sentencia de 19 enero 2015)"».
Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 16 de junio de 2010 (LA LEY 115700,2010); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 14 de abril de 2011 (LA LEY 91707,2011); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 168461,2011); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 14 de noviembre de 2024 (JUR 2024,553690).

De ahí que, estos alimentos comprendan también la educación e instrucción del alimentista mayor de edad que, se mantienen, mientras el hijo no haya terminado su formación por causa no imputable al mismo (artículo 142.2 del Código Civil)[77]; y que, dicha prestación de alimentos pueda finalizar, precisamente, ante la falta de necesidad del hijo o ante una mala conducta o falta de aplicación al trabajo o estudios (artículo 152 del Código Civil)[78]; pues, en la otra cara de la moneda, no faltan los *ninis* (ni estudian ni trabajan) que se traduce en abusos por parte de quienes prefieren mantenerse *sine die* en una cómoda dependencia que, insertarse en el mercado laboral en busca de recursos necesarios para procurarse su propio sustento, o terminar sus estudios para conseguir precisamente una independencia económica.

En este contexto define, Caso i Señal la pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad como «aquella prestación económica que en el marco de un proceso de crisis matrimonial se establece judicialmente para ser satisfecha por ambos progenitores a favor de sus hijos con el fin de atender sus necesidades»[79]. Por su parte, Serrano Castro, asimismo, la conceptúa como «el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora alimentista, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y otra deudora-alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos»[80].

---

77. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, de 4 de diciembre de 2024 (JUR 2024,522574) bajo la premisa de que en ningún caso sería admisible la pasividad del hijo en procurarse los medios para su propio sustento económico, pues ello nunca podría redundar en un perjuicio para el progenitor alimentante; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 23 de diciembre de 2024 (JUR 2024,543410) que considera ajustada la limitación temporal fijada en la sentencia recurrida, pues no se acuerda la extinción automática de la pensión cuando el hijo cumpla 25 años, al disponer el juzgador que esa obligación se mantendrá si llegada esa fecha el hijo demuestra que carece de medios propios para hacer frente a su subsistencia y mantiene su dependencia económica y asistencial de sus progenitores.

78. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 21 de noviembre de 2024 (JUR 2024,514577) en cuanto la relación entre la pensión de alimentos y compensatoria, en este caso «la hija mayor del matrimonio, que en la actualidad cuenta ya con 32 años, ha comenzado a trabajar desde el mes de marzo del presente año. Por lo tanto, siendo que la demandaba tomaba mensualmente la cantidad de 1000 € para el sustento propio y de sus dos hijas, habremos de convenir, con relativa facilidad, que al tener independencia económica ya una de ellas, el importe necesario para cubrir estas necesidades ha de ser inferior». Si bien, no quiere con ello la Sala indicar que «la pensión compensatoria tenga que depender de las necesidades alimenticias de los hijos. Nada más lejos de la realidad. Sino que habremos de convenir que el importe que tomaba mensualmente la señora Remedios de la citada cuenta no era en su totalidad en concepto de sustento propio». Por lo que, en definitiva, esta Sala considera que el importe justo de la pensión indemnizatoria habrá de ascender a 600 € mensuales, actualizables conforme al IPC; y asimismo, procede estimar en parte este motivo del recurso y con ello la apelación, y revocar la sentencia en el sentido indicado. Es decir, que la pensión compensatoria asciende a 600 euros mensuales, y que tendrá una duración de 5 años.

79. Caso Señal M., «Medidas en relación con los hijos», *Memento Experto. Crisis matrimoniale*s, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2012, p. 134.

80. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1.ª, de 2 de noviembre de 1999 (AC 1999,2281) se entiende como una extensión o prolongación del deber de los padres de contribución al sostenimiento de las cargas familiares.
Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc, 3.ª, de 30 de enero de 2001 (AC 2001,162) señala que, los alimentos de los hijos menores de edad se ha de regir por las siguientes pautas: «1. La separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (artículo 92 del Código Civil); 2. Los padres están obligados a alimentar, educar, y procurar una educación integral de sus hijos menores (artículo 154 del Código Civil); 3. La obligación de contribuir a satisfacer los alimentos y necesidades de los hijos menores (artículo 93 del Código Civil) se extiende a la totalidad del concepto amplio de alimentos (sustento, educación, vivienda, vestido, sanidad, ocio y formación complementaria incluidos los aspectos lúdicos) propios de la patria potestad; 4. La pensión mensual de los alimentos incluye la totalidad de todos los conceptos anteriores integrantes en el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad; y, 5. La antedicha pensión no agota las obligaciones de los progenitores, ya que los mismos están obligados a soportar por mitades los gastos extraordinarios que generen sus hijos menores».

Esta prestación de alimentos a favor de los hijos menores de edad presenta entre otras características[81]: 1. Su naturaleza de orden público derivada de la ley y responde tanto a un interés individual como social[82]; 2. Tiene carácter imperativo, debe fijarse siempre[83]; 3. Puede ser establecida de oficio, dada la especial naturaleza de los derechos y obligaciones paterno-filiales[84]; 4. Es una deuda de valor, por ello deben fijarse cláusulas de actualización o estabilización, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero[85]; 5. Es indisponible, irrenunciable, e intransmisible a terceros (artículo 151 del Código Civil)[86]. Sólo se mantiene el poder de disposición respecto de las pensiones atrasadas que, son las devengadas y no pagadas; 6. Es un derecho personalísimo, al estar fundada la deuda alimenticia en el vínculo familiar que une al deudor con el alimentista; 7. Es relativa, pues, las obligaciones alimenticias en general, al contrario que las obligaciones patrimoniales caracterizadas por su determinabilidad, son indeterminables o relativas, pues, depende su cuantía de dos variables: la fortuna del alimentante y las necesidades del alimentista; 8. No es compensable, de ahí que, ni el obligado a prestarlos pueda compensarlo con los créditos que tenga contra el alimentista, ni, por el contrario, el alimentista puede compensarlos con las deudas que tenga con el alimentante; 9. No es condicionable, pues, el progenitor pagados no puede condicionar el pago de la pensión al cumplimiento del derecho de visitas, ni el progenitor guardador puede condicionar el derecho de visitas al pago de alimentos[87]; 10. Es proporcional, pues, la fijación de la pensión depende de las posibilidades del alimentante, la contribución del progenitor custodio, y las necesidades del propio alimentado; 11. Es imprescriptible, consecuencia de su carácter irrenunciable. Si prescribe el derecho a percibir las pensiones devengadas y no pagadas a las que es de aplicación el plazo de prescripción señalado en el artículo 1966 del Código Civil, a tenor del cual prescriben por el trascurso de cinco años, las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensiones alimenticias. En cuanto a la caducidad de la acción ejecutiva para reclamar en ejecución forzosa las pensiones impagadas, el plazo es, igualmente de cinco años, iniciándose el cómputo no desde la firmeza de la sentencia o resolución, sino desde el incumplimiento; 12. No es preciso acreditar la necesi-

81. Caso Señal M., «Medidas en relación con los hijos», *op. cit.,* pp. 135-136; Lázaro Palau C.M.ª, La pensión alimenticia de los hijos, *op. cit.,* pp. 35 a 41; Delgado Echevarría J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luís Díez-Picazo, y Pablo Salvador Cordech, T. I*, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 523; Díez-Picazo L., y Gullón Ballesteros A., Sistema de Derecho Civil, *vol. IV, T. I Derecho de familia*, undécima edición, Tecnos, Madrid 2012, pp. 43-44; Roca Trias E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luís Díez-Picazo, y Pablo Salvador Cordech, T. I*, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 392. *Vid*., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 12 de marzo de 2001 (JUR 2001,156500).

82. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.ª, de 17 de febrero de 1996 (AC 1996,360); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc, 22.ª, de 13, de 16 de septiembre de 2002; y, de 1 de abril de 2003 (JUR 2003,27941; JUR 2003,27962; y, JUR 2003,188336); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 14 de febrero de 2005 (AC 2005,2076).

83. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 3 de marzo de 1999 (AC 1999,4919); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002,150616).

84. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002,140442).

85. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1982 (RJ 1982,5550).

86. Las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 27 de febrero de 2002 (JUR 2002,136715); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 20 de septiembre de 2002 (JUR 2003,22894).

87. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, de 23 de septiembre de 2002 (JUR 2002,264715).

dad de los hijos menores de edad; 13. De carácter permanente e indiscutible[88]; 14. Son de mayor extensión y amplitud que los alimentos debidos al resto de parientes y no se ciñen a lo indispensable, pues abarca todo lo que garantice el mantenimiento del nivel de vida. 15. Variable, consecuencia de la dependencia de factores mutables como la situación patrimonial de las partes, de un lado, y de otro, su carácter propio de su obligación duradera, periódica que, posibilita su modificación; 16. Tiene preferencia sobre los alimentos del resto de los parientes; 17. Unilateral, sólo los padres tienen ese deber, mientras los hijos sean menores de edad o, siendo mayores no hayan terminado aún su formación; 18. Periódica, debe efectuarse todos los meses del año; y, 19. La actualización de los alimentos puede ser adoptada incluso de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 del Código Civil.

Ahora bien, por un lado, es necesario partir de una consideración previa, cual es la especial protección de los alimentos de los hijos menores de edad en los procedimientos de familia, a la que nos referimos, entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 860/2023, de 1 de junio; 1210/2023, de 21 de julio; 1365/2023, de 4 de octubre; 4/2024, de 8 de enero; 378/2024, de 14 de marzo; 1150/2024, de 18 de septiembre; y, 1713/2024, de 19 de diciembre, dado que dicha obligación tiene unas connotaciones particulares, que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales, al posibilitar una mayor flexibilidad en la fijación del importe de la pensión y en la interpretación del principio de proporcionalidad, de manera que los hijos puedan gozar del mejor nivel de vida que los recursos económicos de sus progenitores les puedan brindar, una de cuyas manifestaciones la encontramos en el artículo 608 de la LEC. Y, por otra, existe un deber de motivación reforzado con respecto a las resoluciones judiciales en las que esté en juego el interés superior de los menores (sentencias del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero; 53/2024, de 8 de abril y 126/2024, de 27 de noviembre; y, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 984/2023, de 20 de junio; 129/2024, de 5 de febrero; 754/2024, de 28 de mayo; 981/2024, de 10 de julio; 1695/2024, de 17 de diciembre y 237/2025, de 12 de febrero, entre otras), como es el caso que nos ocupa en tanto en cuanto se discute la prestación de alimentos para cubrir, con dignidad y proporcionalidad, las necesidades vitales de la menor mediante la prestación de alimentos (artículos 92.1, 93 y 154.1 del Código Civil).

En todo caso, sin perjuicio de la fijación judicial de la contribución a alimentos en el marco de las medidas definitivas (artículo 93 del Código Civil) podrán también determinarse en los autos que, a petición de parte, prevean medidas provisionalísimas (artículo 771 de la LEC) y en los que establezcan las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio (artículos 103.3 del Código Civil y 773 de la LEC).

4.2. Sujetos activos y pasivos de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad

Como alimentantes, ambos progenitores en virtud de la potestad que es una función inexcusable, deben cuidar de los hijos y tienen en relación a ellos deberes de alimentos en el sentido más amplio de convivencia, de educación y de formación integral (artículo 154.1 del Código Civil)[89]. Es, como tantas veces hemos reiterado, una consecuencia de la filiación; de ahí que, no se extingue por el cese de la convivencia con el menor, por la pérdida de la patria potestad, o por el ejercicio en exclusiva del otro de la patria potestad. Es una obligación mancomunada, propor-

88. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc.18.ª, de 20 de septiembre de 2002 (JUR 2003,22894).

89. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008,5794); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 1995 (AC 1995,1267); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 26 de abril de 1999 (AC 1999,4842); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 31 de enero de 2001 (JUR 2001,122798); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 8 de febrero de 2001 (JUR 2001,124117).

cional al caudal de cada uno de los obligados[90]. Si bien, el progenitor custodio puede realizar lo que han denominado algunos tribunales la «aportación virtual» al sostenimiento de los hijos, si carece de ingresos propios[91].

Precisamente, el artículo 145 del Código Civil recoge la posibilidad que la obligación de dar alimentos recaiga en dos o más personas la obligación de dar alimentos; de forma que, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo, así como que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (artículo 146 del Código Civil).

Los alimentistas han de ser hijos del alimentante, pues, la obligación de alimentar deriva de la filiación biológica o adoptiva, lo que supone: 1. Tras la separación o divorcio, el hijo de uno de los cónyuges, aunque hubiera vivido con ambos, no puede reclamar —ni el progenitor en su nombre— una pensión alimenticia del cónyuge no progenitor[92]; 2. Si al tiempo de plantearse la separación, divorcio, o la ruptura de la pareja de hecho se interpusiera una demanda de impugnación de la paternidad, la petición de no fijarse la pensión hasta que no quede determinada la paternidad debe rechazarse, pues, en tanto no se dicte sentencia estimatoria en el procedimiento de impugnación, la filiación está determinada y despliega todos sus efectos[93]. Entre estas acciones también se encuentra las de impugnación de los reconocimientos de complacencia basadas en la prevalencia de la verdad biológica[94]; 3. El principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autoricen la fijación de una distinta cuantía en la prestación alimenticia, sin que ello implique ningún tipo de discriminación. Lo que opera desde la imprescindible ponderación judicial[95]; 4. Los alimentos son a cargo

90. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 29 de mayo de 2002 (JUR 2002,209048); y, de 18 de febrero de 2008 (JUR 2008,130457).

91. Díaz Martínez A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *Comentario al Código Civil, T. I, director Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano*, tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 958.

92. Durante la convivencia, deberá compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los ascendientes y descendientes y otras personas que tenga a su cargo (artículos 68 y 1318 del Código Civil).
El artículo 231-1.2 del Código Civil Catalán reconoce como miembros de la familia con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor. De ahí que, se incluya como gasto familiar los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 del citado cuerpo legal. Asimismo, la Ley 10/2007, de 20 de marzo de la Generalitat de Régimen Económico matrimonial valenciano en su artículo 9.1 dispone que tienen la consideración de cargas del matrimonio los gastos necesarios para cumplir el deber alimenticio entre cónyuges, y de éstos para con sus hijos comunes o los de cualquiera de ellos que convivan con el matrimonio, los hijos discapacitados, así como para los ascendientes que, conviviendo o no con la familia, estén bajo su dependencia económica y/o asistencial, o cuyos propios recursos sean insuficientes a tal fin.

93. *Vid*., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 2004 (JUR 2004,290695); las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 16 de marzo de 2002 (JUR 2002,151490); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, de 23 de enero de 2004 (JUR 2004,70182); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 23 de noviembre de 2012 (AC 2012,1643).

94. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2009,147); de 4 de julio de 2011 (RJ 2011,965) con voto particular; de 30 de junio de 2016 (Roj: STS 2995/2016; ECLI:ES:TS:2026:2995); de 28 de noviembre de 2016 (Roj. STS 5222/2016; ECLI:ES:TS:2016:5222); y, de 13 de noviembre de 2024 (Roj. STS 5766/2024; CLI:ES:TS:2024: 5766) posibilitan la acción de impugnación por el reconocedor en el plazo de cuatro años siguientes a la fecha de reconocimiento al amparo del artículo 140 del Código Civil.

95. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2001 (RJ 2001,6458); y, de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005,7734) se establece una distinta cuantía en la prestación alimenticia respecto a los hijos del obligado nacidos de un matrimonio anterior.

de ambos progenitores, aunque cada hijo conviva con uno de ellos en aras a proteger el interés de éstos[96].

Ahora bien, el régimen normal en su sistema de guarda y custodia compartida es que cada progenitor se haga cargo de los alimentos necesarios durante los periodos de su guarda; de ahí que, este régimen no suponga siempre la supresión de la pensión de alimentos, sino que habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores[97]. Es por ello, que no se exime del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno, pues, la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también el caudal o medios de quien los da[98]; además de resultar preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores, además de los gastos que cada uno de ellos asuma pagar directamente[99], sin que ello conlleve un perjuicio para el que aporta más, pues puede darse el caso que sea menor el número de días que pasan con ese progenitor.

El principio de proporcionalidad se aplica también al caso de custodia compartida; de suerte que, en estos supuestos de custodia compartida puede acordarse el pago de una pensión de alimentos a cargo del progenitor con mayores recursos económicos[100].

---

96. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 10 de septiembre de 1998 (AC 1998,6541); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 26 de diciembre de 2000 (JUR 2001,255594); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, de 20 de abril de 2006 (JUR 2006,272718) precisa que cada progenitor se hará cargo del hijo con el que convive, sin tener que abonar pensión para el otro hijo al tener éste cubierta sus necesidades por el otro progenitor; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007,125681) cada uno de los progenitores se hará cargo de los alimentos de los hijos que convivan con ellos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2005,35647) asunción por cada progenitor los gastos del hijo confiado a su custodia.

97. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2016 (Roj. STS 4099/2016; ECLI:ES:TS:2016:4099) manifiesta que: «el régimen de custodia compartida no siempre supone la supresión de la pensión de alimentos, sino que se habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores. No se eximirá del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno, pues la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da».

98. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2015 (Roj. STS 5218/2015; ECLI:ES:TS:2015:5218); de 4 de febrero de 2016 (Roj. STS 324/2016; ECLI:ES:TS:2016:324); y de 17 de octubre de 2017 (Roj. STS 3718/2017; ECLI:ES:TS:2017:3718) establece que «la estancia paritaria de los menores en el domicilio de cada progenitor no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges (artículo 146 del Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da». En cuanto al principio de proporcionalidad y bases para la cuantificación de la pensión de alimentos a favor de los hijos comunes bajo el régimen de guarda y custodia compartida la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2024 (Roj. STS 3044/2024; ECLI:ES:TS.2024:3044); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 20 de noviembre de 2024 (JUR 2024,526656); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 15 de enero de 2025 (JUR 2025,14276) en el presente caso, se aprecia la concurrencia de una situación de disparidad o desequilibrio entre la situación o capacidad económico-patrimonial de cada uno de los progenitores; si bien, la misma se estima adecuadamente compensada mediante el establecimiento, en la sentencia de instancia, de la obligación del demandante (padre) de abonar una pensión de alimentos mensual —en favor o beneficio del hijo menor de edad común por importe de 100 euros—.
Sobre un juicio de proporcionalidad erróneo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2024 (Roj. STS 5148/2024; ECLI:ES:TS:2024:5148).

99. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2022 (RJ 2002,2220) establecimiento de una pensión de alimentos, pese a la adopción de un sistema de custodia compartida.

100. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016 (Roj. STS 359/2016; ECLI:ES:TS:2016:359); de 7 de junio de 2018 (Roj. STS 2102/2018; ECLI:ES:TS:2018:2102);

Por otra parte, antes de la reforma operada por la Ley 2/2021 ya no es posible la equiparación entre los alimentos debidos a los hijos menores de edad no emancipados con los debido a los hijos mayores de edad discapacitados como hasta entonces habría hecho la jurisprudencia[101].

4.3. El contenido y la cuantía de los alimentos a los hijos menores de edad. Recursos económicos, necesidad y proporcionalidad

Es un indiscutible deber derivado de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores satisfacer los alimentos a sus hijos como indica el artículo 154.III.1.º del Código Civil con toda la extensión que proclama el artículo 142 del Código Civil. De ahí que, se entienda por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. En lo que se refiere a la educación e instrucción, el apartado 2 del citado artículo 142 los incluye en los alimentos, mientras el alimentista es menor de edad, y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable[102].

Respecto a la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe (artículo 146 del Código Civil). Esto supone que, para calcular la cantidad debida en concepto de alimentos, se ha de tener en cuenta los medios de lo que dispone el alimentante y las necesidades del alimentista[103]. Recuerdan, además, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30/2019, de 17 de enero; 573/2020, de 4 de noviembre; 92/2024, de 24 de enero; 754/2024, de 28 de mayo y 1341/2024, de 18 de octubre, entre otras, que el juicio de proporcionalidad, en la fijación del *quantum* de las pensiones alimenticias por el tribunal de instancia, debe ser, en principio, respetado, salvo que resulte arbitrario o ajeno al canon de razonabilidad[104].

---

y, de 28 de mayo de 2022 (Roj. STS 1207/202; ECLI;ES:TS:2022:1207); y, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de diciembre de 2016 (Roj. STSJ CAT 8316/2016; ECLI:ES:TSJCAT:2016:8316); de 12 de abril de 2018 (Roj. STSJ CAT 6532/2018; ECLI:ES:TSJCAT:2018:6532); y, de 3 de junio de 2019 (Roj. STSJ CAT 4934/2019; ECLI:ES:STJCAT:2019:4934). Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 12 de febrero de 2025 (JUR 2025,39569).

101. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2014 (Roj. STS 2622/2014; ECLI:ES:TS:2014:2622).

102. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 29 de septiembre de 2022 (Roj. SAP M 17270/2022; ECLI:ES:APMA:2022:17270); y, secc. 31.ª, de 18 de noviembre de 2024 (JUR 2024,519966). En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 19 de noviembre de 2024 (JUR 2024,504531) respecto a los costes de educación señala que, lo cierto es que la asunción del coste de la educación, ya se contemple como concepto ordinario propio de la pensión alimenticia o como añadido a ésta, por su inclusión entre los gastos extraordinarios, obedece a la libre autonomía de la voluntad de las partes. Lo que, cualquiera que sea el tratamiento sustantivo que hubiera de atribuirse al concepto de gasto educativo, denota la capacidad de quien lo asume en beneficio de procurar, como es su ineludible obligación, la máxima satisfacción de las prioritarias necesidades del hijo menor de edad.

103. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo y de 9 de diciembre de 2022 (RJ 2022,2219; Roj. STS 4499/2022;ECLI:ES:TS:2022:4499); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 22 de enero de 2025 (JUR 2025, 54431); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de febrero de 2025 (JUR 2025,30430).

104. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2024 (Roj. STS 2896/2024; ECLI:ES:TS:2024:2896); las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 13 de noviembre de 2024 (JUR 2024,505158); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 19 de noviembre de 2024 (JUR 2024,504532); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 4 de diciembre de 2024 (JUR 2024,542073); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 23 de diciembre de 2024 (JUR 2024,524514).

En este contexto, se justifica la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicionada, aun en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios. Se trata de garantizar un «mínimo vital» o de «mera subsistencia», esto es, se habrá de fijar una cantidad mínima de pensión que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles para la atención y cuidado del menor[105]. Lo necesario para que éste «se pueda desarrollar en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizarle, al menos y en la medida de lo posible un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional», aunque exista una importante dificultad económica de los progenitores para cubrirla[106]. Estamos ante un tope mínimo por debajo del cual no puede ni debe establecerse la pensión de alimentos.

Junto a este mínimo vital, por debajo del cual quedaría comprometido el cumplimiento de la obligación de alimentar a los hijos, el *quantum* concreto de la obligación de alimentos tiene como techo o límite máximo la referencia al estatus social de la familia[107]. Así lo han venido entendiendo la doctrina de las Audiencias Provinciales al señalar que, cuando los hijos gozan en la vida de los padres de un determinado nivel de vida, físico o material, la ruptura no debe perjudicarles más allá de lo que son las consecuencia lógicas de una crisis familiar; de forma que, en la fijación del importe concreto de esta prestación hay que estar a las condiciones de vida o *status* familiar, como criterio para determinar en cada caso qué ha de entenderse por necesidades concretas del menor de edad[108].

De todas formas, no se exige para la efectividad de la medida la convivencia en el domicilio familiar, pues, es posible señalar una pensión alimenticia cuando la guarda y custodia del menor se ha otorgado a una tercera persona dentro de la propia *litis* matrimonial (artículo 103 del Código Civil)[109].

La cuantía en que se concretan los alimentos que, como hemos indicado, en el caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (artículo 146 del Código Civil)[110].

---

105. *Vid*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (Roj. STS 6585/1993; ECLI:ES:TS:1993:6585).

106. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 30 de enero de 2018 (Roj. SAP MA 1168/2018; ECLI:ES:APMA:2018:1168)
Las Audiencias Provinciales suelen fijar un mínimo de 100 o 200 euros. Así, la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 23 de noviembre de 2016 (Roj. SAP BU 947/2018; ECLI:ES;APBU:2018:947) la concreta en 100 euros; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 11 de abril de 2014 (Roj. SAP V 1649; ECLI:ES:APV:2014:1649) en 170 euros; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 12 de noviembre de 2009 (Roj. SAP MU 2293/2009; ECLI:ES:APMU:2009:2293) en 200 euros.

107. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 27 de enero de 2025 (JUR 2025,59282).

108. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 14 de noviembre de 1997 (AC 1997,2232) se concede hasta los veintitrés años una cantidad de 65.000 pesetas para una hija que ya ha alcanzado la mayoría de edad, ponderando el nivel de vida al que estaba acostumbrada; asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 7 de marzo de 2001 (JUR 2001,161539); y, de 16 de julio de 2008 (JUR 2008,314675) señala que, dentro del concepto de «alimentos» se incluye todo lo indispensable para la alimentación, habitación, vestido, asistencia médica y formación, por lo que debe valorarse la edad de los menores, sus necesidades, en relación a las posibilidades de ambos padres y el nivel de vida habitual de la familia antes de producirse la ruptura para la fijación de la pensión; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 21 de noviembre de 2008 (JUR 2009,145074). Sin embargo, se advierte de la sobrevaloración del interés del menor, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008,50762).

109. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, de 11 de noviembre de 2005 (JUR 2005,13189) aunque la tutela del menor la tiene la Xunta, no exime al progenitor de su obligación alimenticia

110. Si bien, como matiza Díaz Martínez A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, p. 956, que «lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil sólo será aplicable a alimentos debidos a conse-

De ahí que, proceda señalar que, en cuanto a los primeros ha de tomarse en consideración tanto los ingresos como las cargas[111] y, justificar los ingresos, cuando el progenitor que debe pagar la pensión trabaja por cuenta ajena (la certificación de haberes de la empresa o entidad pagadora permite una prueba objetiva sobre sus ingresos). Los ingresos a tener en cuenta son los netos y no brutos, es decir, descontadas las cotizaciones a la Seguridad Social y los impuestos. Debe tenerse en cuenta para realizar un cómputo correcto, si se ha realizado el prorrateo de las pagas extraordinarias y si han percibido anticipos. En el caso que parte de los ingresos profesionales estén integrados por dietas y gastos de locomoción, se debe discernir entre los que son simple reembolso de los gastos realizados por el trabajador (viajes, manutención derivados del cumplimiento de las obligaciones laborales) y que, en consecuencia, no forman parte del sueldo; de aquellas que si constituyen parte del sueldo al aparecer con un carácter fijo en las nóminas o como *plus* en el salario, que habrán de ser objeto de valoración a los efectos de cuantificar la pensión[112]. No formará parte de tal cuantía los bienes del progenitor no alimentante («aunque si para determinar la incidencia de las necesidades de la familia del alimentante sobre la obligación de alimentos»)[113].

Al objeto de acreditar la capacidad de los alimentantes y las necesidades y gastos de los hijos pueden esgrimirse todo tipo de pruebas. Desde las documentales públicas como las certificaciones registrales sobre bienes muebles e inmuebles; certificaciones de la Hacienda Pública —debiendo tenerse presente que los juzgados tienen acceso directo ante la existencia de menores e incapacitados—; escrituras públicas; libros de comercio; etc.; las documentales privadas —nóminas, recibos escolares, recibos de actividades extraescolares, documentación bancaria, facturas, e-mails, conversaciones telefónicas—; si bien, la obtención de algunos de tales documentos de los que pueda desprenderse la existencia de ingresos, tienen como límite el respecto al derecho a la intimidad o el secreto de comunicaciones (artículo 11 de la LOPJ)[114];

---

cuencia de la patria potestad con carácter indicativo, por lo que caben en la determinación de estos criterios de mayor amplitud y pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, exigencia jurídica nacida del interés público de protección de los alimentistas, habida cuenta el vínculo de filiación y la edad». *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 2024 (JUR 2024,33656); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 12 de mayo de 1999 (AC 1999.5921); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 22 de diciembre de 2000 (JUR 2001,95648); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 27 de febrero de 2002 (JUR 2002,136715); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 4 de diciembre de 2002 (JUR 2003,82105); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, de 2 de enero de 2005 (JUR 2005,104809); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 9 de mayo de 2006 (JUR 2006,158589); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 20 de noviembre de 2009 (JUR 2010,26448); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 17 de diciembre de 2009 (JUR 2010,68554).

111. La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 23 de octubre de 2007 (JUR 2009,334322) en la pensión alimenticia acordada se han de tener en cuenta los ingresos globales, y no únicamente los rendimientos económicos acreditados.

112. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 24 de abril de 2006 (JUR 2006,166995).

113. Martínez de Aguirre Aldaz C. «El parentesco. La obligación legal de alimentos», *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, coordinador C. Martínez De Aguirre Aldaz, 7.ª ed., Edisofer, Madrid, 2024, p. 49.

114. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000,8791) rechaza que la intimidad personal desaparezca en el ámbito matrimonial, convirtiéndose en sólo familiar y califica de «agresión a la intimidad mediante la invasión del ámbito de privacidad representada por la correspondencia personal de la que se apodera el sujeto activo del delito, tomando ilícito conocimiento y posesión de informaciones de naturaleza económica de interés dirigidas a otra persona y posteriormente utilizadas en beneficio y utilidad propios» (*Fundamento de Derecho segundo*).
Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 3.ª, de 11 de enero de 2002 (JUR 2002,71184) considera también un delito de descubrimiento y revelación de secretos apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro. En concreto, en el

el interrogatorio de las partes, de testigos o los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados (artículo 265.5.° de la LEC)[115]; los dictámenes periciales, reconocimiento judicial al que las partes, sus procuradores y abogados pueden concurrir a tal reconocimiento, y hacer de palabra las observaciones que consideren oportunas, que constarán en el acta levantada por el Letrado de la Administración de Justicia; y, finalmente, la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes que serán presentados ante el Tribunal, si bien cuenta con el inconveniente de su escasa fiabilidad, por lo que en caso de impugnarse su autenticidad, deberá cotejarse su veracidad. En todo caso, las presunciones constituyen juicio de probabilidad que realiza el juez para demostrar un hecho admitido o demostrado. Además de estas pruebas directas, cabe pruebas indiciarias —vgr., signos externos que determinen una mayor capacidad económica del alimentante—, máxime si se trata de trabajadores por cuenta propia (autónomos, profesionales liberales, participantes en sociedades unipersonales) o de economía sumergida.

Por otra parte, también participan de la naturaleza de ingresos, los rendimientos de capital mobiliario e inmobiliario que deben ser objeto de ponderación. En todo caso, el deber de cumplir con la prestación alimenticia es de carácter imperativo y se mantiene aun cuando el progenitor se halle en situación de desempleo temporal (fijos discontinuos) o conste que no tiene medios suficientes. En cuanto a las cargas, pueden tomarse en consideración los nuevos gastos de vivienda del obligado al pago, el pago de préstamo o deudas que pesan sobre los progenitores, y, la posible concurrencia de otras obligaciones alimenticias respecto de hijos menores de edad habidos de otras relaciones.

En relación con la capacidad del progenitor que convive con los hijos también tiene la obligación alimenticia y aquella se manifiesta, entre otros conceptos, en el trabajo y la dedicación personal al cuidado del hijo —como alimentos «en especie» o contribución *«in natura»*— (artículos 103.3.ª apartado 2.º y 1438 del Código Civil)[116].

Ahora bien, en cuanto a la necesidad del alimentista menor de edad procede señalar que, se presume siempre[117]. Exige una apreciación subjetiva y, podrá variar en atención a la situación

presente caso se trata de la aportación de grabaciones mantenidas con la esposa intentando obtener una prueba de la infidelidad de ésta.

115. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2021 (RJ 2022,318) juicio de ponderación del derecho a la intimidad y a la propia imagen con el derecho de defensa en su dimensión de derecho a utilizar los medos de prueba pertinentes. Investigación encargada por la exmujer para reunir pruebas con el fin de cobrar las pensiones alimenticias adeudadas por el esposo. Informes realizados por profesionales legalmente acreditados, precisa acreditación ante dicho profesional de la finalidad exclusiva de los informes de servir como pruebe ante los juicios que penden entre los ex esposos. Informes admitidos sin que por el hoy recurrente se impugnara su ilicitud, ni se apreciase de oficio y sin divulgación fuera de los procesos. Se trata de medios de prueba de los que objetivamente pueden resultar datos sobre el hoy recurrente de seguir desempeñando su actividad profesional, desvirtuando así sus alegaciones sobre su falta de recursos económicos. Proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la investigación ante una situación de incumplimientos retirados.

116. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 27 de octubre de 1994 (AC 1994,2506); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de abril de 2002 (JUR 2002,177391).

117. La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2001 (RTC 2001,1) señala que «por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos —asistencia que, naturalmente incluye la contribución a los alimentos— con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (artículo 39.3 de la CE), que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (artículo 92 del Código Civil), o, incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (artículos 110 y 111 *in fine* del Código Civil); "alimentos" que conforme al artículo 142 del Código Civil, incluyen el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos, y que deben satisfacerse en la medida "proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (artículo 146 del Código Civil)". Asimismo, en esta línea, la

personal y de salud de los hijos, a su edad y debe valorarse conforme al estatus y posición social de la familia[118].

Pues bien, operando sobre la proporcionalidad entre los caudales o medios del alimentante y las necesidades del alimentista resulta doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que el juicio de proporcionalidad en la fijación del *quantum* de pensiones alimenticias por el tribunal de instancia debe ser respetado, a salvo que resulte arbitrario o ajeno a todo canon de razonabilidad[119]. Asimismo, se dispone que el juicio de proporcionalidad implica realizar un juicio ponderativo de correspondencia, correlación o equilibrio entre los ingresos de ambos progenitores con respecto las necesidades de los hijos de conformidad a su respectiva capacidad económica, de manera tal que contribuyan equitativamente a su satisfacción[120].

En cuanto a la posibilidad de suspensión de la prestación de alimentos por carencia de recursos económicos para satisfacerlos el criterio es que para ello es preciso que el alimentante resulte absolutamente insolvente. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 632/2022, de 29 de septiembre[121], con cita de otras anteriores (sentencias 55/2015, de 12 de febrero;

---

sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005,57) dispone que "los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (artículo 39.3 de la CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos. En este sentido, no es irrazonable sostener, como hace el Abogado del Estado que, el legislador ha considerado que, mientras que los alimentos a los parientes, en tanto que sólo se satisfacen como consecuencia de una demanda presentada por éstos y tras la correspondiente resolución judicial, constituyen un gasto de carácter extraordinario, cuya deducción resulta procedente, los alimentos a los hijos suponen un gasto corriente o mero consumo de renta que, como ocurre con las restantes aplicaciones de renta, no tienen por qué generar un derecho a su reducción de la base imponible del impuesto". Además, los alimentos de los hijos "no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio que, se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad". Finalmente, los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a "las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento" (artículo 93.2 del Código Civil), hasta el punto de financiar no sólo los gastos ordinarios de su mantenimiento, sino también los de carácter extraordinarios (tales como actividades extraescolares, etc.)».
Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003,91648); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, de 4 de junio de 2003 (JUR 2003,223298).

118. *Vid*., de Verda y Beamonte J.R. y Bueno Biot Á. «El régimen jurídico de los alimentos», *GSP Familia*, 2.ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 297.

119. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2019 (RJ 2019,98); de 4 de noviembre de 2020 (RJ 2020,5280); de 22 de marzo de 2022 (RJ 2022,2220); de 28 de abril de 2022 (JUR 2022,2374); 92/2024, de 24 de enero; de 11 de abril de 2024 (JUR 2024,118337); de 28 de mayo de 2024 (JUR 2024,168158); de 10 de julio de 2024 (Roj: STS4147/2024; ECLI:ES:TS:2024:4147); y, de 11 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486026),

120. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486026). En este caso, el pago de los 50 euros por niño es el único gasto que se impone al padre para atender a las necesidades alimenticias de sus hijos, puesto que se acordó que las visitas se llevaran a cabo a través del punto de encuentro familiar (a pesar de que él solicitó dos tardes a la semana y dos días de fines de semana alternos, de 10 a 20 horas), y no resulta acreditado de las alegaciones genéricas vertidas en sus escritos (acerca de que tras la pandemia y la guerra de Ucrania la gente es menos generosa y le cuesta más entregar benévolamente cantidades de dinero, o que le sea imposible obtener trabajo) que le resulte inasumible pagar la cantidad fijada por la Audiencia Provincial por agotar los ingresos que pueda obtener en hacer frente a su propia subsistencia.

121. Roj: STS 3565/2022; ECLI:ES:TS:2022:3565. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2023 (RJ 2023,4582).
Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 2024 (Roj. STS 240/2024; ECLI:ES:TS:2024:24) no se procede a la suspensión, pues, como señala «ha de mantenerse

111/2015, de 2 de marzo; 413/2015, de 10 de julio; 395/2015, de 15 de julio; 661/2015, de 2 de diciembre; 184/2016, de 18 de marzo y 484/2017, de 20 de julio) distingue entre la suspensión de la obligación de prestar alimentos (carencia de ingresos) y la de abonar el mínimo vital (situaciones de dificultad económica): «(...) cabe admitirla (...) con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal (...), pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante (...)», siendo esa solución que se predica como normal, y ello, en los supuestos referidos a situaciones de dificultad económica, la de «fijar (...) un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor (...)». «(...) Y si no consta que la recurrente perciba en estos momentos ingresos por ningún concepto y tampoco se dispone de datos que permitan presumir que, pese a no contar con ingresos, sí dispone de otros medios o recursos económicos con los que poder hacerse cargo de la pensión; lo que se debe asumir, a la luz de lo probado y lo que no lo ha sido, es que su actual situación, con independencia de la palabra o palabras que se utilicen para calificarla: precariedad, indigencia, pobreza, miseria, etc., o de los adjetivos con que se pueden calificar: total, absoluta, extrema, plena, etc., no le permite hacerse cargo de ella por imposibilidad material, ante la falta de medios. Lo anterior pone de manifiesto que la situación es excepcional y que el caso es uno de los que justifican, con arreglo a nuestra doctrina, la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos en tanto la actual situación se mantenga»[122].

En este contexto, es posible que ante la situación de «absoluta pobreza» de los progenitores, los hijos puedan exigir la prestación de alimentos a quienes están obligados a prestar alimentos por la vía de los artículos 142 y siguientes —obligación legal de alimentos entre parientes—; y, normalmente serán los abuelos de ambas líneas[123].

---

la aportación del padre en los 1000 euros mensuales señalados en la sentencia, dado que la disminución de la solvencia económica que dice haberse producido se paliará cuando reciba el total de la prestación de jubilación que actualmente asciende a la mitad, esto es, 643 euros mensuales en 14 pagas, y habida cuenta de los beneficios que necesariamente le ha de reportar, además del salario que se ha asignado, la explotación de la empresa de la que es propietario».

122. *Vid*., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2015 (RJ 2015,601) se trata de una situación de pobreza extrema del demandante. Sus necesidades la cubren amigos y familiares, que impide acordar a favor de los menores un mínimo vital. Esta suspensión temporal de la obligación de alimentos tiene carácter muy excepcional y restrictivo. Se reanudará esta obligación ante la mínima presunción de ingresos aun a costa de un gran sacrificio de aquél; y, de 11 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486026) en el presente caso no se ha acreditado la cantidad que el recurrente viene obteniendo aproximadamente con sus actividades, pero él mismo ha reconocido que consigue ingresos mendigando en la calle, fundamentalmente en la puerta de supermercados, y según ha venido admitiendo en la instancia, antes obtenía ingresos de ayudar a aparcar coches. También por declaración propia del recurrente se ha dado por probado en la instancia que paga mensualmente 230 euros por una habitación. (...) Es decir, que dentro de las cantidades exiguas que se mencionan, en este caso es razonable la valoración de la sentencia recurrida acerca de que existe una presunción de que el recurrente percibe algún ingreso económico y, por el contrario, a pesar de la indudable situación de precariedad, no se ha probado que no pueda contribuir en modo alguno, aunque sea de una manera mínima, a satisfacer las necesidades de sus hijos menores. A lo anterior hay que añadir que la petición subsidiaria que realiza el recurrente de que se fije la pensión en 25 euros, permite deducir esa «muy mínima presunción de ingresos» a la que se refiere la jurisprudencia, «cualquiera que sea su origen y circunstancias». Por tanto, en este caso, no está justificado, con arreglo a nuestra doctrina, la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos solicitada.

123. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 2015 (Roj. STS 568/2015; ECLI:ES:TS:2015:568) dispone en su *Fundamento de Derecho segundo* al respecto de esta obligación de alimentos entre parientes que «La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil , las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal

Ahora bien, en relación con la doctrina generada en torno a los alimentos a cargo del progenitor en paradero desconocido declarado en rebeldía se opta en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, por fijar los alimentos en un porcentaje de los eventuales ingresos del alimentante, sin perjuicio de su liquidación y revisión por modificación de las circunstancias, una vez, se conozcan sus ingresos reales. Así la sentencia 481/2015, de 22 de julio[124] fija en un 10 % de los ingresos del alimentante. Doctrina es refrendada por las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, 860/2023, de 1 de junio[125]; 120/2023, de 21 de julio[126]; de 8 de enero de 2024[127]; y, de 14 de marzo de 2024[128] al entender que, la obligación del demandado es indeclinable, aunque no exista constancia actual de sus concretos ingresos como tampoco si se encuentre en una situación de indigencia. En otras ocasiones atendiendo a las circunstancias, nuestro Tribunal Supremo ha aumentado ese porcentaje a un 25 % dado que se trata de tres hijos, sin perjuicio de la revisión (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2023[129]).

Si bien, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 15 de enero de 2024[130] entiende que, este sistema de un porcentaje sobre los desconocidos ingresos del demandado carece de justificación objetiva y, concluir que las resoluciones de instancia aquí impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) de la recurrente y de su entonces hijo menor de edad.

Sobre tales bases, por vía convenio se puede acordar que ambos progenitores aporten una cantidad mensual, y a ello se puede añadir que, cada uno de ellos se hace cargo de los gastos ordinarios de los hijos durante el periodo que pasen con ellos y los gastos extraordinarios se comparta de forma proporcional —sistema de manutención directa—; este sistema resulta posible cuando la alternancia en la custodia sea por períodos de tiempo igualitarios y que las econo-

obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 Código Civil, esta obligación cesa "cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres»; y, de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016,638) se indica que, la relación de abuelos con nietos tiene su regulación en el artículo 142 del Código Civil, para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. En el presente caso, se discute si son asumibles los gastos extraordinarios que se reclaman y que se concretan, en clases de música y apoyo. Para el Alto tribunal «los referidos gastos extraordinarios no son estrictamente parte de los derivados de la educación de la menor, la que asiste a un colegio público y como tal gratuito. Estos gastos extraordinarios que se reclaman no tienen cabida legal en la relación de abuelos-nietos, sin perjuicio, como se declara en la sentencia recurrida, por remisión a la del Juzgado, que, en ocasiones procederán los gastos extraordinarios si tienen relación con los conceptos recogidos en el citado artículo 142 del Código Civil (sustento, habitación, vestido y asistencia médica)». En conclusión, para la Sala de lo Civil «los abuelos tienen obligación de afrontar los gastos que generen sus nietos, ante la insolvencia de los padres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142 del Código Civil y con respeto estricto del principio de proporcionalidad (artículos 145 y 146 Código Civil)».

124. RJ 2015,3788.

125. RJ 2023,3832.

126. RJ 2023,4582.

127. JUR 2024,16534.

128. JUR 2024,953392.

129. Roj: STS 3976/2023; ECLI:ES:TS:2023:3976.

130. RTC 2024,2.

mías de ambos cónyuges sean paritarias[131]; o se puede optar por acordar que asume los gastos de alimentación del hijo el progenitor durante el tiempo que tiene al menor bajo su guarda, fijándose pagos directos a cargo de uno u otro de determinados gastos. Igualmente, se puede pactar quien asume los gastos extraordinarios. En los procesos contenciosos se suele establecer un sistema de manutención directa durante la estancia de los menores junto a los progenitores y en cuanto a los gastos ordinarios y extraordinarios se suele concretar la forma de contribución y los porcentajes. Y también se puede concretar en qué momento se hace efectiva la prestación de alimentos[132].

En todo caso, ante la existencia de una variedad de circunstancias que el juez o tribunal han de tener en cuenta para concretar la pensión más adecuada para los hijos menores; amplios sectores se hayan mostrado partidarios del uso de sistema de baremos objetivos (tablas del CGPJ) que, partiendo de ciertos datos, permiten dar con una pensión base sobre la que aplicar determinados coeficientes correctores[133]. Sin embargo, como afirma Díaz Martínez no valoran factores individuales de cada caso, muchas veces imprescindibles para llegar a una solución justa; de ahí que, no deban dejar de ser, a lo sumo, meramente orientativas[134].

Pues bien, corresponde al juez concretar en su resolución la cuantía de la pensión —que no queda obligado por el principio de rogación, sino por el principio de *favor filii*, ni incurre en incongruencia por *extra* o *ultra petita* al fijar una suma superior a la reclamada por los progenitores— y cómo ha de abonarse. Respecto a esto último, el criterio mayoritario es mediante el pago de una pensión mensual que corresponde al prorrateo de una cantidad anual estimada idónea para las circunstancias del caso. Si ésta ha de atender a las necesidades de más de un hijo puede fijarse una cantidad global para todos, salvo si entre ellos existen necesidades diferentes que determinen una contribución desigual —por distinta edad o por requerir atención médica o profesional—, en tal caso resulta conveniente diferenciar la parte de la pensión que corresponde a cada uno. El ingreso en esta modalidad de pago suele realizar de forma anticipada —en los cinco primeros días de cada mes—, pues su objetivo es cubrir las necesidades que van a tener lugar durante esa mensualidad. Los ingresos posteriores a dicha fecha suponen incumplimiento de lo estipulado exigible en ejecución de sentencia. El devengo de la pensión distribuida en doce mensualidades hace improcedente la suspensión de pago durante el mes de vacaciones que los menores pasan con el obligado al pago[135]. De ahí que, no se fijen pensiones adicionales en julio y diciembre, coincidiendo con las pagas extraordinarias, salvo pacto de las partes en convenio regulador homologado judicialmente.

---

131. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 25 de febrero de 2001 (AC 2001,1827); de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007,101427); y, de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009 (AC 2009,1040).

132. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486032) la salida de la madre de la vivienda es el momento en que comienza a prestarse la pensión de alimentos.

133. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 4 de febrero de 2025 (JUR 2025,20819).

134. Díaz Martínez A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.,* p. 961.

135. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de julio de 1999 (AC 1999,1749); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 19 de mayo de 2008 (JUR 2008,339208). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 11 de abril de 2000 (AC 2000,3778) señala que, esta doctrina no resulta de aplicación en el supuesto analizado por las específicas circunstancias concurrentes en el mismo, en el que el ejercicio del derecho de visitas, tanto durante los dos meses del período vacacional de las hijas en España junto al padre, y el relativo a dos períodos de quince días de estancia del padre en México a los mismos efectos, conlleva unos gastos acreditados excepcionales (de viaje, estancia del padre, etc.) muy por encima de los que se generan en los demás supuestos, que deben incidir no sólo para el establecimiento de la pensión mensual, sino para su suspensión en el período vacacional de las hijas en España, siempre y cuando, por supuesto, se desarrolle con carácter efectivo.

En todo caso, se puede fijar en función de una suma anual alzada, pero no sobre la base de unos gastos mensuales determinados, ya que puede variar su tipo y costo (inflación)[136]. Por otra parte, es posible que la pensión se concrete en una cantidad variable —porcentaje sobre los ingresos del obligado— que, aunque tiene la ventaja de permitir ajustar la pensión a los concretos y fluctuantes ingresos que puede tener el obligado como consecuencia de su trabajo[137]. No obstante, esta forma de proceder tiene importantes inconvenientes cuando se perciben ingresos irregulares, en cuanto se deja a voluntad del obligado el importe final de las pensiones; asimismo, con ello se rompe el equilibrio de la proporcionalidad entre las necesidades y capacidad del obligado, y, en fin, plantea problemas en la ejecución y genera conflictos, si se intenta ocultar ingresos[138]. En este contexto, no cabe sustituir el pago periódico de la pensión de alimentos por la entrega de un capital en bienes o en dinero, aunque sí es posible entregar a los hijos menores los frutos o intereses que produce el capital consignado[139].

---

136. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca de 20 de enero de 1999 (AC 1999,123) dispone en su *Fundamento de Derecho primero* que: «Es evidente que todos y cada uno de los conceptos que integran la pensión alimenticia están sujetos a ciertas fluctuaciones que impiden determinar con exactitud una cantidad precisa equivalente cada mes al importe de los mismos y ello con independencia de que se trate de estudios universitarios o no, y aun con independencia de que nos hallemos o no en el marco de situaciones de crisis familiar. Los alimentos en sentido estricto de un menor no todos los meses de todos los años representan un gasto idéntico, ni tampoco sus necesidades de vestuario, sus gastos escolares, sus previsiones médicas. Las matrículas de los colegios no son inamovibles en el tiempo, ni tampoco el precio de los alimentos, ni todos los meses se adquieren prendas de abrigo, etc.; sin embargo, cuando la convivencia de los progenitores, obligados a la satisfacción de aquellas necesidades, se ha interrumpido, es lo cierto que ha de establecerse una cuantía fija, aunque actualizable periódicamente que desde un punto de vista operativo o práctico permita subvenir a la satisfacción de aquellos gastos, sin necesidad de que con carácter previo y ante desembolso concreto, sea preciso especificar y acreditar la partida específica lo que haría absolutamente inviable el cumplimiento de las exigencias legales y los que desde luego es más importante, la satisfacción real de las necesidades del alimentista»; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, de 12 de febrero de 2002 (JUR 2002,135557).

137. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, de 11 de noviembre de 1994 (AC 1994,2496); de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 de junio de 1995 (AC 1995,1304); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 1.ª, de 15 de diciembre de 1997 (AC 1997,2561); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998,431); y, de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. única, de 17 de mayo de 2000 (AC 2000,2555).

138. Lázaro Palau C.M.ª *La pensión alimenticia de los hijos*, *op. cit.,* p. 50. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 15 de julio de 1998 (AC 1998,1689); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc, 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (AC 1999,532); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 2.ª, de 17 de mayo de 2000 (AC 2000,2559); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 6 de marzo de 2001 (JUR 2001,159494) dispone al respecto que, es difícil determinar los ingresos reales, crea inseguridad jurídica para la menor puesto que en la práctica dejaría la cuestión de dicha pensión en manos del obligado. Efectivamente, a la demandada le es sumamente dificultoso, si no imposible, comprobar mes a mes los verdaderos ingresos de aquél; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, de 15 de mayo de 2007 (JUR 2008,148968) señala que, de no poder acreditar un determinado volumen de ingresos del deudor, la operatividad del sistema de porcentajes devendría nula; de ahí que, esta Audiencia muestra su preferencia por la imposición de una cantidad fija, recordando, además, que ni siquiera una situación de paro exime a los padres de su deber de satisfacer una pensión alimenticia a sus hijos, ya que esa inactividad y, por ende, la falta de retribuciones, puede anidar en una conducta voluntaria que el ordenamiento no ha de tutelar a través de una supresión de la pensión.

139. Pérez Conesa C., *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Dykinson, Madrid 2006, p. 91; Roca Trias E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.,* p. 587, quien precisa dos razones para adoptar esta postura, una, porque las cantidades a satisfacer por alimentos tienen un claro límite temporal, ya que se hallan subordinadas a la extensión de la patria potestad o las necesidades del hijo; y otras, que los alimentos tienen un contenido variable, por ejemplo, cuando aumenten las necesidades del acreedor, o bien cuando éste se halla en condiciones de aportar, a su vez, alguna cantidad para ayudar a los gastos que ocasiona (artículo 165.2 y 3 del Código

Por lo que, respecta al contenido de la pensión de alimentos, se han de cubrir los gastos ordinarios de sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación o formación del alimentista (artículo 142 del Código Civil)[140]. Ahora bien, frente a estos gastos ordinarios, pueden surgir otros extraordinarios, caracterizados por su imprevisibilidad y elevada cuantía en los que se pueden distinguir los necesarios de aquellos que dependen del nivel económico de la familia. Su ingente variedad y la falta de criterios fijos para su concreción en los propios tribunales han contribuido a su confusión con los gastos ordinarios y, suscitado una enorme problemática[141]. Si bien,

Civil). Sin embargo, para Rivero Hernández F., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV, Libro I del Código Civil, coordinador José Luís Lacruz Berdejo,* Civitas, Madrid, 1982, p. 673, admite la posibilidad que el deudor o deudores puedan sustituir el pago de la cantidad periódica establecida por el Juez por la entrega de un capital, la constitución de un usufructo o de una renta, a semejanza de lo que establece en el artículo 99 del Código Civil para la pensión por desequilibrio fijada judicialmente, ya que representa para los hijos mayor seguridad.

140. Para de Verda y Beamonte J.R. y Bueno Biot Á. «El régimen jurídico de los alimentos», *op. cit.,* p. 280 son gastos ordinarios «los habituales y previsibles periódicamente, por lo que su importe es tenido en cuenta para fijar la cuantía de la prestación alimenticia y se incluyen dentro de ello: la alimentación (manutención), vestido, calzado, vivienda —caso d gastos de alquiler—».
Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2014 (Roj. STS 4438/2014; ECLI:ES:TS:2014:4438); y de 13 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3277/2017; ECLI:ES:TS:2017:3277) que incluyen dentro de los gastos de formación y educación —los que son ordinarios (libros, material escolar, uniformes, transporte)—; y, de 13 de marzo de 2023 (RJ 2023,1566) que atribuye el domicilio familiar a la madre en régimen de alquiler y dispone, asimismo que, la contribución a este gasto ha de fijarlo los tribunales en proporción y porcentaje que considere adecuado y procedente a la vista de las circunstancias que concurran y que se estimen acreditadas, dado que el pronunciamiento relativo al porcentaje del alquiler s impone a padre en concepto de gasto ordinario.

141. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2025 (Roj. STS 1766/2025;ECLI:ES:TS:2025:1766) entiende por gasto extraordinario aquellos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo además de ser vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes de los menores. Y ello en contraposición al concepto de superfluo o secundario, de lo que obviamente podría prescindirse sin menoscabo para los niños. Y como tales, como gastos extraordinarios, se entienden los gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema Público de la Salud de la Seguridad Social, que serán sufragados, previa conformidad con su necesidad y cuantía, por mitades al 50 % por cada progenitor. De ahí que, en el presente caso, para el Alto Tribunal no sean gastos extraordinarios ni estarán cubiertos por este concepto, ni inglés, ni paddle, ni balonmano ni otros semejantes: estos serán ordinarios y estarán incluidos en la pensión de alimentos. Tampoco los libros de texto ni las matrículas.
Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 10 de febrero de 2025 (JUR 2025,43031) manifiesta que «no existe en nuestro derecho una regulación de lo que son los "gastos extraordinarios" de alimentación, educación, vestido o asistencia sanitaria de los alimentistas, ya sean hijos menores o mayores de edad; el artículo 142 del Código Civil solo se refiere a la prestación de alimentos por estos conceptos sin especificación alguna, pero se comprende que la fijación de una pensión mensual y regular colma esa prestación sin agotarla en lo que pueda ser extraordinario , esto es, lo que siendo necesario excede de lo ordinario, inusitado, insólito, imprevisto, excepcional, más allá de lo normal; en la doctrina de las Audiencias, se entiende normalmente por gasto extraordinario a estos efectos el que es imprevisible, no periódico ni regular, novedoso, singular y aislado y en todo caso necesario, pero poniendo de relieve la necesidad de atender a las concretas circunstancias del caso, pues la aplicación de tal concepto es eminentemente circunstancial, atendiendo a lo que en cada caso es normal y habitual, a lo pactado entre los cónyuges, a lo que estos previeron, etc. La propia sentencia recurrida considera como gastos extraordinarios cualquier otro que además de los referentes a las actividades extraescolares y las gagas, reúnan los requisitos de necesidad e imprevisibilidad. El artículo 776.4 de la LEC contempla un incidente previo a la ejecución para la determinación de si un concreto gasto no expresamente previsto en las medidas provisionales o definitivas tiene la consideración de gasto extraordinario. Teniendo en cuenta esas consideraciones no se estima oportuno catalogar ahora las clases de idioma, música y otras particulares a las que se refiere el recurso como gastos extraordina-

la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un valor económico que debe ponderarse al fijar la pensión alimenticia[142], como así se establece específicamente en el artículo 233-20.7 del Código Civil catalán —como contribución en especie[143]—. De no realizarse tal atribución, la pensión ali-

rios pues para eso será preciso realizar un examen específico acerca de su necesidad e imprevisibilidad atendiendo a la concreta situación en que esos gastos se generen, examen que encuentra su vía en el cauce procesal señalado en el citado artículo 776.4 de la LEC». En relación con tales gastos extraordinarios, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 3 de febrero de 2025 (JUR 2025,46072) la Sala estima apropiado reconocerle la cantidad, dada la absoluta desproporción existente, de 1.800 euros de pensión alimenticia, además de la contribución exclusiva del esposo al abono de los gastos extraordinarios, entre los cuales se van a seguir integrando los gastos de todo orden relativos a la educación o formación de los hijos, como ha dispuesto la juez de instancia. No obstante, no se incluirán, por la propia lógica de esta resolución, ni los gastos de consumo de la vivienda que fue familiar —que necesariamente habrá de abonar su titular— ni los de la empleada de hogar.

142. Cabezuelo Arenas A.I., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (artículo 93 CC)*, Aranzadi, Cizur Menos (Navarra), 2010, p. 112. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011,3021; LA LEY 9107,2011) señala que, el artículo 96.1 del Código Civil atribuye el derecho de uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1.º del Código. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (LA LEY 52203,2011) pone de manifiesto que, el artículo 96.1 del Código Civil es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras. El principio que aparece protegido en esta disposición es el de interés del menor que requiere alimentos que debe prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 del Código Civil). Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 186204,2011) dispone que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil. El Juez no puede disponer que los hijos pasen a ocupar una vivienda en alquiler, pagada por su padre, en lugar de atribuirle el uso de la vivienda. Doctrina que, también se reitera con relación a una unión no matrimonial, así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453,2011) aplica a la ruptura de la unión no matrimonial analógicamente el artículo 96 del Código Civil, al que se considera, igualmente, una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96; lo que de nuevo se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585,2012).
En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 58422,2012) se atribuye el uso de la vivienda al progenitor custodio, aunque no se haya pedido en la demanda. Principio de rogación.
Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 4 de junio de 2008 (LA LEY 125826,2008) precisa que «no impide el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el artículo 96.1 del Código Civil, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el artículo 96 del Código Civil se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes, al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protege por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor —intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente— pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante».
Sin embargo, cuando se trata de hijos mayores de edad, la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011,5677) manifiesta que, no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil; e, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 2012 (LA LEY 39626,2012) dispone que, ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener como parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

143. Roca Trias E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.,* p. 588. *Vid*., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 9 de julio de 1998 (AC 1998,6858).

menticia deberá contemplar el nuevo gasto de vivienda que necesariamente se ha de generar en relación con el hijo común[144].

4.4. La exigibilidad de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad. Irretroactividad

En los procesos matrimoniales la obligación de dar alimentos tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 2011[145], unificando doctrina, es exigible desde la fecha en que se interponga la demanda, aplicando el artículo 148 del Código Civil con efectos *ex tunc*[146].

También en este mismo sentido, se han pronunciado las sentencias la sentencia de este mismo Alto Tribunal Supremo y Sala, 644/2020, de 30 de noviembre, que reproduce la doctrina de la sentencia 86/2020, de 6 de febrero; y, 412/2022, de 23 de mayo. Asimismo, la sentencia de 15 de diciembre de 2022[147] manifiesta «la pensión de alimentos deberá pagarse desde la interposición de la demanda, pero descontando lo ya abonado en virtud del auto de medidas provisionales coetáneas, para evitar el pago duplicado, cuando se trata de medidas provisionales previas; y, en consecuencia, ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial en el sentido que los alimentos fijados en la sentencia de primera, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional».

Por su parte, las sentencias 483/2017, de 20 de julio, 183/2018, de 4 de abril y 32/2019, de 17 de enero van más allá: «1. Cuando los alimentos fijados en primera instancia se elevan o reducen en segunda instancia, el importe fijado por el tribunal provincial se devenga desde la fecha de la sentencia de la alzada, no desde la dictada en primera instancia. En efecto, ya sea por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación», «(...) cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente» (sentencias 162/2014, de 26 de marzo y 573/2020, de 4 de noviembre). Por eso, la elevación de cantidad fijada en apelación solo opera desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, así se pronunció la sentencia 575/2019, de 5 de noviembre, en la que se señala: «Es doctrina de esta sala (sentencias de 15 de junio de 2015 y 26 de marzo de 2014) que de acuerdo con los artículos 774.5 de la LEC y 106 del Código Civil, las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia. En base a lo expuesto, al asumir la instancia esta sala, debe declarar que la cantidad de 400 euros de alimentos deberá abonarse desde la fecha

144. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 13 de marzo de 2023 (JUR 2023,125132) se incluye en la pensión alimenticia los gastos de alquiler donde reside el hijo menor con su madre; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 14 de diciembre de 2004 (JUR 2005,67089) considera que también se ha de tener en cuenta, para fijar el *quantum* de la pensión, el gasto que representa el pago de una renta cuando la vivienda se atribuye *ex* artículo 96 del Código Civil es alquilada.

145. RJ 2011,4527. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008,7123) consideraba aplicable a los alimentos de los hijos menores de edad de algunas las disposiciones reguladoras de los alimentos legales entre parientes, entre lo que citaba en concreto, el artículo 148 del Código Civil; y, de 24 de junio de 2024 (JUR 2024,221760).

146. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, de 16 de septiembre de 2005 (JUR 2005,236984).

147. RJ 2023,320. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2020 (JUR 2020,112760); y, de 8 de enero de 2024 (JUR 2024,16303).

de la sentencia de segunda instancia, para no incurrir en retroactividad»[148]. De igual manera, se ha expresado el Alto Tribunal en la sentencia 32/2019, de 17 de enero.

En este contexto, en un caso que, se pasa de un régimen de custodia compartida a un régimen de custodia exclusiva del padre la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de enero de 2024[149] entiende que, tal situación se equipara a los supuestos en los que, por primera vez, se fijan alimentos a cargo del progenitor no custodio, supuesto en que se abonan desde la fecha de la demanda, sin perjuicio de descontar las cantidades que pudiera haber abonado la madre durante tal periodo de tiempo y por dicho concepto, que deberá justificar, sin que consten en este trance decisorio.

Ahora bien, se hayan o no solicitado medidas provisionales, éstas quedan sin efecto por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (artículo 773.5 de la LEC). Los recursos que conforme a la ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas acordadas en ésta (artículo 774.5 de la LEC). La pensión alimenticia en que se fijen las medidas definitivas y en primera instancia es inmediatamente ejecutiva, no siendo aplicable el régimen de la ejecución provisional. En consecuencia, la pensión fijada en tales medidas despliega sus efectos desde la interposición de la demanda hasta la sentencia que pone fin al pleito en primera instancia, aunque sea objeto de recurso de apelación. La sentencia que se dicte en apelación que sustituye a la dictada en primera instancia despliega sus efectos desde que se dicta; de forma que, no puede solicitarse ni adiciones a lo ya abonado, en caso de ser la pensión de la sentencia en apelación superior a la de primera instancia, ni devoluciones, en caso de ser la pensión fijada inferior a la fijada en primera instancia. No obstante, en caso de producirse una alteración sustancial de las circunstancias, se puede instar un procedimiento de modificación de los efectos de la sentencia que sustituirá al auto de medidas provisionales si se han solicitado durante la sustanciación del mismo (artículo 775 de la LEC), o de no haberse estimado la modificación provisional, a la sentencia de pleito anterior, produciendo sus efectos desde la fecha en que se dicte y no desde la interposición de la demanda[150].

En esencia, cuando la pensión se fija en la primera instancia se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda, aunque existen medidas provisionales o cautelares previas conexas con el procedimiento principal, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas para evitar un doble pago[151]; y, cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas la pensión que se fije si es diferente a la primera instancia, opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación a la primera instancia[152].

Por otra parte, de fijarse la pensión en convenio regulador concurren, igualmente, dos posturas en relación a la fecha de exigibilidad[153]. Así, para unos es la fecha en que se suscribió el convenio; para otros, la fecha de aprobación judicial del convenio[154].

---

148. *Vid*., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 10 de julio de 2024 (JUR 2024,137979); y, de 19 de diciembre de 2024 (JUR 2023,494089).

149. JUR 2024,16303.

150. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 482/2024, de 9 de abril 2022 (RJ 2022,2220).

151. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2020 (RJ 2020,5280).

152. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero, de 4 y 30 de noviembre de 2020 (RJ 2020,321; RJ 2020,5352; y, RJ 2020,5280); de 23 de mayo de 2022 (RJ 2022,2731); de 6 de febrero de 2023 (Roj. STS 1011/2023; ECLI:ES:TS:2023:1011); y, de 10 de julio de 2024 (Roj. STS 4141/2024; ECLI:ES:TS:2024:4141); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 29 de enero de 2025 (JUR 2025,20810).

153. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 28 de mayo de 2003 (JUR 2003,182931).

154. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, de 11 de febrero de 2000 (AC 2001,2187).

En todo caso, la pensión alimenticia de los hijos menores de edad no puede limitarse temporalmente ya que mientras están sujetos a la patria potestad tiene derecho *ex lege* a los alimentos. Lo que contrasta con la tendencia a favor de la limitación temporal de la que corresponde a los hijos mayores de edad. Asimismo, son nulos cualesquiera pactos sobre renuncia a percepción de pensión alimenticia de los menores de edad a cambio de la guardia o custodia exclusiva de los menores, o a mantener un restringido régimen de vistas con el menor por parte del progenitor no custodio, al ser materia indisponible. Igualmente, por estar en juego el interés de los menores, de orden público, y regir el principio inquisitivo, el juez no estará vinculado por los pactos previos al proceso matrimonial o a los acuerdos extrajudiciales en procesos de mediación, pudiendo fijar una cuantía superior a la convenida, si la capacidad económica de los progenitores lo permite, y con ello se atiende mejor el interés de los menores.

Ahora bien, el Código Civil al regular las prestaciones alimenticias siempre hace referencia a la necesidad de su actualización. En concreto, se hace referencia en sede de medidas, al establecimiento de las bases de actualización de las cantidades y a la adopción de las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (artículos 93 y 103). En todo caso, siendo la fijación de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad una cuestión de orden público, el juez no está sujeto a la petición de parte; de forma que, puede fijar en su resolución la cláusula de actualización que considere más adecuada para la protección de los menores. La forma de actualización más frecuente suele ser con arreglo a las variaciones anuales del IPC[155]; aunque no faltan las que se fijan conforme a las variaciones que experimenten los ingresos del obligado al pago de la pensión, si bien contrasta con la anterior en que carece de carácter automático, además de exigir una labor de concreción e investigación importante.

Por otra parte, igualmente, el Código Civil permite al juez disponer de las garantías o medidas convenientes para asegurar la efectividad de las prestaciones. En las medidas provisionales, así lo dispone en relación con las cargas del matrimonio el artículo 103.3 del Código Civil, y los artículos 91 y 93 del citado cuerpo legal en las medidas definitivas adoptadas en sentencia. En igual sentido y en sede procesal lo dispone el artículo 774 de la LEC. De producirse el incumplimiento del pago de alimentos de hijos menores, dentro de las medidas que el juez puede adoptar, se encuentran desde el embargo de bienes, la retención directa de las cantidades debidas en la nómina del obligado o la hipoteca de sus bienes en garantía de pago. De todas formas, además de las consecuencias penales que derivan del tipo delictivo de impago de pensiones previsto como delito en el artículo 227 que analizaremos oportunamente[156]; se crea en España el Fondo de Garantía del pago de alimentos con el objeto de garantizar a los hijos menores de edad la percepción de unas cuantías económicas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a las necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos. El montante de los recursos económicos de los que disponga dicha unidad familiar es, lógicamente, el criterio central que permite determinar si concurren o no las circunstancias de insuficiencia económica que justifican la concesión de anticipos por el Fondo.

En fin, la acción ejecutiva para pedir el pago de las pensiones debidas está sujeta al plazo de caducidad de cinco años (artículo 518 de la LEC), a contar desde la exigibilidad de cada una de las pensiones reclamadas; no siendo dicho plazo aplicable de oficio por los tribunales, sino que ha de ser invocada por el alimentista como causa de oposición (artículo 556.1.º párrafo 2 de la LEC). Y, en lo referente a la denominada «prohibición» de la compensación de alimentos invocada por el recurrente, debemos partir de la regulación contenida en los artículos 151 y 1200 del Código Civil. El primero dispone que: *«No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba*

155. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2025 (Roj: STS 1183/2025; ECLI:ES:TS:2025:1183).

156. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.º, de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2008,551) considera que existe un delito de impago de pensiones respecto del padre registral que se niega a su abono, aunque se demuestre posteriormente en el proceso civil que no lo es realmente.

al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas»; y, el artículo 1200 establece que: «*La compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniere de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito»*. El sentido que tiene la exclusión legal de la compensación respecto de las deudas de alimentos es impedir que el alimentante se niegue a prestarlos mediante el mecanismo de la compensación. Además, resulta evidente que a las pensiones no vencidas no podría oponérsele la compensación por faltar el requisito de la exigibilidad (artículo 1196 del Código Civil); de ahí que, parezca razonable que el deudor de alimentos no pueda oponer la compensación de lo que deba en concepto de alimentos con otro crédito que ostente contra el alimentista. Pero también es claro que, frente a la reclamación por el alimentante frente al alimentista de cantidades debidas por este último al primero, el alimentista sí puede negarse a pagar oponiendo la compensación de lo que a su vez le deba el alimentante por alimentos. Es decir, el alimentante no puede oponer la compensación (artículo 1200.2 del Código Civil), pero el acreedor de alimentos sí puede compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él tenga frente a su deudor. Ciertamente, quien puede renunciar o transmitir las pensiones alimenticias atrasadas, o el derecho a reclamarlas, puede también oponerlas en compensación (artículo 151 del Código Civil)[157]. Por lo que, pueden compensarse las pensiones atrasadas con la deuda que, el alimentista tenga frente al alimentante (artículo 151.1 del Código Civil)[158].

4.5. La modificación, suspensión y extinción de la medida de pensión de alimentos a los hijos menores de edad no emancipados

Las medidas adoptadas en sentencias de nulidad, separación y divorcio pueden ser modificadas cuando se produce una alteración sustancial de las circunstancias sobre las que fueron establecidas (artículo 90 y 91 del Código Civil). Con ello se pretende ajustar las medidas adoptadas como consecuencia del cese de la convivencia a las reales circunstancias de los progenitores e hijos, pues, la propia base real de las situaciones y relaciones personales sobre las que

157. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2021 (RJ 2021,2636) el presente recurso tiene su origen en un litigio en el que, tras el divorcio, el exesposo reclama las cantidades cobradas por la exesposa como rentas por el arrendamiento de un local que le pertenecía a él y que fue alquilado por ella a un tercero. La exesposa opone la compensación de las cantidades impagadas por el esposo en concepto de alimentos de la hija menor. El Juzgado rechazó la compensación: por lo que se refiere a las cantidades del préstamo hipotecario, por falta de prueba; por lo que se refiere a los alimentos, por ser una prestación a favor de la hija, verdadera acreedora de los alimentos, por lo que no se daría la identidad de sujetos que para la compensación exige el art. 1196 del CC. 3. La Audiencia, por su parte, revoca la sentencia, según el fallo, en el sentido de compensar la cantidad reclamada por el Sr. Avelino, de 16.598,67 €, con la cantidad debida por este a la demandada y ascendente a 22.835 €. El Tribunal Supremo admite la compensación de la pensión de alimentos impagados por el padre con las cantidades debidas por la madre, por haber cobrado la renta de un inmueble de ex cónyuge, alquilado sin el consentimiento de éste.
Por otra parte, el recurrente, además de la prohibición genérica de compensación de la deuda de alimentos, plantea la cuestión de la titularidad del crédito alimentario, al considerar que no procede la compensación porque los alimentos son debidos a la hija y no a la madre, que es quien contra la que se dirige la demanda por lo que ella personalmente debe al demandante. Este argumento no puede prosperar. Ciertamente, la acreedora de los alimentos era la hija menor y la madre, a cuyo cuidado estaba la hija, solo estaba legitimada para reclamarlos. Ahora bien, puesto que el padre no pagó pensión alguna y fue la madre, con la que convivía la menor, quien asumió todos los gastos de manutención, por aplicación de las reglas del pago de tercero (art. 1158 del CC) corresponde reconocerle el derecho a reclamar las pensiones a que estaba obligado el padre.

158. De Verda y Beamonte J.R. y Bueno Biot Á. «El régimen jurídico de los alimentos», *op. cit.,* pp. 278 y 314.

se asientan exige un debilitamiento en la aplicación del principio de cosa juzgada material. De forma que, para que obtener un pronunciamiento estimatorio en un procedimiento de modificación de medidas resulta imprescindible acreditar[159]: 1. Que los hechos en los que se basa la demanda de modificación de medidas se han tenido lugar con posterioridad a la sentencia que fijó tales medidas; 2. Un cambio objetivo en la situación contemplada a la hora de adoptar las medidas que se tratan de modificar; 3. Que la variación o cambio sustancial resulte esencial, esto es, con la entidad suficiente como para justificar una modificación de las medidas, por lo que ha de afectar al núcleo de la medida y no a circunstancias accidentales o accesorias[160]; 4. Que el cambio sea permanente en el sentido de aparecer como indefinida y estructural, y no meramente transitorio, temporal o circunstancial[161]; 5. Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la propia voluntad del cónyuge o del progenitor que solicita la modificación. De ahí, la imprevisibilidad de la alteración, pues, no procede la modificación de la medida cuanto al tiempo de ser adoptada ya se tuvo en cuenta el posible cambio de circunstancias; 6. Que queden suficientemente acreditadas; 7. Que la alteración no se deba a un acto propio y voluntario de quien solicita la modificación, al menos en cuanto el acto exceda del desarrollo y evolución normal de las circunstancias vitales de la persona[162].

Sobre tales bases, conviene aclarar que, el procedimiento de modificación de medidas no es una vía para revisar lo ya acordado o decidido; tampoco es el procedimiento adecuado para canalizar la impugnación de un convenio regulador por vicio o error en el consentimiento; asimismo, no es el trámite adecuado para valorar hechos pasados que debieron ser objeto de ale-

159. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (JUR 2006,145096); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 14 de noviembre de 2024 (JUR 2024,553690); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 13 de enero de 2025 (Roj: SAP SE 114/2025; ECLI:ES:APSE:2025:114).

160. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 9 de septiembre de 2005 (JUR 2005,51650).

161. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (JUR 2006,142725).

162. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 9 de enero de 2025 (JUR 2025,14274) indica, al respecto, que no toda alteración de las circunstancias puede justificar una modificación de las medidas acordadas por sentencia firme, sino que debe ser, además de imprevisible, sustancial y no accidental, esto es, debe comportar un cierto grado de estabilidad o permanencia, lo que excluye las meras alteraciones de carácter temporal, episódico o coyuntural. Esa estabilidad en la alteración es tanto más exigible cuando se trata de reducir el importe de la contribución parental a los alimentos debidos a hijos menores (...). En el caso presente, la situación de desempleo del padre apelante ha sido transitoria pues ya en marzo de 2023, al menos, se reincorporó a la actividad laboral. A tenor de la documental aportada por el mismo, esa incorporación lo habría sido a través de una ETT en una multinacional de cartonaje y como responsable de logística, con contrato de duración determinado a tiempo completo, no obstante, el mismo demandante refirió a la trabajadora social del Servicio Social de Justicia que emitió el informe que obra en autos que la posibilidad de que su contrato se transforme en indefinido. En consecuencia, el carácter permanente de la alteración de circunstancias alegada no ha quedado plenamente probado, habida cuenta de la posibilidad de que el apelante, que ya no se encuentra en situación de desempleo, acceda a un contrato de trabajo de duración indefinida.
Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 25 de abril de 2017 (AC 2017,858) falta de acreditación de la producción de una alteración sustancial de las circunstancias desde que se pactó la pensión en cuantía coincidente con lo que vienen entendiéndose mínimo vital de subsistencia; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 29 de enero de 2025 (JUR 2025,59285) señala, al respecto que, la doctrina jurisprudencial ha insistido en que para promover una modificación de medidas es necesario probar la existencia de un cambio, si bien es verdad que, precisando, desde la reforma del artículo 90.3 del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, que basta con que sea «significativo», «cierto», sin que sea indispensable un cambio «sustancial» (entre otras, sentencias 705/2021, de 19 de octubre; 211/2019, de 5 de abril; 567/2017, de 19 de octubre; 242/2016, de 12 de abril).

gación y prueba en el procedimiento en el que se adoptaron las medidas y no se hizo; ni para introducir pretensiones que debieron plantearse en el primer procedimiento[163].

En relación con las pensiones alimenticias, debe diferenciarse dos pretensiones a abordar en estos procedimientos: la reducción o extinción de la pensión alimenticia o el aumento de su cuantía. Con relación a la reducción, ésta puede provenir, por una parte, de la precaria situación económica del obligado consecuencia de una disminución de ingresos por una reducción de jornada laboral o supresión de las horas extraordinarias impuestas por la empresa[164]; un cambio empleo[165] o de categoría profesional que supone una reducción sustancial de los ingresos[166]; pasar a la situación de jubilación, o desempleo ante el carácter permanente e irreversible que está adquiriendo en la actual coyuntura económica[167]; y, por otra, puede tener su base en un aumento de las necesidades del progenitor obligado por el nacimiento por ejemplo, de nuevos hijos[168]; o por

163. En todo caso, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2022 (RJ 2022,4525) deja sin efecto la compensación en convenio regulador. Así se concretó que el importe de la mitad del valor de la vivienda familiar adjudicada a la esposa se compensase con el importe a futuro de la pensión de alimentos a la hija común a abonar por el esposo. Modificación posterior y su ejecución de la pensión a instancia de la madre, quedando ineficaz la cláusula de compensación.

164. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 8 de enero 1996 (AC 1996,155); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc.12.ª, de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004,96496).
Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4451) se ha valorado la falta de trabajo de madre, las necesidades del menor y los ingresos del padre, los que pese a que pudieran haberse reducido, no queda en la indigencia. En consecuencia, no procede la reducción de la cuantía.

165. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 15 de enero de 2007 (JUR 2007,74290) se ha de desestimar, pues, el cambio del empleo es de forma voluntaria y los ingresos reales son muy superiores a los que aparecen en las nóminas aportadas.

166. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 30 de marzo de 2002 (JUR 2002,163448).

167. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, de 10 de octubre de 2005 (JUR 2006,6056), se trata de un parado de largo duración que ha dejado de percibir el subsidio por desempleo; por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005,67589) señala que, no se acredita que la situación de desempleo sea tan irreversible y persistente que justifique la reducción de la obligación alimenticia. Lo que deberá ser objeto actualmente de revisión pues, en el contexto de crisis actual la situación de desempleo por desgracia para muchos se está consolidando como una situación permanente.

168. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2013 (RJ 2013,4607) en la que, no procede la reducción de la cuantía de la pensión por el nacimiento de nuevos hijos del marido alimentante fruto de una relación posterior pues, por sí solo, no supone causa suficiente para la reducción cuantitativa de la pensión, al existir una dependencia de la suficiencia patrimonial del alimentante para hacer frente a esta obligación y a la derivada de las necesidades de os hijos nacidos con posterioridad; y, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2016 8 (RJ 2016,4448) no procede la reducción de la cuantía y, por ende, su modificación de la pensión en base a la nueva situación de desempleo y el nacimiento de una nueva hija del padre, con su nueva pareja. No se pude fundamentar la reducción de la pensión de alimentos, la ser voluntaria la relación de la que es fruto. Tampoco procede la reducción sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, de 4 de julio de 2000 (JUR 2000,285316), ni en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003,31898) pues, en ambos casos el progenitor conocía al firmar el convenio el nacimiento de un nuevo hijo. Ni en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 14 de octubre de 2003 (JUR 2004,12225).
Si procede tal reducción, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017,370); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 12 de junio de 2002 (JUR 2002,224843); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, de 10 de octubre de 2005 (JUR 2006,6056); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 24 de febrero de 2006 (JUR 2006,196436); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 13 de enero de 2025 (Roj: SAP SE

un aumento de los ingresos del progenitor custodio, cuando accede a un empleo remunerado que antes no tenía[169]; no así por la convivencia con un tercero, pues, sobre él no recae la obligación de alimentar a los hijos de su cónyuge o pareja, aunque sí contribuir al sostenimiento de los gastos de la familia —de ahí que se rechace como causa de modificación de la pensión alimenticia[170]—; o por una disminución de las necesidades de los hijos[171]; como consecuencia de una custodia compartida[172]; o, en fin, la percepción del ingresos por parte de los hijos mayores de edad[173]. Al respecto, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 5 de febrero de 2020[174] se desestima la reducción de la pensión, pues, no se permite inferir cuál sea su capacidad económica real, pues, es notorio que las redes sociales reflejan en la mayoría de las ocasiones una realidad que no existe, y en el caso del apelante aportó certificados bancarios y su hija de vida laboral, documentos estos que reflejan fielmente su situación laboral y su precaria situación económica. Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 11 de febrero de 2019[175] se deniega la modificación de medidas, manteniendo la pensión de alimentos en favor de los hijos en la misma cuantía, pues, el exesposo ha perdido su empleo y se ha reconocido un mayor grado de discapacidad, pasando a percibir una pensión, de las fotos y publicaciones de Instagram resulta que el ex esposo nuestra un envidiable estado de forma física, practica surf y otros deportes, colabora en el negocio de surf de su actual pareja, con la que convive en un chalet, lo que permite razonablemente suponer la obtención de algún tipo de rendimiento o compensación material. Las necesidades asistenciales de los hijos son las mismas. Se trata de indicios que no darían pie a la reducción de alimentos, sino que debería redundar en beneficio de los menores mediante una mayor y mejor asistencia.

118/2025; ECLI:ES:APSE:2025:118) en el presente caso ha de estimarse que el nacimiento de dos nuevos hijos, supone una aumento en las cargas económicas del demandado y junto a la acreditada disminución de los ingresos del actor es determinante de la reducción en la cuantía de la pensión que venía abonando para su primer hijo, considerando la Sala que debe fijarse en 150 euros mensuales cuantía que esta Sala viene considerando como mínimo vital de subsistencia, por precaria que sea la situación económica del progenitor alimentante.

169. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 9 de septiembre de 2005 (JUR 2006/51652).

170. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 27 de septiembre de 2005 (JUR 2005,236602).

171. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 (JUR 2002,53563) concesión de una Beca en la Universidad Carlos III de Getafe; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 24 de febrero de 2006 (JUR 2006,196417), abandona la guardería privada y pasa a un centro público gratuito; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 21 de abril de 2010 (JUR 2010,217246) reducción de los gastos educativos al acceder las hijas a una universidad pública; y, de la de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 25 de noviembre de 2024 (JUR 2024,500649) a la vista de estos datos, y partiendo de que tanto el auto de medidas provisionales, como la sentencia, constata un situación económica de las partes similar, lo que conllevó que no se fijaran pensiones recíprocas, y que cada uno se hiciera cargo del hijo con el que convive, y que esa apreciación de que ambos tiene una capacidad económica parecida, no ha sido desvirtuada eficazmente, procede confirmarla, fijando sin embargo la cuantía de 200 euros al mes en concepto de alimentos a cargo de cada uno de ellos para el hijo que convive con el otro progenitor, lo que se considera oportuno en previsión de que alguno de los hijos, y, particularmente la hija Pedro Francisco, ya mayor de edad, alcance la independencia económica, y deba seguir abonándose pensión para el hijo todavía dependiente.

172. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2022 (RJ 2022,3739).

173. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, de 17 de diciembre de 2004 (JUR 2005,277656) hijo que actualmente está trabajando.

174. JUR 2021,27784.

175. JUR 2019,72458.

En cuanto, al aumento de la cuantía de la pensión alimenticia puede ser consecuencia de un aumento de las necesidades ordinarias de los hijos[176], no de las extraordinarias, que han de sustanciarse de forma independiente mediante el procedimiento previsto en el artículo 776.4 de la LEC[177]; o por un incremento de los ingresos del progenitor obligado al pago de alimentos, para lo que se ha considerado que basta una acreditación del aumento sustancial de la capacidad del obligado[178]. Si bien, no faltan resoluciones que exigen además un incremento de las necesidades de los hijos[179]; o, sea consecuencia, de una disminución de los ingresos del progenitor custodio, por ejemplo, ante la pérdida del empleo[180]. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 7 de marzo de 2025[181] ha rechazado fijar un incremento automático de la manutención de su hija a un padre en caso de que vuelva a trabajar al extranjero. La expareja solicitó una modificación de las medidas de divorcio en cuanto a la pensión alimenticia de la hija menor atendiendo al aumento de ingresos del padre, dada su misión especial en Malabo. El padre se opuso alegando que ya se tuvieron en cuenta las necesidades de la niña cuando se firmó el acuerdo y que, al seguir siendo las mismas, no está justificado aumentar la pensión de

176. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.ª, de 14 de noviembre de 1996 (AC 1996,2193). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2025 (JUR 2025,119330) se incrementa la cuantía de los alimentos debidos por el padre, atendiendo a las mayores necesidades de la hija. Tal incremento está vinculado precisamente al momento del traslado de la hija para estudiar fuera del lugar en el que vivía con la madre, lo que tiene lugar en septiembre de 2021, después de la interposición de la demanda de 30 de agosto de 2019. En consecuencia, no sería razonable exigir el pago de la cantidad de 300 euros desde la demanda. De ahí que, sea adecuado reconocer que la mayor cuantía que debe pagar el padre sea exigible desde el momento en que nace la mayor necesidad de la hija, pues, ese es el fundamento de la obligación. en definitiva, concluye la Sala «no resulta correcta la interpretación de la recurrente que pretende que se reconozca el derecho a cobrar mensualmente 300 euros desde el momento en que se interpuso la demanda, pues la cantidad de 200 euros que venía pagando el padre antes que se incrementarán las necesidades de la hija como consecuencia de su traslado por razones de estudios, se considera correcta la sentencia recurrida, sin que la recurrente hasta cuestionado en el recurso de casación la falta de proporcionalidad de la cantidad que venía pagando el padre».

177. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (JUR 2006,145096).
Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial d Zaragoza, secc. 2.ª, de 19 de mayo de 2021 (JUR 2021,269630) se incrementa la cuantía de la contribución del padre a los alimentos de su hijo. El informe del detective y su perfil de Facebook acreditan que trabaja de camarero, ocultando al Juzgado sus ocupaciones e ingresos de forma deliberada. No ha abonado nunca pensión alguna para la manutención del menor, cuyo cuidado diario asume la madre. Se incluyen gastos de guardería en la pensión alimenticia, como ordinarios. Debe contribuir al pago de los gastos extraordinarios necesarios en un 60 %, asumiendo la madre el 40 % restante.

178. *Vid*., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 9 de abril de 1996 (AC 1996,800) ascenso del obligado en su categoría profesional que implica un aumento de sueldo; y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 8.ª, de 11 de diciembre de 2002 (AC 2002,1855).
Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 30 de octubre de 2019 (JUR 2019,337586) no procede el aumento de la pensión de alimento al hijo que ya es mayor de edad. La madre reclama la elevación, alegando tener conocimiento por el perfil de Facebook que el padre vive en Florida, trabaja como autónomo, por lo que sus ingresos deben ser de uno 2000 euros mensuales. Para la Sala la prueba aportada es de escaso valor, pues se trata de suposiciones de la madre sobre la actividad del padre; lo que determina que no prospere la reclamación, máxime cuando en la actualidad el hijo es mayor de edad y no se acredita ninguna de sus circunstancias personales.

179. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 26 de enero de 2004 (JUR 2004,80673).

180. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 11 de mayo de 2004 (JUR 2004,189800).

181. LA LEY 118589,2025.

450 a 1.500 euros. La Audiencia Provincial entiende que «aunque existan elementos que podían haber justificado un aumento de la pensión, sobre todo al estar de forma continua la madre con la hija y el aumento de la capacidad económica, que se podía haber solucionado con una petición de modificación provisional, al no existir ya tal situación, ya no cabía acordar ninguna modificación de la pensión, no pudiendo hacerse en previsión de un futuro incierto, pues para ello está previsto el procedimiento de modificación de medidas».

Respecto a la eficacia de la modificación de la pensión, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2024[182] indica que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente» (sentencias 162/2014, de 26 de marzo y 573/2020, de 4 de noviembre). (...) las sucesivas modificaciones de la cuantía de los alimentos, en virtud de procedimientos de revisión por alteración sustancial de circunstancias (artículos 91 párrafo primero del Código Civil y 775.1 de la LEC), desencadenan su eficacia a partir del momento en que fueron dictadas.

De ahí que, concluya la citada resolución que no existe razón alguna para ser modificada tal doctrina jurisprudencial, al mantenerse incólumes sus presupuestos normativos y argumentación interpretativa dada por esta sala, la sentencia de la audiencia debe ser casada y, en consecuencia, al asumir la instancia, determinar que los alimentos fijados por el tribunal provincial devengarán sus efectos desde la fecha de la sentencia de segunda instancia; mientras que los alimentos fijados por el juzgado se devengarán desde la fecha de interposición de la demanda (artículo 148 del Código Civil), sin perjuicio de descontar las cantidades abonadas, por tal concepto, en virtud del auto de medidas provisionales dictado[183].

También la modificación de los alimentos puede determinar la suspensión temporal de la prestación de alimentos por alteración de las circunstancias que son distintas a las contempladas al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio[184].

En fin, la pensión de alimentos se extingue o cesa por: 1. La muerte del obligado (artículo 150 del Código Civil); 2. La muerte del alimentista (artículo 152 del Código Civil); 3. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos, sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (artículo 152 del Código Civil). Si bien, se ha entendido que esta causa sólo afecta a los alimentos de los parientes o familia extensa y no será aplicable a los hijos menores de edad, salvo supuestos de suspensión en caso de insolvencia severa. Debe tenerse en cuenta que la obligación de alimentar a los hijos menores es una obligación *ex lege* derivada de la misma filiación, que surge desde su nacimiento, lo que significa que la alegación de carecer de ingresos o medios sólo extraordinariamente puede conducir a una extinción de la pensión alimenticia de los hijos menores. Los padres están obligados siempre a procurar los medios necesarios para que aquéllos tengan todas las

182. JUR 2024,494089. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 29 de enero de 2025 (JUR 2025,20810).

183. En esta línea, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2022 (Roj. STS 4709/2022; ECLI:ES:TS:2022:4709); de 9 de abril de 2024 (Roj. STS 1954/2024; ECLI:ES:TS:2024:1954); de 24 de junio de 2024 (Roj. STS 3764/2024; ECLI:ES:TS:2024:3764) devengo de la prestación de alimentos desde la interposición de la demanda, si se fijan por primera vez. Su reducción o incremento se produce desde la fecha que son dictadas las sentencias que les ponen fin; y, de 23 de septiembre de 2024 (Roj. STS 4706/2024; ECLI:ES:TS:2024:4706) añade «no procede la devolución de los alimentos consumidos, aunque la obligación de prestarlos fuera reducida o extinguida».

184. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2022 (RJ 2022,3891) no se ha acreditado que la recurrente perciba ingresos y tampoco existe una mínima presunción que pases a no percibirlos, disponga de otros medios o recursos económicos. Por lo que, su situación no le permite hacerse carga de ella `por imposibilidad material ante la falta de medios.

necesidades cubiertas[185]; 4. Cuando el alimentista puede ejercer de oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia[186]; 5. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiera cometido alguna falta que da lugar a la desheredación[187]; y, 6. Cuando el alimentista

185. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993,7464).

186. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2023 (RJ 2023,5053) hijos mayores de edad residente con la madre y con ingresos económicos propios. Retroacción de la sentencia a la facha de la primera instancia que fue la que acordó la exención, no cabe retrotraer ésta a la fecha de comienza de percepción de ingresos por el . Al respecto, la mejora del nivel de ingresos del hijo justifica al extinción pro no su retroacción al momento en que se obtuvieron los primeros ingresos por trabajo compatibilizado con estudios que satisfacción sus necesidades y contribuía a los gastos de la familia de lo que también se beneficiaba, dada la situación de convivencia; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de octubre de 1994 (AC 1994,2420) integración del hijo mayor de edad en el mundo laboral durante dos años y aptitud para tener un trabajo retribuido; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 3 de febrero de 2025 (JUR 2025,43030) incorporación al mundo laboral.

187. *Vid*., sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019,497) en la que para decidir si la falta de relación entre progenitor e hijos no imputable a éstos, en su esencia se podría integrar en el artículo 853 del Código Civil, por vía de interpretación flexible de la causa 2.ª, se hacen dos consideraciones por la Sala: (i) No se comparte, por lo ya expuesto, que se afirme «abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de ésta». Por el contrario, mantenemos que sí es relevante, pues para apreciar esa causa de extinción de la pensión ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos. (ii) Este carácter principal y relevante, de intensidad, no lo da por probado la propia sentencia, pues recoge que «puede» ser imputable a los alimentistas, esto es, categóricamente no lo tiene claro, y añade «sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades». Se colige de esto último que esa falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa, a que hemos hecho mención. Si la interpretación, según lo ya reiterado, ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, no puede apreciarse que concurra causa de extinción de la pensión alimenticia; y, las sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 20 de mayo de 2002 (JUR 2002,178458) procede a la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad en base a una condena por agresión o malos tratos del hijo hacia su padre, por lo que incurre en causa de desheredación; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 18 de noviembre de 2024 (JUR 2024,512845) aplicando la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 al caso concreto, concluye la Sala que no ha quedado acreditado que la falta de relación sea imputable solo a las hijas. (...) no son las hijas las causantes de la falta de relación con el padre, sino que es el padre el que ha estado ausente en la vida de las hijas y que no ha tenido interés ninguno en relacionarse con sus hijas, dado que, unos meses después de del divorcio, se traslada voluntariamente a vivir a Fuerteventura con su nueva pareja y no ha tenido interés, en la continuación de su relación con sus cuatro hijas menores. Por tanto, la alegación que aduce el apelante sobre falta de relación para justificar la extinción de la pensión de alimentos de las hijas, no puede ser estimada por no ser tal falta imputable exclusivamente a ellas, existiendo falta de habilidades paternas para continuar tal relación de don Jesús Carlos con sus hijas. Por los argumentos expuestos, procede que desestimemos el recurso de apelación interpuesto y que confirmemos la sentencia de instancia en todos sus extremos; y de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 28 de noviembre de 2024 (JUR 2024,505161) manifiesta, al respecto, que la normativa del CCCat es perfectamente extrapolable al derecho común; lo que, determina una interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que se propugna, pues la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad. Ahora bien, admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia, entraría en consideración el segundo plano. De ahí que, sería de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo. Precisamente, por esta interpretación restrictiva, las Audiencias Provinciales de Cataluña,

sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de una mala conducta o falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

En todo caso, debe tenerse presente que, la llegada del hijo a la mayoría de edad no es causa de extinción de la pensión alimenticia, pues, en el propio artículo 142 del Código Civil se prevé la continuación de la obligación cuando no ha terminado su formación por causa que no le sea imputable. Además, se ha de añadir las especiales dificultades de acceso al trabajo que los jóvenes tienen hoy en día, por lo que deberá acreditarse para que el hijo mayor de edad deje de percibir alimentos, no sólo la posibilidad abstracta de trabajar, sino que se está se concrete en una posibilidad real[188]; y,

que sí tienen un precepto expreso que prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos, han desestimado la extinción cuando, constatada la falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista (...). Pues bien, en el presente caso, el apelante residencia su pretensión, al igual que sin éxito hace en la instancia, en una conversación de whatsapp, que obra en las actuaciones aportados como documento número cuatro de la demanda iniciadora del procedimiento. La lectura de esta conversación, evidencia la existencia de relación entre el apelante y su hijo. Bien es cierto que no con los condicionantes afectivos que sería deseable. Pero en todo caso nos aleja del escenario expuesto en el recurso. Y es que en modo alguno se puede considerar que esta sola conversación de whatsapp pueda justificar la inexistencia de relación afectiva, padre e hijo. Y mucho menos que ello sea debido exclusivamente a la propia voluntad de este último.

188. *Vid*., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001,2562) hijas graduadas universitarias con plena capacidad física y mental, que superan los 30 años. Su situación no es hoy conceptuable de necesidad; y, de 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4443) consta que el hijo ha podido tener empleo en la inmobiliaria de su madre, pero por tener otra empleada no era posible pagar otro sueldo. Ciertamente, quien postula alimentos para el hijo que es la madre carece de sentido y no es razonable que aduzca la dificultad del mismo para acceder a un empleo cuando precisamente ella tenía en su mano facilitárselo; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 16 de julio de 2002 (JUR 2002,261528); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005,6749) y, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005,67580); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 26 de enero de 2023 (JUR 2023,213278) extinción de la pensión de alimentos de un hijo de 21 años que estudia por tercera vez el primer curso de bachillerato; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 24 de enero de 2024 (JUR 2024,53658); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 26 de junio de 2024 (LA LEY 249781,2024) extinción de la pensión de alimentos de una hija de 25 años que pretende cursar un segundo máster.
Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2019 (LA LEY 159862,2019) deja sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que estableció un límite temporal para la extinción de las pensiones alimenticias que el padre abona a sus hijas ya mayores de edad. Planteada la cuestión de la posible extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad, señala la Sala que no existe ningún precepto que establezca una edad objetivable, por lo que ha de estarse las circunstancias del caso. Al respecto, recuerda que la jurisprudencia ha puesto el acento para denegarlos en la pasividad del hijo o de la hija, es decir, se ha de constatar la pasividad, que no puede repercutir negativamente en el padre si el hijo mayor de edad no realiza esfuerzo en la búsqueda de salida profesional, en el caso de autos, no ha quedado acreditado tal pasividad, pues, uno de las hijas finalizó sus estudios universitarios en el año 2017 y se encuentra preparando oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de bienes inmuebles y la otra cursa estudios universitarios de odontología; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 24 de febrero de 2024 (LA LEY 113458,2024) revoca la extinción de los alimentos a favor del hijo mayor de edad con problemas de aprendizaje del que el padre se desentendió desde que era niño. El hijo no ha accedido al mercado laboral por causa que le sea imputable. No ha completado su formación debido a los problemas de aprendizaje que sufre desde Educación Infantil por las patologías que presenta y por las que sigue necesitando terapia y tratamiento psicológico. Además, no concurre causa de desheredación, por falta de contacto entre padre e hijo, imputable exclusivamente al hijo. No le es achacable únicamente a él el que no quiera tener relación con su progenitor. Fue éste el que se distanció de su hijo durante muchos años, hasta el punto de solicitar la suspensión de las visitas y negarse a hacerse cargo de la custodia cuando se le ofreció para evitar su tutela.

respecto a su formación su finalización o la falta de aprovechamientos en los estudios determine su extinción[189]. En todo caso, la falta de convivencia sí que determina su extinción[190].

Por otra parte, que el nacimiento de nuevos hijos no es, por sí solo, causa suficiente de modificación de las prestaciones alimenticios establecida a favor de los hijos de una relación anterior, esto, no impide que aquella pueda tener lugar, al igual que, determinar su extinción[191].

Ahora bien, la primera ocasión que se plantea ante la Sala Primera del Tribunal Supremo el tema de los efectos que tiene que el progenitor custodio rehaga su vida con una nueva pareja en la vivienda cuyo uso tiene atribuido por razón de la guarda fue la sentencia 33/2017, de 19 de enero, en la que el exmarido solicitó en un procedimiento de modificación de medidas que se rebajara la cuantía de los alimentos que pagaba a los hijos. La Sala Primera desestima el recurso de casación de la exesposa contra la sentencia que redujo los alimentos atendiendo a que en la vivienda vivía una nueva pareja de la madre, que también debía contribuir a los gastos. Dice la sentencia: «La presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, no se plantea desde la medida de uso, sino desde la prestación alimenticia, y es a la vista de este planteamiento por lo que el recurso de casación no puede admitirse porque con la valoración probatoria y jurídica de la sentencia, no es posible sostener que el juicio de proporcionalidad realizado sea ilógico o desproporcionado. Y no lo es en este caso porque este juicio de proporcionalidad en cuanto al caudal o medios del alimentante y necesidades del alimentista se ha aplicado correctamente en función de los datos que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse los alimentos, como son la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante, y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón a la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada la vivienda en el concepto de alimentos, y esta argumentación no es irracional ni menos aún absurda para sustituirla en casación».

Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, 641/2018, de 20 noviembre se pronuncia directamente sobre la extinción del derecho de uso, un problema sobre el que no existía doctrina de la Sala y que era resuelto de manera desigual por las Audiencias Provinciales.

189. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 26 de junio de 2024 (LA LEY 249781,2024) cuando se estableció la pensión la hija contaba con 21 años y se encontraba cursado estudios de grado en veterinaria en una universidad privada, apreciándose su situación de dependencia económica. Actualmente, la hija tiene 25 años, se encuentra realizando estudios de posgrado y ha acumulado una experiencia laboral de aproximadamente dos años y medio en el desempeño de servicio relacionado con su campo profesional. En ese lapso de tiempo, ha estado vinculada laboralmente con hasta cinco empresas, ha concluido los estudios de grado y un Máster Internacional y presencial. Y como cuestión de especial relevancia, percibe una beca de 800 euros netos, mientras continúa desarrollando estudios de posgrado adicionales. En estas circunstancias, la Sala considera que la hija ha culminado su formación superior reglada y reúne capacidad suficiente para su inserción laboral plena y sui ha resuelto continuar su formación mediante el desarrollo de un segundo máster que, según dice, es compatible con otra actividad laboral, es por una sola decisión personal que el padre no está en la obligación de soportar forzosamente. Al respecto, se indica que la obligación del progenitor de prestar alimentos en favor del hijo mayor de edad no persiste indefinidamente en el tiempo. Al menor no por el extremo de que este resuelva desarrollar una carrera académica amplísima. cursando estudios de grado y sucesivos estudios de posgrado, en lugar de procurar su inserción en el mercado laboral de manera inmediata y óptima. Tratando de compatibilizar su progresión profesional con el seguimiento de programas de formación continua adicionales. En consecuencia, el Tribunal acuerda la extinción de la pensión alimenticia a satisfacer por el padre, sin efectos retroactivos.

190. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017 (RJ 2017,704) hijos residentes en Inglaterra donde cursan estudios universitarios. Autonomía en la dirección y organización de sus vidas.

191. *Vid*., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 27 de enero de 2025 (JUR 2025,59305).

Declara la sala que la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar, aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. Por ello la sentencia de la Sala Primera de 19 de noviembre de 2013 solo considera vivienda familiar aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia de manera que usando este criterio se considera que, desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar. Porque como señala la sentencia citada no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio y estimamos que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial. Al respecto, razona la sentencia: «El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726 /2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida. La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda». Es decir, en la sentencia 641/2018 se ofrecen pautas de conducta para que la nueva situación no perjudique el interés de los hijos menores de edad. Se ha de tener en cuenta que dentro del concepto de alimentos se integra el de proporcionar vivienda a los hijos menores. El momento en el que se ordena el cese del uso en la sentencia 641/2018 está en función de lo solicitado por el demandante, que pidió que tuviera lugar en el momento de la disolución de gananciales, lo que permitiría a la madre bien adquirir la mitad bien con el dinero obtenido en la venta adquirir otra vivienda. iii) La sentencia 568/2019, de 29 de octubre, para que las partes se acomoden a la nueva situación y tengan tiempo de ordenarla, sin poner en riesgo el interés de los menores, permitió a la menor y a la madre permanecer en la vivienda por un tiempo prudencial de un año, tras el cual cesaría el uso de la misma. Esto es, se evitó un automatismo inmediato.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2024[192] ante la extinción de la atribución del uso por la circunstancia señalada en líneas precedente, debe fijarse una nueva pensión de alimentos en la que se tenga en cuenta la necesidad que se provea a los menores de una nueva vivienda; de ahí que, se establezca una nueva pensión de alimentos en la cuantía 390 euros por hijo (780 euros), cantidad que será efectiva una vez se produzca el desalojo de la vivienda.

192. Roj. STS 4707/2024; ECLI:ES.TS:2024:4707.

4.6. El delito de impago de las pensiones alimenticias

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifico la penalidad del art. 227 del Código Penal. La aplicación práctica de esta norma penal determina que, la apreciación de la fecha inicial para el cómputo de los incumplimientos viene fijada por el momento en que se dejó de pagar la prestación debida; lo que, obviamente, ha de quedar acreditado mediante la correspondiente actividad probatoria. Respecto a la concreción de la fecha final —que determinará el número de incumplimientos que constituyen el objeto del proceso penal— el criterio es atender a la fecha de la declaración del denunciado o del querellado en concepto de imputado ante el Juez Instructor, por entender de aplicación la jurisprudencia constitucional (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, de 15 de noviembre), según la cual no se puede formular acusación contra persona que no haya declarado en concepto de imputada sobre los hechos de que se le acusa, añadiendo también en apoyo de tal criterio lo preceptuado en el artículo 779.1.4.ª de la LECrim, que establece la necesidad de tomar declaración judicial al imputado para adoptar la resolución de continuar la tramitación de la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado.

Ahora bien, existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 26 de julio de 1999; de 13 de febrero de 2001; y de 3 de abril de 2001; de 8 de julio de 2002; de 16 de junio de 2003; de 28 de abril de 2022[193]; y, de 21 de febrero de 2024[194] entre otras; y el Auto de 15 de abril de 2004) que configura el citado delito de impago de pensiones como un delito de omisión que exige para su consumación la exigencia de dos elementos objetivos y uno subjetivo. De ahí que, los elementos del delito de impago de las pensiones sean: 1. Resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de los hijos[195]. 2. Conducta omisiva, consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, conducta ésta de omisión cuya realización consuma el delito por ser de mera actividad, sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial distinto del que ya produce la falta de percepción de la prestación establecida. 3. Elemento subjetivo, que, aunque no se menciona expresamente en el tipo penal, se configura por el comportamiento doloso del sujeto, es decir, el conocimiento de la obligación de pagar y la voluntariedad de incumplir la misma, la cual resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida.

Ahora bien, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 30 de abril de 2025[196] «debe entenderse que el pago de una obligación dineraria no se entiende cumplida hasta que el obligado abona o satisface completamente su importe, de modo que la jurisprudencia

193. JUR 2022,2360.

194. JUR 2024,67701.

195. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de noviembre de 2024 (JUR 2024,443246) indica que, como puede observarse, en la mención del primero de los elementos necesarios para apreciar el delito hay una diferenciación evidente, pues no habla de firmeza, si se compara con el que se recogía en la sentencia 576/2001 de 3 de abril, en que se decía que la resolución habría de ser firme, lo que tiene su explicación en que, siendo bien jurídicamente protegido por el art. 227 la seguridad familiar a través del aporte económico que proporciona la prestación, el derecho de asistencia económica a que tienen derecho determinados miembros de una unidad familiar, éste no debe quedar dilatado a la espera de la resolución judicial final que tarde llegar en un procedimiento judicial, cuando la necesidad de cobertura es inmediata y perentoria. (...) con esto que decimos se simplifica el debate, porque ni el legislador penal ha exigido que la resolución de que se trate sea firme, ni que sea distinto el tratamiento que se deba dar, cualquiera que sea la variable de esa prestación que se deje de cumplir, sea pensión compensatoria al cónyuge o de alimentos a los hijos, de manera que, si el legislador no ha distinguido, no nos corresponde a nosotros distinguir, más cuando en cualquiera de los casos es el mismo bien jurídico el que queda afectado.

196 Roj. STS 1849/2025; ECLI:ES:TS:2025:1849).

cia de la Sala de lo Penal ha entendido que concurre el elemento objetivo del tipo penal en todos aquellos supuestos en los que se produjo un pago parcial, con desatención también parcial de la obligación judicialmente impuesta, siempre que se haya eludido el cumplimiento íntegro de la obligación judicial con la reiteración mensual establecida en el precepto por el legislador». No obstante, añade la citada resolución que «se ha matizado la exigencia de un pago íntegro a partir de la voluntariedad en el incumplimiento, pues es la libertad de opción la que define la culpabilidad del sujeto desde los inexcusables principios de responsabilidad penal recogidos en el artículo 5 del Código Penal».

Por otra parte, este delito no puede referirse a todas las pensiones adeudadas, sino solo a aquellas que han dado lugar a condena penal, aunque sí pueden incluirse las surgidas durante la tramitación del proceso penal hasta un determinado momento[197].

En todo caso, como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 185/2001, de 13 de febrero: «debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica, siendo rectora del reproche doctrina tradicional de esta Sala de lo Penal, que el hecho de dejar de pagar, total o parcialmente, es delictivo cuando el cónyuge acusado tiene la posibilidad real de atender la deuda, evitándose así cualquier idea próxima a la prisión por deudas reflejada para las obligaciones contractuales en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos». Ciertamente, como se ha indicado en alguna resolución, la pena inherente al tipo penal no deriva de «no poder cumplir», sino de «no querer cumplir» (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 1148/1999, de 28 de julio). Evidentemente, en supuestos de pagos parciales de la pensión se tendrá que evaluar, si lo no abonado tiene relevancia suficiente respecto al importe total de la pensión como para entender que afecta al bien jurídico y que ha satisfecho las exigencias de antijuricidad material de la conducta. Un impago insignificante o insustancial respecto al importe total de la obligación, no da lugar a responsabilidad penal, sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan para exigir su cobro. De contrario, cuando el impago parcial tenga suficiente relevancia como para lesionar y comprometer el bien jurídico protegido por la norma, cumplido el elemento objetivo de no haberse atendido completamente la deuda, deberá evaluarse, en términos de culpabilidad, si existe una adecuada correspondencia entre la imposibilidad o estrechez económica y el tramo de débito que se ha dejado de abonar, debiendo reflejarse el resultado de este análisis, precisamente, en uno los elementos del tipo.

Solo el impago derivado de una imposibilidad económica justifica un pronunciamiento absolutorio por desaparición del contexto de culpabilidad.

197. *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de marzo de 2022 (JUR 2022,1559); y, de 29 de noviembre de 2023 (JUR 2023,5771) el periodo de incumplimiento queda acordado entre la fecha del primer incumplimiento hasta la fecha de enjuiciamiento; y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 28 de noviembre d 2018 (RJ 2918,5317) por su parte, manifiesta que, el recurso de revisión es un remedio extraordinario cuyo objeto es la revisión de sentencias firmes cuando la condena se ha producido por error. Con ello se pretende enervar el efecto de cosa juzgada dejando sin efecto una condena impuesta con notorio error o equivocación, así su finalidad es recuperar el enjuiciamiento de la verdad material frente a la verdad formal declarada y con efectos de cosa juzgada. Ciertamente la revisión de la sentencia solo procederá bajo supuestos excepcionales, previstos en el artículo 954 de la Ley procesal, entre los que figura expresamente la vulneración del principio *«non bis in ídem»* incluido en el apartado 1 c) del citado artículo, «...cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes (...)». En consecuencia la tesis del recurrente que apoya el Ministerio Fiscal debe ser acogida ya que ha sido condenado por el mismo hecho criminal en ambas resoluciones si bien matizado por los periodos de tiempo en que se produjeron los impagos dado que en una y otra aparecen distintas fechas iniciales y finales que únicamente afectan a la cuantía de la responsabilidad civil. Por tanto, la situación creada daría lugar a la anulación de la sentencia que comprende un inferior periodo de tiempo de impago que no es otra que la n.º 406/2013, de fecha 25 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 8 de Barcelona debiendo mantener su vigencia la de fecha 7 de noviembre de 2014 pronunciada por el Juzgado de lo Penal n.º 11 de Barcelona por comprender el mismo periodo de tiempo que la anterior y, además, otro anterior y posterior pues se inició en abril de 2009 prolongándose hasta abril de 2013 (véase FD 5.º de la sentencia de 7-11-2014).

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 17 de marzo de 2021[198] ha configurado el delito de impago de la pensión alimenticia como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, continua la Sala «al punto de que, si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos». Si bien, matiza que «por los incumplimientos que se producen debe ser el legislador el que configure esta obligación *ex lege*, y los tribunales los que resuelvan estos conflictos que no deberían existir, por la exigencia moral y natural del progenitor obligado a no dejar desabastecidas las necesidades de sus propios hijos, y sin anteponer nunca sus deseos y/o preferencias a las de aquellos, ya que respecto a éstos no son deseos o preferencias, sino necesidades de los mismos». Además, como concluye «si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló en convenio o resolución judicial será el progenitor que se queda con ellos en custodia quien tiene que sustituir con su esfuerzo personal, como hemos expuesto, el incumplimiento del obligado, con lo que, al final, se ejerce una doble victimización, a saber: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos».

5. Conclusiones

1. La obligación de los alimentos de los progenitores respecto de los hijos menores de edad no emancipados forma parte del contenido propio de la patria potestad (artículo 154 del Código Civil). En sede de los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio, el artículo 93.1 del Código Civil determina que, el juez en el marco de medidas definitivas o de oficio fijará la contribución de cada progenitor para la satisfacción de los alimentos, debiendo existir una proporcionalidad en la cuantía entre las circunstancias económicas del obligado a satisfacerla y necesidades de los hijos en cada momento.

Es posible que la guarda y custodia de los hijos corresponda a uno solo de los progenitores (guarda y custodia exclusiva) y este realice su contribución mediante la atención personal cotidiano que le proporciona y el progenitor no custodio contribuya mediante el pago de una pensión alimenticia en la que se engloban los gastos ordinarios, no así los gastos extraordinarios, que podrán ser satisfechos por ambos cónyuges en la cuantía que se pacte o judicialmente se determine —normalmente, lo será por partes iguales—.

En los casos de custodia compartida, no implica necesariamente una contribución por igual de los dos progenitores, sino que se atenderá a la cuantía de sus respectivos patrimonios y al nivel de intervención en el cuidado personal de los menores (que no tiene por qué ser necesariamente idéntico). También opera el citado juicio de proporcionalidad.

2. El interés superior del menor tiene 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. Asimismo, en la apreciación del interés superior del menor se exige un canon de motivación especialmente reforzado cuando se encuentre afectada la esfera personal y familiar de un menor de

198. Roj. STS 914/2021; ECLI:ES:TS:2021:914.

edad no emancipado. Formando parte del contenido de su contenido es el derecho del menor a ser oído (audiencia del menor —artículo 9 de la LOPJM—).

3. La atribución del uso de la vivienda puede tener un contenido económico y formar parte de la prestación de alimentos. De ahí, la necesaria relación entre la medida de atribución del uso de la vivienda y la relativa a los alimentos.

4. La cuantía de los alimentos exige la determinación de la capacidad económica del obligado a prestar alimentos que opera, tanto en el momento de su configuración inicial como posteriormente, cuando se proceda a su modificación (reducción o aumentos de la cuantía). En todo caso, exigirá fijar el activo como el pasivo de su patrimonio.

Por su parte, para valorar la capacidad económica del alimentante se tendrá en cuenta la completa situación patrimonial del obligado. De ahí que, se tenga en cuenta tanto el total del activo como el pasivo del patrimonio de aquél. Respecto del primero, no sólo se operará sobre su salario neto, sino también sobre la totalidad de su patrimonio, tanto mobiliario como inmobiliario. En todo caso, para determinar la citada capacidad económica se podrá acudir a pruebas directas (rendimientos netos de trabajador en caso de trabajo por cuenta ajena) como indiciarias (actividades por cuenta propia —autónomos, profesiones liberales, participación en sociedades—; economía sumergida).

En cuanto al pasivo, se tendrá en cuenta las cargas y los gastos, entre los que se atiende a los que requiera el progenitor no custodio y, precisamente, el obligado para atender sus necesidades básicas.

En este contexto, las necesidades del alimentista requieren para su determinación operar sobre un criterio subjetivo o relativo; de ahí que, se valoren entre otros factores la situación económica del grupo familiar, esto es, el estatus y posición social de la familia y las necesidades de cada hijo en atención a su edad o su situación especial de salud o discapacidad. En todo caso, pueden adaptarse la prestación de alimentos a tales necesidades mediante el correspondiente proceso de modificación de medidas.

Aunque exista una situación de dificultad económica (*vgr.*, situación de desempleo), se impone la necesidad de garantizar un «mínimo vital» o «de mera subsistencia» por debajo del cual no puede establecerse una pensión de alimentos. Si bien, cuando el progenitor obligado se encuentre en estado de absoluta pobreza, puede ello derivar en la suspensión temporal de la efectividad de la obligación de alimentos.

Ahora bien, es posible fijar una pensión de alimentos en un porcentaje de los ingresos de un progenitor que se halle en paradero desconocido (10 % o 25 %) y su actualización mediante una mera operación aritmética, sin perjuicio de recurrir a índices como IPC.

5. La modificación de la cuantía de la pensión tiene lugar cuando hay una sustancial variación de la situación del alimentista, sea ésta imprevisible, ajena a la voluntad de quien la solicita y se demuestre cumplidamente por quien la invoca. En todo caso, puede conllevar su reducción o aumento de la cuantía. En cuanto a la primera posibilidad puede operar por una disminución de la capacidad económica del alimentante; por una disminución de las necesidades del alimentista; por un aumento del nivel de ingresos del otro progenitor; por el nacimiento de nuevos hijos en el marco de una relación familiar reconstituida; y, en su caso, por una variación del régimen de custodia exclusiva a uno de custodia compartida. Respecto de la reducción de la cuantía puede deberse a un aumento de la capacidad económica del alimentante; una disminución de la capacidad económica del otro progenitor; o, un aumento de las necesidades del alimentista, entre otras circunstancias.

6. Es doctrina jurisprudencial consolidada que por aplicación de la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil los alimentos debidos a los hijos menores de edad surten efecto desde la interposición de la demanda y, por ende, desde la fecha de la sentencia que los fija y en el caso de modificación de medidas, ésta surte efecto desde la resolución que las modifica. Y en caso de segunda instancia, desde la misma. En todo caso, si se varían las medidas establecidas en el auto de medidas provisionales previas a la demanda y se concretan en medidas definitivas, la obligación efectiva de alimentos será debida también desde la fecha de interposición de la demanda (fecha que las fija por primera vez).

7. Los hijos mayores de edad o emancipados una pensión de alimentos —que tendrá lugar por la vía de los artículos 142 y siguientes del Código Civil y no por el artículo 93.1 del citado cuerpo legal—, siendo necesario para ello demostrar que se encuentra en una situación objetiva de necesidad y que ésta no provenga de su mala conducta o de su falta de aplicación al trabajo o al estudio. En todo caso, se requiere como requisitos para la prestación de alimentos la convivencia de los hijos en el domicilio familiar y su dependencia (carencia de ingresos propios). Por otra parte, la jurisprudencia entiende que la falta manifiesta de relación de los hijos mayores de edad con los padres alimentantes, si es imputable a éstos de manera manifiesta y relevante determine la extinción de la pensión de alimentos.

8. Hasta que no se proceda a unificar doctrina, existen dos posiciones a si es necesario plantear un MASC como requisito obligatorio de procedibilidad antes de la demanda de un proceso de separación o divorcio: una negativa (al ser una materia indisponible) y otra positiva (posición de los jueces de Madrid).

6. Bibliografía

Banacloche Palao, J. «Los procesos de familia tras la Ley Orgánica 1/2025: ¿qué sucede con el juez competente, el "MASC" previo y la vista en el juicio verbal?», *Diario LA LEY,* número 10696, sección Doctrina, de 2 de abril de 2025, pp. 1-10.

Cabezuelo Arenas A.I., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (artículo 93 CC)*, Aranzadi, Cizur Menos (Navarra), 2010.

Caso Señal M., «Medidas en relación con los hijos», *Memento Experto. Crisis matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2012.

De Verda y Beamonte J.R. y **Bueno Biot Á**. «El régimen jurídico de los alimentos», *GSP Familia*, 2.ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2024.

Delgado Echevarría J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», *Comentario del Código Civil,* dirigido por Cándido Paz Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luís Díez-Picazo, y Pablo Salvador Cordech, T. I, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993.

Díaz Martínez A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *Comentario al Código Civil, T. I,* director Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano, tirant lo Blanch, Valencia 2013.

Díez-Picazo L., y **Gullón Ballesteros A**., Sistema de Derecho Civil, *vol. IV, T. I Derecho de familia*, undécima edición, Tecnos, Madrid 2012.

Echarte Feliú A.M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000.

García Gómez, R. «La nueva perspectiva jurídica de las mascotas en España y Portugal: implicaciones en las crisis matrimoniales», *Diario LA LEY,* número 10702, abril 2025, pp. 1-10.

Jiménez Bautista, S. «Reflexiones sobre el interés superior del niño, niña y adolescentes y las SSTC 115/2024, de 23 de septiembre (1), 145/2024, de 2 de diciembre (2) y 54/2025, de 10 de marzo (3)», *Diario LA LEY,* número 10711, sección Tribuna, de 28 de abril de 2025, pp. 1-10.

Lázaro Palau C.M.ª *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2008.

Luque Jiménez, M.ª del C. *La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Colegio de Registradores de España*,* Madrid, 2012.

Martínez de Aguirre Aldaz C. «Régimen jurídico a la nulidad, la separación y el divorcio», *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, coordinador C. Martínez De Aguirre Aldaz, 7.ª ed., Edisofer, Madrid, 2024.

«El parentesco. La obligación legal de alimentos», *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, coordinador C. Martínez De Aguirre Aldaz, 7.ª ed., Edisofer, Madrid, 2024.

Moreno Mozo F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008.

Pérez Conesa C., *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Dykinson, Madrid 2006.

Rabadán Sánchez-Lafuente F., «Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia», *Actualidad Civil,* número 15, vol. 2, 2011, pp. 1670-1701.

Roca Trias E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *Comentario del Código Civil,* dirigido por Cándido Paz Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luís Díez-Picazo, y Pablo Salvador Cordech, T. I, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Santos Echevarría R. «Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de Medidas de Eficiencia del Servicio Público de Justicia: Un nuevo requisito de intento de solución extrajudicial», *Diario LA LEY, número 10712, abril de 2025*, pp. 1-5.

CAPÍTULO 3

LA RESIDENCIA HABITUAL COMO CRITERIO DE CONEXIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

Nayiber Febles Pozo

Profesor Permanente Laboral de Derecho internacional privado.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESIDENCIA HABITUAL COMO CRITERIO DE CONEXIÓN EN LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES EN LA UNIÓN EUROPEA. 2.1. La residencia habitual en litigios en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. 2.1.1. El sistema de competencia judicial internacional en el Reglamento (UE) 2019/1111. 2.1.2. Derecho aplicable: el Reglamento (UE) 1259/2010. 2.1.2.1. Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. 2.2. La residencia habitual en el Reglamento europeo en materia de sucesiones. 2.2.1. El sistema de competencia judicial internacional. 2.2.2. Derecho aplicable. 3. DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL: CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 3.1. Precisión del criterio de residencia habitual de las partes para la disolución del vínculo matrimonial: STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24. 4. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA DE UN CONCEPTO FÁCTICO: DELIMITACIÓN DOCTRINAL DEL CRITERIO DE RESIDENCIA HABITUAL. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La residencia habitual como factor de conexión en el Derecho internacional privado (DIPr) tiene su origen en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado[1] (en adelante Con-

El trabajo se adscribe al proyecto de investigación: PID2020- 114611RB-I00, «Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)», concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Todos los sitios web fueron consultado por última vez, 10/06/2025.

1. Los inicios del concepto se remonta al Convenio de La Haya de 1896 relativo al Procedimiento Civil —sustituido por el Convenio de 1905—, específicamente en su art. 15 estableció: *Dans tous les cas, le certificat ou la déclaration d'indigence doit être délivré ou reçue par les autorités de la résidence habituelle de l'étranger, ou, à défaut de celle-ci, par les autorités de sa résidence actuelle.* Poste-

ferencia de La Haya), consolidándose su uso a mediados del siglo XX en los convenios relativos al Derecho de familia. Conexión que ha sido muy bien acogida por la doctrina, teniendo en cuenta su propia naturaleza y la facilidad con que se adapta a cualquier situación.

Los Convenios de La Haya (CLH) carecen de una definición del término residencia habitual[2], corresponde a las respectivas autoridades competentes, según determinadas condiciones fácticas, la determinación de la residencia habitual. De ahí que sea considerado un concepto autónomo y que «debe interpretarse a la luz de los objetivos del Convenio en lugar de en virtud de las restricciones del Derecho interno»[3]. Es por ello, que la mencionada Conferencia de La Haya ha optado deliberadamente por un criterio de conexión no sujeto a tecnicismos jurídicos, sino que depende de hechos[4].

La utilización de la residencia habitual tuvo una doble vertiente; por una parte, superar la nacionalidad como criterio de conexión principalmente en los litigios de familia y; por otra parte, la existencia de un debate en el seno de los Estados contratantes de la Conferencia de La Haya en torno a cuál era la conexión más adecuada: la nacionalidad o el domicilio. En cuanto a la primera, se consideró que la intención de la Conferencia de La Haya de ir desplazando el criterio de la nacionalidad por el de residencia habitual era un objetivo loable, teniendo en cuenta que desde antes de la Segunda Guerra Mundial el criterio de la nacionalidad se había convertido en un criterio de conexión inestable como consecuencia de los regímenes autoritarios que nega-

riormente, el Convenio de La Haya de 1902 sobre tutela de menores, establecía en el art. 2: «*Si la loi nationale n'organise pas la tutelle dans le pays du mineur en vue du cas où celui-ci aurait sa résidence habituelle à l'étranger, l'agent diplomatique ou consulaire autorisé par l'Etat dont le mineur est le ressortissant pourra y pourvoir, conformément à la loi de cet Etat, si l'Etat de la résidence habituelle du mineur ne s'y oppose pas*» y en el art. 9 : «*La présente Convention ne s'applique qu'à la tutelle des mineurs ressortissants d'un des Etats contractants, qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces Etats*». Puede verse, además, Calvo Caravaca, A.L., «Article 21», in Calvo Caravaca, A.L., Davì, A., Peter Mansel, H., *The EU Succession Regulation*, Cambridge University Press, 2016, p. 301; Pfeiffer, M., «Habitual Residence and Nationality as Personal Law Connecting Factors in European Private International Law», In Carruthers, J., Lindsay, B., *Research Handbook on International Family Law*, Edward Elgar, 2024, p. 63; Weller, M.P., Rentsch, B., «Habitual Residence»: A Plea for «Settled Intention», in Leible, S., (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 173-174.

2. En el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado fue objeto de discusión y debate la definición del concepto de residencia habitual. Sin embargo, fue rechazada la idea de cuantificarla temporalmente, pero se admitió, por ejemplo, que la ausencia temporal del menor del lugar de su residencia habitual por razón de vacaciones, de permanencia escolar o de ejercicio del derecho de visita, no modificaba en principio la residencia habitual del menor. Informe Explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Preparado por Paul Lagarde, pp. 20-23. Véase, Bost, J., «Nothing certain about death and taxes (and inheritance): European Union regulation of cross-border successions», *Emory International Law Review*, Vol. 27, No. 2, 2014, pp. 1145-1174; Siehr, K., «General problems of private international law in modern codifications: De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda», in Šarčević, P., Volken, P., Bonomi, A., (eds.) *Yearbook of Private International Law*, Sellier European Law Publishers & The Swiss Institute of Comparative Law, Vol. 7, 2005, pp. 17-61.

3. Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, párrafo 13.83, disponible en www.hcch.net.

4. AA. VV, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 2006, p. 168; Winter, S.I., «Home is where the Heart is: Determining "Habitual Residence" under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction», *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 33, 2010, pp. 351-355; Clive, E., «The Concept of Habitual Residence» *Juridical Review*, 1997, p. 137.

ban la nacionalidad a grupos perseguidos dentro de su propia población[5]. Como resultado las personas apátridas y desplazados estaban privadas de cualquier protección tan básica como los derechos humanos. Lo que tuvo como consecuencia un esfuerzo constante por parte de la Conferencia de La Haya en sustituir la nacionalidad por la residencia habitual como criterio de conexión. En este sentido, son múltiples los CLH que establecen como principal criterio de conexión la residencia habitual, por ejemplo, el CLH 1961 de protección de menores, el CLH 1980 de sustracción internacional de menores, el CLH 2000 de protección internacional de adultos. Téngase en cuenta que el concepto de nacionalidad es tradicionalmente jurídico, varía según el ordenamiento jurídico considerado. Mientras que el criterio de la residencia habitual permite superar las diferencias en la interpretación del concepto de nacionalidad, estableciéndose así un criterio de conexión auténticamente internacional y su interpretación es independiente —o no está vinculada— de los ordenamientos jurídicos nacionales, superando así los conflictos de calificación surgidos en el pasado con el criterio de nacionalidad como producto de las múltiples y variadas definiciones en los distintos ordenamientos jurídicos.

Respecto a la segunda de las vertientes, se considera que finalmente hubo un compromiso político, aceptando los Estados contratantes de la Conferencia de La Haya el desplazamiento de los criterios de nacionalidad y domicilio por el de residencia habitual y que dicho criterio no fuera definido, sino que se concretara caso por caso. Compromiso que «contribuyó a reforzar la disposición de los Estados a ratificar los Convenios de La Haya»[6]. Cada Estado tiene su propia definición de domicilio, siendo muy acentuadas las diferencias entre el concepto de domicilio en el *Civil Law* y el concepto de domicilio en el Derecho anglosajón[7]. Por todo ello, desde el punto de vista de política jurídica, el criterio de la residencia habitual es una alternativa a los criterios de nacionalidad y domicilio.

El criterio de domicilio tiene una fuerte presencia en los sistemas jurídicos de países con un marcado carácter territorialista (iberoamericanos o anglosajones). Sin embargo, en el Derecho español para determinar el Derecho aplicable al estatuto personal, según algún autor, se limita estrictamente a dos de los criterios antes mencionados: la nacionalidad y la residencia[8], por cuanto a efectos civiles «el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual» (art. 40 párrafo 1 CC). Aunque doctrinalmente se reconoce que existen diferencias entre ambas conexiones[9].

La residencia habitual ha cobrado fuerza en el Derecho europeo. Su importancia radica, entre otros, por ser un criterio de conexión moderno y no encontrarse sujeto a múltiples definiciones. Puede constatarse su amplia utilización en los instrumentos europeos de DIPr de familia[10]. Tanto es así que se ha convertido en el principal foro y punto de conexión en los sectores de competencia judicial internacional y de ley aplicable en el DIPr de la Unión Europea (UE).

---

5. Mann, F.A., *Der «gewöhnliche Aufenthalt» im Internationalen Privatrecht: Ein Beitrag zum Problem der Rechtsvereinheitlichung*, Juristen Zeitung, 1956, p. 466.

6. Hess, B., «Towards a Uniform concept of Habitual residence in european procedural and private international Law?», *Polski Proces Cywilny,* No. 4, 2021, p. 532. En este mismo sentido, Von Hein, J., «The role of the HCCH in shaping private international law» in, John, T., Gulati, R., Köhler, B., *The Elgar Companion to the Hague Conference of Private International Law,* Edward Elgar Publishing, 2020*,* p. 112.

7. Lagarde, P., «Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions», en *Pacis Artes (Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, Vol. II, 2005, pp. 1686-1708.

8. Rodríguez Benot, A., «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, No. 1, 2010, pp. 188.

9. Espinar Vicente, J.M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español,* Civitas, 1994, pp. 24-25.

10. Lamont, R., «Habitual residence and Brussels II *bis*: developing concepts for European Private International Family Law», *Journal of Private International Law*, 2007, p. 261; Perveen, A., Ibnul Bashar, A., «Determining a Child's Habitual Residence: The Myriad of Judicial Decisions in the courts of the UK and the European Union», *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 7, No. 3, 2024, pp. 3166-3167.

Sin embargo, consideramos necesario partir de la premisa que no solo nos encontramos ante un concepto fáctico y no jurídico (no debe vincularse a conceptos jurídicos), sino también que la interpretación del criterio no puede diferir en función de la normativa aplicable[11]. Es por ello, que el concepto de residencia habitual debe ser interpretado de manera sistemática (con arreglo al contexto en el que se inserta) y teleológica (según el objetivo que persigue la norma, el instrumento normativo aplicable)[12].

La residencia habitual se ha convertido en el criterio de conexión ideal para las sociedades modernas con presencia cada vez más de un amplio desplazamiento transfronterizo de personas entre jurisdicciones. Resulta común ante los desplazamientos internacionales de la población, entre otros motivos, por trabajo, estudio, etc., el aumento del número de familias con vínculos reales con más de una jurisdicción[13]. Ello incide, a su vez, en la dificultad de concreción del mencionado criterio.

Por todo ello, la determinación de la residencia habitual en el Derecho de familia y de sucesiones en la UE es una cuestión de máxima relevancia en los sectores de competencia judicial internacional y de ley aplicable. A partir de la consolidación de la residencia habitual como criterio de conexión en el DIPr de familia y de sucesiones en la Unión, consideramos necesario especificar desde el inicio que la tarea de lograr una definición prevaleciente de la residencia habitual, que a su vez sea aceptada por la comunidad jurídica internacional, no es nuestra intención. Debido a que constituye un objetivo demasiado ambicioso para un esfuerzo tan limitado como el que se requiere en un estudio como el presente.

En el trabajo se pretende realizar un análisis de la residencia habitual desde la perspectiva del DIPr de familia y de sucesiones en la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de su estado actual en la doctrina. Para ello, se inicia ilustrando la regulación del mencionado criterio de conexión en alguno de los instrumentos europeos en materia de Derecho de familia y de sucesiones que forman parte de las fuentes del Derecho de la UE y que sirven como directrices básicas para el propio TJUE. Dichos instrumentos les proporcionan a los tribunales nacionales de los Estados miembros elementos para determinar qué debe considerarse como residencia habitual en los distintos litigios. Seguidamente, nos adentramos en los pronunciamientos del TJUE, la interpretación del Alto Tribunal en la determinación de la residencia habitual, teniéndose en cuenta una reciente sentencia en materia de disolución del vínculo matrimonial (divorcio)[14]. Se concluye con algunas consideraciones doctrinales respecto al enfoque funcional del concepto de residencia habitual con el objetivo de contribuir a una definición autónoma, uniforme y coherente del mencionado concepto.

2. La residencia habitual como criterio de conexión en los instrumentos de Derecho de familia y de sucesiones en la Unión Europea

Como punto de partida debemos tener presente que la actuación de la UE en el DIPr está en constante interacción con los instrumentos promovidos por la Conferencia de La Haya de DIPr.

11. Véase, STJUE de 9 de octubre de 2014, Asunto C-376/14, C - M.

12. STJUE 17 octubre 2018, Asunto C-393/18, UD vs. XB, apdo. 47; STJUE 28 junio 2018, Asunto, C-512/17, HR, apdo. 40; STJUE 9 octubre 2014, Asunto C-376/14, C-M, apdo. 50; STJUE 2 abril 2009, Asunto C-523/07, apdos. 34-35.

13. Hodson, D., 2018. Globalisation of Adjudication in International Family Law: Serving International Families by Producing International Solutions, in Douglas, G., Murch, M., Stephens V., *International and National Perspectives on Child and Family Law*: Essays in Honour of Nigel Lowe, Intersentia, 2018, pp. 153-166.

14. Resulta importante especificar que por una cuestión de límites establecidos en el trabajo no se tendrá en cuenta el análisis de sentencia en materia de sucesiones.

De ahí que la unificación de las normas de DIPr en el espacio europeo se lleva a cabo «sin perder de vista la pretendida unificación universal que protagoniza la Conferencia de La Haya»[15]. La residencia habitual como criterio de conexión ha tenido una buena acogida en el DIPr de la UE, para ser más preciso, en el Derecho de familia y de sucesiones de la Unión. Son numerosos los instrumentos de la UE, no solo en los ámbitos del DIPr, que establecen la residencia habitual como criterio de conexión tanto de personas físicas como jurídicas[16]. Para comprender el papel que desempeña la residencia habitual en los instrumentos de la UE en las mencionadas materias, consideramos necesario analizar primero cómo ha sido abordado el término de residencia habitual y para ello debemos examinar las fuentes jurídicas. Sin embargo, dado que la residencia habitual no se encuentra regulada en la fuente jurídica primaria de la UE (Tratados), en el presente epígrafe nos dedicaremos a examinar las fuentes jurídicas secundarias (Reglamentos) y, posteriormente, las complementarias (jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

En resumen, la elaboración de un Derecho de familia y de sucesiones europeo trae aparejado un ingente número de instrumentos normativos que regulan tanto el ámbito del Derecho procesal como conflictual. Por supuesto, sin olvidar el progreso, los avances, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. En el Derecho de la UE, la adopción de la residencia habitual como factor de conexión no suele diferir de los CLH, el Derecho de la Unión también prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad. Sin embargo, al igual que en los CLH, ninguno de los instrumentos europeos en materia de Derecho de familia y de sucesiones ofrece una definición exhaustiva de la residencia habitual[17]. El Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones establece algunos criterios a tener en cuenta para la concreción de la residencia del causante y que veremos más adelante.

En el presente epígrafe son objeto los instrumentos europeos en materia de Derecho de familia y de sucesiones. Nos centramos, por una parte, en los sectores de competencia judicial internacional en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial: el Reglamento (UE) 2019/1111[18] (conocido como Reglamento Bruselas II *ter* —en adelante RBII *ter*—) y la ley aplicable: el Reglamento (UE) 1259/2010[19] (conocido como Reglamento Roma III —en adelante RRIII—); por otra parte, en la competencia judicial internacional y la ley aplicable en materia de sucesiones: el Reglamento (UE) 650/2012[20].

---

15. Campuzano Díaz, B., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 1, 2020, p. 100.

16. Puede verse una visión general en Dutta, A., «Domicile, habitual residence and establishment», in Basedow, G., Rühl, F., Ferrari, F., Miguel Asensio, A. P., *Encyclopedia of private international law*. Vol. 1, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 555.

17. Carrascosa González, J., «Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, No.1, 2016, pp. 47-75; Damascelli, D., «I criteri di collegamento impiegati dal Regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di norte», en Franzina, P., Leandro, A., *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè editore, 2013, pp. 87-103.

18. Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)

19. Reglamento (UE) No 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

20. Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, conocido como el Reglamento Europeo de Sucesiones.

2.1. La residencia habitual en litigios en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial

2.1.1. El sistema de competencia judicial internacional en el Reglamento (UE) 2019/1111

El RB II-*ter* constituye el núcleo principal del DIPr de la UE en materia de Derecho de familia, muestra de ello lo es el amplio número de aportaciones doctrinales[21]. Respecto al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial (en adelante crisis matrimoniales) en el mencionado instrumento no existen modificaciones de gran calado en comparación con su predecesor (RB II- *bis*), pudiéndose considerar las introducidas en el art. 6 RB II- *ter* dirigidas a la protección de menores[22]. Las principales modificaciones se han producido en el ámbito de la responsabilidad parental[23].

El sistema de competencia en materia de crisis matrimoniales en el RB II-*ter* tiene como principal foro la residencia habitual. En este sentido, el art. 3 RB II-*ter* constituye el centro neurálgico de la competencia judicial internacional en las crisis matrimoniales[24], estableciendo un elenco

21. Véase, Campuzano Díaz, B., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111…» *op.cit*, pp. 97-117; Antón Juárez, I., «De la determinación de la residencia habitual a la idoneidad del *fórum actoris* como foro para otorgar competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales transfronterizas: las luces y las sombras de la práctica judicial», en Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., (dirs), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Aranzadi, 2022, pp. 1-21. ; Herranz Ballesteros, M., «El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73, No.2, 2021, pp. 229-260; Campuzano Díaz, B., «Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111», *REEI*, No. 40, 2020, pp. 1-35; Carrascosa González, J., Castellanos Ruiz, E., «Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges. El artículo 3 del Reglamento Bruselas II-*ter*», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Vol. 16, No. 2, 2024, pp. 257-273; Bernardo San José, A., «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 2, 2020, pp. 1243-1289; Biagioni, G., «The interplay of EU Regulation 2019/1111 with the 1980 Hague Convention in matters of child abduction», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 2023, Vol. 15, No. 1, pp. 1077-1089; Gandía Sellens, M.A., «La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la comisión para modificar el RB II bis: algunos avances, retrocesos y ausencias», *AEDIPr*, Tomo XVII, 2017, pp. 799-820; Carrillo Pozo, L.F., «El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate», *Bitácora Millennium*, No. 14, 2021, pp. 17-49.

22. Rodríguez Pineau, E., «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *REDI*, Vol. 69, No.1, 2017, p. 140. Ahora bien, aun y cuando no se producen modificaciones en el ámbito de las crisis matrimoniales, «no significa que no hubiera sido interesante e incluso necesario haber tenido presente lo que la doctrina ha venido apuntando en los últimos años. Entre los cambios sugeridos cabe destacar algunos como: 1) la inclusión de un foro de necesidad en materia de crisis matrimoniales; 2) la incorporación de un foro que permitiera la elección del tribunal competente por los cónyuges. Foro que hubiera ayudado a evitar uno de los problemas más preocupante en el divorcio internacional: la dispersión del pleito y la carrera hacia el tribunal; 3) un cambio en la forma de solucionar la litispendencia intra-UE; 3) la inclusión de un concepto de residencia habitual. Estas previsiones quizás hubieran podido ayudar a los tribunales españoles en la aplicación correcta de los foros, ya que todavía a pesar de los años que lleva en vigor el Reglamento Bruselas II bis y de las muchas ocasiones en las que se utiliza, se siguen apreciando errores en su aplicación por nuestros tribunales», Antón Juárez, I., De la determinación de la residencia habitual a la idoneidad del *fórum actoris* como foro para otorgar competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales transfronterizas… *op.cit*, .p. 3.

23. Ní Shúilleabháin, M., «An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111», *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXII, 2020-2021, pp. 126-137.

24. John, G., «Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrens recht. Teil 1», *GPR*, 15, 2, 2018, pp. 70-79

de foros que atribuyen competencia a un órgano jurisdiccional de un EM en materia de crisis matrimoniales. Así pues, el mencionado precepto regula siete foros de competencia con carácter alternativo, basta con que concurra solo uno de ellos para que los tribunales del Estado miembro ante el que se presente la demanda de divorcio, separación o nulidad matrimonial se declaren competentes[25], es decir, no hay jerarquía de los foros y, por tanto, no existe un orden de precedencia entre ellos. La alternatividad de los foros responde a la necesidad actual de la sociedad, la globalización social, la creciente interconexión entre personas de distintos países, ideas, costumbres; en fin, a la movilidad internacional de personas[26].

Téngase en cuenta que cada foro garantiza, además, la existencia de un vínculo real entre el litigio relativo a las crisis matrimoniales y los tribunales competentes[27]. Ello demuestra la forma de adaptación del DIPr a los cambios sociales, la capacidad de las normas de DIPr de ajustarse a la realidad y evitar así la obtención de resultados perjudiciales o ilógicos para las partes. En definitiva, evidencia que el DIPr no se debe exclusivamente a una «lógica formal de conexiones»[28] rígidas preestablecidas, «sino a los valores materiales de la sociedad actual»[29].

De los foros establecidos en el art. 3 RB II-ter, los seis primeros se basan en la residencia habitual. La competencia puede recaer en los tribunales: a) de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda; b) del último lugar de la residencia habi-

---

25. Son numerosas las contribuciones doctrinales al respecto, por solo citar algunas; Ernoux, A., «Divorce international: questions de compétence», en Wautelet, P., Pfeiff, S., (dir.), *Droit familial international, Liège*, Anthemis, 2022, pp. 7-34; Bonomi, A., «La compétence internationale en matière de divorce. Quelques su ggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis», *Revue critique de droit international privé* 2017, pp. 511-534; Calvo Babío, F., «Agentes contractuales de la Unión Europea destinados en un tercer país, ¿se pueden divorciar en un Estado miembro? Y, ¿qué pasa con los diplomáticos? (STJUE de 1 de agosto de 2022)», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2023, Vol. 15, pp. 915-923 ; Carrillo Pozo, L.F., «Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: auto de la AP de Alicante (Sección 4) Núm. 331/2020 de 22 de diciembre», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, No. 1, 2022, pp. 673-683; Casado Abarquero, M., «Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intracomunitarias: a propósito del auto de 12 de noviembre de 2020 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 13, No. 2, 2021, pp. 704-713; Davì, A., Zanobetti,A., «Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo», *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 3, 2019, pp. 749-764; Durán Ayago, A., «¿Es la nacionalidad un criterio discriminatorio en la determinación de la competencia judicial internacional en crisis matrimoniales? A propósito de la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-522/20, OE y VY», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 14, No. 2, 2022, pp. 1069-1074; González Beilfuss, C., «What's New in Regulation (EU) No 2019/1111?», *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXII, 2020/2021, pp. 95-132; Sánchez Jiménez,M.A., «El Reglamento (UE) 2019/1111 y la continuidad de los foros de competencia en materia matrimonial: resultados en el contexto actual», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, No. 19-20, 2019-2020, pp. 301-325

26. Castellanos Ruiz, M.J., «El TJUE y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre divorcio», en Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., (dirs.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 217-247.

27 En este sentido, Carrascosa González y Castellanos Ruiz, afirman que «el demandante de divorcio dispone de una muy amplia carta, permanente y siempre activa, de foros de competencia internacional para iniciar un proceso de divorcio. Es el favor *divortiii* en el sector de la competencia internacional de las autoridades para dictar una resolución de divorcio». Carrascosa González, J., Castellanos Ruiz, E., Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges...*op. cit.*, 260; Carrascosa González, J., «Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo», *Actualidad Civil*, No.2, 2023, pp. 1-70.

28. Carrascosa González, J., Castellanos Ruiz, E., Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges...*op. cit.*, 261.

29. Lehmann, M., «Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle», *Journal of Private International Law*, No.1, Vol. 16, 2020, pp. 1-30.

tual común cuando uno de los cónyuges continúe residiendo allí; c) de la residencia habitual del demandado; d) en el caso de demanda conjunta, en los tribunales de la residencia habitual de uno de los cónyuges; e) de la residencia habitual del demandante, siempre que se haya prolongado durante un año antes de la presentación de la demanda; f) de la residencia habitual del demandante en el caso de que haya residido allí al menos seis meses inmediatamente anterior a la presentación de la demanda y siempre que sea nacional de ese Estado y; por último, g) un foro de la nacionalidad común, en el que resultan competentes los tribunales de la nacionalidad de ambos cónyuges. Esta variedad de foros responde al frecuente cambio de residencia de la pareja tras la crisis matrimonial, asegurando así la existencia de un conjunto de tribunales eventualmente competentes para satisfacer la voluntad de las partes de poner fin a su relación conyugal.

Para el funcionamiento de los mencionados foros, el instrumento regula un conjunto de reglas para concretar el juego de los mismos. Al respecto, en el art. 4 RB II-*ter* se establece que los órganos jurisdiccionales ante el que se sustancien los procedimientos de divorcio, separación o nulidad, al amparo del art. 3 RB II-*ter*, resultarán igualmente competentes para examinar la eventual reconvención presentada, siempre que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y, por otra parte, respecto a la conversión de la separación legal en divorcio (art. 5 RB II-*ter*).

Como se puede apreciar, el instrumento, en su art. 3 RB II-*ter,* regula los foros de competencia que se justifican por la existencia de un vínculo razonable entre los órganos jurisdiccionales de un EM con el litigio. En defecto de vinculación, los foros establecidos en el art. 6 RB II-*ter* permiten la aplicación de normas internas de los EM, es decir, se refiere a la operatividad de los foros comprendidos en la legislación interna o convencional de los Estados miembros[30]. Ahora bien, respecto a la competencia territorial al interior de los Estados miembros, la determinación del tribunal territorialmente competente debe hacerse de acuerdo al Derecho procesal de cada Estado miembro. De ahí que los foros establecidos en el art. 3 RB II-*ter* se activan ante la existencia de elementos extranjeros en la situación jurídica. En otras palabras, cuando el divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial se produce en supuestos meramente nacionales, no entran en juego los foros del citado precepto.

Algún autor considera que los foros establecidos en el art. 3 RB II-*te*r resultan aplicables a los divorcios privados, si bien ante la falta de jurisprudencia no existe un criterio homogéneo en la doctrina[31]. Al tratarse de divorcios privado no hay intervención de autoridad, ya sea pública o privada y, por ende, de ningún órgano jurisdiccional. En esta situación consideramos que resulta incoherente, al no existir la intervención de tribunal alguno ante el que se presente una demanda de divorcio, la aplicación de foros para determinar la competencia judicial internacional de la autoridad.

En definitiva, resulta importante insistir en el carácter fáctico del criterio de la residencia habitual en el art. 3 RB II-*ter* para evitar, tal y como afirman Carrascosa González y Castellanos Ruiz, «que se produzca una «domiciliación de la residencia habitual», esto es, una formalización del concepto hecha *mos anglicus*, en el que los elementos jurídico-formales tiene un peso decisivo»[32].

---

30. Puede verse un análisis del art. 6 RB II-ter en Sánchez Jiménez, M.Á., «Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/1111», *Bitácora Millennium*, No. 12, 2020, pp. 1-19.

31. Pika, M., Weller, M.P., «Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, pp. 65-72.

32. Carrascosa González, J., Castellanos Ruiz, E., Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges...*op. cit.*, p. 268, citando a Dutta, A., „Der gewöhnliche Aufenthalt - Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Euro päisierung des Kollisionsrechts», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 139-146.

2.1.2. Derecho aplicable: el Reglamento (UE) 1259/2010

La entrada en vigor del RR III en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial no afectó a la efectividad del art. 107.1 CC, el cual sigue siendo plenamente aplicable a la nulidad matrimonial. El propio art. 1.2 c) del RR III establece que el instrumento no es aplicable a la nulidad matrimonial, aun y cuando la cuestión de nulidad se presente como una cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial. En cuanto a la nulidad matrimonial con elemento de extranjería, la norma interna, el art. 107.1 CC, regula la ley aplicable. La solución aportada por el mencionado precepto da respuesta a la laguna que existía en la regulación anterior y en conformidad con las soluciones aportadas por la doctrina al respecto[33]. En este sentido, el citado precepto establece que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

En el sector de ley aplicable a las crisis matrimoniales la residencia habitual también ocupa un lugar destacado, resultando más palpable en la ley aplicable al divorcio y la separación judicial.

2.1.2.1. Ley aplicable al divorcio y la separación judicial

La ley aplicable al divorcio y la separación judicial con elementos de extranjería por parte de los tribunales españoles se concreta en las normas previstas en el RR III. El instrumento es de aplicación universal (art. 4 RR III), la ley que resulte aplicable se aplicará aunque no sea la de un EM participante o la de un tercer Estado. Las reglas establecidas en el RR III tienen como objetivo la seguridad jurídica, evitando así situaciones de *fórum shopping*.

En cuanto a la concreción de la ley aplicable el instrumento tiene como premisa el principio de autonomía de la voluntad. Así pues, el RR III tiene como principio general la capacidad de las partes en la elección de la ley aplicable al divorcio y a la separación. Sin embargo, se trata de una autonomía conflictual informada y restringida, solo es posible la elección de las leyes establecidas en el art. 5 RR III. En este sentido, el legislador europeo asegura favorecer la flexibilidad y la seguridad jurídica, contribuyendo así a la movilidad en la UE y, además, permite que las partes sean consciente de la relevancia, la trascendencia jurídica de la elección de ley aplicable y que dicha elección no sea contraria a sus derechos. En definitiva, lo que se pretende es que las partes elijan como ley aplicable a la separación judicial y al divorcio la de un país con el que tengan una vinculación especial o, la ley del foro.

El art. 5 RR III le permite a las partes elegir cuatro leyes, dos de ellas giran en torno a la residencia habitual, ellas son: a) la ley del Estado donde los cónyuges tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio de elección y b) la ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos siga residiendo allí en el momento en que se celebre el convenio. Además, el instrumento establece c) la elección de la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges en el momento de celebración del convenio y, por último, d) la ley del foro.

En defecto de elección de ley, el art. 8 RR III establece cuatro conexiones de las cuales dos son relativas a la residencia habitual, a) la ley del Estado de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda; b) la ley del Estado de la última residencia habitual, siempre que se cumplan dos condiciones: que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda. En defecto de las conexiones anteriores el instrumento regula c) la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda y d) la ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda. Estos cuatro criterios de conexión se establecen de forma subsidiaria y toman en consideración la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley aplicable en defecto de elección por parte de éstos.

---

33. Guzmán Zapater, M., «Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2021», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, No. 2, 2022, pp. 1108-1116.

Estas conexiones objetivas tienen dos excepciones, las reglas para la conversión de la separación judicial en divorcio (art. 9 RR III) y una excepción más general establecida en el art. 10 RR III, la aplicación de la ley del foro. Una cláusula de salvaguarda en el caso que la ley elegida por las partes (art. 5 RR III) o la aplicable en defecto de elección (art. 8 RR III) no contemple el divorcio o no lo conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo, igualdad de acceso a la separación o al divorcio. En tales casos, el precepto establece que se excepcionará la aplicación de tal ley, aplicándose en su lugar la ley del foro. Se trata de una «norma de conflicto independientemente de la posibilidad genérica que contempla el art. 12 RR III de recurrir a la excepción de orden público, con la finalidad de descartar cualquiera de las leyes que pudiera ser designada por las normas de conflicto del instrumento»[34].

2.2. La residencia habitual en el Reglamento europeo en materia de sucesiones

El Reglamento (UE) 650/2012 (en adelante RES) regula un conjunto de normas uniforme en materia de sucesiones, constituyendo la norma más importante, la norma central en la materia en el espacio europeo. Muestra de ello es el carácter *erga omnes* del instrumento y la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho interno de los Estados miembros. El instrumento pretende superar los inconvenientes generados por la interacción de las normas internas de los Estados miembros en materia de sucesiones, por ejemplo, los llamados conflictos positivos o negativos de jurisdicción, así como la fragmentación de leyes aplicables en función de la naturaleza y la situación de los bienes[35].

El mencionado instrumento adopta el criterio de la residencia habitual, vincula la competencia judicial internacional y la ley aplicable a la sucesión a la última residencia habitual del causante, garantizando la coincidencia *forum-ius*[36]. El paralelismo entre la competencia judicial y la ley aplicable responde a uno de los principios del RES que busca «garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho» (Cdo. 27). La residencia habitual constituye, según algún autor, «el punto cardinal en la intelección del Reglamento»[37]. Motivo por el cual, resulta relevante y oportuno reflexionar, analizar, sosegadamente sobre el concepto de residencia habitual en el ámbito de la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*. Los Considerandos 23 y 24 del RES enumeran algunas de las circunstancias o proporcionan directrices que los tribunales de los Estados miembros pueden tener en cuenta para concretar la última residencia habitual del causante[38].

---

34. Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Décima edición, 2018, p. 473.

35. Bonomi, A., «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, Vol. 350, 2010, pp. 99-172.

36. Damascelli, D., *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (dalla l. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012)*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 47; Davì' A., Zanobetti Pagnetti, A., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Giappichelli, 2013, p. 137; Carrillo Pozo, L.F., «Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del *de cuius*, funciones judiciales, *professio iuris*. comentario a la sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 16 de julio de 2020, asunto C-80/19», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, No 1, 2021, p. 759.

37. Carrascosa González, J., «El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo», *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, No. 19, 2015, p. 16.

38. Al respecto, Carrascosa González, expone los motivos de la ausencia del concepto de residencia habitual en el mencionado instrumento, Carrascosa González, J., «El concepto de residencia habitual del causante... *op.cit*, p. 19; Rohová, I., Drlicková, K., «Habitual Residence As A Single Connecting Factor Under The Succession Regulation» *International Journal of Law and Politics*, 2015, pp. 107-117.

2.2.1. El sistema de competencia judicial internacional

El RES ha supuesto una modificación sustancial y profunda del sistema de competencia judicial internacional en el ámbito interno del ordenamiento jurídico español, específicamente, el regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento serán competentes para resolver la totalidad de la sucesión, conforme a los principios de unidad y universalidad de la sucesión (art. 4 RES). El principio de universalidad se encuentra presente en el régimen de competencia judicial internacional establecido en el Capítulo II RES, los tribunales competentes despliegan su competencia sobre la totalidad de la sucesión. En otras palabras, refleja un sistema universalista que el tribunal competente, así como la ley aplicable, comprenda todos los bienes del causante independientemente de su naturaleza y del lugar en el que se encuentren, resultando el foro de la residencia habitual el principal criterio de conexión para resolver la totalidad de la sucesión. El principio de universalidad de las reglas de competencia del RES desplaza por completo el régimen interno de competencia judicial internacional contemplado en la LOPJ.

El foro del art. 4 RES solo opera en defecto de competencia de los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del causante (art. 7 RES). El Considerando 23 se refiere al mencionado foro como un «nexo general»: *«(...) el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento»*. Es por ello, como bien reconoce la doctrina, que «se ha evaporado la inicial intención del legislador europeo de crear, en el Reglamento 650/2012, un "foro único general" que conduzca a individualizar un solo tribunal competente para los litigios sucesorios en los Estados miembros»[39], evitando así el *forum shopping*; obteniéndose un resultado contrario, el establecimiento de un sistema de foros complejos en el que la residencia habitual del causante ha perdido fuerza como foro sucesorio[40]. En resumen, la existencia de un foro de la residencia habitual que convive con otros foros y que tiene carácter subsidiario[41]. Téngase en cuenta que el foro del art. 4 RES solo otorga competencia a los tribunales de un Estado miembro siempre que el causante haya tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, no siendo operativo si el causante tuviese su residencia habitual en un tercer Estado, en este caso el mencionado precepto «no otorga competencia a ningún tribunal de ningún país»[42]. Este foro afectará también a la autoridad estatal que haya de expedir un certificado sucesorio, en contraposición con una norma nacional que establezca su competencia para la emisión de un certificado sucesorio nacional por el simple hecho de la existencia de bienes hereditarios en dicho Estado miembro, aun y cuando el causante no estuviera residiendo en el mismo.

Un aspecto positivo del citado precepto es que evita el conflicto móvil, teniendo en cuenta que en el propio literal se establece expresamente el momento temporal en el que opera el citado foro: *en el momento del fallecimiento*. Por lo tanto, no se tendrá en cuenta, no resultará relevante, las residencias habituales anteriores del causante. Tampoco resulta relevante a estos efectos la nacionalidad del causante, ni la ley que hubiese elegido el causante para regir la sucesión art. 22 RES. Ambas cuestiones no influirán sobre el foro establecido en el art. 4 RES. La competencia judicial internacional de los tribunales del Estado miembro en virtud del citado precepto es una competencia completa, es decir, dichos tribunales podrán conocer sobre la *totalidad de la sucesión*. No obstante, existen ciertas excepciones como veremos más adelante. En este sentido, el tribunal que se declare competente tendrá competencia, además,

---

39. Carrascosa González, J., «El concepto de residencia habitual del causante...» *op.cit*, p. 17; Feraci, O., «La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2013, pp. 291-314.

40. Carrascosa Gonzalez, J., «El concepto de residencia habitual del causante...» *op. cit.*, p. 17.

41. *Idem*.

42 *Idem*.

para conocer de las cuestiones incidentales que puedan surgir al hilo de la cuestión sucesoria principal. Al respecto, la solución a la cuestión incidental no debe producir efecto de cosa juzgada sobre la cuestión principal[43].

El foro de la residencia habitual del art. 4 RES otorga competencia a los tribunales de un Estado miembro. Sin embargo, la competencia territorial, en el ámbito interno, de los Estados miembros corresponde al Derecho interno del Estado miembro de la última residencia habitual del causante, ya que son los tribunales que mejor situado se encuentran para conocer y resolver el litigio. Al respecto, Carrascosa González, lo justifica teniendo en cuenta cuatro razones: a) los bienes que integran la herencia suelen encontrarse en su totalidad o en la mayor parte en el Estado en el que el causante tenía su última residencia habitual; b) suele ser frecuente que el causante haya dictado el testamento en el país de la última residencia habitual; c) los presuntos herederos y acreedores del causante o la mayor parte de éstos suelen coincidir en su residencia habitual en el Estado de la última residencia habitual del causante; d) suele ser de fácil identificación por los posibles herederos, legatarios, como acreedores de la herencia, teniéndose en cuenta que es el Estado en el que el causante tiene su centro de vida, social, familiar (su residencia habitual)[44].

El instrumento establece ciertas excepciones a la aplicación del art. 4 RES con la finalidad de una correlación, de alinear, el tribunal competente con la ley aplicable, precisamente en los casos en los que la norma de conflicto de leyes hubiera contemplado variaciones principalmente por motivos de elección de la ley por parte del causante. En este sentido, las partes podrán elegir de forma expresa y por escrito el tribunal coincidente con la ley nacional que hubiera elegido el causante (arts. 5 y 7 b. RES). Este acuerdo resultaría beneficioso para aquellas personas que, aunque no hayan participado en él, comparecieran ante el citado tribunal y no impugnen su competencia (art. 9 RES). El tribunal podrá abstenerse de conocer del asunto si considera que los tribunales cuya ley hubiera resultado elegida por el causante se encontraran en mejor situación para conocer de la sucesión o porque las partes se hubieran sometido a tales tribunales (art. 6 y 7 a. RES). El art. 8 RES prevé el sobreseimiento de la causa por el tribunal competente que haya actuado de oficio si las partes acuerdan en cualquier momento resolver la sucesión extrajudicialmente en el Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante. En otras palabras, si las partes decidieran resolver extrajudicialmente el litigio en el Estado cuya ley hubiera sido elegida por el causante, el tribunal sobreseerá de oficio.

Tal y como se ha anticipado, el resultado obtenido en el RES en cuanto a la variedad de foros antes mencionado no era el previsto en los trabajos iniciales del instrumento, en los que se había debatido respecto a la creación de un único foro general en materia sucesoria, evitando así la búsqueda del foro más conveniente o la diversidad de foros. Sin embargo, la solución ha sido, tal y como hemos comentado antes, «un sistema "ibrido" e complesso, ove l'astratta centralità predicata dell'ultima residenza abituale del defunto risulta, in concreto, variamente ridimensionata»[45]. El RES establece la posibilidad de acudir a un tribunal de un Estado miembro, aunque el causante tuviese su residencia habitual en un tercer Estado, en diversos supuestos; primero, competencia subsidiaria, siempre que tuviera la nacionalidad de dicho Estado miembro o hubiera residido allí con anterioridad a los cinco años previos o, en su defecto, resultan competente los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia (art. 10 RES); segundo, *fórum necessitatis*, cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente, excepcionalmente los tribunales de un Estado miembro

43. Gaudemet-Tallon, H., «Quelques réflexions sur les propositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière successorale dans l'Union européenne», *DNotI, Les Successions Internationales dans l'UE*, 2004, pp. 445-459.

44. Al respecto, puede verse una explicación más detallada en Carrascosa González, J., El concepto de residencia habitual del causante... *op.cit*, pp. 17-18.

45. Feraci, O., La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa... *op.cit*, p. 300.

podrán conocer si el asunto tiene vinculación suficiente con dicho Estado miembro, siempre que no pudiera realizarse el proceso sucesorio en un tercer Estado con el que el asunto tuviese una vinculación estrecha (art. 11 RES).

Este foro sirve como norma de cierre del sistema de competencia del instrumento. Permite con carácter excepcional someter a la competencia de los tribunales de un Estado miembro un litigio en materia de sucesiones que de otro modo sería competencia de los tribunales de un tercer Estado. Sin embargo, el mencionado precepto no puntualiza a qué específicos tribunales se puede acudir, limitándose a exigir una *vinculación suficiente* con el Estado miembro cuyos tribunales se acude. Criterio o requisito que resulta ser vago, requiriéndose una evaluación discrecional que permita cierta flexibilización en la aplicación de la disposición. Ante la falta de claridad podría tenerse en cuenta la ubicación en dicho Estado miembro de los bienes implicados en el proceso sucesorio, los cuales podrían ser relevantes. La aplicación excepcional de la norma se debe a la dificultad de determinar con certeza cuándo se dan los supuestos previstos en ella. En el propio literal del precepto se mencionan posibles opciones o hipótesis: *si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso*. En este sentido, el Considerando 31 cita, por ejemplo, «debido a una guerra civil, o cuando no quepa esperar razonablemente que el beneficiario incoe o siga un procedimiento en ese Estado», ya sea porque las circunstancias lo impiden o por las características del sistema judicial al que pertenece el tribunal en cuestión (excesivos costes del procedimiento, duración, falta de garantías procesales que impidan la buena administración de justicia, etc). Ahora bien, el propio considerando establece que solo puede ejercitarse la competencia fundada en el *forum necessitatis* si el litigio guarda un vínculo suficiente con el Estado miembro del tribunal al que se haya sometido el asunto.

Cuando la última residencia habitual del causante sea en un Estado miembro, pero alguno de los bienes se encuentre en un tercer Estado, el tribunal que conozca del asunto podrá, a instancia de una de las partes, abstenerse de conocer sobre uno o más de los bienes si cabe esperar que su resolución sobre los bienes en cuestión no será reconocida o en su caso ejecutable en un tercer Estado (art. 12 RES). En otras palabras, que exista un riesgo de no recognoscibilidad o inejecución de la decisión en dicho Estado, sin perjuicio del derecho de las partes a limitar el alcance del procedimiento conforme a la *lex fori*. Este foro responde a una conveniencia jurídica. Se considera aceptada la regulación del citado foro porque el mantenimiento de un foro basado genéricamente en la *lex rei sitae* conllevaría una proliferación de foros competentes ante sucesiones complejas transnacionales cuando los bienes se encuentren en varios Estados (Estados miembros y terceros Estados) y, por tanto, una fragmentación del asunto. Todo ello, contrario al objetivo de simplificación y al principio de unidad de la sucesión defendido en el RES[46].

En definitiva, conforme al RES resultan principalmente competentes las autoridades de la residencia habitual del causante. Solo es posible la competencia de los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del causante: a) siempre que se haya elegido el ordenamiento jurídico para regir la sucesión; b) exista un acuerdo de sumisión, expreso o tácito, por todas las partes interesadas y c) se produzca la transferencia de competencia del tribunal que en principio era competente. Resulta evidente que el legislador europeo en esta materia ha decidido que prevalezca el foro de la residencia habitual y no el de la nacionalidad. Según Damascelli, ello se debe a varias razones: el criterio de la residencia habitual es más efectivo para regular las situaciones jurídicas transfronterizas de países con un alto número de inmigración como son los Estados miembros; responde con mayor efectividad a los objetivos de la legislación europea, específicamente a la prohibición de cualquier desigualdad regulatoria en las relaciones sociales y económicas basadas en la nacionalidad; promueve la libre circulación de personas; responde con mayor efectividad al principio de proximidad; evita los problemas de conflicto de calificaciones que hubiesen surgido al adoptar la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento como criterio de conexión objetivo[47].

46. *Idem*.

47. Damascelli, D., *Habitual residence in european private international law*, Project GoinEu, 2019, p. 24.

Sin embargo, a pesar de que el foro de la residencia habitual del causante es el foro principal, central, del sistema de competencia establecido en el RES, no debe perderse de vista que la inclusión en el instrumento de una multiplicidad de foros de competencia (derogatorios) puede favorecer la aparición de procedimientos paralelos en el espacio europeo. Al respecto, resulta esencial la necesidad de una efectiva coordinación entre las distintas autoridades nacionales de los Estados miembros con el objetivo de evitar resoluciones contradictorias. De ahí que el instrumento consagre dos disposiciones sobre litispendencia y conexidad (arts. 17 y 18 RES).

En la determinación de la residencia habitual debe existir una coherencia entre los criterios aportados por el legislador en los considerandos 23 y 24 RES y la propia jurisprudencia, es decir, la autoridad que sustancie la sucesión deberá tener en cuenta elementos objetivos y subjetivos. El adecuado enfoque de ambos elementos propuesto por Damascelli[48] y la impecable interpretación, depuración, de cada uno de ellos por Carrascosa González[49] se resume de la siguiente manera:

a) elementos objetivos: debe entenderse la presencia física de la persona en un concreto Estado. Es decir, una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante antes del fallecimiento y en el momento del mismo, teniendo en cuenta todos los hechos pertinentes. El mencionado elemento engloba dos aspectos muy bien diferenciados, por una parte, un aspecto cuantitativo referente a la duración y la regularidad de la «*presencia del causante en el Estado de que se trate*» (Cdo. 23) y, por otra parte, un aspecto cualitativo referente a la naturaleza y las características de la presencia física de una persona en un concreto Estado, las condiciones y los motivos de dicha presencia. La presencia debe ser duradera, la residencia habitual debe revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate (Cdo. 23).

b) elementos subjetivos (intencionalidad): se debe valorar la intención de la persona de fijar con carácter estable el centro de intereses de su vida familiar y social en un concreto Estado. Este elemento se diferencia del anterior en que resulta imprescindible la intencionalidad de la persona de permanecer en un concreto país de forma duradera, una regularidad, una estabilidad[50] de la presencia del causante en el Estado de que se trate (Cdo. 23). Resulta importante una manifestación de voluntad libre del causante de establecer su centro familiar y social en un concreto Estado[51].

2.2.2. Derecho aplicable

En cuanto al Derecho aplicable a la sucesión por causa de muerte, el RES sigue las pautas del Convenio de La Haya de 1989[52]. El principio regulador es la universalidad de la sucesión. En otras palabras, el legislador europeo ha decidido que prime el principio de unidad y universalidad y no el modelo de pluralidad y territorialidad de la sucesión, aun y cuando en el presente sector la aplicación del RES es más matizada. Ello se debe, por una parte, a que no desplaza el art. 9.8 CC en la regulación de los conflictos de leyes internos al quedar excluido de su ámbito de aplicación (art. 38 RES). El mencionado precepto continúa aplicándose a los supuestos de conflictos internos, en estos casos se sustituye la conexión nacionalidad por vecindad civil

48. Damascelli, D., I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012... *op.cit*, pp. 87-103.

49. Carrascosa González, J., El concepto de residencia habitual del causante... *op.cit*, pp. 17-18.

50. Bonomi, A., «Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members», *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 2010, pp. 605-610.

51. Nourissat, C., «Le règlement «successions»: le champ d'application», en Khairallah, G., Revillard, M., (dirs.) *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, 2013, pp. 17-36.

52. Lagarde, P., «Présentation du règlement sur les successions», en Khairallah, G., Revillard, M., (dir.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, 2013, p. 11.

establecido en el art. 16.1.1ª CC. Y, por otra parte, mantiene su compatibilidad y la aplicación prevaleciente del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (art. 75.1 RES)[53]. Con todo ello, el tratamiento de la ley aplicable establecida en el RES resulta de aplicación universal (art. 20 RES), por lo que siendo aplicable el instrumento desplazará por completo la regulación contenida en el mencionado art. 9.8 CC para los conflictos de leyes internacionales.

En el sector de Derecho aplicable, la primera regla a tener en cuenta es la *professio iuris* o elección por parte del causante de la ley aplicable a la sucesión[54], si bien la elección se restringe, se limita, a la ley nacional del causante en el momento de la elección o del fallecimiento (art. 22 RES), pudiendo ampliarse en caso de doble o múltiple nacionalidades a cualquiera de ella. En defecto de elección, el art. 21.1 RES establece como regla general del sistema la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, siendo consecuente con el principio de unidad de la competencia judicial internacional y la ley aplicable *(lex fori in foro proprio)*. Se favorece la aplicación de la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, permitiéndose la coincidencia *forum-ius.*

No obstante, esta conexión es de aplicación restrictiva y excepcional, viene acompañada de una cláusula de escape, excepcionalmente puede aplicarse una ley distinta que se considere manifiestamente más conectada con la sucesión, es decir, que en el momento del fallecimiento el causante tenía vínculos más estrechos con un Estado distinto (art. 21.2 RES). Debe admitirse que difícilmente resultará posible encontrar una conexión suficientemente significativa que supere la residencia habitual y aplicar así el principio de proximidad[55], debido a que la valoración de ambos criterios se basa en los hechos relevantes del litigio[56]. Ahora bien, esta cláusula no puede utilizarse como nexo subsidiario cuando resulte compleja la determinación de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (Cdo. 25). La residencia habitual del causante debe ser acotada en cualquier caso. Cuestión distinta es como reconoce el mismo considerando, por ejemplo, que *«el causante se haya mudado al Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento, y todas las circunstancias del caso indiquen que aquel tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho»*.

Independientemente de las conexiones antes mencionadas en el RES se regulan reglas especiales, la admisibilidad y validez de las disposiciones testamentarias se regularán bien por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de otorgarlas o por la ley nacional del disponente siempre que haya elegido dicho ordenamiento (art. 24 RES). Téngase en cuenta que la capacidad para testar, según el RES, queda sujeta a la ley rectora de la sucesión: la ley de la residencia habitual del causante, siempre que el disponente no hubiera elegido su ley nacional. Mientras que la capacidad para ser heredero se regula por la ley que regula la sucesión (en el caso de la *professio iuris*: ley nacional del causante en el momento de elección

53. Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado... op. cit*, p. 546.

54. Al respecto, véase, Blanco-Morales Limones, P., «La *professio iuris* sucesoria cuestionada. Professio iuris in question», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, No. 2, 2024, pp. 127-144.

55. Carrascosa González, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico,* Editorial Comares, 2014, p.163; Calvo Caravaca, A.L., Article 21...*op. cit*, p. 576; Khairallah, G., La détermination de la loi successorale aplicable á la succession», in Khairallah, G., Revillard, M., (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales: étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois-Lextenso éditions, 2010, p. 53.

56. Algún autor considera que la única hipótesis posible es la ejemplificada en el Considerando 25, Marino S., *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione Europea*, Giuffré, 2019, p. 184.

o del fallecimiento y en ausencia de elección por el ordenamiento de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento)[57].

En definitiva, como se puede comprobar toda la arquitectura del RES se sostiene, predominantemente, sobre el criterio de la residencia habitual del causante[58].

3. Determinación del concepto de residencia habitual: criterios interpretativos en la jurisprudencia del TJUE

En el Derecho de la UE la interpretación de la residencia habitual en los instrumentos europeos en materia de Derecho de familia es competencia exclusiva del TJUE, tal y como se evidencia a continuación. El TJUE considera que la residencia habitual es un concepto autónomo del Derecho europeo[59]. Es por ello, que tiene trascendencia y consideraciones propias en el DIPr europeo como consecuencia del elemento transnacional presente en las relaciones jurídicas objeto de la disciplina, en las situaciones privadas internacionales o litigios de familia transfronterizos en el espacio europeo, diferenciados por la propia consideración que del mismo puedan tener los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En las últimas décadas el TJUE ha tenido la oportunidad de profundizar en la interpretación de la residencia habitual en los instrumentos europeos aplicables a los litigios en materia de protección internacional de menores, crisis matrimoniales, sucesiones, etc., proporcionándole a los tribunales nacionales criterios específicos para la determinación de la residencia habitual en situaciones transfronterizas. Consecuentes con el objeto del trabajo nos detendremos en una reciente sentencia sobre la disolución del vínculo matrimonial.

3.1. Precisión del criterio de residencia habitual de las partes para la disolución del vínculo matrimonial: STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24

El TJUE se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la interpretación de la residencia habitual, tanto para la competencia judicial internacional como para la ley aplicable, en los litigios en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. Ejemplo de ello lo es la reciente STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24, en el contexto de un litigio entre DL y PQ para la determinación de la ley aplicable al divorcio[60]. En el cual se puede constatar la dificultad existente en la concreción de la residencia habitual, tal y como reconoce algún autor, «la práctica demuestra que la casuística supera cualquier intento de automatización»[61]. El objeto de la cuestión prejudicial remitida por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal, Alemania) consiste en la interpretación de la residencia habitual.

El supuesto de hecho se concreta de la siguiente manera. DL y PQ, ambos de nacionalidad alemana, contrajeron matrimonio en 1989. En el año 2017 la pareja se traslada a Estocolmo en

57. Herranz Balleteros, M., «Las Sucesiones», en AA.VV, *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 509-510.

58. Fontanellas Morell, J.M., «Las principales conexiones del reglamento 650/2012 por vez primera ante el tribunal de justicia de la unión europea», *REEI*, No. 42, 2021, pp. 24-25.

59. STJUE de 22 de diciembre de 2010, caso *Mercredi*, asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829. En este mismo sentido véase, Sánchez Lorenzo, S., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, Vol. 70, No. 2, 2018, pp. 30-31.

60. STJUE (Sala Tercera) de 20 de marzo de 2025, Asunto C-61/24, DL y PQ, ECLI:EU:C:2025:197. Puede verse un comentario a la misma en Diago Diago, M.P., «El concepto de residencia habitual en la jurisprudencia del TJUE: las claves de la sentencia Lindenbaumer», *La Ley Unión Europea*, No. 137, 2025, p.1-11.

61. Diago Diago, M.P., El concepto de residencia habitual en la jurisprudencia del TJUE...*op. cit*., p.1.

cumplimiento de las obligaciones del cónyuge diplomático (PQ). De acuerdo con la ley alemana, los cónyuges efectúan una declaración de abandono de su domicilio en Alemania. Al cabo de dos años la pareja se traslada a Moscú, país donde PQ ejerce sus funciones como consejero de la embajada y se instalan en una vivienda situada en el complejo inmobiliario de la embajada. Ambos disponían de pasaporte diplomático. Los cónyuges conservaron su vivienda en Alemania en la que residía uno de los hijos de la pareja. Por motivos médicos, el cónyuge del diplomático regresa a Alemania para someterse a una intervención quirúrgica, permaneciendo desde enero de 2020 hasta febrero de 2021, mientras que el funcionario diplomático permaneció en Moscú. En julio de 2021 PQ presentó demanda de divorcio ante tribunal alemán, alegando que vivían separado desde enero de 2020 y que la separación se había hecho definitiva en marzo de 2021.

Los tribunales alemanes se declararon competentes. Cuestión de la que no cabe duda alguna, está claro que dichos órganos jurisdiccionales son perfectamente competentes, ya sea en virtud de la competencia general cuyo criterio principal gira en torno a la residencia habitual de los cónyuges (art. 3 a. RB II-*bis*) como el foro de la nacionalidad (art. 3 b. RB II-*bis*), ambos coincidentes con el actual RB II-*ter* que reemplaza al anterior. Ahora bien, determinada la competencia judicial internacional, sector sobre el cual no existe discrepancia alguna, corresponde determinar la ley aplicable. Precisamente la determinación del Derecho aplicable al divorcio constituye el núcleo principal de la sentencia, siendo en este momento cuando el TJUE ha tenido que interpretar el concepto de residencia habitual comprendido en el art. 8 RR III para determinar la ley aplicable a falta de elección por las partes. No cabe duda de que para determinar la ley aplicable resulta imprescindible la concreción de la residencia habitual porque de ella resultaría aplicable la ley alemana o la ley rusa, teniendo en cuenta que ambas difieren.

En el Derecho alemán el reparto compensatorio de los derechos de pensión se rige por la ley aplicable al divorcio y de resultar aplicable procedería declarar la ruptura del matrimonio[62], resultando distinto si el litigio estuviera sujeto al Derecho ruso. La interpretación realizada por los tribunales alemanes difiere entre ellos. En un primer momento, recurrida la sentencia de primera instancia ante el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal, se declara el divorcio en virtud de la ley rusa. Al considerar que los cónyuges no tenían residencia habitual en un mismo Estado en el momento de la presentación de la demanda[63], siendo la última residencia habitual en Rusia a efectos del art. 8 b) RR III. Pero la decisión es recurrida ante el *Bundesgerichtshof* solicitándose que se declare el divorcio con arreglo al Derecho alemán. El mencionado órgano jurisdiccional, reconociendo la relevancia que tiene el concepto de residencia habitual y ante las circunstancias descritas, decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

> ¿Con arreglo a qué criterios debe determinarse la residencia habitual de los cónyuges, en el sentido del artículo 8, letras a) y b), del Reglamento [no. 1259/2010]? En particular:
>
> - ¿Influye el destino como diplomático en la adopción de la residencia habitual en el Estado receptor o impide incluso dicha residencia?
> - ¿Debe haber tenido la presencia física de los cónyuges en un Estado una cierta duración para que pueda considerarse que se ha establecido en ese Estado una residencia habitual?
> - ¿Presupone el establecimiento de la residencia habitual un cierto grado de integración social y familiar en el Estado de que se trate?

Respecto al concepto de residencia habitual del art. 8 a) y b) RR III en correlación con el Considerando 21 del instrumento y a falta de elección de ley aplicable por las partes al divorcio (art.5), las normas establecidas en el mencionado precepto se basan en la existencia de un estrecho vínculo entre los cónyuges y la ley aplicable. El RR III no contiene una definición del concepto de residencia habitual, no hace remisión alguna al Derecho de los Estados miembros. Motivo por el cual debe ser interpretado de manera autónoma, teniendo en cuenta los instrumentos

62. STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24, FD 25.

63. *Ibídem*, FD 23.

europeos en la materia, su concepto y los objetivos perseguidos[64], más específico, debe interpretarse conforme a los criterios del DIPr de la UE. En la sentencia el TJUE ilustra los diferentes criterios que deben tenerse en cuenta para la determinación de la residencia habitual, es decir, aclara cómo deben enfrentar los tribunales nacionales de los Estados miembros las dificultades inherentes en la concreción de la residencia habitual en litigios como el presente.

La concepción unitaria y la coherencia entre ambos instrumentos para la determinación de la competencia (RB II-*ter*, que reemplaza al RB II-*bis*) y la ley aplicable (RR III) no debe plantear diferencia alguna. Así pues, el concepto de residencia habitual establecido en el primero de los instrumentos se caracteriza, en principio, por dos elementos: primero, la intención del interesado de establecer el centro de sus intereses en un lugar determinado y; segundo, una presencia suficientemente estable en el Estado miembro de que se trate, un cierto grado de estabilidad[65]. Estos elementos, señala el TJUE, resultan pertinentes para determinar la residencia habitual de los cónyuges a efectos del RR III, teniendo en cuenta la estrecha relación entre ambos instrumentos y que dichos elementos garantizan los objetivos de seguridad jurídica, previsibilidad, así como la flexibilidad necesaria en los procedimientos matrimoniales, evitando al mismo tiempo cualquier abuso en lo que respecta a la elección de ley aplicable[66]. Pero el órgano jurisdiccional competente deberá tener en cuenta, en el análisis de las circunstancias concretas del caso, la concurrencia de ambos elementos que caracterizan la residencia habitual.

En el contexto hasta aquí descrito, nos centraremos en los tres puntos o elementos pertinentes en los que se basó el razonamiento del TJUE para la determinación de la residencia habitual: *a) naturaleza de la actividad de los agentes diplomáticos o condición de agente diplomático; b) duración de la presencia física de los cónyuges en el Estado receptor; c) integración social y familiar*; resultando todos ellos una cuestión de hecho.

a) *naturaleza de la actividad de los agentes diplomáticos o condición de agente diplomático:* el TJUE examinó la condición particular de un agente diplomático para la determinación de la residencia habitual de ambos cónyuges. La naturaleza de la actividad de un agente diplomático responde exclusivamente a fines profesionales, ya que su presencia en el Estado receptor se debe al ejercicio de sus funciones. Es decir, la presencia del agente diplomático en Rusia se determina en función de las necesidades de servicio del Estado acreditante y no de la voluntad o intención del propio agente diplomático de permanecer en el Estado receptor. Ahora bien, el hecho de que la condición de agente diplomático de uno de los cónyuges constituya un elemento o factor pertinente en el examen del carácter habitual de la residencia en el territorio del Estado receptor, respecto a la valoración de las razones de su presencia en dicho Estado y las condiciones de su estancia, dicho elemento «no es determinante por sí solo para excluir el reconocimiento de la residencia habitual del interesado y de los miembros de su familia en ese Estado»[67]. En definitiva, el TJUE considera que la determinación de la residencia habitual de los cónyuges debe efectuarse sobre la base del conjunto de las circunstancias de hechos propias de cada caso en concreto. En otras palabras, dependerá del contexto actual de la actividad profesional y las circunstancias concretas en cada caso. Según algún autor, la solución aquí dada podría ser extensible a los desplazamientos laborales de trabajadores en el marco de las empresas multinacionales para desarrollar sus labores en otros Estados[68].

64. Así se demuestra en reiterada jurisprudencia STJUE, 22 de diciembre de 2010, Mercredi, asunto C-497/10 PPU, FD 45; STJUE 24 de octubre de 2024, Kwantum Nederland y Kwantum België, asunto C-227/23, FD 56

65. Estos dos elementos ya fueron establecidos por el Alto Tribunal en la STJUE de 1 de agosto de 2022, MPA, asunto C-501/20.

66. STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24, FD 47.

67. *Ibidem*, FD 57.

68. Diago Diago, M.P., El concepto de residencia habitual en la jurisprudencia del TJUE...*op. cit*. 8.

b) *duración de la presencia física de los cónyuges en el Estado receptor:* la duración de la presencia física de los cónyuges en el Estado receptor es un elemento que constituye indicios de estabilidad de la presencia que caracteriza a la residencia habitual. Ello exige tener en cuenta la situación particular de los agentes diplomáticos, debido a la naturaleza de sus funciones y de los miembros de sus familias. Estas personas a menudo tienen una estrecha relación con el Estado de origen al que viajan con regularidad y, además, dado que los agentes diplomáticos están sujetos a un principio de rotación, la duración de su presencia en el Estado receptor puede percibirse *a priori* como temporal, aun y cuando en la práctica puede extenderse considerablemente, por ejemplo, cuando la misión del agente diplomático se extienda en el tiempo. En conclusiones, tales circunstancias no serán determinante en la residencia habitual.

c) *integración social y familiar:* el TJUE subrayó la relevancia que tiene la integración social en el Estado receptor o en el Estado acreditante para determinar la residencia de los cónyuges. La relevancia de la integración se expresa en la intención, la voluntad de las partes de establecer el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado, es decir, concreta el elemento subjetivo caracterizador de la residencia habitual. Considera el TJUE que los vínculos familiares mantenidos en Alemania o, por el contrario, los creados en Rusia, resultan pertinentes en el contexto de todas las circunstancias fácticas presentes del caso en concreto. De las circunstancias del caso resulta comprensible que la residencia de las partes sigue siendo en Alemania. Ello se debe a que, independientemente de la estancia en Rusia por motivos laborales, en los hechos de la sentencia se refleja que ambos cónyuges mantuvieron su vivienda en Alemania, regresando con frecuencia y mantenían en dicho país los vínculos familiares y sociales. Indicios que demuestran que no tenían interés o voluntad de cambiar de residencia.

En definitiva, la presente sentencia del TJUE no es más que una reafirmación de los criterios, esta vez estructurados y ordenados, de las distintas interpretaciones sobre la residencia habitual a las que se ha tenido que enfrentar el Alto Tribunal y que se pueden resumir de la siguiente manera: a) interpretación autónoma del término de residencia habitual en el Derecho de la Unión, dependiendo de los hechos del caso concreto; b) para la determinación de la residencia habitual de una persona física se debe realizar una evaluación exhaustiva y una ponderación de las circunstancias pertinentes; c) identificación del centro de intereses de la persona en el momento actual; d) una comprensión dualista de la residencia habitual que englobe, por una parte, la presencia física de la persona en un determinado Estado y, por la otra, la intención, la voluntad de establecer su residencia en un determinado Estado. La combinación de ambos elementos es lo que determina la residencia habitual de la persona, la presencia de solo uno de ellos no resulta determinante para la residencia habitual y, por último, e) la integración social, que se tipifica con la presencia y la intención[69]. Lo verdaderamente significativo, relevante, para la identificación de la residencia habitual es la integración social, el entorno social donde pertenece la persona. En otras palabras, independientemente del carácter objetivo y subjetivo, «el lugar en el que teniendo en cuenta todos los factores, la persona en cuestión puede considerarse *en casa*»[70].

4. Interpretación autónoma de un concepto fáctico: delimitación doctrinal del criterio de residencia habitual

En un mundo globalizado resulta frecuente la movilidad, el desplazamiento internacional de personas, estableciéndose conexiones con diferentes países. Tanto es así, que la residencia

69. Franzina, P., «The CJEU on the Habitual Residence of Diplomatic Agents», EAPIL, disponible en: https://eapil.org/2025/04/28/the-cjeu-in-lindenbaumer-on-the-habitual-residence-of-diplomatic-agents/.

70. *Ídem*.

habitual se ha convertido en un factor de conexión internacionalmente aceptado tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el conflictual. La residencia habitual es un concepto que tiene un amplio impacto en el DIPr. Como bien se ha afirmado al inicio del presente trabajo, el concepto de residencia habitual se engendró en «la órbita de la labor codificadora de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado»[71]. Dicha conexión tiene como finalidad «expresar en términos desprovistos de toda carga de ficción normativa, el arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico. Se trataba de encontrar una vinculación distinta capaz de traducir, en los términos de la realidad actual, los niveles de integración sociológica de una persona en un ámbito regido por un determinado orden jurídico. De esta forma, la residencia habitual pretende ser índice de la auténtica relación de enraizamiento del individuo en un medio dado, en atención a elementos objetivamente comprobables»[72].

Que la residencia habitual sea una conexión social y no una conexión cultural responde a la idea de integración social, es decir, la residencia habitual representa la vinculación de una persona con el espacio territorial donde vive, «donde tiene su centro de operaciones vitales»[73], corresponde al centro de sus intereses. Tiene por objeto identificar un vínculo estable y real entre una persona y un espacio geográfico determinado. De ahí el calificativo de «habitual», enfatizando la idea que el mencionado criterio de conexión debe establecer una conexión geográfica real y genuina entre el individuo y un lugar determinado. Su determinación debe basarse, en concreto, examinando indicios objetivos que denoten cierto grado de integración de la persona en un territorio determinado. Cuestión nada fácil de determinar, teniendo en cuenta que en ocasiones pueden surgir cuestiones delicadas sobre las cuáles decidir qué indicios son más importantes para determinar en concreto el centro de intereses de una persona. Además, por su propia naturaleza, la residencia habitual es un factor de conexión inestable[74], «es una noción fáctica y no jurídico-formal. Se define por hechos y no por mecanismos legales o presunciones *juris et de jure*»[75] y no opera de modo automático, es decir, la determinación de la residencia habitual es más una cuestión de hechos que de definiciones jurídicas[76]. Si bien algún autor sostiene que se trata de una cuestión mixta de hecho y de derecho[77], esta posición no es consolidada en la doctrina.

El objetivo subyacente de los elementos de conexión en el DIPr es determinar la conexión que presente los vínculos más estrechos de una persona con una jurisdicción específica en una situación determinada, lo que lleva afirmar la jurisdicción de un determinado tribunal y el ejercicio de la elección del derecho aplicable. En otras palabras, los factores de conexión en el DIPr tienen como objetivo determinar el Estado con el que la situación jurídica tenga los vínculos más estrechos[78]. De ahí que en el DIPr europeo la residencia habitual se configura como criterio de

71. Rodríguez Benot, A., «El criterio de conexión para determinar la ley personal... *op. cit*., p. 193. Véase, además, Weller, M P., Rentsch, B., «Habitual Residence»: A Plea for «Settled Intention»... *op. cit*., 2016, pp. 173-174.

72. Espinar Vicente, J.M., *La nacionalidad y la extranjería... op. cit*., p. 336.

73. Carrascosa González, J., Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante, *op. cit.*, p. 48.

74. Franzina, P., «The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) No. 259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, No. 2, 2011, p.109.

75. Carrascosa González, J., Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante, *op. cit.,* p. 48.

76. Pérez-Vera, E., *Explanatory report*, Actes et Documents de la Quatorzieme Session, Vol III, 1980, paraf. 66, pg. 445.

77. Beaumont, P., Holliday, J., «Habitual Residence in Child Abduction Cases: The Hybrid Approach is Now the Norm but how much weight should be given to Parental Intention?» in Pfeiffer, M., Brodec, J., Bříza, P., Zavadilová, M., (eds) *Liber Amicorum Monika Pauknerová*, Wolters Kluwer, 2021, pp. 27, 32.

78. Siehr, K., General problems of private international law in modern codifications. *op.cit*, p. 32.

conexión en los sectores clásicos de la disciplina, así como en la totalidad de los instrumentos europeos en materia de Derecho de familia[79] y de sucesiones. Su amplia utilización en la regulación de las situaciones privadas internacionales objeto del DIPr se debe a la renuncia o contrariedad de las tradicionales conexiones como la nacionalidad con el Derecho europeo[80].

La residencia habitual es un concepto indeterminado y de difícil concreción[81] ante la diversidad de situaciones jurídicas que se producen en el ámbito transfronterizo. El legislador europeo voluntariamente ha renunciado a un concepto de residencia habitual[82], dejando a los propios tribunales mayor libertad para decidir si una persona tiene o no su residencia habitual en un Estado determinado y que a través de sus interpretaciones vayan definiendo o discerniendo caso por caso, y según el ámbito del derecho en el que se encuentren, los criterios para establecer la residencia habitual[83], en lugar de estar atados a normas estrictas que podrían hacer que el concepto de residencia habitual sea más rígido y a la larga inaplicable. Se trata de un vacío intencionado[84] con la finalidad de garantizar en cada caso las características del criterio, es decir, la flexibilidad[85] y su particularidad de hecho. En resumen: concierne a los tribunales nacionales la precisión del criterio de la residencia habitual como su localización, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y elementos objetivos y subjetivos. Por supuesto, como reconocen algunos autores, debe tenerse en cuenta que dicho criterio varía según el tipo de litigio y los intereses que se regulen, es decir, difieren en el Derecho contractual, de familia, de sucesiones o de menores[86].

No cabe duda de que la ausencia de definición del criterio de residencia habitual puede suponer un inconveniente para los operadores jurídicos a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos europeo en materia de Derecho de familia y de sucesiones. Esto se debe a la dificultad intrínseca que tiene la propia concreción del concepto. Cuestión que se evidencia en las numerosas cuestiones prejudiciales de las que ha tenido que conocer el TJUE. De ahí la extraordinaria

79. Cordero Álvarez, C. L., «Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, No. 1, 2023, p. 258.

80. Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 11.ª ed., 2020, p. 366.

81. En este sentido, Carrascosa González, considera que «la residencia habitual es un criterio móvil, inestable, cambiante y líquido que exige del jurista un trabajo poderoso para determinar el país donde se concreta». Carrascosa González, J., Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante, *op. cit*., p. 47; Rogerson, P., «Habitual Residence: The New Domicile?», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, Issue. 1, 2000, p. 100.

82. Maseda Rodríguez, J., «Doble residencia habitual del cónyuge demandante y competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales», en Álvarez González, S., Font I Segura, A., Maseda Rodríguez, J., *El derecho de familia que viene: derecho internacional privado*, Andavira, 2023, p. 241.

83. Bumbaca, V., *Habitual Residence in International Family Law: Theory, Practice and Reform*, Schulthess Éditions Romandes, 2022, p. 6

84. Mellone, M., «La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 46, N.° 3, 2010, p. 691.

85. Di Napoli, E., «A Place Called Home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 899.

86. Pérez Martín, L. A., «Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el derecho europeo. Comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Girona», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 1, 2020, p. 662; Davì, A., Zanobetti Pagnetti, A., «Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Vol. 5, No. 2, 2013, p. 30; Zhang, M., «Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law», *Maine Law Review*, Vol 70, No.2, 2018, p. 177; Carrascosa González, J., Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante... *op. cit*., p. 62.

relevancia del Alto Tribunal a la hora de clarificar los criterios a tener en cuenta para la concreción de la residencia habitual. El legislador europeo se ha tenido que enfrentar, por una parte, a la necesidad de proporcionar un concepto estandarizado de residencia habitual que garantice la seguridad jurídica y, por otra parte, a la necesidad de mantener la residencia habitual como un concepto flexible, fácil de entender para su aplicación real, prevaleciendo esta última. No obstante, coincidimos con algún autor en que la falta de una definición autónoma[87] puede resultar un obstáculo ante casos complejos y fragmentados, es decir, en aquellos casos en los que existe una dispersión o distribución de los factores de hechos en varios Estados miembros. En estos casos se considera que al menos una definición aunque general y flexible resultaría de gran utilidad en garantía de la seguridad jurídica[88].

El concepto de residencia habitual debe ser interpretado de manera uniforme en el Derecho de la UE. Por consiguiente, no puede integrarse en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Todo ello, por la ausencia en los instrumentos europeos de una remisión expresa para la determinación del sentido y el alcance del mencionado concepto en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros[89]. Dicho de otro modo, la interpretación de la residencia habitual se debe hacer teniendo en cuenta la especificidad de cada caso en concreto, valorándose los objetivos y principios del instrumento en el que se integra[90], la situación familiar de la persona en cuestión, así como la duración, los motivos y el grado de continuidad de la residencia en el territorio de un país determinado. La residencia habitual es una cuestión de hecho que debe resolverse individualmente en cada caso sobre la base de los principios de interpretación que debe tener en cuenta el tribunal para la resolución del litigio. De ahí que «el principio de coherencia del Derecho internacional privado europeo no supone un paralelismo automático»[91].

En general, el término de una disposición incluida en un instrumento de la UE debe tener un significado autónomo, siguiendo, según algún autor, la denominada «regla de oro» de interpretación constantemente aplicada por el TJUE[92], que consiste en que «los conceptos jurídicos no tienen el mismo significado en el Derecho comunitario y en el Derecho de los distintos Estados miembros. Además, las disposiciones del Derecho comunitario deben situarse en su contexto e

87. Di Blase, A., «Sull'interpretazione delle convenzioni e delle norme dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 56, No. 1, 2020, p. 5.

88. Marino, S., «La residencia habitual del adulto en el Derecho internacional privado europeo de familia», en Calvo Caravaca, A L., Carrascosa González, J., *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Aranzadi, 2022, pp.1-16.

89. Cordero Álvarez, C.L., Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia... *op.cit.*, p. 258. Doctrinalmente se han pronunciado varios autores ilustrando algunas propuestas para la integración del concepto en el Derecho de Familia, Reig Fabado, I., «La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, No. 1, 2019, pp. 877-888; Pérez Martín, L. A., «Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones», *AEDIPr*, No. 18, 2018, pp. 469-494; Pérez Martín, L.A., «Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 PPU», *La Ley Unión Europea*, No. 66, 2019; Lowe, N., Douglas, G., *Bromley's family law*, Oxford University, 11th ed., 2015, p. 1040.

90. Sánchez Lorenzo, S., El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo...op. cit., pp. 17-47.

91. Sabido Rodríguez, M., «La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, No. 2, 2023, p. 1330.

92. Ricci, C., «Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes Connected with the EU: Challenges and Potential», *Civil Procedure Review*, Vol. 11, No. 1, 2020, p. 154.

interpretarse a la luz del Derecho de la UE en su conjunto, teniendo en cuenta sus objetivos y su estado de evolución en la fecha en que se aplique la disposición en cuestión»[93]. Ello significa que primero debe acudirse a la búsqueda de criterios útiles tanto en el Derecho de la Unión (teniendo en cuenta el contexto específico de la disposición y todos los actos pertinentes) como en los principios comunes válidos en la UE[94] y consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE muy tenidos en cuenta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[95]. Ahora bien, cuando la interpretación autónoma no sea posible, «debe buscarse la uniformidad en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros, considerados en su conjunto»[96]. La búsqueda se centrará en los criterios comunes en Derecho y en la práctica de todos los Estados miembros independientemente de las particularidades de cada jurisdicción[97].

En el Informe Borrás, en el que se tiene en cuenta la definición clásica que la jurisprudencia ha venido ofreciendo de la residencia habitual, considerada como el lugar en el que el interesado, con la voluntad de conferir un carácter estable, ha fijado el centro permanente o habitual de sus intereses, se especifican los motivos que justifican la ausencia de una definición del concepto de residencia habitual en el Convenio de La Haya de 1998[98]. En este sentido, se afirma que la concreción de la residencia habitual debe ser considerada por el juez estatal y que si bien en los trabajos preliminares se tuvo en cuenta, se discutió, la posible inclusión de una norma que fijara el lugar de la residencia habitual de forma similar a la del art. 52 del Convenio de Bruselas de 1968 en relación con la fijación del domicilio, dicha opción fue descartada, manteniéndose la actual indeterminación temporal en la que se debe tener en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos para la residencia habitual.

Ahora bien, la doctrina considera que el criterio de la residencia habitual en el Derecho de familia ofrece ciertas ventajas. En este sentido, Rodríguez Benot destaca que permite evitar las «complicaciones derivadas de la nacionalidad extranjera en el Estado de acogida o de la adquisición de la nacionalidad de éste»[99]. La conexión de la residencia habitual, según el citado autor, contiene rasgos de mayor igualdad en cuanto a la designación del ordenamiento jurídico aplicable al someter a toda persona que resida en un determinado Estado, ya sean nacionales o extranjeros, al mismo sistema jurídico, implicando una mayor integración en la sociedad de acogida[100]. Téngase en cuenta que uno de los elementos característicos de la residencia habi-

93. *Idem*.

94. En cuanto a la identificación de principios comunes en asuntos de familia en la UE véase Baratta, R., «Verso la comunitarizzazione dei principi del diritto di famiglia», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 593, 597.

95. El Alto Tribunal ha admitido que cuando no sea posible determinar, ni en el Derecho de la UE ni en los principios generales del Derecho de la UE, los «criterios que le permitan definir el sentido y el alcance de tal disposición mediante una interpretación autónoma», la aplicación del Derecho de la UE «puede en ocasiones requerir una remisión a las legislaciones de los Estados miembros», para satisfacer tanto la necesidad de uniformidad como el respeto del principio de igualdad. SSTEDH, *José Miguel Díaz García v European Parliament*, case T-43/90, para 36 (ECR 1992, II-2619) and case T-85/91, *Khouri v Commission*, paras 32-33 (ECR 1992, II-2637), later confirmed by the same Court in the judgment 21 April 2004, case T-172/01, M. v Court of Justice, paras 69-73 (ECR 2004, II-1075).

96. RICCI, C., Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes Connected with the EU. *op. cit.*, p. 155.

97. *Ídem*.

98. Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998. Disponible en; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998XG0716&from=ES.

99. Rodríguez Benot, A., El criterio de conexión para determinar la ley personal... *op.cit*, p. 193.

100. *Ídem*.

tual es la proximidad[101]. En este sentido, el autor concluye que, de ser tenida en cuenta por el legislador nacional en las relaciones de familia, se eludiría la invocación del orden público del foro y la aplicación del derecho extranjero[102]. En línea con el citado autor, piénsese, además, que el uso del criterio de la nacionalidad podría representar un obstáculo en la propia integración social y hasta impedir la gestión eficaz de los flujos migratorios, salvaguardando así la diversidad cultural, hecho que resulta innegable hoy en día en nuestra sociedad.

El concepto de residencia habitual no implica un período durante el cual una persona ha estado el tiempo suficiente en un Estado para que su presencia allí se convierta en algo habitual, no resulta relevante la duración temporal de la permanencia de una persona en un país determinado. Lo verdaderamente determinante es la existencia de una intención de permanecer en dicho lugar y que se establezca allí la mayor parte de las relaciones sociales, que resulten significativas y sustanciales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta aquellas circunstancias en las que se requiere que la residencia habitual se establezca rápidamente, por ejemplo, en el caso de protección del menor. Situación que podría decirse que privaría a la residencia habitual de su enfoque fáctico, teniendo en cuenta que ha sido adecuada o manipulada según el contexto jurídico[103]. Sin embargo, ello responde a la propia flexibilidad del concepto de residencia habitual, pudiéndose adaptar a la realidad jurídica, pero conservando su propia condición fáctica al exigir alguna forma de residencia real en un Estado[104]. La residencia habitual tiene por objeto conectar a un individuo con una determinada jurisdicción, lo que refleja de alguna forma la asimilación a ese determinado Estado con el objetivo de asegurar que sea un foro adecuado para litigar.

Además, en la cooperación jurídica internacional en el Derecho de familia la residencia habitual constituye un criterio primordial; por supuesto, teniéndose en cuenta las diferentes formas de cooperación y dependiendo del sector del DIPr en el que nos encontremos bien como norma de competencia judicial internacional o norma de conflicto[105]. Téngase en cuenta que en los instrumentos europeos en materia de Derecho de familia la residencia habitual asume formas muy distintas. De ahí que exista cierta inquietud respecto a si la residencia habitual debe ser «compuesta unitariamente como carácter general, o si por el contrario debería tener un propósito funcional»[106]. Este último caso depende de si se trata de un criterio de competencia judicial internacional o de conexión de ley aplicable, así como el especifico instrumento aplicable.

5. Conclusiones

El criterio de residencia habitual se ha concebido como un concepto *cuasi* estandarizado, que debe adaptarse a las relaciones jurídicas transfronterizas en las que se ven involucradas las familias en un contexto globalizado. Su finalidad es permitir una determinación más efectiva de la jurisdicción internacional y el Derecho aplicable en una sociedad moderna y en la que es más frecuente las ramificaciones familiares transfronterizas.

---

101. Zhang, M., «Habitual Residence v Domicile: A Challenge Facing American Conflict of Laws... *op. cit*., pp. 171-72; Kruger, T., «Habitual Residence: The Factors that Courts Consider», in Beaumont, P. *et al* (eds), *Cross-Border Litigation in Europe*, Oxford, 2017, p. 741.

102. Rodríguez Benot, A., El criterio de conexión para determinar la ley personal... *op.cit*, p. 193.

103. Rogerson, P., Habitual Residence: The New Domicile?... *op. cit*.., p. 96

104. Lamont, R., Habitual residence and Brussels II bis... *op. cit*.., p. 263-264.

105. Por ejemplo, en el R. 2016/1103 en materia de regímenes económicos matrimoniales el primer criterio de competencia es la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda. Sin embargo, el criterio para la determinación de la ley aplicable es la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio.

106. Marino, S., La residencia habitual del adulto en el Derecho internacional privado europeo de familia *op. cit*., p. 2; Campiglio, C., «Conflitti positivi e conflitti negativi di giurisdizione in materia matrimoniale», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, p. 510.

No cabe duda de que la residencia habitual justifica la conexión espacial, geográfica, de una persona con un Estado, con un determinado ordenamiento jurídico, en contraposición con los vínculos más formalistas asociados a la nacionalidad. De ahí que la residencia habitual se adapte mejor al Derecho uniforme. Muestra de ello es el Derecho de familia y de sucesiones europeo en cuyos textos normativos se percibe una clara prevalencia de la residencia habitual como principal elemento de conexión tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el conflictual.

La importancia de una interpretación uniforme de la residencia habitual está en consonancia con el respeto a cuestiones tan fundamentales como la previsibilidad y la certeza con el objetivo de lograr una mayor seguridad jurídica. Ello justifica la necesidad de una definición común del criterio de residencia habitual válida para todos los Estados miembros en las materias objeto del trabajo y de esta forma se contaría con un instrumento viable en todos los ordenamientos de los Estados miembros, disminuyendo así las desigualdades interpretativas de los tribunales nacionales a la hora de determinar la residencia habitual. La ausencia de una definición del criterio de residencia habitual podría considerarse indefinidamente arbitraria, llegando a generar incertidumbre significativa.

El TJUE ha considerado que establecer un concepto de residencia habitual en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros podría tener consecuencias muy negativas. Que cada Estado miembro pueda elegir una definición diferente, más o menos amplia, ambigua, general o específica, etc., sin duda pondría en una situación muy difícil y de máxima complejidad a los tribunales de los distintos Estados miembros a la hora de determinar su competencia o el Derecho aplicable.

En definitiva, el concepto de residencia habitual se caracteriza en principio por dos factores, en primer lugar, la intención del interesado de establecer el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y, en segundo lugar, una presencia suficientemente estable en el Estado miembro de que se trate. Como se ha demostrado a lo largo del trabajo, lo verdaderamente relevante en la determinación de la residencia habitual es, en último término, la determinación del entorno social al que pertenece el individuo.

6. Bibliografía

AA. VV, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Law*s, Sweet & Maxwell, 2006.

Antón Juárez, I., «De la determinación de la residencia habitual a la idoneidad del *fórum actoris* como foro para otorgar competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales transfronterizas: las luces y las sombras de la práctica judicial», en Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., (dirs), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Aranzadi, 2022.

Baratta, R., «Verso la comunitarizzazione dei principi del diritto di famiglia», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005.

Beaumont, P., Holliday, J., «Habitual Residence in Child Abduction Cases: The Hybrid Approach is Now the Norm but how much weight should be given to Parental Intention?» in Pfeiffer, M., Brodec, J., Bříza, P., Zavadilová, M., (eds) *Liber Amicorum Monika Pauknerová*, Wolters Kluwer, 2021.

Bernardo San José, A., «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 2, 2020.

Biagioni, G., «The interplay of EU Regulation 2019/1111 with the 1980 Hague Convention in matters of child abduction», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, No. 1, 2023.

Blanco-Morales Limones, P., «La *professio iuris* sucesoria cuestionada Professio iuris in question», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, No. 2, 2024.

Bonomi, A., «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, Vol. 350, 2010.

«Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members», *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 2010.

Bost, J., «Nothing certain about death and taxes (and inheritance): European Union regulation of cross-border successions», *Emory International Law Review*, Vol. 27, No. 2, 2014.

Bumbaca, V., *Habitual Residence in International Family Law: Theory, Practice and Reform*, *Schulthess Éditions Romandes*, 2022.

Calvo Babío, F., «Agentes contractuales de la Unión Europea destinados en un tercer país, ¿se pueden divorciar en un Estado miembro? Y, ¿qué pasa con los diplomáticos? (STJUE de 1 de agosto de 2022)», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 15, 2023.

Calvo Caravaca, A.L., «Article 21», in Calvo Caravaca, A.L., Davì, A., Peter Mansel, H., *The EU Succession Regulation*, Cambridge University Press, 2016.

Campiglio, C., «Conflitti positivi e conflitti negativi di giurisdizione in materia matrimoniale», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021.

Campuzano Díaz, B., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 1, 2020.

«Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111», *REEI*, No. 40, 2020.

Carrascosa González, J., Castellanos Ruiz, E., «Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges. El artículo 3 del Reglamento Bruselas II-ter», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, No. 2, 2024.

Carrascosa González, J. «Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo», *Actualidad Civil*, No.2, 2023.

«El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo», *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, No. 19, 2015.

«Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, No.1, 2016.

El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico, Editorial Comares, 2014.

Carrillo Pozo, L.F., «Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: auto de la AP de Alicante (Sección 4) Núm. 331/2020 de 22 de diciembre», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, No. 1, 2022.

«Una síntesis del reglamento 650/2012: residencia habitual del de cuius, funciones judiciales,professio iuris. comentario a la sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 16 de julio de 2020, asunto C-80/19», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, No 1, 2021.

«El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate», *Bitácora Millennium*, No. 14, 2021.

Casado Abarquero, M., «Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intracomunitarias: a propósito del auto de 12 de noviembre de 2020 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 13, No. 2, 2021.

Castellanos Ruiz, M.J., «El TJUE y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre divorcio», en Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., (dirs.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

Clive, E., *«The Concept of Habitual Residence» Juridical Review*, 1997.

Cordero Álvarez, Cl., «Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, No. 1, 2023

Damascelli, D., *Habitual residence in european private international law*, Project GoinEu, 2019.

«I criteri di collegamento impiegati dal Regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di norte», en Franzina, P., Leandro, A., *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè editore, 2013.

Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (dalla l. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012), Giuffrè, 2013.

Davì, A., Zanobetti,A., «Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo», *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 3, 2019.

Davi' A., Zanobetti Pagnetti, A., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni,* Giappichelli, 2013.

Davì, A., Zanobetti Pagnetti, A., «Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Vol. 5, No. 2, 2013.

Diago Diago, M.P., «El concepto de residencia habitual en la jurisprudencia del TJUE: las claves de la sentencia Lindenbaumer», *La Ley Unión Europea*, No. 137, 2025.

Di Blase, A., «Sull'interpretazione delle convenzioni e delle norme dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 56, No. 1, 2020.

Di Napoli, E., «A Place Called Home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013.

Durán Ayago, A., «¿Es la nacionalidad un criterio discriminatorio en la determinación de la competencia judicial internacional en crisis matrimoniales? A propósito de la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-522/20, OE y VY», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, No. 2, 2022.

Dutta, A., «Domicile, habitual residence and establishment», in Basedow, G., Rühl, F., Ferrari, F., Miguel Asensio, A. P., *Encyclopedia of private international law*. Vol. 1, Edward Elgar Publishing, 2017.

«Der gewöhnliche Aufenthalt - Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Euro päisierung des Kollisionsrechts», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2.

Ernoux, A., «Divorce international: questions de compétence», en Wautelet, P., Pfeiff, S., (dir.), *Droit familial international, Liège*, Anthemis, 2022.

Espinar Vicente, J.M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, 1994.

Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., Derecho internacional privado, 11.ª ed., 2020.

Derecho internacional privado, Thomson Reuters, Décima edición, 2018.

Feraci, O., «La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2013.

Fontanellas Morell, J.M., «Las principales conexiones del reglamento 650/2012 por vez primera ante el tribunal de justicia de la unión europea», *REEI,* No. 42, 2021.

Franzina, P., «The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) No. 259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, No. 2, 2011.

Gandía Sellens, M.A., «La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la comisión para modificar el RB II bis: algunos avances, retrocesos y ausencias», *AEDIPr*, Tomo XVII, 2017.

Gaudemet-Tallon, H., «Quelques réflexions sur les propositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière successorale dans l'Union européenne», *DNotI, Les Successions Internationales dans l'UE*, 2004.

González Beilfuss, C., «What's New in Regulation (EU) No 2019/1111?», *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXII, 2020/2021.

Guzmán Zapater, M., «Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2021», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, No. 2, 2022.

Herranz Balleteros, M., «Las Sucesiones», en **AA. VV**, Lecciones de Derecho internacional privado, Tirant Lo Blanch, 2023.

«El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73, No.2, 2021.

Hess, B., «Towards a Uniform concept of Habitual residence in european procedural and private international Law?», *Polski Proces Cywilny*, No. 4, 2021.

Hodson, D., «Globalisation of Adjudication in International Family Law: Serving International Families by Producing International Solutions», in Douglas, G., Murch, M., Stephens V., *International and National Perspectives on Child and Family Law: Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018.

John, G., «Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrens recht. Teil 1», *GPR*, 15, 2, 2018.

Khairallah, G., La détermination de la loi successorale aplicable á la succession», in Khairallah, G., Revillard, M., (dir.), Perspectives du droit des successions européennes et internationales: étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009, Defrénois-Lextenso éditions, 2010.

Kruger, T., «Habitual Residence: The Factors that Courts Consider», in Beaumont, P. *et al* (eds), *Cross-Border Litigation in Europe*, Oxford, 2017.

Lagarde, P., «Présentation du règlement sur les successions», en Khairallah, G., Revillard, M., (dir.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, 2013.

«Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions», en *Pacis Artes (Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, Vol. II, 2005.

Lamont, R., «Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for European Private International Family Law», *Journal of Private International Law*, 2007.

Lehmann, M., «Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle», *Journal of Private International Law*, No.1, Vol. 16, 2020.

Lowe, N., Douglas, G., *Bromley's family law*, Oxford University, 11th ed., 2015.

Mann, F.A., *Der «gewöhnliche Aufenthalt» im Internationalen Privatrecht: Ein Beitrag zum Problem der Rechtsvereinheitlichung*, Juristen Zeitung, 1956.

Marino, S., «La residencia habitual del adulto en el Derecho internacional privado europeo de familia», en Calvo Caravaca, A L., Carrascosa González, J., *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Aranzadi, 2022.

Maseda Rodríguez, J., «Doble residencia habitual del cónyuge demandante y competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales», en Álvarez González, S., Font I Segura, A., Maseda Rodríguez, J., *El derecho de familia que viene: derecho internacional privado*, Andavira, 2023.

Marino S., *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione Europea*, Giuffré, 2019.

Mellone, M., «La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 46, No. 3, 2010.

Ní Shúilleabháin, M., «An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111», *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXII, 2020-2021.

Nourissat, C., «Le règlement «successions»: le champ d'application», en Khairallah, G., Revillard, M., (dirs.) *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, 2013.

Pika, M., Weller, M. P., «Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017.

Pérez Martín, L.A., «Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el derecho europeo. Comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Girona», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 1, 2020.

«Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 PPU», La Ley Unión Europea, No. 66, 2019

«Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones», *AEDIPr,* No. 18, 2018.

Pérez-Vera, E., *Explanatory report, Actes et Documents de la Quatorzieme Session*, Vol III, 1980.

Perveen, A., Ibnul Bashar, A., «Determining a Child's Habitual Residence: The Myriad of Judicial Decisions in the courts of the UK and the European Union», *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 7, No. 3, 2024.

Pfeiffer, M., «Habitual Residence and Nationality as Personal Law Connecting Factors in European Private International Law», in Carruthers, J., Lindsay, B., *Research Handbook on International Family Law*, Edward Elgar, 2024.

Reig Fabado, I., «La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, No. 1, 2019.

Ricci, C., «Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes Connected with the EU: Challenges and Potential», *Civil Procedure Review*, Vol. 11, No. 1, 2020.

Rodríguez Benot, A., «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, No. 1, 2010.

Rodríguez Pineau, E., «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *REDI*, Vol. 69, No.1, 2017.

Rogerson, P., «Habitual Residence: The New Domicile?», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, Issue. 1, 2000.

Rohová, I., Drlicková, K., «Habitual Residence As A Single Connecting Factor Under The Succession Regulation» *International Journal of Law and Politics*, 2015.

Sabido Rodríguez, M., «La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, No. 2, 2023.

Sánchez Jiménez, M.A., «Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/1111», *Bitácora Millennium*, No. 12, 2020.

«El Reglamento (UE) 2019/1111 y la continuidad de los foros de competencia en materia matrimonial: resultados en el contexto actual», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, No. 19-20, 2019-2020.

Sánchez Lorenzo, S., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, Vol. 70, No. 2, 2018.

Siehr, K., «General problems of private international law in modern codifications: De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda", in Šarčević, P., Volken, P., Bonomi, A., (eds.) *Yearbook of Private International Law*, Sellier European Law Publishers & The Swiss Institute of Comparative Law, Vol. 7, 2005.

Weller, M.P., Rentsch, B., ««Habitual Residence": A Plea for "Settled Intention"», in Leible, S., (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Wolters Kluwer, 2016.

Winter, S.I., «Home is where the Heart is: Determining "Habitual Residence" under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction», *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 33, 2010.

Von Hein, J., «The role of the HCCH in shaping private international law» in, John, T., Gulati, R., Köhler, B., *The Elgar Companion to the Hague Conference of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2020.

Zhang, M., «Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law», *Maine Law Review*, Vol 70, No.2, 2018.

CAPÍTULO 4

REGÍMENES PATRIMONIALES QUE RIGEN EN CHILE

Maricruz Gómez de la Torre Vargas
Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad de Chile

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. REGÍMENES PATRIMONIALES. 3.1. Sociedad conyugal. 3.1.1. Características fundamentales de la sociedad conyugal. 3.1.2. Administración de la sociedad conyugal. 3.1.3. Administración extraordinaria de la sociedad conyugal. 3.1.3.1 Disolución y liquidación de la sociedad conyugal. 3.1.3.2. Liquidación de la sociedad conyugal. 3.2. Regímenes anexos a la sociedad conyugal. 3.2.1. Patrimonio reservado de la mujer casada. 3.2.2. Donaciones, herencias y legados hechos a la mujer con la condición de que su administración no la tenga el marido. 3.2.3. Bienes que la mujer administra separada del marido por convención matrimonial. 3.3. Régimen de separación total de bienes. 3.4. Régimen de participación en los gananciales. 3.5. Régimen de comunidad en el acuerdo de unión civil. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Durante siglos, el matrimonio fue el contrato-institución más importante del Derecho de Familia debido a que fue la única institución que daba origen a la familia amparada por el derecho, núcleo fundamental de la sociedad[1].

Con la introducción del Acuerdo de Unión Civil (AUC) se regulan las convivencias tanto heterosexuales como las de un mismo sexo. La idea que había detrás de este reconocimiento era solucionar la situación patrimonial de las parejas del mismo sexo, pero sin recurrir al matrimonio y dejar este AUC para personas de un mismo sexo, independiente que las personas heterosexuales pudiesen celebrar el AUC. El objetivo de la ley fue que la convivencia de estas parejas pudiese constituir familia.

Lo señalado se refleja en la promulgación de leyes que han cambiado la concepción de que la única forma de constituir familia es mediante el matrimonio heterosexual. En el año 2015, se incorpora el Acuerdo de Unión Civil[2], que reconoce otra forma de constituir familia y el matri-

1. Véase de la Maza, Gazmuri, I., «El error en las cualidades personales del otro contrayente en la Ley N.° 19.947» en *Revista IUS et Praxis*, vol.11 N.° 1, 2005, pp. 25 a 28; Barcia Lehmann, R., Estructura *del Derecho de Familia y de la Infancia*, Editorial Thomson Reuters, Santiago-Chile, 2020, p.93.

2. LEY N.° 20.830 publicada el 24 de abril de 2015 que crea el Acuerdo de Unión Civil.

monio pierde la unicidad que el Ordenamiento Jurídico reconocía. Posteriormente, se introduce el matrimonio entre personas de un mismo sexo[3], pretendiendo igualarlo en derechos a los matrimonios heterosexuales.

Tanto los cónyuges como los convivientes civiles necesitan regular sus relaciones económicas entre ellos y con los terceros, lo que provoca creación y cambios en los sistemas de regímenes patrimoniales.

La denominación de régimen matrimonial[4] patrimonial que se utilizó en materia de regímenes patrimoniales pierde su fundamento porque, como hemos señalado, hay otras formas de constituir familia, el matrimonio no es la única forma legal de constituir familia sino también se puede optar por el Acuerdo de Unión Civil. Por tanto, la correcta denominación debe ser regímenes patrimoniales[5] que abarca a las distintas familias reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Se entiende por régimen patrimonial el estatuto jurídico que regula las relaciones pecuniarias o económicas entre los cónyuges, así como entre éstos y los terceros o el que regula las relaciones patrimoniales de los convivientes civiles entre ellos y frente a terceros.

Esta regulación de la relación económica intenta reflejar el proyecto de vida en común e intereses que implica el matrimonio o regular las relaciones patrimoniales de los convivientes civiles que implica la mantención de «los gastos generados por su vida en común» y de sus hijos, de acuerdo con sus facultades, así como el destino de los bienes que éstos adquieran durante la convivencia.

2. Antecedentes

En el Código Civil (CC) original chileno sólo existió la sociedad conyugal como régimen patrimonial. El artículo (art.) 135 del Código Civil señalaba que *«por el hecho del matrimonio se contrae la sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título de la Sociedad Conyugal»* (inc. 1.º).

Recién en el año 1934, la Ley N.º 5.521[6] permitió pactar separación de bienes en las capitulaciones matrimoniales. Desde esa fecha, el régimen de sociedad conyugal quedó únicamente como régimen legal patrimonial, es decir, pasó a ser el régimen patrimonial que regía para los cónyuges que no pactaban separación total de bienes. En octubre de 1943[7], se permitió sustituir el régimen de sociedad conyugal bajo el cual se habían casado por el de separación total de bienes.

En el año 1994, se introduce un nuevo régimen patrimonial, el de participación en los gananciales, en modalidad crediticia[8] que intenta ser una combinación de la sociedad conyugal y de la separación de bienes.

---

3. LEY N.º 21.400 publicada el 10 de diciembre de 2021 que Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

4. Alessandri Rodríguez, A., *Tratado práctico de las Capitulaciones matrimoniales de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, Imprenta Universitaria, Santaiago-Chile,1935**,** p.19. Este autor señala que el régimen matrimonial puede definirse como «el estatuto que regla los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y en sus relaciones con terceros».

5. Tomasello Hart, L., *El régimen de participación en los Gananciales*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago-Chile,1994, pp.9-10.

6. LEY N.º 5.521publicada el 19 de diciembre de 1934: «Iguala a la mujer chilena ante el derecho».

7. Ley N.º 7612 de 21 de octubre de 1943 Introduce diversas modificaciones al Código Civil (reduce la mayor edad a los 21 años, suprime la muerte civil, autoriza la separación convencional de bienes durante el matrimonio. etc.).

8. Ley N.º 19.335 publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1994. Introduce el Régimen de Participación en los gananciales.
Ley N.º 21,400 que entró en vigor el 10 de marzo del 2022, incorporó a nuestra legislación el matrimonio de personas de un mismo sexo, denominado también «matrimonio igualitario».

Por su parte, la Ley N.° 20.830, publicada el 21 de abril de 2013, introduce una nueva forma de constituir familia a través del Acuerdo de Unión Civil que otorgó a los convivientes civiles la posibilidad de optar por dos regímenes: el de separación total de bienes o comunidad de bienes, siendo la separación total de bienes, el régimen supletorio (art. 135 CC). Pero, no se les permitió a los convivientes civiles heterosexuales o del mismo sexo elegir la sociedad conyugal, como régimen patrimonial.

A su vez, Ley N.° 21.400 de 10 de marzo de 2022 estableció el matrimonio entre personas de un mismo sexo y otorgó la posibilidad a los cónyuges de optar por los regímenes de separación total de bienes o de participación en los gananciales, excluyendo el régimen de sociedad conyugal (SC) y siendo la separación total de bienes, el régimen supletorio (artículo 135 CC).

Es así, como los matrimonios heterosexuales pueden optar, como régimen patrimonial, el de sociedad conyugal o de separación total de bienes o de participación en los gananciales, siendo la sociedad conyugal el régimen supletorio (arts. 135 y 1718 del CC). En cambio, los contrayentes de un mismo sexo solo pueden optar por los regímenes de separación total de bienes o de participación en los gananciales, excluyendo el régimen de sociedad conyugal y siendo la separación total de bienes, el régimen supletorio (art. 135 CC).

En síntesis, para los matrimonios entre un hombre y una mujer el régimen supletorio es la sociedad conyugal. En cambio, para los matrimonios entre personas de un mismo sexo, para el AUC y para los matrimonios celebrados en el extranjero es el régimen de separación total de bienes.

3. Regímenes patrimoniales

3.1. Sociedad conyugal

La SC es el principal régimen patrimonial en Chile, pues es el régimen legal y supletorio en el matrimonio heterosexual, toda vez que se forma ante el silencio de los contrayentes[9]. Señala el art.135 inc.1.° CC *«Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal»*. En el mismo sentido señala el art. 1718 CC, al afirmar que *«A falta de pacto en contrario se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título»*.

Al incorporarse a nuestra legislación el matrimonio de parejas del mismo sexo se producen diferencias entre los cónyuges heterosexuales y los de un mismo género. En efecto, solo pueden optar por la SC, los primeros. A los segundos, les está prohibido preferirla como régimen patrimonial. Se señala que al estar estructurada la SC sobre roles de género la hace inconsistente con el matrimonio del mismo género. Al ser el marido, el jefe de la SC quién administra los bienes sociales y los bienes propios de la mujer y ésta, a su vez no tiene ningún derecho sobre los bienes sociales, durante la vigencia de la sociedad (art. 1752).

En el Mensaje del proyecto de ley del matrimonio igualitario, se justifica porque no se les permite a los contrayentes de un mismo sexo optar por la sociedad conyugal, se indica que «Importante es señalar que no extendemos a estas parejas el régimen de sociedad conyugal, pues no solo existe una dificultad de cambiar la asignación de los roles diferenciados en la relación económica al hombre y a la mujer, sino porque modificar las atribuciones y derechos de cada rol en dicho régimen comunitario plantea el desafío de que dichos roles no se asignen de manera sexista y no repliquen asimetrías patrimoniales entre los miembros de la pareja matrimonial»[10].

9. De hecho, éste era el único régimen que se aplicaba al matrimonio en la época de promulgación del Código Civil.

10. Senado de la República, Primer Trámite Constitucional que da inicio al proyecto de ley del matrimonio igualitario, 05 de septiembre de 2017. Debiera decir «plantea el desafío de que dicho roles se asignen de manera sexista y repliquen asimetrías patrimoniales entre los miembros de la pareja matrimonial».

A su vez, la ley en comento tiene una disposición transitoria (artículo1.º) que prescribe que el régimen de SC les será aplicable a los matrimonios entre personas del mismo género solo cuando entren en vigencia las reglas que lo adecúen: *«La sociedad conyugal, así como las disposiciones que la regulan y las que hacen referencia a ella, serán aplicables a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo una vez que entren en vigencia las normas que adecúen el régimen, para hacerlo congruente con las disposiciones reguladas en esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, los matrimonios entre personas del mismo sexo podrán celebrar los pactos a que se refiere el Párrafo 1.º del Título XXII del Libro IV del Código Civil, con las restricciones y limitaciones dispuestas en la presente ley»*.

Al respecto, cabe señalar que las modificaciones a la SC llevan cerca de 20 años en el Parlamento, sin que hasta la fecha se haya podido establecer la igualdad entre los cónyuges en este régimen. Ni siquiera el acuerdo de solución amistosa firmado por el Estado chileno con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Sonia Arce Esparza v. Chile» donde se comprometió a derogar «las normas que establecen la discriminación de las mujeres en el régimen de sociedad conyugal» ha logrado que se establezca la igualdad en la sociedad conyugal.

En consecuencia, la SC se contrae por el hecho del matrimonio heterosexual, siempre que los cónyuges no hayan pactado separación total de bienes o participación en los gananciales antes o al momento de celebrarse el matrimonio. Se inicia de pleno derecho, por el solo hecho del matrimonio, y no puede pactarse por los contrayentes con posterioridad al acto de celebración del matrimonio, siendo la excepción aquellos cónyuges que se hayan casado en el extranjero, los que se miran como separados de bienes, salvo que al inscribir su matrimonio en el Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCI) pacten en ese acto SC como régimen patrimonial.

Respecto a cuál es la naturaleza jurídica de la SC se discute, se la ha asimilado al contrato de sociedad, a la comunidad o a una persona jurídica. Se diferencia con el contrato de sociedad[11], que en ésta no es obligatorio hacer aportes. En cambio, en el contrato de sociedad es elemento de la esencia el hacer aportes. La SC es siempre administrada por el marido. El contrato de sociedad puede ser administrada por cualquiera de los socios o por un tercero. En la SC las utilidades —gananciales— se reparten por mitades, mientras que en el contrato de sociedad se reparten en proporción a sus aportes y se puede pactar por un plazo determinado, en cambio en la SC no se puede.

Respecto a que la SC es diferente de la comunidad[12], en los términos del art. 2304 CC, se fundamenta en que la comunidad nace al momento que la SC se disuelve. En la comunidad que nace, los comuneros serán los cónyuges o el cónyuge sobreviviente con los herederos del cónyuge fallecido.

Además, mientras dura la SC, la mujer no tiene ningún derecho sobre los bienes sociales (art 1752). El marido es dueño frente a terceros de los bienes sociales, como si estos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio (art.1750 CC).

Tampoco la SC es una persona jurídica ya que frente a terceros solo existe el marido. No se puede demandar a la SC, sin perjuicio que esta sea la que, en definitiva, soporte la deuda. Se demanda al marido directamente no en representación de la SC.

En síntesis, la SC no es una sociedad, una comunidad ni tampoco una persona jurídica. Se trata de una institución *suis generis* con características propias. Quizás lo más similar es un patrimonio de afectación. Esto es un conjunto de bienes aplicados a un fin determinado (satisfacción de las necesidades económicas de la familia) con un activo y un pasivo propio[13].

---

11. *Código Civil,* artículo 2053 «La sociedad o compañía es un contrato en que dos personas estipula poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan La sociedad forma una persona distinta de los socios individualmente considerados».

12. *Código Civil,* artículo 2304 «La *comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato*».

13. Ramos Pazos, René. *Derecho de Familia,* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.157.

Al respecto, la Corte suprema en una sentencia ha señalado que «la Sociedad Conyugal es una institución sui generis, de naturaleza patrimonial, pero derivada de relaciones de familia, al ser la regla general del estatuto existente en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, salvo medie pacto de sustitución del régimen, conforme al art. 1723 del CC. Cabe mencionar que está dotada de reglas especiales de composición, administración, división y disolución. Una vez que termina el matrimonio y es disuelta la Sociedad Conyugal, de acuerdo al art. 1764 del CC, surge una comunidad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido o desaparecido, respecto del resultado de la sociedad conyugal. Dicha comunidad será entendida en esencia como un estado transitorio y tendrá por destino ser liquidada»[14].

Asimismo, la SC está regulada por nuestro ordenamiento jurídico con la calificación de comunidad restringida a las ganancias, debido a que ingresarán a ésta los bienes muebles o inmuebles que los cónyuges adquieran a título oneroso durante la vigencia de esta, al igual que los frutos producidos por estos bienes y por los bienes propios de cada uno de los cónyuges. Es así como, el marido administra no sólo sus bienes, sino que también los bienes propios de la mujer, pero con importantes limitaciones[15] contempladas en el CC.

A su vez, la SC termina solo en caso de que se cumpla con alguna de las causales establecidas en el art. 1764 CC, según el cual, *«La sociedad conyugal se disuelve: 1.º Por la disolución del matrimonio; 2.º Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el título Del principio y fin de las personas; 3.º Por la sentencia de separación judicial o de separación total de bienes: si la separación es parcial, continuará la sociedad sobre los bienes no comprendidos en ella; 4.º Por la declaración de nulidad del matrimonio; 5.º Por el pacto de participación en los gananciales o de separación total de bienes, según el Título XXII-A del Libro Cuarto y el artículo 1723».*

3.1.1. Características fundamentales de la sociedad conyugal

La SC como señala Rodríguez Grez es un régimen patrimonial en el matrimonio que genera una comunidad de gananciales sobre la base de una estructura establecida en la ley y una administración especial reglada en ella[16]. Existe, al menos originalmente, «entre» los cónyuges, no respecto de terceros.

Ella comprende, en general, todos los bienes que los cónyuges tienen al momento de contraer matrimonio, exceptuándose aquellos bienes muebles que se eximan de la sociedad en las capitulaciones matrimoniales[17] y los bienes raíces propios de cualquiera de los cónyuges, los que permanecen en su haber propio o personal. Tampoco ingresan a la sociedad conyugal, los bienes inmuebles que pese haberse adquirido a título oneroso tienen una causa o título de adquisición anterior a la sociedad.

A su vez, el patrimonio de la SC está constituido por tres haberes: el de la sociedad conyugal, el del marido y el propio de la mujer. Tiene un activo y un pasivo y está sujeta a reglas especiales en cuanto a su extinción, generando una comunidad de bienes a partir del momento en que se disuelve.

---

14. Corte Suprema. Sentencia de 23 de marzo de 2009, Rol N.º 6890-2007.

15. *Código Civil* artículos 1756, 1322, inciso 2.º y 1225, inc.4.

16. Rodríguez Grez, P., Regímenes Patrimoniales, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p.41.

17. Artículo 1715 Código Civil «Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos, antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración. Estas pueden tener por objeto pactar el régimen patrimonial que será aplicable al matrimonio o estipular todo pacto que no sea contrario a las buenas costumbres ni a las leyes o en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes».

Por haber o activo de la sociedad conyugal entendemos los bienes que la integran. Está compuesto por un «haber o activo absoluto o real» y un «haber relativo o aparente».

El principio rector para establecer el carácter de los bienes que componen el activo real o absoluto atiende a la adquisición de estos a título oneroso. Todos los bienes que se adquieran a título oneroso por cualquiera de los cónyuges integran el activo real o absoluto, sin derecho a recompensa al liquidarse la SC. Este principio tiene dos excepciones: el que se refiere a bienes adquiridos a tipo oneroso durante la SC por la mujer con el producto de su trabajo personal separado del marido —patrimonio reservado— (art. 150 CC). La otra excepción se refiere a la subrogación y a los casos específicos del artículo 1736[18] cuando la adquisición va precedida por un pago. Estos casos excepcionales deben ser interpretados en forma restrictiva.

Al haber absoluto ingresan aquellos bienes que, por disposición de la ley, corresponderán a la SC en forma definitiva, sin derecho de recompensa. En cambio, al haber relativo lo integran aquellos bienes que ingresan a la SC otorgando al cónyuge aportante o adquirente un derecho de recompensa que este hará valer al momento de la liquidación[19].

Debe entenderse por recompensas, aquellos créditos o indemnizaciones pecuniarias a la que puede estar obligada la SC los cónyuges y que tienen por objeto evitar un enriquecimiento sin causa[20].

Tratándose de la adquisición de bienes a título gratuito, el CC establece una diferencia atendiéndose a la calidad de mueble o inmueble del bien adquirido y al origen de la adquisición. Los primeros ingresan al haber relativo con derecho a recompensa a la disolución de la SC y los inmuebles donados no ingresan a ella.

Asimismo, el patrimonio de la SC, durante su vigencia, se confunde ante terceros con el patrimonio del marido.

---

18. *Código Civil* Artículo 1736 «La especie adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella.
- Por consiguiente:
- 1.º No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella;
- 2.º Ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal;
- 3.º Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación;
- 4º. Ni los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica;
- 5.º Tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge; los frutos solos pertenecerán a la sociedad;
- 6.º Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después.
- 7.º También pertenecerán al cónyuge los bienes que adquiera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste de un instrumento público, o de instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1703.
- Si la adquisición se hiciere con bienes de la sociedad y del cónyuge, éste deberá la recompensa respectiva.
- Si los bienes a que se refieren los números anteriores son muebles, entrarán al haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge adquirente la correspondiente recompensa».

19. Ramos Pazos, R. «*Derecho de Familia*», Tomo I, 6.ª versión actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.162.

20. Rossel Saavedra, Enrique, *Manual del Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p.184.

Por su parte, el pasivo de la sociedad conyugal puede ser absoluto o real, o aparente y relativo. Una deuda integra el pasivo real cuando debe ser pagada sin derecho a recompensa. Es una deuda social desde el punto de vista de la obligación a la deuda como desde el punto de vista de la contribución a la deuda. Una deuda integra el pasivo aparente o relativo de la sociedad conyugal cuando la SC debe pagarla, pero no soportarla, pues al pagarla adquiere una recompensa en contra del cónyuge deudor que se hará efectiva a la disolución de la sociedad conyugal. La deuda es social desde el punto de la obligación a la deuda, pues el tercero acreedor se dirigirá para cobrarla en contra de los bienes sociales, pero la deuda es personal del cónyuge desde el punto de vista de la contribución a la deuda, él va a soportar el pago puesto que la SC hará efectiva en su contra la correspondiente recompensa[21].

3.1.2. Administración de la sociedad conyugal

La administración ordinaria de la SC corresponde exclusivamente al marido. Dice el art. 1749 *«El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales*». Esta administración le corresponde al marido de pleno derecho, por el solo hecho del matrimonio y las reglas que las regulan son de orden público lo que significa que no pueden ser alteradas por acuerdo de los esposos o cónyuges.

A su vez, el artículo 1750 prescribe que *«El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido».* Ante terceros, el marido es el único dueño de los bienes sociales y responde de sus obligaciones personales con todos ellos. Complementa esta regla el artículo 1752 según el cual, *«La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo los casos del art.149 CC»*.

Por tanto, durante la vigencia del régimen la mujer no tiene ningún derecho sobre los bienes sociales, pero al momento de la disolución de la sociedad conyugal, ella se transforma en comunera con el marido en los bienes de la sociedad.

Tampoco, la sociedad conyugal admite intervención de la mujer en la administración, solo en forma excepcional cuando el marido tenga un impedimento de corta duración (arts. 138 y 138 bis CC). Será el marido quien responda ante terceros como administrador de los bienes propios, los bienes sociales y los bienes de la mujer, con la única exclusión del patrimonio reservado de la mujer.

No cabe duda de que esta regulación corresponde a épocas pasadas cuando el marido era el proveedor y la mujer estaba a cargo del cuidado del hogar y de los hijos. Estamos en el siglo XXI donde la mujer se ha incorporado al mundo del trabajo y donde la igualdad de derechos de los cónyuges es algo indiscutible salvo en la SC.

A su vez, el marido tiene limitaciones en la administración y en varias situaciones requiere de la autorización de la mujer. Es así que el marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ésta.

No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del art. 1735[22], ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido.

---

21. Ramos Pazos, R., «*Derecho de Familia*», *op. cit* p.194.

22. *Código Civil*, artículo 1735 «El cónyuge que administre la sociedad podrá hacer donaciones de bienes sociales si fueren de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social».

Si el marido se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios. Para obligar a los bienes sociales necesitará la autorización de la mujer.

La autorización de la mujer deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Esta podrá ser suplida por el juez, previa audiencia a la que será citada la mujer, si ésta la negare sin justo motivo. Podrá asimismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento de la mujer, como demencia, ausencia real o aparente u otro, y de la demora se siguiere perjuicio. Pero no podrá suplirse dicha autorización si la mujer se opusiere a la donación de los bienes sociales.

Como ya hemos señalado, el marido es el jefe de la sociedad conyugal y la mujer no tiene ningún derecho sobre los bienes sociales. Sin embargo, la ley establece varios medios de defensa frente a la administración del marido:

La mujer podrá demandar la separación de bienes, en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido.

También si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones personales del matrimonio que imponen los artículos 131 y 134[23], o incurre en alguna causal de separación judicial, según los términos de la Ley de Matrimonio Civil.

En caso de ausencia injustificada del marido por más de un año, la mujer podrá pedir la separación de bienes. Lo mismo ocurrirá si, sin mediar ausencia, existe separación de hecho de los cónyuges.

Si los negocios del marido se hallan en mal estado, por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada, o hay riesgo inminente de ello, podrá oponerse a la separación, prestando fianza o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer.

3.1.3. Administración extraordinaria de la sociedad conyugal

La administración extraordinaria de la SC opera cuando el marido se encuentra impedido para administrar la sociedad conyugal. El curador del marido puede ser la mujer o un tercero[24]. Si por incapacidad o excusa de la mujer se encargaren estas curadurías a otra persona y un curador quién dirigirá la administración de la sociedad conyugal.

Las causales que pueden llevar a esta administración son que el marido haya sido declarado en interdicción o por impedimento de este, por larga duración, sin comunicación con su familia o por haber sido declarado en quiebra.

El título que justifica la administración extraordinaria de la sociedad conyugal es el nombramiento de un curador del marido y la mujer solo podrá ejercer la administración si ella es nombrada curadora, salvo que el marido esté en interdicción por disipación, en cuyo caso no se podrá nombrar a la mujer curadora[25].

Cuando la mujer tenga la administración de la sociedad, administrará con iguales facultades que el marido. No obstante, sin autorización judicial, previo conocimiento de causa no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales.

---

23. *Código Civil*, artículos 131 y 134. Dice el art.131: «Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Asimismo, se deben respeto y protección recíprocos». Art.134: «Ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie. El juez, si fuere necesario, reglará la contribución».

24. *Código Civil*, artículo 1758 «La mujer que en el caso de interdicción del marido, o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, hubiere sido nombrada curadora del marido, o curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal».

25. Barcia Lehmann, R., *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia*, ob. Cit. p.285.

No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo que las donaciones fueren de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social (arts. 1759 y 1735). Todo acto en contravención a este artículo será nulo relativamente. La acción corresponderá al marido, sus herederos o cesionarios y el cuadrienio para pedir la declaración de nulidad se contará desde que cese el hecho que motivó la curaduría.

Si la mujer que tiene la administración extraordinaria de la SC se constituye en aval, codeudora solidaria, fiadora u otorga cualquiera otra caución respecto de terceros, sólo obligará sus bienes propios y los que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167[26]. Para obligar los bienes sociales necesitará la autorización de la justicia, dada con conocimiento de causa.

En la administración de los bienes propios del marido, se aplicarán las normas de las curadurías.

En caso de que, la mujer no quiera asumir la administración extraordinaria de la SC ni someterse a la dirección del curador del marido, tiene el derecho a pedir la separación judicial de bienes. Una vez decretada la separación judicial de bienes, se disuelve la SC y la mujer va a recobrar la administración, goce y disposición de sus bienes propios.

La administración extraordinaria termina cuando cesa la causa que la generó. Pero, para que el marido recobre la administración requiere decreto judicial previo.

3.1.3.1. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal

En la disolución de la SC operan causales taxativas señaladas en el art. 1764. Puede producirse por dos vías: una principal y otra accesoria. Se produce por vía principal en aquellos casos en que se termina la SC pero continúa el matrimonio. En cambio, se produce por vía accesoria cuando la disolución se produce como consecuencia de la disolución del matrimonio.

Se disuelve la SC:

1. Por la muerte natural de uno de los cónyuges.
2. Por decreto que concede la posesión provisoria o definitiva de los bienes del cónyuge desaparecido.
3. Por la sentencia que decreta la separación judicial.
4. Por la sentencia de separación de bienes.
5. Por la declaración de nulidad del matrimonio.
6. Por la sentencia que declara el divorcio.
7. Por el pacto de participación en los gananciales.
8. Por el pacto de separación total de bienes.

Durante el matrimonio los cónyuges podrán substituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total. También podrán substituir la separación total por el régimen de participación en los gananciales.

El pacto que los cónyuges celebren deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y, una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges.

26. El artículo 150, se refiere al patrimonio reservado de la mujer casada; el 166 a las donaciones, herencias y legados hechos a la mujer con la condición de que su administración no la tenga el marido y 167 a los bienes que la mujer administra separada del marido por convención matrimonial.

En la escritura pública de separación total de bienes, o en la que se pacte participación en los gananciales, según sea el caso, podrán los cónyuges liquidar la SC o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos, o una y otra cosa; pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

Estos pactos no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno.

Desde otra perspectiva, disuelta la SC se producen los siguientes efectos:

a) Se genera entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido una comunidad. Esta comunidad no la administra el marido, sino todos los comuneros.

b) Queda fijado irrevocablemente el activo y el pasivo social

c) Cesa el derecho de goce que la sociedad tenía sobre los bienes de los cónyuges.

d) Deberé procederse a la liquidación de la sociedad conyugal.

e) La mujer que no hubiere renunciado a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales ahora puede hacerlo.

f) Nace la acción de la partición en favor de cada uno de los cónyuges o de sus herederos.

g) Extinguida la sociedad conyugal se forma una comunidad que se genera entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido. Es una comunidad a título universal que recae sobre un patrimonio con un activo y un pasivo. El activo lo forman todos los bienes que eran sociales, incluyendo los bienes reservados, si la mujer aceptó los gananciales, los frutos de las cosas que la mujer administraba de acuerdo a los artículos 166 y 167[27] y lo que hubiera adquirido con esos frutos. En el pasivo, todas las deudas sociales, incluidas las deudas contraídas por la mujer en su patrimonio reservado. Cabe señalar que, si la mujer renuncia a los gananciales, el activo y el pasivo de su patrimonio reservado no ingresa a la comunidad (art.150, inc.6.º)[28].

Consecuencia de lo señalado es que al momento de la disolución de la SC queda fijado irrevocablemente el activo y el pasivo social. El marido ya no la administra, pasando la administración a los comuneros[29].

Asimismo, disuelta la SC cesa el derecho de goce sobre los bienes propios de cada cónyuge. Debe procederse a la liquidación, pero, la ley no obliga a liquidar inmediatamente. Se puede permanecer en la indivisión todo el tiempo que se quiera, «sin perjuicio del derecho que asiste a cada comunero para pedir la partición en cualquier tiempo. Sin embargo, lo recomendable es liquidar en el menor tiempo posible, con el objeto de evitar confusiones de carácter patrimonial»[30].

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que «lamentablemente no es usual que después de disuelta la sociedad conyugal (usualmente por divorcio o muerte de uno de ellos cónyuges) se proceda a liquidar la comunidad resultante, y cuando ello se hace es usual que medie un largo tiempo entre ambas cuestiones, a veces años o décadas. En ese sentido, debe determinarse qué ocurre con los bienes que se adquieren en el tiempo que media entre la diso-

27. *Código Civil*, artículo 166 se refiere a las donaciones, herencias y legados hechos a la mujer con la condición de que su administración no la tenga el marido y artículo167 a los bienes que la mujer administra separada del marido por convención matrimonial.

28. *Código Civil*, artículo 150, inciso 6.º «Disuelta la sociedad conyugal, los bienes a que este artículo se refiere entrarán en la partición de los gananciales; a menos que la mujer o sus herederos renunciaren a estos últimos, en cuyo caso el marido no responderá por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada».

29. Ramos Pazos, R. *op. cit*., p.265.

30. Ramos Pazos, R. *op. cit*., p.267.

lución y la liquidación de la sociedad conyugal, estableciéndose que ingresan al patrimonio de quien lo adquiere, pero se presumirá legalmente que han sido adquiridos con bienes sociales, motivo por el que el cónyuge adeudará a la sociedad una recompensa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1739 del Código Civil»[31].

3.1.3.2. Liquidación de la sociedad conyugal

La liquidación de la sociedad conyugal es el conjunto de operaciones que tienen por objeto establecer si existen o no gananciales, y, en caso afirmativo partirlos por mitad entre los cónyuges, reintegrar las recompensas que la sociedad adeude a los cónyuges o que éstos adeuden a la sociedad y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal[32].

La liquidación comprende las siguientes operaciones:

a) Facción e inventario de los bienes
b) Tasación de los bienes.
c) Formación del acervo bruto o común y retiro de los bienes propios de cada cónyuge.
d) Formación del acervo líquido.
e) Liquidación de las recompensas que mutuamente se deban la sociedad y los cónyuges.
f) Partición y distribución de los gananciales
g) División del pasivo.
h) Adjudicación de bienes.

Facción e inventario de los bienes. Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte.

Con esto se persigue que quede constancia de los bienes y deudas que van a ser objeto de la liquidación. No se fija un plazo para confeccionar el inventario. Sin embargo, el art. 1765[33] dice *«se procederá inmediatamente a la confección de un inventario»,* por lo que la intención del legislador es que se haga en el menor tiempo posible. Esto es importante, porque los responsables del atraso «deberán responder de los perjuicios que de la demora se sigan para los terceros»[34].

Deben inventariarse los bienes sociales, los bienes propios de cada cónyuge y los bienes reservados (a menos que la mujer o sus herederos renuncien a los gananciales) y todos los bienes que a la disolución se encontraren en poder del marido o de la mujer. Además, el inventario debe comprender las deudas sociales y las provenientes del patrimonio reservado de la mujer. No quedan comprendidos los bienes que la mujer administre de acuerdo a los arts.166 y 167 pero si los frutos de los bienes.

A su vez, el inventario puede ser: simple o solemne. Deberá practicarse inventario solemne si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes; y si se omitiere hacerlos, aquel a quien fuere imputable esta omisión, responderá de los perjuicios; y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida. Son responsables de esta omisión los partícipes de los gananciales salvo los incapaces que son los únicos que pueden reclamar y responden solidariamente de los perjuicios.

---

31. Tribunal Constitucional, Sentencia de 02 de junio de 2020, Rol N.° 8322-2020, p.10

32. Somarriva Undurraga, M., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Nascimiento, 1963, p. 314.

33. *Código Civil*, artículo 1765 «Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte».

34. Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia*, op. Cit., p.268.

Asimismo, el inventario y tasación, que se hubieren hecho sin solemnidad judicial, no tendrán valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado. Por tanto, el inventario simple no es oponible a los acreedores que no lo hubieran firmado.

Además, aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada.

Se entiende por distracción cuando alguno de los cónyuges o herederos sustrae un bien social para apropiárselo o en perjuicio del otro[35]. Al respecto se ha fallado que la restitución doblada del objeto distraído importa devolverlo en especie a la SC y además restituir otro tanto en dinero.

La tasación deberá realizarse por peritos. Al respecto la Corte Suprema ha señalado que «el modo de establecer el precio o valor de los bienes partibles no es una exigencia de validez del acto o contrato o juicio de partición, sino una mera regla práctica, toda vez que, si fuere un requisito de validez, éste no podría ser obviado por el acuerdo de las partes»[36].

Sobre la base del inventario se debe formar el acervo bruto o común que lo integran: todos los bienes sociales (muebles, inmuebles, corporales, incorporales), los bienes reservados de la mujer (si no renuncio al patrimonio reservado) y los propios de cada cónyuge, los subrogados y los frutos y adquisiciones de los bienes que la mujer administra como separada de bienes.

Se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales. El cónyuge deberá, por consiguiente, recompensa a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal.

Respecto a la formación del acervo líquido, la ley no ha descrito las operaciones que deben practicarse para transformar el acervo bruto o común en acervo líquido. Para establecer el acervo líquido se deducen del bruto las siguientes partidas: los bienes propios de los cónyuges. El retiro se efectúa a título de dueño. Los deterioros que hayan sufrido los bienes no afectan la responsabilidad del marido, salvo que provengan del dolo o culpa grave. Deberá resarcirse a su dueño con la respectiva indemnización de perjuicios.

El retiro de precios, saldos y recompensas: las hace el cónyuge en su calidad de acreedor de la sociedad conyugal. La hace efectiva pagándose directamente con bienes sociales respetándose el siguiente orden: primero, dinero y bienes muebles. A falta de éstos con inmuebles.

Este derecho de los cónyuges a cobrarse directamente en los bienes sociales puede ser renunciado, exigiéndose que se vendan bienes sociales para pagarse con el producto del remate, según las reglas generales. También pueden acordar que no se respete el orden de prelación. Solo puede hacerlas el cónyuge cuando se le adeuda un precio, saldo o recompensa proveniente de la indivisión. Los cónyuges hacen estas deducciones a título de acreedores-comuneros, no a título de propietarios.

Estos pagos deben hacerse dentro del año siguiente a la terminación del inventario y avalúo, plazo que puede ampliarse o restringirse por el partidor.

Respecto a los retiros, la ley otorga a la mujer beneficios especiales: le permite hacer estas deducciones antes que el marido. Si los bienes sociales fueren insuficientes podrá hacer efectivo su crédito sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo o a falta de acuerdo por el partidor[37]. En este caso no hay adjudicación sino dación en pago.

---

35. Alessandri Rodríguez, A. *Tratado práctico de las Capitulaciones matrimoniales de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada. op. cit*, p.514.

36. Gaceta Jurídica N.º 127, p.57.

37. Código Civil Artículo 1773. La mujer hará antes que el marido las deducciones de que hablan los artículos precedentes; y las que consistan en dinero, sea que pertenezcan a la mujer o al marido, se ejecutarán sobre el dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma. La

La mujer es respecto de su marido una acreedora que goza de un privilegio de 4.ª clase (art. 2481 N.º 3).

Hay que distinguir si las recompensas se pagan con bienes sociales (comunes) o si las recompensas se pagan con bienes propios del marido. Si las recompensas se pagan con bienes sociales (comunes) dan lugar a una adjudicación, ya que el pago se ejecuta con bienes que pertenecen en condominio ambos cónyuges. Esta adjudicación tiene efectos declarativos y constituye un título de dominio de esa categoría. En cambio, las recompensas pagadas con bienes propios del marido dan lugar a una dación en pago y constituye un título traslaticio de dominio.

Del acervo podrá deducirse el pasivo social «hemos dicho que se "podrá" deducir el pasivo del acervo porque ello no es obligatorio para las partes»[38], pudiendo repartir solo el activo. Corresponde deducir del acervo líquido las deudas contraídas por la sociedad que no están pagadas. No se trata de pagarlas, sino de restarlas al activo, a fin de determinar el monto de los gananciales o la insolvencia de la sociedad.

En este caso, es aplicable la obligación que se impone al partidor de formar una hijuela pagadora de deudas, bajo la sanción de hacerlo responsable ante los acreedores. Este debe velar porque se dé estricto cumplimiento a las obligaciones asumidas por la sociedad en favor de terceros.

Si las deudas quedan pendientes, los acreedores no pueden resultar perjudicados ni afectados por estos actos, pudiendo perseguir los bienes sociales y los bienes propios de cada cónyuge cuando ello sea procedente. Ejecutadas las antedichas deducciones, el residuo se dividirá por mitad entre los cónyuges, dando lugar a los gananciales.

La división del activo se hace conforme a las reglas sobre partición de bienes hereditarios. Al respecto, una sentencia del Tribunal Constitucional ha señalado «Que, de todo lo expuesto deriva que la determinación del contenido de la sociedad conyugal y el ejercicio del derecho de pedir su liquidación es una cuestión de claras connotaciones patrimoniales, numéricas, de avaluación de bienes, de cuantificación de deudas e incluso de ejercicio matemático, todo lo cual está en la órbita del derecho patrimonial y de la administración de bienes, requiriendo declaraciones de certeza jurídica acerca del estatuto de cada bien dentro de lo que es la composición del activo y del pasivo social, además del que corresponda a cada cónyuge y eventualmente a sus herederos»[39]. Es decir, los gananciales.

Se entiende por gananciales el residuo que queda después que los cónyuges han sacado sus bienes propios y los precios, saldos y recompensas que constituyen el resto de su haber y han pagado el pasivo común o separado los bienes necesarios al efecto[40].

Existen excepciones a la regla de reparto por mitad de los gananciales: si de parte de alguno de los cónyuges o de sus herederos ha habido ocultamiento o distracción de una o más especies de la sociedad conyugal. Si los esposos hubieren pactado otra forma de distribución en las capitulaciones matrimoniales, caso en el cual se estará a lo convenido. Si la mujer, en las capitulaciones matrimoniales, renuncia a los gananciales o a una parte de estos. Si uno o más de los herederos de la mujer renuncia a la porción de los gananciales que corresponden a ella, está porción acrece al marido. Si la mujer y el marido han convenido de consuno una distribución distinta a la establecida en la ley una vez disuelta la SC.

Asimismo, la mujer puede renunciar a su derecho a los gananciales que resulten de la administración del marido en las capitulaciones matrimoniales o después de la disolución de la sociedad. Puede renunciar, total o parcialmente. La ley no lo dice, pero quién puede lo más puede lo

---

mujer, no siendo suficientes los bienes de la sociedad, podrá hacer las deducciones que le correspondan, sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo. No acordándose, elegirá el juez.

38. Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia*, *op. cit*. p.280.

39. Tribunal Constitucional, Sentencia de 02 de junio de 2020, Rol N.º 8322-2020, p.13.

40. Alessandri Rodríguez, A. *Tratado práctico de las Capitulaciones matrimoniales de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, *op. cit*. p.567.

menos. «Por lo cual no se divisa obstáculo alguno para que el acto abdicativo no cubra todos los gananciales sino sólo una parte de los mismos»[41].

Pero, esta renuncia a los gananciales no importa dejar de aplicar todas las normas de la SC. Por lo cual, los bienes propios de la mujer serán administrados por el marido, quién tendrá el goce legal de los mismos y responderá de culpa grave y dolo.

Si la mujer o sus herederos renuncia a los gananciales después de su disolución, «los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican aun respecto de ella» (art.1785)[42].

Por último, la renuncia que se hace en las capitulaciones matrimoniales es un acto solemne que se realiza por escritura pública, la cual debe subinscribirse al margen de la partida de matrimonio al momento de su celebración o dentro de los 30 días siguientes. En cambio, la renuncia que se hace después de disuelta la sociedad es consensual y no requiere de ninguna formalidad. Este derecho solo corresponde a la mujer o sus herederos mayores. Tiene que ser puro y simple sin que se admita condición, plazo ni modo. Debe ser expresa, puesto que no se presume.

Asimismo, la mujer podrá renunciar mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales. Hecha una vez la renuncia no podrá rescindirse, a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales. Esta acción rescisoria prescribirá en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad.

La renuncia tiene como efecto que la mujer o sus herederos pierden todo derecho a los bienes que comprenden los gananciales. Los bienes sociales se confunden e identifican, con los bienes del marido aun respecto de ella.

Los efectos de la renuncia operan retroactivamente, por lo que el marido se reputa como único dueño de los bienes sociales desde la disolución y le pertenecen todos los frutos producidos por los bienes sociales durante el tiempo de la indivisión.

Por su parte, la mujer no responde de las deudas sociales, las que serán exclusivas del marido. Pero, si conserva su responsabilidad por sus deudas propias, sean estas contraídas antes del matrimonio o durante él. Si el marido las pagó tiene derecho a que la mujer lo recompense.

A su vez, si la mujer hubiere pagado alguna deuda con recursos propios, el marido deberá restituirle lo pagado.

La mujer a pesar de su renuncia conserva sus derechos a la recompensa que le corresponde, sus obligaciones respecto de éstas y las indemnizaciones.

Por efecto de la renuncia de la mujer a los gananciales permanecen en su dominio pleno los bienes que conforman su patrimonio reservado y los frutos de las cosas que administra según el artículo 166 N.º 3[43].

Desde otra perspectiva, en la mayoría de las liquidaciones de la SC, la mujer acepta los gananciales, la cual tiene efectos importantes para los intereses de la ella y sus eventuales herederos. Uno de ellos es que los gananciales que acepta son con «beneficio de inventario». En consecuencia, ella sólo responde hasta la concurrencia del valor de lo que corresponda a título de gananciales. Este beneficio se llama de emolumentos.

La mujer puede oponer el beneficio de emolumento tanto a los acreedores de la SC como al marido si este pretendiera exigirle más de lo que le corresponde a título de restitución por pagos

41. Rodríguez Grez, P., *Regímenes Patrimoniales*, *op. cit*., p.169.

42. *Código Civil*, artículo 1783 «Renunciando la mujer o sus herederos, los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican, aun respecto de ella».

43. *Código Civil*. Artículo 166 N.º 3 «(...) Pertenecerán a la mujer los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiera, pero disuelta la sociedad conyugal se aplicarán a dichos frutos y adquisiciones las reglas del artículo 150».

efectuados. Debe acreditarse el exceso de la contribución que se le exige sobre la mitad de los gananciales, a través del inventario y tasación o por otros instrumentos auténticos.

Esta aceptación es irrevocable pero rescindible por error, fuerza o dolo.

Desde el momento que se disuelve la sociedad conyugal y la mujer acepta los gananciales, estos bienes se confunden con los bienes propios, formando un solo patrimonio que estará afecto a las obligaciones que pesan sobre la mujer. El beneficio de emolumentos la pone a resguardo de una contribución superior al valor de sus gananciales[44]

Puede suceder que las deudas sociales no se paguen en el proceso particional y queden ellas pendientes. Para ver cómo opera el sistema se vuelve al concepto de obligación a la deuda y de contribución a la deuda[45].

La obligación a la deuda dice relación con la situación de los cónyuges con los terceros acreedores. Es decir, consiste en saber contra quien puede dirigirse el acreedor. El marido es el responsable del total de las deudas sociales independiente de que hayan existido o no gananciales en la sociedad y las deudas podrán perseguirse en sus bienes propios, en los que recibió como recompensa, el monto que le adeudaba la sociedad o en los que con posterioridad adquiera a la existencia de la sociedad.

La situación de la mujer es distinta. Ella está obligada frente a terceros exclusivamente hasta lo que recibió a título de gananciales. La mujer demandada puede por una deuda social oponer al acreedor el beneficio de emolumentos, alegando que ella responde hasta lo que recibió a título de gananciales. Así, lo señala expresamente el art. 1777. *«La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales»*.

No obstante, los acreedores podrán perseguir a la mujer cuando se trata de obligaciones personales de ella. Cuando se trata de una obligación indivisible o cuando la obligación ha sido caucionada con una hipoteca o prenda y en la liquidación de la SC se ha adjudicado el bien raíz o mueble a la mujer.

A su vez, la contribución a la deuda consiste en determinar quién va a cargar en definitiva con la extinción de la deuda. Sólo interesa a los cónyuges, es algo extraño a los acreedores.

Ambos cónyuges soportan el pago de la deuda por mitades. Si uno de los cónyuges ha pagado el total de la deuda al acreedor, podrá exigir del otro el reintegro de la mitad pagada.

No existe inconveniente en que los cónyuges se distribuyan entre ellos las deudas sociales, tomándolas de acuerdo con sus derechos o a los bienes que se le adjudiquen. Pero este acuerdo es inoponible a los acreedores, quienes no pueden desmejorar su situación ni perjudicarse en relación a su derecho de prenda general[46].

Uno de los beneficios importantes que tiene la mujer en la liquidación de la SC es el «beneficio de emolumentos». El que consiste en el derecho que corresponde a la mujer o a sus herederos para limitar su contribución al pago de las deudas de la sociedad conyugal hasta concurrencia de su mitad de gananciales.

Este beneficio tiene las siguientes características:

- Es irrenunciable en las capitulaciones matrimoniales. Es una especie de beneficio de inventario con reglas particulares, limitativo de responsabilidad.
- Para que la mujer pueda hacer uso de este beneficio debe probar el exceso de contribución que se demanda sea por medio de inventario, tasación u otros documentos auténticos.
- Puede oponerse al marido y a los acreedores de la sociedad conyugal, pero no a los acreedores personales. Alcanza solo hasta el 50 % de los gananciales.

---

44. Rodríguez Grez, P., *Regímenes Patrimoniales*, *op. cit*. p.176.

45. Rodríguez Grez, P., *Regímenes Patrimoniales*, *op. cit*. p.187.

46. Rodríguez Grez, P., *Regímenes Patrimoniales*, *op. cit*. p.188.

> «La razón que ha tenido la ley para limitar la responsabilidad de la mujer está en que no ha sido ella quién ha administrado la sociedad conyugal, sino su marido. Es una protección que se le otorga para defenderla de la mala administración del marido»[47].

Todo el proceso particional gira en torno a la adjudicación de los bienes comunes. Se singularizan los derechos de cada cónyuge, pasando el derecho cuotativo a ser reemplazado por el bien o bienes adjudicados. Tiene un efecto declarativo entendiéndose que el cónyuge adjudicatario ha sido dueño exclusivo del bien desde su adquisición por la SC.

Juicio crítico a la sociedad conyugal

Del estudio de la SC podemos concluir que su normativa es muy amplia, compleja y excesivamente reglamentaria de difícil comprensión hasta para los expertos.

Es un régimen que no responde a la regulación económica que hoy día requieren los cónyuges.

Además, es un régimen discriminatorio donde la mujer no tiene los mismos derechos del marido. Este es el jefe de la sociedad conyugal y la mujer no tiene ningún derecho sobre los bienes sociales durante la vigencia del régimen.

3.2. Regímenes anexos a la sociedad conyugal

Una situación especial que se da en la SC es que, estando vigente, paralelamente puede existir separación parcial de bienes al formarse, sea legal o voluntariamente, tres patrimonios que no son administrados por el marido: patrimonio reservado de la mujer casada (art. 150); «donaciones o legados que durante el matrimonio se hacen a la mujer casada con la condición precisa que el marido no tenga en dichas especies la administración» (art. 166). Pueden también los esposos pactar en las capitulaciones matrimoniales «que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes» (art. 167). Estos tres patrimonios están establecidos en beneficio de la mujer para morigerar «los rigores de la SC y funcionan sin perjuicio de la administración del marido de la SC»[48]. Se trata de separaciones parciales de bienes que tienen su origen en la ley o en la convención de las partes.

En la administración de estos patrimonios, la mujer actúa independiente del marido como separada de bienes.

3.2.1. Patrimonio reservado de la mujer casada

Este patrimonio solo corresponde a la mujer, opera de pleno derecho, las normas que lo regulan son de orden público por lo que genera derechos irrenunciables. No puede estipularse en las capitulaciones matrimoniales que la mujer no tendrá patrimonio reservado, ni tampoco puede convenirse durante la SC (art. 150, inc.2.º).

Se entiende por patrimonio reservado el conjunto de bienes que la mujer obtiene con los frutos de su trabajo separado de su marido y los que con ellos adquiera[49]. Conforman un patrimonio que tiene un activo y un pasivo, un titular, un administrador y un destino reglamentado en la ley. Se trata de un patrimonio especial pero no de afectación. El marido no tiene ninguna injerencia en la administración de este patrimonio, quedando únicamente radicado en la mujer casada que trabaja separada del marido.

Comprende los bienes que la mujer adquiera con motivo del ejercicio de un empleo, profesión o industria o comercio separado del de su marido; los bienes que la mujer adquiera con el producto de su trabajo y los frutos que producen los bienes que la mujer adquiere con el producto de su trabajo.

---

47. Ramos Pazos, R, *Derecho de Familia*, *op. cit*. p.285.

48. Rodríguez Grez, P., *Regímenes Patrimoniales*, *op. cit*. p.191.

49. Alessandri Rodríguez, A. *Tratado práctico de las Capitulaciones matrimoniales de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, *op. cit*. p.619.

A su vez, los bienes que conforman este patrimonio son bienes sociales puesto que se trata de remuneraciones o salarios devengados a favor de uno de los cónyuges durante el matrimonio y los bienes adquiridos a título oneroso durante el mismo, pero se presumen pertenecer exclusivamente a la mujer durante la SC, dando lugar a la separación parcial de bienes durante su vigencia[50]. En consecuencia, ella respecto a su patrimonio reservado tiene plenas facultades de administración y disposición.

La responsabilidad de la mujer en la administración de este patrimonio alcanza a los bienes que conforman su activo, a los bienes que administra separadamente en virtud de lo prescrito en los arts. 166 y 167 y a los bienes del marido cuando el acto o contrato de la mujer accede en favor del marido (art. 161).

Respecto a la prueba del patrimonio reservado corresponde a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros con quienes contrata, el origen y dominio de los bienes que integran el patrimonio reservado. A falta de prueba se presume que estos bienes son sociales, adquiridos a título oneroso por realizarse una actividad remunerada durante el matrimonio. La mujer podrá recurrir a todos los medios probatorios establecidos en la ley para probar que ha actuado en el ámbito de su patrimonio reservado. La prueba puede tratar sobre las facultades de la mujer, y dominio de los bienes sobre que recae el acto[51].

3.2.2. Donaciones, herencias y legados hechos a la mujer con la condición de que su administración no la tenga el marido

Este es el segundo régimen anexo a la sociedad conyugal, regulado en el artículo 166 CC[52] comprende las donaciones, herencias y legados hechos a la mujer con la condición específica que no sean administrados por el marido. Se funda en la existencia de una liberalidad condicional hecha a uno de los cónyuges, la cual, para tener efectos, genera consecuencias jurídicas especialmente reguladas. Los bienes que hayan sido donados, heredados o legados integran el régimen de separación de bienes.

---

50. Rodríguez Grez, P., *Regímenes Patrimoniales*, *op. cit*. p.195.

51. *Código Civil*, artículo 150 (...) Incumbe a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo. Para este efecto podrá servirse de todos los medios de prueba establecidos por la ley. Los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de los términos del presente artículo, siempre que, no tratándose de bienes comprendidos en los artículos 1754 y 1755, se haya acreditado por la mujer, mediante instrumentos públicos o privados, a los que se hará referencia en el instrumento que se otorgue al efecto, que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido.
Los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada obligarán los bienes comprendidos en ella y los que administre con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 y 167, y no obligarán los del marido sino con arreglo al artículo 161.

52. *Código Civil*, artículo 166 «Art. 166. "Si a la mujer casada se hiciere una donación, o se dejare una herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administración el marido, y si dicha donación, herencia o legado fuere aceptado por la mujer, se observarán las reglas siguientes:
1.º Con respecto a las cosas donadas, heredadas o legadas, se aplicarán las disposiciones de los artículos 159, 160, 161, 162 y 163, pero disuelta la sociedad conyugal las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada podrán perseguirse sobre todos sus bienes.
2.º Los acreedores del marido no tendrán acción sobre los bienes que la mujer administre en virtud de este artículo, a menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común.
3.º Pertenecerán a la mujer los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiera, pero disuelta la sociedad conyugal se aplicarán a dichos frutos y adquisiciones las reglas del artículo 150"».

Este régimen no compromete el patrimonio del marido ni de la sociedad conyugal salvo que el acto ejecutado por éste y que genera la acción de los acreedores haya cedido en utilidad de la mujer o de la familia común.

Disuelta la sociedad conyugal las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada podrán perseguirse sobre todos sus bienes.

Los acreedores del marido no tendrán acción sobre los bienes que la mujer administre en virtud de este artículo, a menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común.

Pertenecerán a la mujer los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiera, pero disuelta la sociedad conyugal se aplicarán a dichos frutos y adquisiciones las reglas del patrimonio reservado.

3.2.3. Bienes que la mujer administra separada del marido por convención matrimonial

Este es el tercer régimen anexo a la SC establecido en el art. 167. Según el cual, si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes, se aplicarán a esta separación parcial las reglas de cuando la mujer recibe una donación, herencia y legado con la condición de que su administración no la tenga el marido.

También se podrá estipular que la mujer disponga libremente de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica, y este pacto surtirá los efectos que señala el artículo 167 (art.1720, inc.2.º).

Los bienes sustraídos de la SC son administrados por la mujer con las mismas facultades y características que los bienes regidos por el art.166. También, estarán afectos a las obligaciones que contraiga la mujer en la administración de sus bienes reservados, a las obligaciones que provengan de los bienes aludidos en los arts.166 y 1724 y a las obligaciones que se generen en la administración de los bienes que se han sustraídos de la sociedad conyugal.

A su vez, pertenecerán a la mujer los frutos de las cosas que administra y todo con lo que con ellos adquiera, pero disuelta la SC se aplicarán a dichos frutos las reglas del patrimonio reservado.

3.3. Régimen de separación total de bienes

Como ya se ha señalado, el régimen de separación de bienes es el régimen legal en el matrimonio entre personas del mismo sexo y en el Acuerdo de Unión Civil. Opera en el silencio de los contrayentes y en el matrimonio heterosexual realizado en el extranjero.

El régimen de separación de bienes se caracteriza porque los cónyuges administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste, a cualquier título.

La mujer en las capitulaciones matrimoniales no puede renunciar a la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes. Es una materia de orden público.

Si los cónyuges se separaran de bienes durante el matrimonio, la administración separada comprende los bienes obtenidos como producto de la liquidación de la SC o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre ellos.

En el estado de separación de bienes, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades. El juez en caso necesario reglará la contribución.

Los acreedores de la mujer separada de bienes, por actos o contratos que legítimamente han podido celebrarse por ella, tendrán acción sobre los bienes de la mujer.

El marido no será responsable con sus bienes, sino cuando hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer.

Será asimismo responsable, a prorrata del beneficio que hubiere reportado de las obligaciones contraídas por la mujer; comprendiendo en este beneficio el de la familia común, en la parte en que de derecho haya él debido proveer a las necesidades de ésta.

Rigen iguales disposiciones para la mujer separada de bienes respecto de las obligaciones que contraiga el marido.

Si la mujer separada de bienes confiere al marido la administración de alguna parte de los suyos, será visto el marido como simple mandatario.

Frente a lo señalado cabe preguntarse si este régimen representa los intereses de los convivientes civiles. Cuando las personas se casan o celebran un AUC tienen un proyecto de vida en común e intereses a desarrollar. ¿Los interpreta este régimen? ¿Es conveniente para los cónyuges y los convivientes civiles?

Para aquellos cónyuges o convivientes civiles que trabajan y reciben remuneraciones similares, puede ser conveniente, ambos están en igual situación, el término del régimen no les afecta económicamente. Pero, cuando él o la cónyuge o conviviente no trabaja y se queda al cuidado de los hijos o del hogar y se termina el matrimonio o la convivencia, no hay solidaridad. El o la cónyuge o conviviente civil no recibe nada de lo ganado por el otro cónyuge o conviviente, quedando en una situación menoscabada.

3.4. Régimen de participación en los gananciales

Hasta la dictación de la Ley N.º 19.335 de 24 de diciembre de 1994, solo había dos regímenes patrimoniales: sociedad conyugal y separación total de bienes. Con esta ley se incorpora un tercer régimen: el de participación en los gananciales, en modalidad crediticia.

Con la introducción de este régimen se pretendió conciliar la plena capacidad e independencia de los cónyuges en el manejo de sus respectivos patrimonios, con la comunidad de intereses que nace del matrimonio.

Con este régimen se persigue articular los intereses económicos de los cónyuges y superar los inconvenientes y aunar las ventajas de los modelos de SC y separación de bienes[53].

En el Mensaje enviado por el ejecutivo que acompañó al proyecto de ley se señaló que «el régimen de participación en los gananciales se caracteriza por la existencia de dos patrimonios distintos, el del marido y el de la mujer, los que son administrados en forma autónoma por cada cónyuge. Al terminarse el régimen de bienes, se compensan los gananciales generados durante la vigencia del régimen, de modo que el cónyuge que haya obtenido menos gananciales (caso que podría darse en nuestra sociedad respecto de la mujer que se dedica exclusivamente al hogar) tiene derecho a participar producidos por el otro cónyuge. El principio es que: el total de los gananciales obtenido durante el matrimonio se distribuya por partes iguales entre marido y mujer»[54].

Básicamente, podemos definir el régimen de participación en los gananciales como aquel en el cual ambos cónyuges conservan la facultad de administrar sus bienes, sin otras restricciones que aquellas consagradas expresamente en la ley, debiendo al momento de su extinción, compensarse las utilidades que cada uno obtuvo a título oneroso, configurándose un crédito (participación) en favor de aquel que obtuvo menos gananciales, de modo que ambos participen por mitades en el excedente líquido[55].

De esta definición podemos señalar como elementos esenciales: los cónyuges conservan la facultad de administrar libremente sus bienes, sujeto a ciertas restricciones que se establecen expresamente en la ley.

---

53. Corral Talciani, H., *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p.93.

54. Cámara de Diputados, Mensaje/Moción, Primer Trámite Constitucional, 06 de agosto de 1991.

55. Rodríguez Grez, P., *Regímenes Patrimoniales, op. cit*. p.236.

Al momento de ponerse fin a este régimen se deberán determinar las utilidades netas que obtuvo cada cónyuge a título oneroso durante su vigencia y compensarse los gananciales obtenidos por uno y otro. De esta compensación nacerá un crédito en dinero en favor del cónyuge que obtuvo menos utilidades. De esta forma se logra equiparar a ambos cónyuges en las ganancias obtenidas. Como señala Claudia Schmidt «es un ajuste de cuentas, proceso puramente contable»[56].

Se justifica que se haya optado por esta modalidad crediticia y no por el de comunidad: por ser más simple, cautelar mejor los intereses de los terceros y ser coherente con la forma con que los cónyuges actuaron durante la vigencia del régimen de bienes[57].

Además, se considera que si los cónyuges adoptaron este régimen es porque desean que los bienes que cada uno adquiere sean de su dominio exclusivo y ello, en forma definitiva, idea que se desvirtúa en la alternativa de la comunidad diferida[58].

Este régimen tiene las siguientes características:

a) Es un régimen económico, de regulación predeterminada; sus normas están establecidas por la ley y no pueden ser modificadas por la voluntad de los cónyuges.

b) Se trata de un régimen alternativo a la SC y a la separación total de bienes.

c) Es un régimen subsidiario porque la SC es el régimen legal para el matrimonio heterosexual y la separación de bienes para el matrimonio de un mismo sexo y para el régimen de participación en los gananciales.

d) Es un régimen convencional porque para su funcionamiento requiere de un pacto expreso de los contrayentes o convivientes civiles.

e) Los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo, sin perjuicio de las restricciones especialmente establecidas en esta ley.

f) Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y estos tienen el derecho a participar por mitades de los excedentes (art.1792-2).

g) Tanto el marido como la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendido a sus facultades económicas.

h) Este régimen termina por la disolución del matrimonio sea por sentencia judicial que declara la separación judicial, el divorcio o por sustitución convencional acordada por los cónyuges o por muerte.

3.5. Régimen de comunidad en el acuerdo de unión civil

Del artículo 13 de la Ley N.° 20.830[59] se desprende que en los AUC el régimen legal es el de separación de bienes, por lo que el régimen de comunidad es optativo debiendo pactarse en el momento de la celebración del acuerdo. Este mismo artículo señala que este régimen de comunidad puede modificarse posteriormente.

Por su parte, el artículo 15 establece tres reglas sobre cómo opera el régimen de comunidad:

56. Schmidt Hott, C., *Nuevo régimen matrimonial*, Editorial Conosur, 1995, p.10.

57. Barros Bourie, E. Familia y Persona, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp.130-131.

58. Ramos Pazos, R. *Derecho de Familia, op. cit*. p.315.

59. LEY N.° 20.830 Artículo 13: «Los convivientes civiles que hayan celebrado el acuerdo o contrato de unión equivalente en territorio extranjero se considerarán separados de bienes, a menos que al momento de inscribirlo en Chile pacten someterse a la comunidad prevista en el artículo 15 de esta ley, dejándose constancia de ello en dicha inscripción».

Los convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste, a menos que se sometan de manera expresa a las reglas que se establecen a continuación, las que deberán ser acordadas por los contrayentes al momento de celebrarse el acuerdo de unión civil. De este pacto se dejará constancia en el acta y registro que se indica en el artículo 6.º[60].

1. Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles, excepto los muebles de uso personal necesario del conviviente que los ha adquirido.
2. Para efectos de esta ley, se tendrá por fecha de adquisición de los bienes aquella en que el título haya sido otorgado.
3. Se aplicarán a la comunidad formada por los bienes a que se refiere este artículo las reglas del Párrafo 3.º del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil.

Si los convivientes civiles hubieren pactado el régimen de comunidad podrán sustituirlo por el de separación total de bienes.

El pacto que los convivientes civiles celebren para sustituir el régimen de comunidad deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. Este pacto no perjudicará, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de cada uno de los convivientes civiles.

En la escritura pública de separación total de bienes, los convivientes civiles podrán liquidar la comunidad, celebrar otros pactos lícitos o ambas cosas, pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción.

Asimismo, la liquidación de la comunidad podrá efectuarse de común acuerdo por los convivientes civiles o sus herederos o someterla al conocimiento de un juez partidor, otorgándole incluso el carácter de árbitro arbitrador (artículo 22 inciso 2.º).

En consecuencia, el régimen de comunidad pactado en un acuerdo de unión civil debe someterse a las reglas de cuasicontrato de comunidad.

Pareciera que el legislador tiene preferencia por el régimen de separación de bienes dada la pobreza de regulación que tiene la comunidad. Tendríamos que preguntarnos que régimen económico representa o interpreta mejor el proyecto de vida de dos personas que deciden que su convivencia tenga efectos jurídicos.

4. Conclusiones

Después de estudiar, los cuatro regímenes patrimoniales que rigen en Chile, cabe preguntarse si son acordes con la realidad chilena, los diferentes modelos de familia y si interpretan la solidaridad que debe darse en esta institución.

Si entendemos que el matrimonio es un proyecto de vida en común entre dos personas, independiente del género de los cónyuges, hay que preguntarse ¿por qué a los matrimonios de un mismo sexo no se les permite materializar su proyecto de vida familiar optando por el régimen de comunidad, que se basa en la idea de compartir y de solidaridad? como rige en el Acuerdo de Unión Civil.

La normativa que regula la SC es un resabio de la legislación civil tradicional, muy extensa, compleja y excesivamente reglamentaria de difícil comprensión hasta para los expertos.

60. LEY N.º 20.830 Artículo 6: «El Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación deberá incluir las siguientes referencias: nombre completo y sexo de los contrayentes; fecha, hora, lugar y comuna en la que se celebra este contrato; y la certificación, realizada por el oficial del Registro Civil, del cumplimiento de los requisitos establecidos para su celebración.

Esta legislación no interpreta la realidad social ni satisface los requerimientos de la sociedad actual, donde ambos cónyuges trabajan. No responde a la regulación económica que hoy día requieren.

No hay duda de que la SC requiere de una reforma que aplique la comunidad de vida que implica el matrimonio y respete la igualdad de los cónyuges. Estableciendo una comunidad de bienes en la cual cada cónyuge administre sus bienes propios, y cuando se adquieran bienes onerosos sea una administración indistinta como regla general y conjunta respecto de los actos patrimoniales importantes y a su vez, terminando con el patrimonio reservado de la mujer. Se observa un desequilibrio entre el estatuto jurídico que rige los bienes de la mujer que trabaja y los bienes que adquiere el marido con su remuneración. No hay un tratamiento igualitario y estas normas proteccionistas en favor de la mujer han dificultado su derogación, porque muchas veces el patrimonio reservado ha sido defendido por las mujeres dificultando una modificación a la SC.

Asimismo, la SC muchas veces se presta para eludir la responsabilidad de los cónyuges frente a los acreedores o se defraudan recíprocamente en la administración de los bienes sociales, sean ellos de la SC o del patrimonio reservado de la mujer cuyos frutos siguen la suerte del derecho de opción del art.150 al disolverse la SC.

Pese a estas discriminaciones evidentes sigue siendo el régimen más requerido al momento de casarse y que en cierta forma entrega protección a la mujer que no trabaja y pareciera que así lo sienten las mujeres al no insistir mayormente en los cambios necesarios que apliquen el principio de igualdad.

Además, solo el régimen de separación total de bienes es el que se aplica a los matrimonios y al AUC, siendo que este régimen solo es aconsejable cuando ambos cónyuges o convivientes civiles trabajan en actividades remuneradas en forma similar y no cuando es solo uno el que trabaja, porque al término del régimen no se comparten las ganancias que haya tenido el cónyuge o conviviente civil que trabajo o gano más, quedando el otro en una situación menoscabada por no haber trabajado o haber tenido una remuneración inferior.

De otra parte, el régimen de participación en los gananciales no es muy conocido y son pocos los matrimonios que han optado por él. Los patrimonios permanecen separados y al término de éste, el cónyuge que obtuvo bienes por menor valor tiene derecho a un crédito contra el que obtuvo más. Si no hay gananciales, nada se comparte. Es un sistema costoso que necesita de asesoría de abogados, de tasadores y contadores, por lo que es de interés de un sector reducido de la población.

En síntesis: Si bien la ley 21.400, aspira a establecer el principio de igualdad entre ambos tipos de matrimonio, no se cumple en los regímenes patrimoniales al otorgar un tratamiento distinto a los matrimonios de igual sexo.

No basta solo con modificar la SC. Hay que repensar los regímenes patrimoniales con vistas a un sistema que, de acuerdo con la realidad actual, sea coherente. Esto es, que aplique la autonomía privada y a su vez, compatibilice con la capacidad e independencia económica de los cónyuges, la protección al cónyuge más débil y a la comunidad de vida que representa el matrimonio.

5. Bibliografía

Alessandri Rodríguez, A., *Tratado práctico de las Capitulaciones matrimoniales de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, Imprenta Universitaria, Santaiago-Chile, 1935.

Barcia Lehmann, R., *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia*, Editorial Thomson Reuters, Santiago-Chile, 2020.

Barros Bourie, E. *Familia y Persona*, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

De la Maza, Gazmuri, I., «El error en las cualidades personales del otro contrayente en la Ley N.° 19.947» en *Revista IUS et Praxis*, vol.11 N.° 1, 2005.

Gómez de la Torre Vargas, M., «Principales modificaciones al Código Civil por la Ley de Matrimonio Igualitario» en *Matrimonio Igualitario*. Departamento de Derecho Privado Facultad de Derecho, U. de Chile, Editorial Thomson Reuters, Santiago-Chile, 2024.

Ramos Pazos, R. *Derecho de Familia,* Tomo I, 6.ª versión actualizada Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Rodríguez Grez, P., *Regímenes Patrimoniale*s, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Rossel Saavedra, Enrique, *Manual del Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

Salah Abusleme, M. y **Bustos Díaz, M**., «Aspectos patrimoniales del matrimonio igualitario» en *Matrimonio Igualitario*. Departamento de Derecho Privado Facultad de Derecho, U. de Chile, Editorial Thomson Reuters, Santiago-Chile, 2024.

Schmidt Hott, C., *Nuevo régimen matrimonial*, Editorial Conosur, 1995

Somarriva Undurraga, M., *Manual de Derecho de Familia, Editorial Nascimiento*, 1963, p. 314.

Tapia Rodríguez, M. «Matrimonio igualitario. Una revisión de las mutaciones del contrato matrimonia», en *Matrimonio Igualitario*. Departamento de Derecho Privado Facultad de Derecho, U. de Chile, Thomson Reuters, 2024.

Tomasello Hart, L., *El régimen de participación en los Gananciale*s, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago-Chile,1994.

Leyes

- LEY N.º 5.521publicada el 19 de diciembre de 1934: «Iguala a la mujer chilena ante el derecho».
- LEY N.º 7612 de 21 de octubre de 1943 Introduce diversas modificaciones al Código Civil (reduce la mayor edad a los 21 años, suprime la muerte civil, autoriza la separación convencional de bienes durante el matrimonio. etc.).
- LEY N.º 19.335 publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1994. Introduce el Régimen de Participación en los gananciales.
- LEY N.º 20.830 publicada el 24 de abril de 2015 que crea el Acuerdo de Unión Civil.
- LEY N.º 21.400 publicada el 10 de diciembre de 2021 que Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo.
- Ley N.º 21,400 que entró en vigor el 10 de marzo del 2022, incorporó a nuestra legislación el matrimonio de personas de un mismo sexo, denominado también «matrimonio igualitario».

CAPÍTULO 5

CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LAS CRISIS CONYUGALES

Cristián Lepin Molina

Profesor Asociado en la Facultad de Derecho
Universidad de Chile

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EFECTOS DE LA RUPTURA MATRIMONIAL. GENERALIDADES. 3. NULIDAD DEL MATRIMONIO. 4. SEPARACIÓN JUDICIAL DE LOS CÓNYUGES. 5. DIVORCIO. 5.1. La compensación económica. Panorama general. 5.2. Término del régimen patrimonial del matrimonio. a. Disolución de la sociedad conyugal. i. Liquidación de la sociedad conyugal. 1. Confección de inventario y tasación de bienes. 2. Formación del acervo bruto o común. 3. Formación del acervo líquido o partible. 4. Partición de los gananciales y división del pasivo social. 5. Adjudicación de bienes. b. Determinación del crédito de participación en los gananciales. i. Patrimonio originario. ii. Patrimonio final. iii. Determinación de los gananciales. iv. Crédito de participación. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El Derecho Matrimonial chileno tuvo un cambio radical con la entrada en vigor de la Ley N.º 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil (en adelante «NLMC»), también conocida como ley de divorcio, ya que incorpora por primera vez en la legislación la posibilidad de poner término al matrimonio por esta causa. Pero esta nueva legislación reestructura completamente la normativa sobre la crisis matrimonial incorporando la separación como una forma de suspender los efectos del matrimonio y modernizando las causales de nulidad matrimonial. Además de incorporar otras instituciones como, por ejemplo, la compensación económica.

El número de matrimonios para el año 2024 fue de 61.119 celebraciones inscritas en el Registro Civil (3.166 celebraciones menos que el año anterior, lo que representa una disminución del 4,9 %). A diferencia de las uniones civiles celebradas en el mismo año que se reporta la inscripción de 16.266 acuerdos, es decir, 4.521 celebraciones más que el año anterior, lo que representa un aumento del 38,5 %. Del total de uniones civiles, el 90,3 % corresponde a parejas de distinto sexo.

La NLMC incorpora un nuevo estatuto para regular la ruptura matrimonial, que se configura en base a tres instituciones: la separación judicial, el divorcio y la nulidad del matrimonio.

La separación judicial suspende algunos efectos, pero no pone término al matrimonio. Las instituciones que sí ponen término al matrimonio son el divorcio y la nulidad de matrimonio, con causales totalmente distintas y que operan en momentos totalmente distintos. La nulidad ataca un vicio que tiene que existir al momento de la celebración del matrimonio y el divorcio tiene que ver con causales que sobrevienen a la celebración del matrimonio.

La nueva legislación consagra un tipo de divorcio judicial y causado, y las causales incorporadas por la ley son el cese efectivo de la convivencia, que puede ser solicitado de común acuerdo o en forma unilateral, o por culpa. Estas causales se encuentran consagradas en los artículos 54 y 55 de la NLMC.

2. Efectos de la ruptura matrimonial. Generalidades

Los efectos o consecuencias económicas de la ruptura o quiebre matrimonial debe analizarse desde las distintas alternativas que el legislador establece para que las parejas puedan abordar el conflicto, dependiendo si el quiebre se configura por la existencia de un vicio al momento de su celebración se tiene que optar por la nulidad de matrimonio, en cambio si la causal es sobreviniente, y la crisis es transitoria podrían optar por la separación judicial, y por último, si el quiebre es irreversible la alternativa será el divorcio. A continuación, analizaremos las diversas consecuencias económicas según la institución que se elija para enfrentar la ruptura.

3. Nulidad de matrimonio

La nulidad es la causa de término del matrimonio por la existencia de un vicio que afecta la celebración de este, por lo que el juez puede decretarla si se acredita una de las causales taxativas consagradas en la ley (artículos 44 y 45 de la NLMC), que son de derecho estricto y de interpretación restrictiva.

El número de casos de nulidad es muy bajo, casi irrelevante, se puede apreciar una disminución sostenida de nulidades de matrimonio desde la entrada en vigor de la NLMC. Así, en el año 2006 se verificaron 1.577 inscripciones de nulidades de matrimonio, mientras que, en el año 2014, solo 51 nulidades inscritas[1].

En cuanto a los efectos respecto de la nulidad por regla general, es el efecto retroactivo, es decir, que las partes vuelven al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial, y considerándose como si el matrimonio no hubiese existido (artículo 50 de la NLMC). No obstante, el efecto retroactivo se puede establecer el derecho a compensación económica (artículo 60 de la NLMC), y la nulidad declarada judicialmente no altera la filiación determinada de los hijos (artículo 51 de la NLMC).

Pero la ley regula no solo el efecto retroactivo, sino que también establece el denominado matrimonio nulo putativo, en los casos en que el matrimonio se celebra ante el Oficial del Registro Civil o cuando se ratifica ante este (en el caso del matrimonio religioso), siempre que los cónyuges se encuentran de buena fe y con justa causa de error. Estimamos, que al presumir el legislador la buena fe y la justa causa de error (artículo 52 de la NLMC); la regla general pasa a ser el matrimonio nulo putativo y no el efecto retroactivo de la nulidad del matrimonio.

El cónyuge que está de buena fe tiene un derecho de opción (artículo 51 de la NLMC) en que puede pedir o la disolución del régimen de sociedad conyugal y la liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido hasta ese momento o someterse a las reglas de la comunidad. También subsistirán las donaciones o promesas por causa del matrimonio. Por último, si el matrimonio es nulo putativo, además se consagra la posibilidad de optar a una compensación económica.

4. Separación judicial de los cónyuges

La separación judicial de los cónyuges es un procedimiento que permite suspender algunos efectos del matrimonio, conservando la posibilidad de reanudar el vínculo. Los efectos depen-

1. Servicio de Registro Civil e Identificación, *Estadísticas con enfoque de género,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Chile, 2015. Disponible en: http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Banner_de_genero_Final.pdf.

den de la causal por la que se decrete la separación, la que puede ser por cese de la convivencia (artículo 27 de la NLMC) o por culpa (artículo 26 de la NLMC).

Es menester destacar que la separación no produce el término del matrimonio y, en cuanto a los efectos personales, sólo suspende los deberes de cohabitación y el deber de fidelidad por estimar la legislación que es incompatible con la vida separada de los cónyuges. No obstante, se discute si constituye un estado civil o no y, lo cierto, es que la ley de matrimonio civil en algunas partes se refiere de calidad de separados judicialmente (artículo 33 de la NLMC) y en otras hace referencia al estado civil (artículo 6 transitorio de la NLMC a propósito de las personas que se habían separado temporal o perpetuamente antes de la entrada en vigor de la ley).

Si después se reanuda la vida en común se va a retomar el matrimonio, por lo tanto, nuevamente los cónyuges van a tener el estado civil de casados. Así es que nos parece que es incompatible tener dos estados civiles por la misma causa, en este caso por el matrimonio.

Con relación a los efectos patrimoniales de la separación, la primera consecuencia es que termina el régimen de sociedad conyugal o el de participación en los gananciales como un efecto legal (no judicial) ya que es un efecto propio de la sentencia de separación (artículo 173 del Código Civil).

En cuanto a los derechos sucesorios y el derecho de alimentos (artículo 174 del Código Civil) no se ve alterado por la separación judicial, salvo en el caso de la separación por culpa. De esta forma, en materias sucesorias, el cónyuge culpable no tendrá parte alguna en la herencia *ab intestato* de su marido o mujer (artículo 994 del Código Civil). Por otra parte, en el caso de la sucesión testada, el cónyuge que dio lugar a la separación judicial pierde la calidad de legitimario (artículo 1182 del Código Civil).

En cambio, en los alimentos, el cónyuge culpable tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación (artículo 175 del Código Civil).

Por último, en cuanto a los efectos patrimoniales de la separación, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que haya hecho al culpable en los casos del artículo 172 del Código Civil, que señala las siguientes causales: por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad.

Los efectos patrimoniales o económicos de la separación por culpa parecen incluso más trascendentes que los del divorcio, ya que en el divorcio la diferencia entre ser un divorcio decretado por cese o por culpa, estriba solo en la posibilidad de denegar o rebajar prudencialmente la compensación económica. No obstante, estas consecuencias económicas en la separación se justifican ya que se mantiene vigente el matrimonio (o algunos de sus efectos), en cambio, en el divorcio se pone fin a los efectos del matrimonio.

5. Divorcio

Según datos del año 2023 se registraron 38.093 divorcios inscritos, la cifra más baja (sin considerar el año 2020, primer año de la Pandemia Covid-19, donde solo se registraron 29.445 divorcios). El mayor número de divorcios se registró el año 2009 con un total de 53.559 casos, y considerando desde la entrada en vigor de la ley, en el año 2004, el Registro Civil ha inscrito un total de 733.648 divorcios.

En cuanto a los efectos del divorcio el artículo 60 de la NLMC establece que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial, cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, tales como los derechos sucesorios y el derecho de alimentos.

¿Cuál es el alcance del efecto extintivo? El alcance es poner término a todos los derechos de carácter patrimonial que se fundan en la existencia del matrimonio. Todos esos derechos protegen a los cónyuges y no se pueden renunciar estando vigente el matrimonio, la NLMC le pone fin a estos derechos y obligaciones de carácter patrimonial, salvo la situación que señala el artículo 60, es decir, sin perjuicio del derecho de compensación económica.

5.1. La compensación económica. Panorama general

Está regulada por una serie de disposiciones, entre otras, los artículos 61 a 66 de la NLMC que es el estatuto central de la compensación económica. Pero, además, deberíamos considerar, también, los artículos 80 y 81 de la Ley N.° 20.255 que establece reforma previsional en cuanto a la posibilidad de establecer como modalidad de pago el traspaso de fondos de una cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a una cuenta de capitalización individual del cónyuge beneficiario. Y, por último, otra norma que se refiere a la compensación económica es la Ley N.° 20.239 que exime del pago de impuesto a la renta a las compensaciones económicas que fue un tema debatido inicialmente.

En cuanto a los modelos de derecho comparado relevantes fueron, principalmente. Los artículos 97 al 101 del Código Civil español, y los artículos 270 y siguientes del Código Civil francés.

Uno de los temas más discutidos de la compensación económica es la naturaleza jurídica sin lugar a duda, la utilidad de determinar la naturaleza jurídica se refleja en distintos efectos, porque no es lo mismo considerar que tiene naturaleza indemnizatoria o de enriquecimiento sin causa, o considerar una naturaleza alimentaria, ya que es distinto el tratamiento de los derechos de carácter patrimonial de aquellos de contenido asistencial.

Así, por ejemplo, se puede apreciar en la oportunidad para demandar el derecho porque si se considera que tiene naturaleza jurídica de pensión de alimentos se va a tratar de que el cónyuge beneficiado tenga las mayores instancias para demandar el derecho a compensación económica, incluso va a permitir que lo demande en la misma audiencia si no lo ha hecho antes, a propósito del deber de información del juez en el artículo 64 de la NLMC, si se considera indemnizatorio va a estimar que precluyó su derecho. En cuanto a la posibilidad de aplicar los apremios personales (arresto o arraigo) para obtener el cumplimiento, no es lo mismo considerar la compensación económica como de naturaleza alimentaria, en que se puede estimar procedente el arresto, como excepción a la prisión por deuda, en cambio, si es indemnizatoria no proceden los apremios de carácter personal que se trata ya de una prisión por deudas que, en virtud del pacto de San José de Costa Rica en el artículo 7 estaría prohibida. Por último, también se puede considerar la naturaleza jurídica para otros efectos tales como la determinación de la cuantía de la compensación; en que también va a cobrar relevancia si se considera la naturaleza alimenticia o indemnizatoria.

Para la jurisprudencia, entre los fallos que se pronuncian acerca de la naturaleza jurídica de la compensación, la mayor parte de ellos le asignan una naturaleza reparatoria (48,6 %) e indemnizatoria (28 %). Cabe destacar, además, que también una proporción relevante de las sentencias que rechazan la compensación establecen una naturaleza de ésta fundada en el enriquecimiento sin causa (17,2 %), situación que no se replica de igual manera entre las resoluciones que acogen la prestación. El fenómeno inverso ocurre respecto a la consideración de la naturaleza de la compensación a partir del costo de oportunidad laboral, siendo asumida como tal por aquellas sentencias que acogen la compensación mucho más que aquellas que la rechazan[2].

2. *Cfr*. Lepin Molina, C., *Jurisprudencia de Derecho Familiar: Compensación económica (2004-2017)*, Thomson Reuters, 2018. Al respecto se puede ver las siguientes sentencias:
- Naturaleza jurídica Enriquecimiento sin causa: «En cuanto a la institución de compensación económica, cabe tener presente que ésta no tiene naturaleza alimenticia, y que "equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. La compensación económica presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiado. De ahí que su naturaleza jurídica pueda explicarse a través del enriquecimiento a expensas de otro"». (Resolución de fecha 20/10/2015, en causa Rol N.° 581-2015, de la Corte de Apelaciones de Santiago). **En este mismo sentido:** Resolución de fecha 06/02/2009, en causa Rol N.° 3705-2008, de la Corte de Apelaciones de San Miguel; Resolución de fecha 14/05/2007, en causa Rol N.° 193-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago; Resolución de fecha 24/10/2007, en causa Rol N.° 6710-2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago; Resolución de fecha 12/07/2007, en causa

En cuanto a los principales aspectos de la compensación económica, nos interesa analizar,

Rol N.° 1119-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago; Resolución de fecha 28/01/2014, en causa Rol N.° 593-2013, de la Corte de Apelaciones de Santiago; Resolución de fecha 29/06/2007, en causa Rol N.° 1317-2006, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; Resolución de fecha 23/07/2010, en causa Rol N.° 182-2010, de la Corte de Apelaciones de Concepción.

- Compensatoria: «De lo que se trata, en rigor, es de considerar la situación pasada de los cónyuges. En ella hay que indagar si uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa en el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, a raíz de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, como para que nazca el derecho a la compensación del menoscabo sufrido por esa causa (artículo 61). Por eso se trata de una compensación, a diferencia de los alimentos... lo substancial es que se trate de una compensación por el sacrificio que ha importado para uno de los cónyuges esa renuncia en aras del cuidado de los hijos o de la realización de las labores propias del hogar común». (Resolución de fecha 20/10/2007, en causa Rol N.° 7333-2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago). **En este mismo sentido:** Resolución de fecha 28/07/2008, en causa Rol N.° 2683-2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- Reparatoria: «No debe atribuirse a la compensación económica consagrada en la ley un carácter alimenticio o indemnizatorio, no obstante que presenten entre sí (todos ellos) algunos rasgos comunes o semejantes y, lo que se pretende reparar es, en todo caso, una pérdida patrimonial y no moral». (Resolución de fecha15/02/2010, en causa Rol N.° 657-2009, de la Corte de Apelaciones de Concepción). **En este mismo sentido:** Resolución de fecha 25/02/2010 en causa Rol N.° 639-2009; Resolución de fecha 27/02/2008 en causa Rol N.° 1611-2007; Resolución de fecha 14/09/2007 en causa Rol N.° 804-2007; Resolución de fecha 23/08/2007 en causa Rol N.° 664-2007; Resolución de fecha en causa 10/12/2007 Rol N.° 1530-2007; Resolución de fecha 30/11/2007 en causa Rol N.° 267-2007; Resolución de fecha 07/08/2006 en causa Rol N.° 1451-2006; Resolución de fecha 28/11/2006 en causa Rol N.° 3155-2006, todas de la Corte de Apelaciones de Concepción.
- Resarcitoria: «Como lo que justifica la reparación de carácter económico es la actitud de dedicación que uno de los cónyuges asumió en pro de la familia y la consiguiente postergación personal, la naturaleza jurídica de la compensación económica es la de ser reparatoria o una forma de resarcir el perjuicio que experimentó precisamente porque no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que quería o podía, únicamente por las razones indicadas». (Resolución de fecha 13/04/2016, en causa Rol N.° 37105-2015, de la Corte Suprema). **En este mismo sentido:** Resolución de fecha 23/09/2011, en causa Rol N.° 427 2011, de la Corte de Apelaciones de Concepción (confirmada por Resolución en causa Rol N.° 10076-201 de la Corte Suprema); Resolución de fecha 23/11/2009, en causa Rol N.° 435-2009, de la Corte de Apelaciones de Concepción; Resolución de fecha 23/06/2009, en causa Rol N.° 174-2009, de la Corte de Apelaciones de Concepción (voto de minoría); Resolución de fecha 05/01/2009, en causa Rol N.° 7472-2008, de la Corte Suprema; Resolución de fecha 20/06/2008, en causa Rol N.° 603 2008, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; Resolución de fecha 25/05/2007, en causa Rol N.° 148-2007, de la Corte de Apelaciones de Concepción.
- Indemnizatoria: «Que la compensación económica... tiene por objeto resarcir al cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, del menoscabo económico sufrido como consecuencia de no haberse dedicado a una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida (artículo 61). De esta forma, no es efectivo como lo sostenía la juez del grado que tenga un carácter asistencial, sino que con toda evidencia el objetivo por el legislador es de un contenido netamente indemnizatorio». (Resolución de fecha 20/06/2006, en causa Rol N.° 529-2006, de la Corte de Apelaciones de Rancagua). **En este mismo sentido:** Resolución de fecha 01/12/2008, en causa Rol N.° 1006-2008, de la Corte de Apelaciones de Valdivia; Resolución de fecha 08/08/2007, en causa Rol N.° 411-2007, de la Corte de Apelaciones de Valdivia; Resolución de fecha 17/07/2009, en causa Rol N.° 4558-2008, de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- Pérdida de una oportunidad: «Como se advierte de todo lo consignado, hay un elemento común, cual es el detrimento, menoscabo económico que se produce a uno de los cónyuges con motivo del divorcio, por haber privilegiado el cuidado de la familia, institución que el constituyente protege y declara ser base de la sociedad, estableciendo para ello un remedio que impide su empobrecimiento al término del contrato de matrimonio, cual es corregir la situación de menoscabo producida a propósito del rol desempeñado, que no tiene la naturaleza jurídica de una pensión alimenticia, sino de una indemnización por la pérdida legítima de derechos u opciones sufridos en comparación con el otro cónyuge». (Resolución de fecha 10/04/2008, en causa Rol N.° 2856-2007, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso). **En este mismo sentido:** Resolución de fecha 07/05/2007, en causa Rol N.° 4064-2006, de la Corte de Apelaciones de Concepción.

los requisitos de procedencia que se encuentran consagrados en el artículo 61 de la NLMC. En primer lugar, debe tratarse de un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio. Incluso, la NLMC establece en el artículo 64, el deber del juez de informar sobre el derecho de compensación económica en la audiencia preparatoria, a fin de que en ese procedimiento se zanje la cuestión entre los cónyuges.

Otro requisito, que establece la NLMC es el menoscabo económico que ha dado para muchas interpretaciones, algunos entienden que es sinónimo de desequilibrio económico, basados principalmente en la referencia al derecho comparado en específico al Derecho español, que consiste en comparar la situación durante el matrimonio y al momento de la ruptura, para determinar si existe un empeoramiento en la situación de uno de los cónyuges[3]. Por otra parte, la doctrina ha señalado que se refiere a disparidad económica, por referencia al modelo francés. Para otros autores, tales como Corral, que sería sinónimo de la pérdida del estatuto protector del matrimonio[4]. Por nuestra parte, estimamos que el menoscabo económico está determinado por la pérdida de la oportunidad laboral.

El tercer requisito, es no haber desarrollado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que ella podía o quería. En cuanto a este requisito, se puede señalar primero que se trata de un concepto amplio, no lo restringe o limita a una actividad formal derivada del contrato de trabajo o de prestación de servicios, y que la expresión haberlo hecho en menor medida de lo que quería o podía se refiere al trabajo parcial.

Por último, se requiere acreditar la dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común, sin importar si lo hace directamente o con apoyo de asesoras del hogar.

En cuanto a los criterios para determinar la cuantía (artículo 62 de la NLMC). El primero establece el límite temporal, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges, esto es desde la celebración hasta el término por divorcio o nulidad; y, obviamente, si la duración de la vida en común de los cónyuges es mayor, va a determinar que la cuantía sea mayor, o en caso contrario, que sea menor.

- Pérdida de una oportunidad laboral: «...(se) trata de reparar o resarcir el costo de oportunidad laboral, lo que en este derecho se desprende al incorporar como requisito de procedencia en el artículo 61 el no haber realizado actividad remunerada o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, y también de los criterios establecidos en el artículo 62, ya que a nuestro juicio si uno de los cónyuges realizó actividad remunerada difícilmente puede acreditar un menoscabo económico (Lepín Molina, Cristián. Las Prestaciones Económicas Posdivorcio en la Legislación Chilena, págs. 7 y 8 Publicado en el sitio web www.comparazionedirittocivile.it)». (Resolución de fecha 24/06/2013, en causa Rol N.° 1482-2013, de la Corte Suprema). **En este mismo sentido:** Resolución de fecha 07/05/2007, en causa Rol N.° 4064-2006, de la Corte de Apelaciones de Concepción; Resoluciones en causas Roles N.° 989-2020, N.° 4374-2021 y N.° 4561-2020, de la Corte Apelaciones de Santiago.
- Funcional: «La compensación económica es funcional a las formas de relación de la pareja o modelos de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura, pudiendo operar ya como una verdadera indemnización por pérdida de oportunidad, pese a la inexistencia de un acto ilícito, ya como una institución que cumple una función asistencial e incluso, puede no otorgarse en la medida que no se cumplan las circunstancias previstas en la ley para su procedencia... para determinar su naturaleza, debe analizarse caso a caso, debiendo el juez utilizar los parámetros establecidos en el artículo 62 de la ley que sean más consistentes con el tipo de relación que antecedió a la ruptura». (Resolución de fecha 27/10/2006, en causa Rol N.° 809-2006, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta). **En este mismo sentido:** Resolución de fecha 29/05/2006 en causa Rol N.° 225-2006 y Resolución de fecha 03/05/2006 en causa Rol N.° 1161-2005, ambas de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

3. Vidal Olivares, Á., «La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil», en Guzman Brito, A., y Vidal Olivares, Á., *El nuevo derecho chileno del matrimonio,* Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 258. Similares argumentos en Vidal Olivares, Á., «La compensación económica por ruptura matrimonial», *Cuadernos de análisis jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2009, pp. 22 y ss.

4. Corral Talciani, H., «La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial», *Revista chilena de derecho*, Vol. 34, N.° 1, 2007, p. 28. Saura Alberdi, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 160.

La situación patrimonial de los cónyuges se refiere a los bienes e ingresos de los cónyuges, pudiendo considerar los efectos de la distribución de los resultados del régimen de bienes del matrimonio.

La buena o mala fe para algunos se refiere al divorcio por culpa, para otros a los casos de nulidad, en que debería excluirse al cónyuge que contrae el vínculo conociendo el vicio que lo invalida.

En cuanto a la edad y al estado de salud del cónyuge beneficiario, debe entenderse en relación con la pérdida de una oportunidad laboral, es decir, se van a considerar en cuanto el cónyuge solicitante pueda reincorporar o no al mercado laboral.

En la situación en materia de beneficios previsionales debe relacionarse, además, con los artículos 80 y 81 de la Ley N.° 20.255 de Reforma Previsional (en adelante LRP), que regula el traspaso de los fondos previsionales de una cuenta de capitalización individual[5] a otra con el mismo límite temporal, la duración del matrimonio. Para el efecto, es necesario solicitarlo y el tribunal ordenará oficiar a la Superintendencia de Pensiones para que proporcione los informes técnicos para que el juez pueda determinar el monto del traspaso.

Por último, se señala como criterio cuantificador, la colaboración que el cónyuge solicitante hubiere prestado en actividades lucrativas del otro cónyuge. Así, por ejemplo, sucedería con la mujer que ayuda a su marido a atender el negocio familiar, la mujer que trabaja como secretaria en la oficina de abogados o de su marido que es médico. En estos últimos casos, la mujer normalmente comparte este trabajo y las actividades del hogar y de cuidados de los hijos.

Estimamos que se pueden incorporar otros criterios distintos a los enumerados en el artículo 62 de la NLMC, ya que esta disposición señala que se considerarán especialmente los criterios que se enumeran, con lo que abre la puerta a que el juez pueda considerar criterios diversos a los establecidos por el legislador. Así, por ejemplo, se podría considerar la colaboración en actividades que no sean lucrativas, como acompañar a su marido a hacer estudios de postgrado en el extranjero por 4 o 5 años (tiempo promedio para los estudios de doctorado). En este caso se trata de una actividad académica no lucrativa, pero que implica trasladarse a otro país y no poder realizar actividades remuneradas o lucrativas.

No obstante, para incorporar nuevos criterios deberían darse las siguientes condiciones: en primer lugar, debería dictarse una resolución fundada del tribunal en que se consigne el razonamiento que justifica considerar un criterio distinto; y, en segundo lugar, debería existir una relación con el concepto de pérdida de una oportunidad laboral como elemento aglutinador y que justifica la procedencia de la compensación económica.

La determinación del derecho a compensación económica la pueden hacer las partes de común acuerdo, siendo cónyuges mayores de edad, en un acuerdo que conste por escritura pública o en un acta de avenimiento que requiere de la aprobación judicial (artículo 63 de la NLMC). Con el último requisito se limitaría la posibilidad de acuerdos en las capitulaciones matrimoniales, porque claramente el juez no podría aprobar un acuerdo previo al matrimonio, ya sea que lo que se pretenda regular por los futuros cónyuges sea renunciar o fijar el monto de la prestación compensatoria. En este caso, es el legislador quien hace primar la autonomía de la voluntad, los que en principio pueden utilizar la fórmula que estimen, incluso renunciar a este derecho, ya que no está prohibida la renuncia y solo mira el interés del renunciante.

También puede ser regulada por el juez de familia, el que está sometido a las normas que regulan este derecho y al principio de protección del cónyuge más débil. Así, el artículo 64 de la NLMC señala que el juez debe determinar el monto de la compensación económica, por lo que siempre debería establecer el monto de la prestación, lo que se aplica incluso en aquellos

5. Chile se caracteriza por ser un sistema de capitalización individual obligatorio, donde los trabajadores cotizan un porcentaje de su sueldo en una cuenta de capitalización individual en una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP). El sistema de pensiones se encuentra regulado por el Decreto Ley N.° 3.500, de 13 de noviembre de 1980.

casos en que el pago se realice a través de la constitución de derechos reales como el derecho de usufructo sobre bienes del cónyuge deudor, e incluso no podría establecer prestaciones indeterminadas en cuanto a su monto como por ejemplo las rentas vitalicias.

La ley establece, también otras formas de pago el pago, como la dación en pago de acciones u otros bienes, o el pago en cuotas, el artículo 65 de la NLMC se refiere al pago de un número reducido de cuotas, pero de un deudor solvente, de una persona que tiene bienes suficientes para pagar la prestación.

En el mismo artículo 65 de la NLMC se establece la posibilidad de constituir derechos de reales a favor del cónyuge beneficiario, como el derecho de usufructo, de habitación o el derecho de uso sobre bienes de propiedad del deudor.

Si no tiene los bienes señalados o la posibilidad de pagar mediante estas modalidades, es decir, se trata de un deudor insolvente, debe aplicarse la norma del artículo 66 de la NLMC, pudiendo el juez fijar cuántas cuotas estime necesario. En este caso debe fijar, además, seguridades para el pago, es decir, puede ser cualquier institución que garantice el pago, como una cláusula de aceleración del crédito, constituir cauciones personales o reales, establecer la retención por parte del empleador

El artículo 66 de la NLMC en cuanto al incumplimiento del pago de las cuotas por el deudor, nos genera el problema de la aplicación de los apremios y, especialmente, si es posible aplicar los apremios personales establecidos en la Ley N.º 14.908 sobre pago de pensiones alimenticias como el arresto, arraigo, u otros apremios como la suspensión de la licencia de conducir, retención de impuestos o retención por parte del empleador.

Por último, el cumplimiento incidental del fallo se debe solicitar ante el mismo tribunal que dictó la sentencia, y también se puede optar por la aplicación del procedimiento ejecutivo simplificado del artículo 11 de la Ley N.º 14.908 sobre pagos de pensiones alimenticias, en cuanto a que facilita enormemente la tramitación de esos juicios.

5.2. Término del régimen patrimonial del matrimonio

En Chile existen tres regímenes patrimoniales del matrimonio: sociedad conyugal, participación en los gananciales y separación de bienes, y por los cuales los cónyuges pueden optar antes o al momento del matrimonio, o incluso, sustituir el régimen vigente por otro durante la vigencia del matrimonio. Según los datos del Registro Civil en el periodo 1990 a 2020, el principal régimen patrimonial del matrimonio es el de sociedad conyugal, que fue elegido en un 65 % de los matrimonios, mientras que el régimen de separación de bienes en un 33 % de los matrimonios, y solo 2 % de los matrimonios se encontraban bajo el régimen de participación en los gananciales. Sin embargo, si se analiza solo el período entre los años 2011-2022 los matrimonios que se celebran bajo régimen de sociedad conyugal han disminuido para llegar a alrededor del 55 % de los casos, mientras la separación de bienes ha crecido para llegar a un 43 %. Por último, los matrimonios bajo el régimen de participación en los gananciales siguen moviéndose en el rango de 2 a 3 % histórico[6].

En este contexto, lo relevante para este capítulo será analizar los efectos del régimen patrimonial al término del matrimonio, desde ya excluimos al régimen de separación de bienes, dado que no genera efecto alguno en Chile, a diferencia de lo que ocurre en España[7] y México[8],

6. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34297/1/BCN_Nupcialidad_y_regimenes_patrimoniales__FINAL.pdf

7. En España se consagra una indemnización por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes (artículo 1438 del Código Civil español).

8. En México, las compensaciones se introdujeron por primera vez en el Código Civil del Distrito Federal en el año 2000, normativa que fue reformada en el año 2008. Desde su regulación inicial, se estableció una indemnización o compensación a favor del cónyuge que, durante el matrimonio se hubiera dedicado preponderantemente al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos.

con la compensación por trabajo doméstico. Por lo señalado, nuestro análisis se concentrará en la liquidación de la sociedad conyugal y en la determinación del crédito de participación en el régimen de participación en los gananciales.

a. Disolución de la sociedad conyugal

Para proceder a la liquidación se requiere que se ponga término al régimen de sociedad conyugal, la que se disuelve por las causales contempladas en el artículo 1764 del Código Civil, las que son taxativas: a) Por disolución del matrimonio. Se pone término al matrimonio (muerte natural, muerte presunta, divorcio y nulidad) y, en consecuencia, al régimen matrimonial (artículos 1764 N.° 1 del Código Civil y 42 de la NLMC); b) Por presunción de muerte de uno de los cónyuges. Por el decreto que concede la posesión provisoria o definitiva de los bienes del cónyuge desaparecido (artículos 84, 91 y 1764 N.° 2 del Código Civil), y c) Por la sentencia firme y ejecutoriada de la separación judicial o de separación de bienes (artículos 1764 N.° 3 del Código Civil y 34 de la NLMC).

Los principales efectos de la disolución de la sociedad conyugal son:

- Término de la administración del marido o del curador. Una consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal es poner término a la administración ordinaria (a cargo del marido) o a la administración extraordinaria (a cargo de un curador: la mujer o un tercero). Esto trae dos importantes efectos: i) respecto de los bienes que formaban parte de la sociedad conyugal, serán administrados por los comuneros (artículos 2305 y 2081 del Código Civil); e, ii) respecto de los bienes propios de la mujer, serán administrados por ella.
- La mujer puede renunciar a los gananciales. Esta renuncia es un acto jurídico familiar puro y simple (aplicando por analogía el artículo 1227 del Código Civil)[9], de carácter unilateral y, por regla general, irrevocable (artículo 1782 inciso 2.° del Código Civil). La renuncia siempre debe ser total y, en el caso de los herederos, si algunos de ellos renuncian a su parte, sus porciones acrecen a la del marido (artículo 1785 del Código Civil).

  Según el artículo 1719 Código Civil, la mujer puede renunciar a los gananciales antes del matrimonio (en las convenciones matrimoniales) o después de su disolución (artículos 1781 a 1785 del Código Civil). En este último caso, pueden renunciar desde la disolución hasta que haya entrado en su poder alguna parte del haber social a título de gananciales.

  Pueden renunciar a los gananciales la mujer mayor de edad y sus herederos mayores de edad, en caso de la mujer o de sus herederos menores de edad, requieren de aprobación judicial (artículo 1721 del Código Civil).

  Los efectos de la renuncia son: los derechos de la sociedad y del marido se confunden (artículo 1783 del Código Civil); los bienes del patrimonio reservado pertenecen exclusivamente a la mujer (artículo 150 inciso 9.° del Código Civil); y, la mujer conserva sus derechos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones (artículo 1784 del Código Civil).
- Se forma una comunidad. Si la mujer acepta los gananciales se forma una comunidad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro.

  La comunidad que se forma al aceptar la mujer los gananciales, se encuentra integrada por todos los bienes sociales, a los que se pueden incorporar los del patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, si ésta acepta los gananciales.

En consecuencia, el día de la disolución queda fijado irrevocablemente el activo y el pasivo de la sociedad conyugal, permitiendo que se proceda a su liquidación.

9. Somarriva Undurraga, M., *Derecho de Familia*, segunda edición, Editorial Nascimento, 1963, p. 336.

i. Liquidación de la sociedad conyugal

Para Rossel la liquidación comprende «el conjunto de operaciones destinadas a separar los bienes de los cónyuges y de la sociedad, a dividir las utilidades llamadas ganancias y a reglamentar el pago de las deudas»[10]. En un sentido similar, para Somarriva es «el conjunto de operaciones que tienen por objeto establecer si existen o no gananciales, y en caso afirmativo partirlos por mitad entre los cónyuges, reintegrar las recompensas que la sociedad adeude a los cónyuges o que éstos adeuden a la sociedad; y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal»[11].

Es una materia de competencia de un juez árbitro o juez partidor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 227 Código Orgánico de Tribunales, según el cual *«deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 1.º La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades»*. En el inciso final, agrega *«los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges»*.

Las normas aplicables a la liquidación son las establecidas para la sucesión por causa de muerte, es decir, nos remite a los artículos 1253 y 1255 del Código Civil, los que a su vez hacen aplicables los artículos 382 y ss. del Código Civil. Además, se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil que se refieren al inventario solemne en los artículos 858 a 865.

Según la doctrina[12], la liquidación comprende las siguientes operaciones: 1. confección de inventario y tasación de bienes; 2. formación del acervo bruto; 3. formación del acervo líquido; 4. partición de los gananciales y división del pasivo; y, 5. adjudicación de bienes.

1. Confección de inventario y tasación de bienes

De acuerdo con el artículo 1765 del Código Civil, una vez disuelta la sociedad conyugal, se debe proceder inmediatamente a la confección de un inventario y a la tasación de los bienes de la forma y términos previstos para la sucesión por causa de muerte.

El inventario debe incorporar todos los bienes de la persona cuyo patrimonio se inventaría, así lo dispone el artículo 1765 del Código Civil, que señala que se debe confeccionar un inventario de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable. Así, lo prescriben las siguientes disposiciones: el artículo 382 inciso 1.º del Código Civil, al señalar que *«el inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador».* Por su parte, el artículo 384 del Código Civil dispone que *«debe comprender el inventario aun las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si se encontraren entre las que lo son; y la responsabilidad del tutor o curador se extenderá a las unas como a las otras»*.

En el caso que aparezcan bienes en forma posterior a la confección del inventario, se hará un inventario solemne de ellos y se agregará al anterior (artículo 383 del Código Civil). Por último, la incorporación de un bien en el inventario no constituye prueba de dominio (artículo 385 del Código Civil).

El inventario puede ser simple o solemne. El inventario simple, es el que realizan las partes en un documento privado. En cambio, el inventario solemne el que se hace, previo decreto judicial,

10. Rossel Saavedra, E., *Manual del Derecho de la Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1958, p. 227.

11. Somarriva Undurraga, M., *Derecho de Familia*, *op. cit*., p. 314.

12. Rossel Saavedra, E., *Manual de Derecho de la Familia*, *op. cit*., pp. 227 y ss.; Somarriva Undurraga, M., *Derecho de Familia*, *op. cit*., pp. 314 y ss.; Rodríguez Grez, P., *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 176 y ss.; y, Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia*, séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, 2013, pp. 275 y ss.

por el funcionario competente y con los requisitos que en el artículo siguiente se expresan (artículo 858 del Código de Procedimiento Civil).

El artículo 1766 del Código Civil prescribe que es necesario otorgar inventario y tasación solemne cuando entre los partícipes de gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes. En los demás casos bastará el inventario simple, a menos que los interesados soliciten la confección de inventario solemne (artículo 1284 del Código Civil). Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Concepción, que refiere «que si bien es efectivo que el artículo 1765 del Código Civil señala que disuelta la Sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte, no lo es menos, que la obligación de practicar inventario solemne sólo rige cuando entre los partícipes hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes (artículo 1776 inciso 2.º del Código Civil)»[13].

Si se omite el inventario solemne, en los casos en que resulta obligatorio, la sanción, según el artículo 1766 inciso 2.º del Código Civil, es que aquel a quien fuere imputable esta omisión será responsable de los perjuicios. Además, se procederá lo más pronto posible a legalizar el inventario y tasación en la forma debida. En este sentido, Rodríguez señala que «...la sanción da lugar a una acción ordinaria de indemnización de perjuicios, por lo tanto, prescribirá en el término de cinco años»[14].

El incumplimiento de la exigencia de inventario solemne no afecta la validez de la liquidación, como señala el artículo 1766 del Código Civil*, «...sin solemnidad judicial, no tendrá valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado»*. En consecuencia, la sanción es la inoponibilidad para el acreedor que no ha aprobado y firmado el inventario simple.

En este sentido, se ha resuelto por la Corte Suprema «que la omisión del inventario y tasación que exige el legislador, trae aparejada distintas consecuencias, entre ellas que el pacto de separación no tendrá valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren aprobado y firmado, formalidad que no se acreditó en autos, todo lo contrario, se señaló por los jueces del mérito, que el pacto de separación de bienes no cumple los requisitos establecidos en los artículos 1765 y 1766 del Código Civil y, por tanto, carece de valor en juicio»[15].

La ocultación o distracción dolosa es sancionada por el artículo 1768 del Código Civil, que prescribe que *«aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada»*. De manera que no basta con realizar el inventario de los bienes, sino que, además, es necesario tasarlos, es decir, fijarles valor.

La tasación se puede realizar por peritos o por los comuneros, por acuerdo unánime de ellos, tal como lo prescribe el artículo 1335 del Código Civil: *«el valor de la tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies; salvo que los coasignatarios hayan legítima y unánimemente convenido en otra forma, o que se liciten las especies, en los casos previstos por la ley»*.

Según Ramos, «...para hacer la tasación en forma privada se requiere, según este artículo, que todas las partes sean plenamente capaces. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil ha venido a complementar y modificar lo dicho por el artículo 1335, al establecer en el artículo 657 que "Para adjudicar o licitar los bienes comunes, se apreciarán por peritos nombrados en la forma ordinaria" (inc. 1.º). "Podrá, sin embargo, omitirse la tasación, si el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes, o de sus representantes, aun cuando haya entre aquellas

13. Resolución de fecha 04/08/2008, en causa ROL N.º 457-2005, de la Corte de Apelaciones de Concepción, considerando 2.º.

14. Rodríguez Grez, P., *Regímenes patrimoniales, op. cit*., p. 180.

15. Resolución de fecha 06/06/2006, en causa ROL N.º 2000-2004, de la Corte Suprema, considerando 4.º.

incapaces, con tal que existan en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, o que se trate de bienes muebles, o de fijar un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños" (inc. 2.º)»[16].

En consecuencia, no se requiere de tasación solemne, aun cuando entre los interesados haya personas incapaces, en los siguientes casos: si solo se trata de liquidar bienes muebles; cuando en los autos existen antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes; y, cuando solo se trata de fijar un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños[17].

2. Formación del acervo bruto o común

El acervo bruto se encuentra compuesto por todos los bienes que pertenecen a la sociedad conyugal, ya sean inmuebles, muebles, acciones, valores, etc. Además, de los bienes que integraban el patrimonio reservado (salvo que se renuncie a los gananciales), y todos los bienes de que usufructuaba la sociedad conyugal.

Se debe recordar la presunción del artículo 1739 del Código Civil, es decir, se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal, y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales.

3. Formación del acervo líquido o partible

La siguiente operación consiste en realizar ciertas deducciones del acervo bruto, a efectos de determinar los bienes que serán divididos entre los cónyuges o entre éstos y sus herederos:

- Se debe proceder a la restitución de los bienes propios de los cónyuges. Tal como lo señala el artículo 1770 del Código Civil, según el cual cada cónyuge tiene derecho a «sacar» de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan. La restitución deberá realizarse «tan pronto como fuere posible» después de la confección del inventario.

  Los bienes se restituyen en el estado en que se encuentren, así se desprende del artículo 1771 del Código Civil, en el sentido que las pérdidas o deterioros deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá resarcirlos.
- Tendrá derecho a sacar los precios, saldos y recompensas. Estas deducciones pueden realizarse dentro de un año, contado desde la terminación del inventario. El juez, con conocimiento de causa, puede ampliar o restringir el plazo a petición de los interesados.

  El artículo 1773 del Código Civil establece un orden de prelación para realizar estas deducciones, en este sentido, la mujer hará antes que el marido las deducciones y, las que consisten en dinero, sea que pertenezcan a la mujer o al marido, se ejecutarán sobre el dinero y los bienes muebles de la sociedad, subsidiariamente, sobre los inmuebles de esta.

  Por último, la mujer tiene un privilegio de cuarta clase para pagarse de este saldo (artículo 2481 N.º 3 del Código Civil). Si no son suficientes los bienes de la sociedad, la mujer podrá hacer las deducciones sobre los bienes propios del marido, eligiéndolos de común acuerdo y, en caso contrario, por el juez.
- Se acumularán imaginariamente al haber social las recompensas o indemnizaciones que los cónyuges deban a la sociedad conyugal.
- Una vez efectuadas las deducciones precedentes, el residuo se dividirá por mitad entre los cónyuges.

16. Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia, op. cit*., p. 282.

17. *Ibidem*.

Por último, no se deben confundir los gananciales de la sociedad conyugal, que tienen como fundamento el régimen patrimonial, con la compensación económica, que busca resarcir el menoscabo económico que genera la ruptura matrimonial. En este sentido, se ha resuelto que «...mientras la compensación económica está destinada a reparar el menoscabo que se produjo en el patrimonio de uno de los cónyuges como consecuencia de haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o del hogar común, en la medida que ello le impidió desarrollar una actividad remunerada, la liquidación de la sociedad conyugal es la forma ordinaria de poner término a la comunidad que se forma entre los cónyuges, al disolverse dicho régimen matrimonial, por cualquier causa contempla la ley»[18].

4. Partición de los gananciales y división del pasivo social

Una vez realizadas las operaciones anteriores, se debe proceder a la partición de los gananciales y la división del pasivo social. Es necesario, en consecuencia, deducir al activo de la sociedad el pasivo, estas deducciones se pueden realizar imaginariamente.

Desde el punto de vista de la obligación a la deuda, el marido es responsable del total de las deudas sociales (artículo 1778 del Código Civil), mientras que la mujer no puede ser perseguida por las deudas sociales sino hasta la concurrencia de la mitad de gananciales (artículo 1777 del Código Civil). No obstante, los acreedores pueden perseguir las deudas en el patrimonio de la mujer, en los siguientes casos: en caso de que sean deudas personales de la mujer; cuando se trate de obligaciones indivisibles; y, cuando consistan en obligaciones caucionadas por prendas o hipotecas[19].

Desde el punto de vista de la contribución a la deuda, cada cónyuge es responsable de la mitad de las obligaciones sociales, de acuerdo con el artículo 1778 del Código Civil, que prescribe que el marido es responsable del total de las deudas sociales, salvo la acción contra la mujer para el reintegro de la mitad. Es lo que se denomina beneficio de emolumentos (artículo 1777 del Código Civil), y que ha sido definido como «la facultad que tiene la mujer o sus herederos para limitar su obligación y su contribución a las deudas de la sociedad hasta concurrencia de su mitad de gananciales, es decir, del provecho o emolumento que obtuvieron en ella»[20].

Este beneficio puede oponerlo la mujer a los acreedores o al marido, a los primeros, si pretenden cobrar obligaciones sociales directamente a la mujer, y al marido, si pretende la restitución de lo que pagó por dichas deudas. La mujer no puede renunciar en las capitulaciones matrimoniales a este beneficio (artículo 1717 del Código Civil). Nada impide, por tanto, la renuncia una vez disuelta la sociedad conyugal.

Según Ramos, «los cónyuges pueden convenir que una deuda social la soporte uno de ellos en su integridad o en una proporción diferente al cincuenta por ciento. Ello es perfectamente posible, y lo aceptan los artículos 1340 y 1359 para los herederos, normas que se aplican al caso de la liquidación de la sociedad conyugal de acuerdo al artículo 1776»[21].

5. Adjudicación de bienes

De acuerdo con el artículo 1774 del Código Civil, una vez ejecutadas las operaciones precedentes, el residuo se dividirá en mitad por los cónyuges. En este proceso se procederá a la adju-

18. Resolución de fecha 26/01/2007, en causa ROL N.º 676-2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 8.º.

19. En este sentido, Rossel Saavedra, E., *Manual del Derecho de la Familia, op. cit.*, pp. 236 y 237; y Rodríguez Grez, P., *Regímenes patrimoniales, op. cit.*, p. 187.

20. Somarriva Undurraga, M., *Derecho de Familia, op. cit.*, p. 331.

21. Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia, op. cit.*, p. 293. En un sentido similar, Rodríguez Grez, P., *Regímenes patrimoniales*, *op. cit.*, p. 188.

dicación de los bienes que queden de la liquidación. Como señala Rodríguez, en el artículo 1344 del Código Civil se entiende que el cónyuge adjudicatario ha sido dueño exclusivo del bien desde su adquisición por la sociedad conyugal[22].

Por último, se ha resuelto «que, sin que haya mediado la liquidación aludida no pudo tener lugar la adjudicación que dispone el párrafo segundo de la decisión segunda de la sentencia que se revisa, toda vez de que no encontrase tal acto en el ámbito de las facultades que se confieren al juez de la causa por el número dos del artículo 65 de la Ley N.º 19.947, lo que no obsta impetrársela en conformidad a las reglas generales»[23].

b. Determinación del crédito de participación en los gananciales

Este régimen funciona durante su vigencia como el régimen de separación de bienes y, al término, se debe determinar si existen gananciales que originen un crédito a favor de uno de los cónyuges. Para ello, será necesario fijar el patrimonio de los cónyuges al inicio (patrimonio originario) y el patrimonio al término del régimen (patrimonio final). Luego, se debe realizar una comparación de los patrimonios y, con ese resultado, se determina si existen o no gananciales.

i. Patrimonio originario

Es el existente al momento de optar por el régimen de participación en los gananciales. Para determinarlo, se debe deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea titular al iniciarse el régimen, el valor total de las obligaciones de que sea deudor en esa misma fecha (artículo 1792-7 del Código Civil). Si tiene más deudas que bienes, se entiende que el patrimonio originario carece de valor.

Se deben agregar al patrimonio originario, los bienes adquiridos a título gratuito durante su vigencia (deducidas las cargas con que estuvieren gravadas), y los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen que tengan una causa o título de adquisición anterior a su inicio, aunque dicha adquisición sea a título oneroso. Se considerarán parte de este patrimonio, los siguientes bienes:

- Los bienes que uno de los cónyuges poseía antes del régimen de bienes, aunque la prescripción o transacción con que los haya hecho suyos haya operado o se haya convenido durante la vigencia del régimen.
- Los bienes que se poseían antes del régimen por un título vicioso, siempre que el vicio se haya purgado durante su vigencia por la ratificación u otro medio legal.
- Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación.
- Los bienes litigiosos, cuya posesión pacífica haya adquirido cualquiera de los cónyuges durante la vigencia del régimen.
- El derecho de usufructo que se haya consolidado con la nuda propiedad que pertenece al mismo cónyuge.
- Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes de la vigencia del régimen. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados antes y pagados después.
- La proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen, por los bienes adquiridos de resultas de contratos de promesa.

Además, los bienes adquiridos en conjunto a título gratuito se agregan a los respectivos patrimonios originarios (artículo 1792-10 del Código Civil).

---

22. Rodríguez Grez, P., *Regímenes patrimoniales, op. cit*., p. 189.

23. Resolución de fecha 18/04/2006, en causa ROL N.º 38-2006, de la Corte de Apelaciones de Rancagua, considerando 2.º.

Es menester considerar que no ingresan al patrimonio originario los frutos de los bienes originarios, las minas denunciadas por uno de los cónyuges, ni tampoco las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida (artículo 1792-9 del Código Civil).

Para determinar este patrimonio originario, es necesario otorgar un inventario simple de los bienes de que era titular cada cónyuge al momento de pactar el régimen. Se trata de un requisito de prueba, toda vez que, la falta de dicho inventario no acarrea la nulidad del régimen, ya que el patrimonio originario puede probarse por otros instrumentos, tales como registros, facturas, o títulos de crédito. Incluso, se pueden hacer valer en juicio otros medios de prueba, si el cónyuge demuestra que, atendida las circunstancias, no estuvo en situación de procurarse un instrumento (artículo 1792-11 del Código Civil).

De esta forma, se señala que existe una jerarquía probatoria: el inventario simple; los otros instrumentos (registros, facturas, títulos de crédito); y, de forma excepcional, otros medios de prueba[24].

En cuanto a los otros medios probatorios, en especial la posibilidad de utilizar la confesión del otro cónyuge, Corral señala: «...la ley no ha excluido expresamente este medio probatorio, por lo que pareciera ser procedente entre los cónyuges (se aplica así un criterio diverso al de la sociedad conyugal; *cfr.* Art. 1739 inc. 2.º CC). La confesión no sería prueba plena, en cambio, contra los eventuales acreedores por aplicación del nuevo texto del art. 2485 CC que, en cuanto al privilegio de cuarta clase reconocido al crédito de gananciales, señala que la confesión de alguno de los cónyuges no hará prueba por sí sola contra los acreedores»[25].

Este inventario del patrimonio originario, además, debe ser valorizado considerando todos los bienes que lo componen, así, el artículo 1792-13 del Código Civil señala que se valoriza «según su estado al momento de entrada en vigencia del régimen o el de su adquisición», el que será, prudencialmente, actualizado a la fecha de terminación de este. Esta valoración la pueden hacer: los cónyuges; un tercero designado por ellos; o, en subsidio, por el juez. Las mismas reglas se aplican para proceder a la valoración del pasivo.

ii. Patrimonio final

Es aquel que existe al término del régimen, al igual que en el patrimonio original, en este caso, se debe deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha.

En segundo lugar, se deben agregar imaginariamente los montos de las disminuciones de su activo que sean consecuencia de los siguientes actos:

- Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o usos sociales, en consideración a la persona del donatario.
- Cualquier otra especie de actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge.
- El pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta segura al cónyuge que haya incurrido en ellos. No se consideran en este número las rentas vitalicias derivadas de la aplicación del Decreto Ley N.º 3.500[26].
- La cotización adicional voluntaria en la cuenta de capitalización individual (D.L N.º 3.500).
- Los depósitos en cuentas de ahorro voluntario.

---

24. En un sentido similar, Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia, op. cit.*, p. 327; y, Corral Talciani, H., *Bienes familiares y participación en los gananciales*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 146 y 147.

25. Corral Talciani, H., *Bienes familiares y participación en los gananciales, op. cit.*, pp. 147 y 148.

26. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7147.

Los actos señalados deben ejecutarse durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales. Además, las agregaciones serán efectuadas considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación.

El plazo para otorgar el inventario es de tres meses siguientes al término del régimen, que se puede ampliar por el juez por una sola vez y por igual período (artículo 1792-16 del Código Civil).

Se trata también de un inventario simple, si está firmado por el cónyuge hará prueba en favor del otro para determinar su patrimonio final. No obstante, el cónyuge podrá objetar el inventario alegando que no es fidedigno. En este caso, puede utilizar todos los medios de prueba para demostrar la composición y el valor efectivo del patrimonio final.

Los bienes que componen el activo final también se valoran según su estado al momento de la terminación del régimen. En el caso de las agregaciones imaginarias de bienes, se valoran según el estado que hubieren tenido al término del régimen. Tanto la valoración del activo como del pasivo puede ser realizadas: por los cónyuges; por un tercero designado por ellos; o, en subsidio, por el juez (artículo 1792-17 del Código Civil).

Si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final, el doble del valor de aquellos o de éstas (artículo 1792-18 del Código Civil).

Por último, al término del régimen se presumen comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo los de uso personal de los cónyuges. La prueba en contrario deberá fundarse en antecedentes escritos (artículo 1792-12 del Código Civil).

iii. Determinación de los gananciales

Según lo dispuesto por el artículo 1792-6 del Código Civil, se entiende por gananciales la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge. Para CORRAL, «los gananciales son el resultado de la operación aritmética de comparar el valor del patrimonio de cada uno de los cónyuges en dos momentos específicos: el de inicio del régimen (patrimonio originario) y el de la terminación del régimen (patrimonio final). La comparación ha de hacerse en "valor neto", esto es, se exige que se descuenten los pasivos constituidos por deudas u obligaciones»[27].

Como señala Ramos, «el concepto de gananciales en el régimen de participación es diferente al de la sociedad conyugal, pues en este último se entiende por gananciales "al acervo líquido o partible que se divide por mitades, el que resulta de deducir del acervo común o bruto, los bienes propios de los cónyuges, las recompensas que adeuden a la sociedad a los cónyuges y el pasivo común (artículo 1774 del Código Civil)"»[28].

En la determinación de los gananciales (artículo 1792-19 del Código Civil), se pueden dar las siguientes situaciones:

- Que el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al patrimonio originario. En este caso, solo él soportará la pérdida.
- Que uno solo de los cónyuges obtenga gananciales. En este caso, el otro cónyuge participará de la mitad de su valor.
- Que ambos cónyuges obtengan gananciales. En este caso, éstos se compensan hasta la concurrencia de los de menor valor, y aquel que hubiere obtenido menores gananciales tendrá derecho a que el otro le pague la mitad del excedente, a título de participación.

27. Corral Talciani, H., *Bienes familiares y participación en los gananciales, op. cit.*, p. 137.

28. Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia, op. cit.*, p. 323.

iv. Crédito de participación

Es el que resulta de la terminación legal de los gananciales, en los casos en que exista una diferencia a favor de uno de los cónyuges, después de comparar los patrimonios finales de estos, caso en que se debe pagar en dinero efectivo, a título de participación, la mitad del exceso.

6. Conclusiones

Los efectos de la ruptura matrimonial dependen de la institución que quieran utilizar los cónyuges, considerando que la separación judicial solo suspende los efectos del matrimonio, el que se puede reanudar con el consentimiento de los cónyuges. Por su parte, la nulidad se limita a la liquidación del régimen matrimonial, y es el divorcio, el que genera otras consecuencias jurídicas, como la compensación económica.

En todos los casos se trata de temas complejos que deben analizarse caso a caso, ya que las causales como la culpa también inciden en los efectos tanto de la separación judicial como el divorcio, y, por último, la mala fe también puede tener consecuencias tanto en la nulidad como en los divorcios con compensación económica.

7. Bibliografía

Doctrina

Corral Talciani, H., «La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial», *Revista chilena de derecho*, Vol. 34, N.º 1, 2007.

Corral Talciani, H., *Bienes familiares y participación en los gananciales*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Lepin Molina, C., *Jurisprudencia de Derecho Familiar: Compensación económica (2004-2017)*, Thomson Reuters, 2018.

Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia*, séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, 2013.

Rodríguez Grez, P., *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Rossel Saavedra, E., *Manual del Derecho de la Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1958.

Saura Alberdi, B., *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant Lo Blanch, 2004.

Servicio de Registro Civil e Identificación, *Estadísticas con enfoque de género*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Chile, 2015.

Somarriva Undurraga, M., *Derecho de Familia*, segunda edición, Editorial Nascimento, 1963.

Vidal Olivares, Á., «La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil», en Guzman Brito, A., y Vidal Olivares, Á., *El nuevo derecho chileno del matrimonio,* Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Vidal Olivares, Á., «La compensación económica por ruptura matrimonial», *Cuadernos de análisis jurídicos*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2009.

Jurisprudencia

- Resolución de fecha 18/04/2006, en causa ROL N.º 38-2006, de la Corte de Apelaciones de Rancagua.

- Resolución de fecha 06/06/2006, en causa ROL N.° 2000-2004, de la Corte Suprema.
- Resolución de fecha 20/06/2006, en causa Rol N.° 529-2006, de la Corte de Apelaciones de Rancagua.
- Resolución de fecha 27/10/2006, en causa Rol N.° 809-2006, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.
- Resolución de fecha 26/01/2007, en causa ROL N.° 676-2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- Resolución de fecha 20/10/2007, en causa Rol N.° 7333-2006, de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- Resolución de fecha 10/04/2008, en causa Rol N.° 2856-2007, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- Resolución de fecha 04/08/2008, en causa ROL N.° 457-2005, de la Corte de Apelaciones de Concepción.
- Resolución de fecha15/02/2010, en causa Rol N.° 657-2009, de la Corte de Apelaciones de Concepción.
- Resolución de fecha 24/06/2013, en causa Rol N.° 1482-2013, de la Corte Suprema.
- Resolución de fecha 20/10/2015, en causa Rol N.° 581-2015, de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- Resolución de fecha 13/04/2016, en causa Rol N.° 37105-2015, de la Corte Suprema.

CAPÍTULO 6

LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO[1]

María Blanca Noodt Taquela
Profesora Catedrática de Derecho internacional Privado
Universidad de Buenos Aires

Guillermo Argerich
Profesor Titular de Derecho internacional Privado
Universidad de Buenos Aires

Adriana Verónica Villa
Profesora Titular de Derecho internacional Privado
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO DE RÉGIMEN ECONÓMICO. 2.1. ¿De qué hablamos cuando nos referimos al régimen económico del matrimonio? 2.2. Libertad versus solidaridad patrimonial. 2.3. Fuentes normativas en materia de régimen económico del matrimonio. 3. PLURALIDAD DE REGÍMENES ECONÓMICOS. 3.1. Regímenes matrimoniales.3.1.1. Régimen de comunidad universal de bienes. 3.1.2. Régimen de separación de bienes. 3.1.3. Régimen de sociedad de gananciales. 3.1.4. Sistema de participación en las ganancias generadas. 3.1.5. Inexistencia de régimen patrimonial. 3.2. Regímenes no matrimoniales. 4. MATERIA ARBITRABLE. 4.1. Argentina. 4.2. Costa Rica. 4.3. Estados Unidos de América. 4.4. Canadá. 4.5. España. 4.6. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. 4.7. Suiza. 4.8. Alemania. 4.9. Etiopía. 4.10. India. 4.11. Japón. 4.12. Filipinas. 5. CONVENIENCIA DE PACTAR ARBITRAJE PARA LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO. 6. FACILIDAD PARA EJECUTAR EL LAUDO. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación de la Universidad de Buenos Aires, UBACyT, por el período 2020-2025, titulado «El derecho internacional privado como ejercicio ético y de la pluralidad», dirigido por María Blanca Noodt Taquela, y en el que participan Guillermo Argerich y Adriana Verónica Villa. Ha colaborado en la investigación Tomás Cilio, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el marco del Programa de Estudiantes Adscriptos a Actividades de Investigación.

1. Introducción

Los nuevos paradigmas de familia han derivado también en una diversidad de regímenes económicos matrimoniales con los que se encuentran los jueces y los abogados al abordar casos de Derecho internacional privado (DIPr.), cada vez más frecuentes. El impacto de las migraciones implica muchas veces enfrentarse a regímenes económicos que pueden corresponder al país de origen de los migrantes, pero que deben ser abordados en el país de acogida, con el debido respeto al carácter extranjero del caso.

Ya no existe un modelo de familia, sino distintos tipos de familia, que incluyen las uniones no matrimoniales, las parejas del mismo sexo, las familias monoparentales, entre otras[2]. Cualquiera sea el tipo de familia, es habitual que se generen vínculos patrimoniales de alguna forma u otra; así el régimen económico del matrimonio o de las parejas que no se han casado, puede dar lugar a controversias en las que se discuta la jurisdicción internacional que debe intervenir, el derecho aplicable y la necesidad de cooperación jurídica internacional, ya sea porque las partes se encuentren domiciliadas en distintos países o tengan bienes en diferentes estados.

Podemos ejemplificar con un caso resuelto en 2019 por un tribunal de Inglaterra y Gales, que tuvo que resolver sobre el pedido de medidas cautelares solicitado por Mandy C. Gray contra Hamish George Hurley, quienes habían mantenido una relación de pareja de 2013 a 2019, la que fue terminada por Mandy C. Gray en 2019[3]. Ella había nacido en los Estados Unidos de América, pero pasó a tener nacionalidad de St Kitts and Nevis en 2014 y también nacionalidad de Malta en 2017. Se había casado en 1995 con Randy Work y tuvieron dos hijos nacidos en 2000 y 2003. Después de vivir en varios países, en 2008 el matrimonio con sus hijos se mudó a Londres, donde continuó viviendo.

Mandy conoció a Hamish George Hurley en un gimnasio en Londres en 2009. Él había nacido en Nueva Zelandia; además de la ciudadanía de su país de nacimiento, adquirió la de Malta en 2017. Fue a vivir a Inglaterra en 2002 con su esposa, de la que se separó en 2008. A su vez Mandy se separó de su marido en 2013. La pareja adquirió cuantiosos bienes. Tenían una propiedad en Italia, de nombre San Martino, comprada por una suma superior a los 9 millones de euros, a los que se sumaron otros 9 millones de euros en gastos de reparaciones, todo pagado por Mandy, pero adquirida a nombre de ambos. Tenían también un campo en Nueva Zelandia y un departamento en Londres; seis autos de alta gama, tales como Ferrari y otros. También inversiones por más de 9 millones de dólares.

Hamish inició un proceso en Nueva Zelandia contra Mandy el 25 de marzo de 2019 y al día siguiente Mandy inició la acción en Londres contra Hamish. Ella como accionante, afirmó que existía jurisdicción internacional de los tribunales ingleses porque el domicilio del demandado al iniciar la acción se encontraba en Londres, invocando el Reglamento (EU) 1215/2012, art. 4.1.[4]. El demandado cuestionó la jurisdicción del tribunal, pues sostuvo que estaba domiciliado en Nueva Zelandia.

---

2. Gil Domínguez, A. y otros, *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia. Ley 26. 618*, Buenos Aires, Ediar, 2010, pp. 112-121; Rubaja, N. *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 186-196; Gargarella, R., «Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario», en *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, pp. 131-144.

3. El tribunal era la *High Court of Justice*, quien resolvió el 25 de junio de 2019 el caso *Gray v. Hurley* [2019] EWHC 1636 (QB). Este tribunal se encarga de casos civiles y comerciales complejos y algunos penales en primera instancia, según la información brindada por Sol Argerich.

4. El Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, dispone en su art. 4.1: Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. [...]

El señor Hurley y la señora Gray no estaban casados, pero el señor Hurley sostuvo que el conflicto entre él y Mandy Gray era una cuestión relativa a los derechos sobre los bienes que resultaban de una relación que tenía efectos equiparables a los del matrimonio, según las leyes de Nueva Zelandia. Por su parte, la señora Gray afirmaba que el derecho aplicable a la relación patrimonial era el inglés, derecho que no atribuía a la relación efectos comparables a los del matrimonio. El derecho de Nueva Zelandia disponía la división por mitades de los bienes adquiridos durante la relación, lo que no sucedería de acuerdo al derecho inglés.

Aunque la gran mayoría de las parejas no tienen valiosas propiedades como las del caso mencionado, la existencia de algunos bienes del matrimonio requiere la liquidación del régimen económico cuando se produce la separación, ya sea por divorcio o por muerte de uno de los cónyuges. Abordaremos entonces la autonomía de la voluntad en la materia versus el régimen legal en algunos sistemas jurídicos, autonomía que se expresa en los pactos o acuerdos o en la elección de un régimen. Veremos luego los distintos regímenes económicos existentes en el derecho comparado, para analizar a continuación el régimen económico del matrimonio como materia arbitrable. A las ventajas que puede significar que la liquidación de un régimen económico se resuelva a través de un proceso arbitral se suma la posibilidad de que el laudo que se dicte sea reconocido y ejecutado fácilmente al amparo de la Convención de Nueva York de 1958.

2. Concepto de régimen económico

2.1. ¿De qué hablamos cuando nos referimos al régimen económico del matrimonio?

El régimen económico del matrimonio y de otras parejas se refiere a las implicancias que puede tener el matrimonio sobre el patrimonio actual y futuro de cada cónyuge. Así, puede generarse como consecuencia del matrimonio una comunidad de bienes entre los cónyuges o puede ser que cada uno tenga participación en los bienes del otro cónyuge al momento de la separación o incluso puede ser que el matrimonio o la existencia de una relación de pareja no produzca ningún efecto sobre los bienes, como sucede en los sistemas de separación de bienes[5].

El régimen económico se ocupa también de caracterizar los bienes que ingresan al patrimonio de cada cónyuge como propios y comunes, salvo que se trate de sistemas de separación de bienes. Asimismo, determina las facultades de los esposos respecto de los bienes propios y comunes, ya sea para la administración como para la disposición de los bienes, como la responsabilidad de los esposos entre sí y frente a terceros[6].

2.2. Libertad versus solidaridad patrimonial

La libertad de las partes se expresa en la autonomía para elegir el régimen económico, en la facultad de elegir la ley aplicable al régimen pactado o determinado por la ley. Existe también libertad de las partes cuando pueden pactar cláusulas que modifiquen algunos aspectos del régimen aplicable. Encontramos también autonomía de las partes cuando se produce la mutabilidad del régimen por decisión del matrimonio, aunque generalmente deben darse además circunstancias objetivas, como el cambio de domicilio conyugal, tal como sucede en el DIPr. argentino de fuente interna: artículo 2625 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN)[7].

---

5. Pallarés, B. «Matrimonio» en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina (directores), tomo VI, Buenos Aires, La Ley, 2014, comentario al art. 2625, pp. 866-869, p. 867.

6. Pallarés, B. «Matrimonio», *op. cit.*, en nota 5, p. 867.

7. El artículo 2625 del CCCN dispone: «Efectos patrimoniales del matrimonio. [...] En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros».

Prima la solidaridad patrimonial cuando el legislador impone regímenes de comunidad de bienes o de participación en los gananciales. También en los casos de separación de bienes en los que, a pesar de la libertad de las partes, se garantiza un mínimo que debe recibir o conservar el cónyuge al disolverse el régimen. Esta intervención del estado generalmente se realiza a través de normas materiales de DIPr. o de normas de policía.

2.3. Fuentes normativas en materia de régimen económico del matrimonio

El Tratado de Derecho Civil Internacional, aprobado en Montevideo en 1889[8] contempla el régimen patrimonial en sus artículos 40 a 43, bajo el título «De las capitulaciones matrimoniales». Las capitulaciones rigen las relaciones patrimoniales y en defecto de ellas, se aplica la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado, de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio. En su defecto, el artículo 42 contempla la aplicación de la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

Por cierto, que el impacto de los Derechos Humanos y en particular la prohibición de toda discriminación contra la mujer, tornan inaplicable la ley del domicilio del marido. En cualquiera de los casos, rige el límite de las prohibiciones de la ley del lugar de la situación de los bienes. Por último, el sistema de Montevideo de 1889 es de inmutabilidad del régimen, ya que el cambio de domicilio no altera la ley aplicable.

El Tratado de Derecho Civil Internacional, adoptado en Montevideo en 1940[9] modifica la ubicación de las normas sobre el tema, situándolas con mayor corrección en los artículos 16 y 17, dentro del título «Del matrimonio». Se aplica la ley del primer domicilio conyugal, pero en materia de estricto carácter real, rige la ley del lugar de la situación de los bienes. Se mantiene la inmutabilidad del régimen, ya que el cambio de domicilio no altera la ley aplicable.

El Código de Derecho internacional privado adoptado en La Habana en 1928, conocido habitualmente como Código Bustamante[10], ubica el régimen patrimonial entre los contratos, en sus artículos 187 a 193. El denominado «contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio» se rige por la ley personal común de los contrayentes y en su defecto por la del primer domicilio matrimonial. A falta de estipulación de los cónyuges, el Código Bustamante no indica la ley aplicable al régimen y deja a las leyes respectivas esa determinación (artículo187). En varios artículos subsiguientes se puntualizan las cuestiones que se consideran de orden público internacional.

El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, firmado en 1978, permite a los cónyuges elegir antes del matrimonio la ley aplicable al régimen de bienes, pero lo limita a la de la nacionalidad o la residencia habitual de uno de los esposos o la residencia habitual de uno de ellos después del matrimonio. (artículo 3). En defecto de elección se aplica la ley de la nacionalidad común en determinadas circunstancias o la ley de la primera residencia habitual después del matrimonio. Con carácter subsidiario se contempla la ley que presente los vínculos más estrechos (artículo 4). El sistema es de mutabilidad por decisión de los cónyuges. El Convenio ha obtenido la aprobación solamente de tres Estados[11], pero tiene carácter universal (artículo 2).

8. El Tratado de Derecho Civil Internacional, aprobado en Montevideo en 1889, está vigente en las relaciones de Argentina, Paraguay y Uruguay con Bolivia, Colombia y Perú.

9. El Tratado de Derecho Civil Internacional, adoptado en Montevideo en 1940, está vigente entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

10. El Código Bustamante fue redactado por el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, aprobado en La Habana, el 20 de febrero de 1928, como Convención de Derecho internacional privado y se encuentra vigente en quince países: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, aunque en muchos casos con numerosas reservas.

11. El Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales, firmado en 1978, está vigente solamente entre Francia, Luxemburgo y Países Bajos. Ver: https://www.hcch.net/es

El Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, no se aplica en todos los Estados de la Unión Europea[12], pero tiene carácter universal (art. 20)[13]. En la misma fecha, se aprobó un instrumento gemelo: el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Las normas europeas toman muchas de las soluciones que ya había previsto la ley suiza sobre el derecho internacional privado de 1987, en sus artículos 51 a 58[14]. En esta legislación, los esposos pueden elegir el derecho aplicable al régimen matrimonial, entre la ley del domicilio común de ambos, o la ley del domicilio que tendrán después de la celebración del matrimonio o la ley del lugar de celebración del matrimonio o la ley de la nacionalidad de uno de los contrayentes (artículo 52). En defecto de elección del derecho, el régimen matrimonial se rige por la ley del último domicilio común de los esposos o en su defecto por la ley nacional común o subsidiariamente se aplica el régimen suizo de separación de bienes (artículo 54). El sistema suizo es de mutabilidad, tanto por decisión de las partes, como por el cambio de domicilio de los cónyuges (artículos 53 y 55). De acuerdo al método utilizado por la ley suiza, se regula también la competencia en la materia de regímenes matrimoniales (artículo 51), como el reconocimiento de decisiones extranjeras sobre el tema (artículo 58).

El régimen patrimonial del matrimonio tuvo cambios significativos en Argentina con la entrada en vigor en 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 26.994[15]. Los cambios se observan en el derecho de fondo (artículos 446 a 508), al abrir paso en buena medida a la autonomía de la voluntad y, por cierto, en el derecho internacional privado (artículo 2625)[16]. En la norma de derecho internacional privado, la autonomía de la voluntad aparece en primer lugar al disponer que las relaciones respecto de los bienes se rigen por las convenciones matrimoniales[17]. A las convenciones se aplica el derecho del primer domicilio conyugal; en defecto de acuerdo, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal, pero en las cuestiones de estricto carácter real, se aplica la ley del lugar de situación de los bienes. Este sistema de inmutabilidad del régimen matrimonial se remonta a la solución contenida en el art. 16 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. Con anterioridad,

12. El Reglamento (UE) 2016/1103 se aplica en Alemania, Austria, Bulgaria, Rep. Checa, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Portugal, desde el 29 de enero de 2019.

13. La cooperación reforzada está prevista en el artículo 328.1 del TFUE.

14. La ley suiza sobre el derecho internacional privado del 18 de diciembre de 1987, tuvo modificaciones en materia de matrimonio a través de la ley del 18 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr#a51

15. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, fue sancionado por ley 26.994, del 1.º de octubre de 2014 y entró en vigencia el 1.º de agosto de 2015, de acuerdo a la ley 27.077. Disponible en: https://www.infoleg.gob.ar/

16. El artículo 2625 del CCCN argentino dispone: «Efectos patrimoniales del matrimonio. Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros».

17. Pallarés, B. «Matrimonio», *op. cit.*, en nota 5, p. 866.

en Argentina el artículo 163 de la ley 23.515 de matrimonio, sancionada en 1987, contenía una solución similar[18].

El régimen argentino vigente desde 2015 permite el cambio del derecho aplicable al derecho argentino, cuando se muda el domicilio a la República Argentina. Se ha criticado, con razón, la omisión de la situación inversa, esto es el cambio del domicilio al extranjero y la respectiva aplicación del derecho del nuevo domicilio[19].

3. Pluralidad de regímenes económicos

Dentro del matrimonio, la gestión y distribución del patrimonio adquieren una relevancia fundamental. A lo largo de la historia y en distintas legislaciones, se han desarrollado diversos regímenes patrimoniales que determinan cómo se administran los bienes, qué derechos tienen los cónyuges sobre ellos y cómo se manejan ante posibles escenarios como la disolución del vínculo. Por otro lado, la convivencia no matrimonial ha sido reconocida en muchos países, por lo que es necesario analizar qué derechos otorga a los integrantes, en especial respecto del régimen patrimonial, ya que en algunos casos se le reconocen derechos similares al matrimonio[20].

A continuación, exploraremos los principales regímenes económicos patrimoniales en el matrimonio, sus características y el impacto que pueden tener en la vida conyugal, así como casos en que la unión no matrimonial reconoce efectos sobre el patrimonio de sus integrantes.

3.1. Regímenes matrimoniales

3.1.1. Régimen de comunidad universal de bienes

En este sistema, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio pertenecen a ambos cónyuges, sin importar quién los haya comprado y los bienes que cada uno tenía antes de casarse o los que recibe por herencia o donación pasan a formar una masa única que se disuelve cuando se termina el matrimonio. Este sistema se ha adoptado en Brasil y Países Bajos.

3.1.2. Régimen de separación de bienes

En este caso, cada cónyuge mantiene la propiedad y administración de sus bienes de manera independiente. Esto significa que los bienes adquiridos antes y durante el matrimonio siguen siendo de cada uno, sin formar una masa común. Existe en Chile, Honduras y Panamá, entre otros países en América y en Europa en Austria y Grecia, entre otros estados.

3.1.3. Régimen de sociedad de gananciales

Luego de la celebración del matrimonio, los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges forman una masa única. Este régimen es también conocido como de comunidad restringida o parcial. Aunque cada cónyuge administra sus bienes de manera independiente, al momento de la disolución, se divide la sociedad ganancial en partes iguales. Este es el régimen

18. El artículo 163 de la ley 23.515 de matrimonio, derogada, disponía: «Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio».

19. Scotti, L. B. *Manual de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 367.

20. Fresnedo de Aguirre, C. «Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(123.5), 2008, pp. 313-344, p. 321.Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2008.123.5.4057

que ha sido establecido en la mayor parte de los países del mundo, en América lo sigue Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, y Uruguay, entre otros y en Europa lo encontramos en España, Francia, Italia, Ucrania, entre otros países.

3.1.4. Sistema de participación en las ganancias generadas

En este sistema, los patrimonios se mantienen separados durante el matrimonio, pero al momento de la disolución, se realiza un cálculo para determinar cuál es el monto por el que ha aumentado el patrimonio de cada uno y luego, se compensa al cónyuge que haya tenido menor ganancia. Este sistema está previsto en Alemania, Finlandia, Suiza, entre otros.

3.1.5. Inexistencia de régimen patrimonial

En algunos países no existe un régimen económico patrimonial en el matrimonio, por lo que en definitiva el matrimonio no tiene ningún efecto sobre la propiedad y administración de los bienes de los cónyuges, por lo que siguen disponiendo y administrando los bienes separadamente de la misma forma que antes del matrimonio. Este régimen es común en los países del *common law*.

Pero, aún en los países en donde no se ha definido un régimen patrimonial, los tribunales pueden recurrir a la figura del *constructive trust*, que es un mecanismo basado en la equidad que permite afrontar los gastos comunes de manera solidaria. También se utiliza para evitar el enriquecimiento injusto de un cónyuge en perjuicio del otro, garantizando una distribución equitativa de los recursos. Este *trust* puede ser establecido por decisión judicial y afectar ciertos bienes considerados como atribuidos a la familia o al matrimonio[21].

De todos modos, en estos países se establece que ciertos bienes adquiridos por ambos cónyuges o vinculados a la vida matrimonial se le asignen a la familia, así como algunas deudas y al operarse la disolución por divorcio, los tribunales tienen un poder amplio para distribuir los bienes asignados a la familia.

En muchos países coexisten varios regímenes patrimoniales; en general la ley establece un régimen por defecto y la posibilidad de elegir entre dos o más sistemas. Así, en España se pueden elegir entre sociedad de gananciales, separación de bienes y participación en las ganancias, dependiendo de la comunidad autónoma. En Francia, se establece la opción entre comunidad reducida a los bienes adquiridos, separación de bienes y participación en los adquiridos durante el matrimonio por cualesquiera de los cónyuges. En Alemania, se establece un régimen estándar que es la participación en las ganancias, pero los cónyuges pueden optar por comunidad universal o separación de bienes, mediante contrato.

En Brasil, se permite la comunión parcial de bienes, comunión universal, separación total y participación final en los adquiridos durante el matrimonio. Aunque la ley establece la libertad de elección, esa autonomía no es absoluta; está previsto el acuerdo previo al matrimonio y la ley establece que la forma del acuerdo debe ser realizado por escritura pública, salvo que se pacte la comunidad parcial. Por otro lado, el régimen de bienes de los matrimonios celebrados entre personas mayores a 70 años de edad se estable por ley la adopción de un único régimen que es la separación absoluta de bienes (arts. 1639, 1641, 1655 Código Civil)[22].

El derecho uruguayo prevé la capitulación matrimonial respecto del régimen de bienes del matrimonio con carácter previo a la celebración, aunque luego los cónyuges pueden, en forma

---

21. Calvo Caravaca, A.F. / Carrascosa González, J., «Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 de junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión», *Cuadernos de derecho trasnacional*, vol 15, n.º 2, 2023, p. 33. Disponible en: www.uc3m.es/cdt; DOI https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8050

22. Lins e Silva, P., «Brasil», en *Régimen legal de bienes en el matrimonio*, coordinado por Jenifer Alfaro Borges, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, pp.28-30.

conjunta o individualmente, solicitar la separación judicial de bienes sin expresión de causa (art.1985 Código Civil uruguayo), y la misma puede cesar en cualquier momento y restablecerse la sociedad conyugal (art. 1996). La modificación puede volver a disolverse nuevamente cualquier número de veces[23].

En Argentina se establece como régimen estándar el régimen de sociedad de gananciales y la posibilidad de acordar el régimen de separación de bienes. El derecho argentino prevé que se pueda modificar el régimen durante la vigencia del matrimonio, dejando a salvo el derecho de terceros. En Chile se puede optar entre el sistema de sociedad conyugal, que puede incluir bienes adquiridos antes del matrimonio, o de separación de bienes o participación en gananciales.

Cabe agregar que, en los ordenamientos citados, aún en los regímenes de separación de bienes existen disposiciones comunes a todos los regímenes que prevén un deber de contribución al hogar y el de los hijos y, en algunos casos, la restricción respecto de derechos sobre el inmueble que es asiento de la vivienda familiar y de otros bienes muebles indispensables del mismo (art. 456 Código Civil y Comercial argentino).

3.2. Regímenes no matrimoniales

La convivencia no matrimonial, ha sido reconocida en muchas legislaciones, otorgándole consecuencias jurídicas similares al matrimonio. Sin embargo, existen diferencias en aspectos como la adopción de niños.

En Brasil, el artículo 1725 del Código Civil de ese país establece que en caso de unión estable se aplica el régimen de comunidad parcial, salvo pacto en contrario. Cabe aclarar que para formalizar la unión sólo se exige el otorgamiento de una escritura pública y no es necesario hacerlo al comienzo de la convivencia[24].

En Dinamarca, Suecia, Noruega, Islandia y Finlandia se prevé la «relación registrada», figura que tiene efectos casi idénticos al matrimonio, aunque con algunas excepciones, como la ya mencionada adopción de niños.

En Alemania, las parejas del mismo sexo pueden establecer una relación jurídica mediante una declaración ante una autoridad competente conocida como «relaciones de vida registradas». Estas relaciones registradas se rigen por el régimen de participación en las ganancias, a menos que los miembros acuerden otro sistema mediante capitulaciones. También pueden optar por la separación de bienes o la comunidad de bienes gananciales. En caso de disolución, uno de los miembros puede exigir una pensión alimenticia adecuada según su nivel de vida y situación patrimonial.

En Bélgica, la cohabitación legal es el caso en que dos personas declaran su convivencia ante un oficial de estado civil, quien verifica las condiciones y la registra oficialmente. Francia reconoce el Pacto civil de solidaridad y concubinato (Pacs) y el concubinato, que incluyen uniones heterosexuales y homosexuales, regulando derechos y obligaciones de la pareja.

En la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2016/1104 regula la jurisdicción, el derecho aplicable y el reconocimiento de las resoluciones dictadas en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (art. 1.1), estableciendo criterios para la determinación del derecho aplicable, entre otros a la administración de bienes y su distribución en caso de separación. Este Reglamento, al igual que su gemelo UE 2016/1103, tiene el objetivo de armonizar las soluciones y facilitar la efectividad de las decisiones en el ámbito europeo. El artículo 1.2 excluye expresamente de su ámbito material las cuestiones atinentes a la capacidad de los miembros, exis-

23. Trobo Cabrera, G.M. «Uruguay» en *Régimen legal de bienes en el matrimonio*, coordinado por Jenifer Alfaro Borges, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, pp.235 y 262-266.

24. Lins e Silva, P., «Brasil» en *Régimen legal de bienes en el matrimonio*, coordinado por Jenifer Alfaro Borges, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, pp.34-35.

tencia, validez y reconocimiento de la unión registrada, obligaciones alimentarias, sucesión por causa de muerte, la seguridad social, entre otros (art. 1.2)[25].

En América Latina, las uniones no matrimoniales han evolucionado hacia un reconocimiento jurídico similar al matrimonio, aunque con diferencias en derechos patrimoniales[26]. En Argentina la unión convivencial, regulada por el Código Civil y Comercial, reconoce la «unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo» (artículo 509). Los integrantes de la unión convivencial pueden celebrar un pacto de convivencia en el que regulen las relaciones patrimoniales, en particular la división de los bienes obtenidos con el esfuerzo común. Además, la ley establece la posibilidad de que se solicite judicialmente una compensación económica, al cese de la convivencia, a favor del conviviente que haya sufrido por el desequilibrio que durante la unión convivencial se le haya ocasionado.

En Uruguay, la ley 18.246 regula la unión concubinaria, que se basa en la convivencia estable de al menos cinco años y genera derechos patrimoniales similares al matrimonio, incluyendo asistencia recíproca y contribución a los gastos del hogar. Esta unión puede ser reconocida judicialmente a pedido de los convivientes. El artículo 5 de esta ley establece que la unión concubinaria que hubiera sido reconocida judicialmente da nacimiento a una nueva sociedad de bienes a la que se le aplica la normativa de la sociedad conyugal, salvo que los concubinos dispongan de común acuerdo otra forma de administración. Una vez constituida esta sociedad de bienes quedará disuelta cualquier sociedad conyugal o sociedad de bienes anterior.

En Chile, se reconoce el «acuerdo de unión civil» (AUC) por ley 20.830, que debe celebrarse ante la autoridad competente que es el Servicio de Registro Civil e Identificación. Según el artículo 15 de esta ley, los patrimonios permanecen separados a menos que los convivientes pacten de común acuerdo que se someterán a las reglas de dicha norma, que establece un régimen de comunidad de los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del AUC. Pueden modificar este régimen por el de separación, debiendo otorgar escritura pública a tal efecto.

4. Materia arbitrable

La cuestión de la arbitrabilidad se centra en determinar si un litigio concreto puede ser objeto de arbitraje. Cada Estado puede decidir, de acuerdo con sus propias consideraciones de orden público, qué asuntos pueden resolverse mediante arbitraje y cuáles no. Si el acuerdo de arbitraje se refiere a cuestiones que no pueden resolverse mediante arbitraje, en virtud de la ley del acuerdo o en virtud de la ley del lugar del arbitraje, el acuerdo es ineficaz, ya que es inaplicable. Además, el reconocimiento y la ejecución de un laudo pueden denegarse si el objeto de la diferencia no es susceptible de arbitraje en virtud de la ley del país donde se solicita la ejecución.

Sostiene Roque Caivano que en ningún país la arbitrabilidad es absoluta. Todos establecen límites a la potestad de las partes de resignar el acceso a los tribunales judiciales; y es general la concepción de que cierto tipo de conflictos deben quedar reservados a aquellos. Por ejemplo, se reconoce casi universalmente que las cuestiones relativas a derechos personalísimos nacidos del derecho de familia (por ejemplo, divorcio o filiación), o las penales (entendidas como las derivadas de la prosecución y punición de los delitos), entre otras, no pueden ser decididas por árbitros. Las legislaciones generalmente definen el elenco de materias arbitrables estableciendo un criterio general, que descansa sobre la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia: algunas aluden a su carácter patrimonial; otras se refieren a derechos de conte-

25. Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Publicado en DOUE núm. 183, de 8 de julio de 2016, DOUE-L-2016-81235.

26. Fresnedo de Aguirre, C. *op. cit*. en nota 20, p.325.

nido económico; otras toman el concepto de la transigibilidad; y finalmente otras condicionan la arbitrabilidad a la disponibilidad de los derechos, sea bajo la fórmula de derechos «patrimoniales disponibles», o con la sola referencia a su carácter disponible[27].

Aun cuando la definición del ámbito que se reserva para el arbitraje es una cuestión de política legislativa que corresponde al legislador de cada país, lo cierto es que, en los hechos, la palabra final la suelen tener los tribunales judiciales. Veremos a continuación que a veces las previsiones de la ley acerca de cuál es el límite entre lo arbitrable y lo que no lo es, son relativamente ambiguas, la definición termina dependiendo de la interpretación que los jueces hagan.

En esta sección nos ocuparemos de ver cómo está receptada la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones patrimoniales del matrimonio, si este método de resolución de controversias es factible o no. Para ello analizaremos legislaciones representativas de distintos sectores del planeta, a efectos de tener un panorama al respecto.

4.1. Argentina

El Código Civil y Comercial de la República Argentina, posee regulación respecto del arbitraje. Se ha tipificado el contrato de arbitraje y, respecto a la arbitrabilidad de la materia que nos ocupa, el inc. a) del art. 1651 excluye a las cuestiones que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas y el inc. b) a las cuestiones de familia.

La exclusión de las cuestiones de estado civil o capacidad de las personas la consideramos razonable según nuestra tradición y normativa comparada. Pero la mención a las cuestiones de familia, en forma ambigua, puede presentar ciertas dificultades en cuanto a su determinación. La exclusión dependerá, en definitiva, de la interpretación que realicen los tribunales judiciales. Una razonable solución sería que se entendieran como arbitrables controversias que, aún vinculadas a cuestiones de familia o matrimonio, involucren intereses netamente pecuniarios o de derechos patrimoniales, de ellas derivados[28].

4.2. Costa Rica

La Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727 establece en sus artículos 2 y 18, cuál es la materia arbitrable. La ley no establece una lista de materias no arbitrables, sino un concepto general con las características que debe tener el objeto del arbitraje. Se ha interpretado que una materia disponible es aquella que se encuentra dentro del comercio, cuando los sujetos tienen respecto de ella poder de disposición. Se entiende que cuando hay un interés exclusivamente privado, rige la autonomía de la voluntad. Un asunto es «patrimonial» cuando se refiere a bienes o intereses que pueden ser valorados económicamente, cuya trascendencia puede ser medida materialmente.

En virtud de que el artículo 1392 del Código Civil remite a las reglas de la transacción para regular el contrato de compromiso para acceder al arbitraje, es factible concluir que son aplicables al arbitraje los numerales 1375 al 1380 del mismo Código. Entre ellos, el artículo 1376 dispone que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio; mas sin que la transacción importe adquisición o pérdida del estado, si puede transigirse sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse a favor de una persona.

---

27. Caivano, R. «La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado», *El Derecho*, 23/08/2013, n.° 13.306. Disponible en: https://sociedip.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/12/caivano-la-expansic3b3n-de-la-materia-arbitrable-en-dos-recientes-ejemplos1.pdf, visita del 11 de junio de 2025.

28. Caivano, R. J. / Ceballos Ríos, N. *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino: comentario exegético y comparado de la Ley 27.449*, Buenos Aires, La Ley, 2020, pp. 134-135.

Concluimos que las cuestiones patrimoniales del matrimonio son susceptibles de ser sometidas a arbitraje en Costa Rica.

4.3. Estados Unidos de América

La Ley Federal de Arbitraje (FAA), promulgada en 1925, establece los principios jurídicos básicos aplicables al arbitraje en los Estados Unidos. Su principio fundamental es que los acuerdos de arbitraje que involucran comercio interestatal o internacional deben considerarse válidos, irrevocables y exigibles. Si bien ella no se refiere al arbitraje familiar en sí, en la práctica es utilizado en cuestiones patrimoniales puesto que tampoco excluye esta materia[29].

Como se ha dicho, el art. 2.º de la Ley Federal de Arbitraje traduce una política favorable al acuerdo arbitral y su principal efecto es crear una regla sustantiva aplicable a los acuerdos arbitrales que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la ley, consistente en interpretar las dudas sobre la arbitrabilidad de una materia en favor del arbitraje.

Destacamos que el Congreso promulgó la FAA en virtud de su poder de comercio interestatal del Artículo I,35, por lo que ella rige sólo los acuerdos de arbitraje derivados de una transacción comercial, como lo ha dispuesto la jurisprudencia de ese país[30]. Es posible llevar a arbitraje litigios en lo familiar patrimonial que pudieran surgir en el futuro. Dichos acuerdos son aceptables, ya que las partes pueden consentir el arbitraje mediante una cláusula negociada en un acuerdo prematrimonial o en un convenio matrimonial.

La Comisión de Derecho Uniforme[31] creó la Model Family Law Arbitration Act, incorporada como ley estatal en: Washington; Montana; Dakota del Norte; Pensilvania; Utah; Arizona y Hawai, e introducida en otros estados para su promulgación[32]. Entre las disputas se incluyen aquellas relativas a bienes gananciales o a la pensión alimenticia, en el ámbito patrimonial.

4.4. Canadá

El término «proceso de resolución de conflictos familiares» fue incluido en 2019, con vigencia a partir de 2021, en la Ley del Divorcio[33]. Se utiliza para describir una serie de procesos extrajudiciales que las familias pueden utilizar para resolver cuestiones como la crianza de los hijos, la manutención de los hijos y, para algunas familias, cuestiones de propiedad. Hay muchas maneras de resolver un litigio familiar fuera de los tribunales, la ley menciona la negociación, la mediación y el derecho colaborativo. Algunas provincias permiten el uso del arbitraje para resolver litigios de derecho de familia. Asimismo, la justicia canadiense ha exhibido también un criterio amplio respecto de las cuestiones que pueden someterse a arbitraje, lo que abona que estas cuestiones podrían estar comprendidas.

4.5. España

En España, el arbitraje se regula actualmente por medio de la ley número 60 del 23 de diciembre del 2003, la cual vino a derogar la Ley 36 del 5 de diciembre de 1988. El artículo 2 de la nueva ley regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como

29. https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/402949746/chap_1_5130246.pdf.

30. *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg.,* 388 U.S. 395, 400 (1967) disponible en https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/, visita del 11 de junio de 2025.

31. https://www.uniformlaws.org/home

32. El mapa de los estados que incorporaron la ley y su detalle puede encontrarse en: https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=ddf1c9b6-65c0-4d55-bfd7-15c2d1e6d4ed

33. https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/d-3.4/page-1.html#h-172988, visita del día 11 de junio de 2025.

hacía la ley anterior. Sin embargo, se considera innecesario que esta nueva ley contenga un listado, ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición.

En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Se aclara en la exposición de motivos de la ley actual, que es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.

Conforme al derecho español, los cónyuges o futuros cónyuges pueden comprometer en convenio arbitral las diferencias que surjan en relación a sus bienes y derechos. Es pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia aceptar la arbitrabilidad de los contratos patrimoniales entre cónyuges. Por el contrario, se sostiene que no son arbitrables las materias relativas a la personalidad, filiación, patria potestad, y, en general, las cuestiones de estado civil. La base jurídica para sostener esta afirmación radica, principalmente, en el art. 1814 del Código Civil, que dispone: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».

4.6. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

El arbitraje en cuestiones patrimoniales del matrimonio, e incluso en materia de menores, ha sido permitido como medio de resolución de litigios en varios pronunciamientos judiciales y extrajudiciales, el más reciente en el caso Haley v. Haley[34]. En Inglaterra y Gales, el marco procesal lo proporciona la Ley de Arbitraje de 1996. Esta ley pretende establecer un equilibrio adecuado entre la libertad de las partes para determinar el procedimiento de resolución de su litigio, al tiempo que mantener una supervisión adecuada por parte de los tribunales. Sin embargo, en los procedimientos de familia no se puede excluir la competencia del órgano jurisdiccional. A pesar de ello, no se presentan conflictos entre el Tribunal de Familia y la resolución de asuntos a través del arbitraje.

Funciona el arbitraje bajo el sistema de una organización denominada *Institute of Family Law Arbitrators* (IFLA)[35] que se puso en marcha en febrero de 2012 y es fruto de la colaboración entre la *Family Law Bar Association* (FLBA), el *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) y el *Centre for Child and Family Law Reform* (patrocinado por *The City Law School, City University London*). El sistema utiliza procedimientos de arbitraje establecidos en el sector del arbitraje comercial, traspolados al arbitraje familiar. Se tomaron como antecedentes los regímenes legales de arbitraje familiar que están en vigor en Australia y algunas provincias de Canadá. El régimen se divide en dos categorías distintas: litigios sobre cuestiones económicas y litigios sobre menores.

Respecto de los litigios en cuestiones patrimoniales, se abarcan aquellas provenientes de las rupturas matrimoniales —incluidas las derivadas de divorcio, separación judicial o nulidad—, de las rupturas de uniones civiles y el cese de la convivencia, entre otras. El Reglamento arbitral de la IFLA está sujeto al régimen de la Ley de Arbitraje de 1996 y prevé que obligatoriamente el fondo del litigio se someta a arbitraje de conformidad con la legislación de Inglaterra y Gales. Por lo tanto, concluimos que, si bien no existe legislación expresa, el arbitraje en casos de familia está reconocido por la jurisprudencia[36].

34. https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/1369.html, visita del 11 de junio de 2025

35. https://ifla.org.uk/

36. *CM v CM [2019] EWFC 16:* https://www.bailii.org/ew/cases/EWFC/HCJ/2019/16.html;
WC v HC [2022] EWFC 22: https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/ewfc/2022/22;
G v G [2022] EWFC 151: https://www.casemine.com/judgement/uk/6390e605c4b9a56ed147562a, visitados el 11 de junio de 2025.

4.7. Suiza

De conformidad con el artículo 177(1) de la ley de derecho internacional privado[37], cualquier reclamación que implique un interés económico puede someterse a arbitraje. El artículo 177(1) es una norma sustantiva de derecho internacional privado, que se aplica a todos los arbitrajes internacionales con sede en Suiza, independientemente de la definición (potencialmente más restrictiva) de arbitrabilidad, por ejemplo, en virtud de las leyes nacionales de las partes o en virtud de la ley que rige el objeto de la controversia.

Esta ley no proporciona ninguna calificación de «reclamación que implique un interés económico». La opinión general es que el artículo 177(1) debe interpretarse de forma no restrictiva y que cualquier disputa con un valor que sea medible en términos financieros, ya sea en términos de activos o pasivos, es arbitrable bajo esta disposición.

Según el Tribunal Federal, un litigio no es arbitrable sólo si consideraciones de orden público exigen que el litigio sea resuelto exclusivamente por los tribunales nacionales. Ejemplos típicos de litigios o reclamaciones no arbitrables son los litigios relacionados con el estado de familia, como los litigios relacionados con el matrimonio, el divorcio, la paternidad y la adopción, que como vemos no incluirían las cuestiones patrimoniales[38].

4.8. Alemania

La Ley Alemana de Arbitraje, fue revisada por última vez en 1997; estas modificaciones entraron en vigencia el 1 de enero de 1998[39]. En virtud del derecho alemán, sección 1030 de la ley, como cuestión de principio, el arbitraje está permitido para todos los litigios sobre cuestiones pecuniarias. En lo que respecta a las reclamaciones no pecuniarias, un acuerdo de arbitraje es eficaz en la medida en que las partes en litigio estén facultadas para celebrar una transacción con respecto al objeto del litigio[40]. A partir de ello, entendemos que las cuestiones patrimoniales del matrimonio están abarcadas en esa noción.

4.9. Etiopía

Las antiguas disposiciones sobre derecho de familia del Código Civil etíope de 1960 otorgaban un poder muy importante a los árbitros de familia. Los litigios derivados de un matrimonio existente, las demandas de divorcio o incluso los litigios derivados del divorcio se sometían a arbitraje, y los tribunales sólo podían decidir si el divorcio había sido pronunciado por los árbitros. Esto era así porque se creía que la institución del arbitraje familiar era una tradición bien establecida y respetable que merecía la pena preservar para resolver conflictos familiares, a través de árbitros más cualificados para este fin, y reducía la congestión de los tribunales al ofrecer un foro especial para la resolución de conflictos familiares.

En la práctica, apenas alcanzó los objetivos mencionados, por lo que, como consecuencia, el Código de Familia revisado de 2000 redujo significativamente el rol de los árbitros familiares en materia de divorcio. El papel del arbitraje se ha limitado ahora a realizar esfuerzos para reconciliar a los cónyuges para que abandonen su idea del divorcio; y ya no se confía a los árbitros la facultad de dictar ninguna orden o decisión de divorcio. A pesar de estos cambios

37. https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/20755

38. https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/commercial-arbitration/report/switzerland, visita del día 11 de junio de 2025.

39. https://www.trans-lex.org/600550/_/german-code-of-civil-procedure/, visita del día 11 de junio de 2025.

40. https://delosdr.org/wp-content/uploads/2018/06/Delos-GAP-2nd-edn-Germany.pdf, visita del día 11 de junio de 2025.

en el grado de arbitrabilidad, los asuntos de familia se encuentran entre las disputas que son arbitrables[41].

4.10. India

En el marco jurídico vigente en la India, la arbitrabilidad es la norma. La Ley de Arbitraje y Conciliación de 1996, que se basa en gran medida en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (Ley Modelo), adopta el enfoque mundialmente aceptado de intervención judicial mínima. Así, aunque existe una referencia implícita a la no arbitrabilidad en la Ley de Arbitraje de India, al igual que la Ley Modelo, la Ley de Arbitraje India no define la arbitrabilidad, ni especifica ningún conjunto de disputas que no sean arbitrables. La cuestión a este respecto se ha desarrollado, en gran medida, a través de pronunciamientos judiciales.

La decisión del Tribunal Supremo en el caso *Vidya Drolia y otros contra Durga Trading Corporation*[42] ha impulsado un nuevo examen de esta cuestión. A continuación, resumimos, a grandes rasgos, las clases de materias que actualmente se consideran no arbitrables en la India:

1. Cuando el objeto del litigio no sea susceptible de arbitraje en virtud de leyes imperativas, por ejemplo, cuestiones matrimoniales relativas a la custodia de niños, pero nada está dicho sobre los alimentos entre cónyuges o el divorcio;
2. Cuestiones derivadas de la función del estado de soberanía o interés público;
3. Cuestiones no contractuales que afecten a derechos de terceros; de efecto *erga omnes;* o que requieran publicidad estatal; y
4. Cuestiones de derechos reales.

Por lo tanto, la Corte establece esta vez, que toda materia que no quede dentro de estos criterios, es arbitrable y las cuestiones patrimoniales del matrimonio no se hayan excluidas. Los litigios matrimoniales que no serían arbitrables en el ámbito matrimonial serían aquellos que no tengan ningún valor comercial o económico[43].

4.11. Japón

La Ley de Arbitraje (Ley n.º 138) rige los procedimientos de arbitraje en Japón y se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985. El 21 de abril de 2023, se aprobaron modificaciones que entraron en vigor el 1 de abril de 2024. Esta ley dispone que las partes pueden someter a arbitraje cualquier litigio civil que puedan resolver de otro modo (excluidos los casos relacionados con el divorcio o la disolución de la adopción), pero se admite la resolución de controversias patrimoniales civiles[44].

4.12. Filipinas

El arbitraje en Filipinas se rige por tres leyes principales: el Nuevo Código Civil (LR 386), la Ley de Arbitraje de 1953 (LR 876) y la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de 2004 (LR 285). También resulta aplicable el Reglamento Especial del Tribunal sobre Resolución Alternativa de Conflictos y del Departamento de Justicia, promulgados por el Tribunal Supremo y el Departamento de Justicia, respectivamente, todos los cuales subrayan la política estatal a favor del arbitraje[45].

---

41. Degol, A., *Notes on Arbitrability under Ethiopian Law;* Disponible en: http://repository.smuc.edu.et/handle/123456789/2824

42. https://indiankanoon.org/doc/121987320/. visita del día 11 de junio de 2025.

43. https://www.ibanet.org/nonarbdisputesindia, visita del día 11 de junio de 2025.

44. https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/commercial-arbitration/report/japan, visita del día 11 de junio de 2025.

45. https://globalarbitrationreview.com/review/the-asia-pacific-arbitration-review/2020/article/philippines, visita del día 11 de junio de 2025.

Cuando las partes hayan acordado someter su disputa a arbitraje, los tribunales remitirán a las partes al arbitraje teniendo en cuenta que dicho acuerdo de arbitraje es la ley entre las partes y que se espera que lo cumplan de buena fe. A pesar de la política estatal que favorece el arbitraje, hay algunos asuntos que no pueden someterse a arbitraje en el ámbito filipino: conflictos laborales contemplados en el Código Laboral filipino, estado civil de las personas, validez del matrimonio, cualquier motivo de separación legal, competencia de los tribunales, y responsabilidad penal.

Vemos que en relación a las cuestiones económicas del matrimonio no hay restricción alguna en el ordenamiento filipino.

5. Conveniencia de pactar arbitraje para la liquidación del régimen económico

Es necesario evaluar la vía de solución de los conflictos familiares en materia de régimen económico internacional. Si consideramos que el conflicto es materia arbitrable y, suponiendo, la validez del convenio que la contiene se plantea, en primer término, si es posible determinar la ley —o en su caso, las normas jurídicas— aplicables al fondo de la controversia, sin observar la conexión establecida por la norma de conflicto aplicable. Ello es así ya que, si estamos en la esfera de la actuación de un juez estatal, éste deberá aplicar según su sistema de fuentes, las normas de conflicto para determinar la ley aplicable a esta situación con elementos extranjeros. Esto es, el juez que conozca de un supuesto de derecho de familia con elemento extranjero deberá aplicar obligatoriamente la norma de conflicto pertinente para ubicar el derecho aplicable al fondo de la controversia. Asimismo, aplicará —conforme al pluralismo metodológico imperante en nuestra disciplina— normas materiales y de aplicación inmediata o exclusiva. También reconocemos el papel que ya hoy en día juega la autonomía de la voluntad tanto de creación como de elección del derecho.

En cambio, en el arbitraje, las partes tienen distintas opciones. En primer lugar, someter su controversia a un arbitraje de equidad. Aquí, el único límite que debe respetar el árbitro que resuelve de este modo, es el que gira en torno a la aplicación de las normas imperativas, que, en la materia, algunas podrían existir. El laudo así dictado no necesita de razonamientos ni motivación alguna, bastando la manifestación de la voluntad decisoria del árbitro para ser válido. Si en cambio, se pacta un arbitraje de derecho, lo que será más habitual, se consagra la posibilidad de que, en defecto de elección expresa de las partes, los árbitros determinen las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia —ya sea una ley estatal, ya sean unos principios generales— sin sujeción al sistema conflictual vigente en el país donde se celebre el arbitraje.

A nuestro entender, esta posibilidad es la opción clave para que las partes se decidan finalmente por el arbitraje como método de resolución de su controversia. Además de la flexibilidad que esta opción nos brinda, no puede dejar de recordarse que la remisión a un ordenamiento jurídico estatal concreto no siempre es la mejor opción para resolver este tipo de controversias. Esta posibilidad de recurrir a la aplicación de normas jurídicas en el ámbito de la ley aplicable está en línea con las demandas actuales de la doctrina comparada que, en materia de derecho de familia, aboga por implantar un sistema conflictual basado en la autonomía de la voluntad de las partes.

6. Facilidad para ejecutar el laudo. Convención de Nueva York de 1958

La Convención de Nueva York de 1958, con 172 Estados partes al 6 de julio de 2025[46], es uno de los instrumentos internacionales que posee mayor cantidad de adhesiones en la actualidad. Es considerada el instrumento fundacional del arbitraje internacional moderno y se ha consti-

46. https://www.newyorkconvention.org/contracting-states.

tuido en uno de los tratados más importantes y de mayor aceptación en la esfera del derecho mercantil internacional. Seguramente uno de los factores que han coadyuvado a ello es que es el fruto de una tarea mancomunada entre los Estados y el sector privado en su elaboración, particularmente a través de la valiosa tarea desarrollada por la Cámara de Comercio Internacional.

Esta composición universal que diera nacimiento a la Convención ha brindado y brinda soluciones a Estados con distintos ordenamientos jurídicos, e incluso a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico, formando una gran red de cooperación judicial internacional. A pesar de la diversidad de los sistemas jurídicos existentes en los Estados contratantes, la interpretación y la aplicación de la Convención ha sido más bien sistemática y acorde con el criterio establecido en ella de favorecer el reconocimiento y la ejecución[47].

La Convención tiene dos objetivos principales. El primordial es establecer un límite o nivel máximo de control en la etapa del reconocimiento y/o ejecución de laudos arbitrales (Artículo V). El secundario es exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje (Artículo II.1).

En la práctica, los Estados contratantes suelen mantener su firme compromiso de garantizar que las controversias objeto de un acuerdo de arbitraje, si se someten a los tribunales, se suspendan y se sometan a arbitraje; y que los laudos cuyo reconocimiento y ejecución se soliciten en otro Estado contratante se reconozcan y ejecuten.

El Artículo III de la Convención estipula que cada Estado Contratante reconocerá el carácter vinculante de los laudos arbitrales y los ejecutará de conformidad con las normas de procedimiento del territorio donde se invoque el laudo, es decir, donde deba ejecutarse. Cuando una parte ha obtenido un laudo arbitral internacional, la Convención establece reglas para el reconocimiento y la ejecución de esos laudos. Sin embargo, el artículo VII.1), conocido como la disposición del «derecho más favorable», establece que no se privará a la parte que procura obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo del derecho a invocar, además de la Convención, una ley nacional o tratado que sean más favorables a la ejecución. Al decir de Fouchard esta disposición es el «tesoro, la ingeniosa idea» que cimenta la Convención[48].

La Convención establece, *prima facie*, una presunción de ejecutabilidad si se acompaña un laudo y la cláusula arbitral debidamente certificados. Esos laudos deben versar sobre acuerdos arbitrales que consten por escrito, firmados por las partes o por canje de carta o telegrama.

A ello debemos agregar que la CNUDMI adoptó una Recomendación, el 7 de julio de 2006, que fue redactada en reconocimiento del uso cada vez más amplio del comercio electrónico y de las disposiciones de la legislación nacional, así como de la jurisprudencia, que son más favorables que la Convención de Nueva York, respecto del requisito de forma que rige los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de los laudos arbitrales. La Recomendación alienta a los Estados a aplicar el artículo II (2) de la Convención, reconociendo que las circunstancias allí descritas no son exhaustivas. Además, la Recomendación alienta a los Estados a adoptar el artículo 7 revisado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada en 1985, con las modificaciones de 2006, que norma sobre la forma de las cláusulas arbitrales.

La Convención de Nueva York concede la facultad discrecional de denegar la eficacia por unos pocos motivos que constan en el artículo V. Según el apartado 1 son: la incapacidad de las partes o invalidez del convenio arbitral, la violación de las normas procesales, la existencia de diferencias no comprendidas en los términos del sometimiento a arbitraje, o que sean decisiones sobre cuestiones que exceden de sus atribuciones, la composición inadecuada de la autoridad arbitral o el incumplimiento del procedimiento arbitral, y que el laudo aún no sea vinculante,

47. Bermann, G. A., *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards*, Springer International Publishing, 2017, pp. 30-40.

48. Fouchard, P. «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», *Revue de l'Arbitrage*, 1998, pp. 653-663.

o se haya anulado o suspendido. De conformidad con el apartado 2 del artículo V, las autoridades requeridas podrán rechazar la eficacia si advierten que las diferencias no podían resolverse mediante arbitraje o que se hubiera violado el orden público. En cuanto a este último motivo de rechazo, la mayoría de los tribunales ha evaluado de forma restrictiva el tema del orden público internacional En consecuencia, rara vez se ha rechazado el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros con fundamento en estos motivos.

7. Conclusiones

De lo expuesto puede deducirse que la utilización de la vía arbitral para cuestiones del régimen económico del matrimonio resulta mucho más flexible que la vía jurisdiccional. Más aún, puede incluso afirmarse que las soluciones que el arbitraje nos ofrece se corresponden con las soluciones que la doctrina reclama en este ámbito del Derecho internacional privado: protagonismo de la autonomía de la voluntad, adaptación entre las distintas leyes en juego, soluciones específicas para cada supuesto y máxima flexibilidad del procedimiento.

8. Bibliografía

Bermann, G. A., *Recognition and enforcement of foreign arbitral award*s, Springer International Publishing, 2017.

Caivano, R. «La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado», *El Derecho*, 23/08/2013, n.º 13.306. Disponible en: https://sociedip.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/12/caivano-la-expansic3b3n-de-la-materia-arbitrable-en-dos-recientes-ejemplos1.pdf

Caivano, R. J. / **Ceballos Ríos, N**. *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino: comentario exegético y comparado de la Ley 27.449*, Buenos Aires, La Ley, 2020.

Calvo Caravaca, A.F. / **Carrascosa Gonzalez, J**., «Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 de junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión», *Cuadernos de derecho trasnacional*, vol 15, n.º 2, 2023, pp. 33. Disponible en: www.uc3m.es/cdt; DOI https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8050

Degol, A., *Notes on Arbitrability under Ethiopian Law.* Disponible en: http://repository.smuc.edu.et/handle/123456789/2824

Fouchard, P. «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», *Revue de l'Arbitrage*, 1998, pp. 653-663.

Fresnedo de Aguirre, C. «Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(123.5), 2008, pp. 313-344. Disponible en: https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2008.123.5.4057

Gil Dominguez, A. y otros, *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia. Ley 26. 618*, Buenos Aires, Ediar, 2010.

Gargarella, R., «Matrimonio y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario», en *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídica*s, Buenos Aires, Eudeba, 2010, pp. 131-144.

Lins e **Silva, P**., «Brasil», en *Régimen legal de bienes en el matrimonio*, coordinado por Jenifer Alfaro Borges, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021.

Pallarés, B. «Matrimonio» en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina (directores), tomo VI, Buenos Aires, La Ley, 2014, comentario al art. 2625,

Rubaja, N. *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Scotti, L.B. *Manual de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017.

Trobo Cabrera, G.M. «Uruguay» en *Régimen legal de bienes en el matrimonio*, coordinado por Jenifer Alfaro Borges, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, pp.235 y 262-266.

CAPÍTULO 7

EL MATRIMONIO DE PERSONAS LGBTIQ+ EN SITUACIONES INTERNACIONALES: CELEBRACIÓN EN ESPAÑA Y EFICACIA EN LA UNIÓN EUROPEA[1]

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

Profesora Titular de Derecho internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid
INSTIFEM

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IMPORTANCIA DE LLAMARLO MATRIMONIO. 2.1. El derecho al matrimonio de las personas del colectivo LGBTIQ+. 2.2. El «refugio» español: garantía de la celebración del matrimonio igualitario en situaciones internacionales. 2.3. Obstáculos a la celebración del matrimonio igualitario en España: 2.3.1. Autoridades consulares (in)competentes. 2.3.2. Formalidades (no) exigibles: los certificados de capacidad matrimonial. 3. EXTENSIÓN DEL REFUGIO ESPAÑOL EN LA UNIÓN EUROPEA. 3.1. Alcance actual de la obligación de reconocimiento del matrimonio igualitario: 3.1.1. Reconocimiento mutuo para garantizar la libre circulación de personas. 3.1.2. Reconocimiento de efectos civiles para garantizar el derecho a la vida familiar. 3.2. Ampliación futura de la obligación. 3.2.1. Reconocimiento de matrimonios igualitarios de terceros Estados. 3.2.2. Reconocimiento de matrimonios a efectos civiles. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El significado y la función social del matrimonio han experimentado un cambio radical en sociedades como la española, como consecuencia del progreso que en las últimas décadas ha experimentado la protección de determinados derechos humanos, entre los que destaca la prohibición de discriminación.

Al profundizar en la eliminación de la discriminación por razón de sexo, a través de la adopción de medidas dirigidas a superar la proclamación formal de la igualdad entre sexo[2], las oportuni-

1. Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación «Derechos LGBTIQ+: inclusión y diversidad desde perspectivas interdisciplinares», PR/17/24, del que es IP el Dr. Carlos Brito Siso (UCM).

2. Medidas como acciones positivas, de igualdad de oportunidades y *mainstreaming* o transversalización, que en ocasiones son mal entendidas y atacadas desde planteamientos neoliberales. Al respecto, *vid*. Pons Parera, E., «Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas» en Sán-

dades de mujeres y hombres se han ido aproximando en un plano material, no sin fuertes resistencias. Con este avance, el matrimonio ha podido dejar de ser el destino al que la mayor parte de las mujeres aspiran, con la finalidad de asegurarse, para sí mismas y para sus hijas e hijos, el sustento que puedan proporcionar los hombres con su trabajo fuera del hogar. El matrimonio pierde su condición de institución mantenida sobre la «aquiescencia servil a la superioridad del hombre» y que constituye una «válvula de seguridad contra el pernicioso despertar sexual de las mujeres»[3]. Porque no hace tanto el matrimonio no solo era la puerta de entrada a la vida adulta, a la sexualidad y a la procreación, especialmente para las mujeres; también (o por ello) cumplía una función evidente de control de la mujer y de su prole por el *pater familias*[4], que probablemente justificaba su calificación como «el más odioso de los monopolios»[5].

Hoy, en España, la emancipación del núcleo familiar depende antes de disponer de una vivienda y de medios económicos, que de casarse previamente. Ya no es habitual esperar al matrimonio para tener relaciones sexuales. Y aunque aún esté recogido, entre los deberes de los cónyuges, el de guardarse fidelidad (art. 68 CC.)[6], la práctica del sexo extraconyugal no tiene consecuencias sobre el vínculo de las personas casadas, y ha pasado de ser una conducta delictiva para las mujeres (pues solo el adulterio de la esposa estuvo tipificado) a formar parte del contenido que integra la libertad y autodeterminación sexual de la persona[7]. Alrededor de la mitad de las niñas y niños nacen fuera del matrimonio[8] y la mayor parte de las parejas —y de las mujeres— pueden

---

chez Urritia, A. y Pumar Beltrán, N. (Coords.), *Análisis feminista del Derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Universidad de Barcelona, 2013, pp. 35-63.

3. Goldman, E., *Marriage and Love*, Nueva York, Mother Earth Publishing Association, 1911, parr. 6, y 14, disponible en https://www.gutenberg.org/cache/epub/20715/pg20715-images.html.

4. Cabe recordar que hasta 1981, fecha en la que se reformó el Código civil (Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, *BOE* núm. núm. 172, de 20 de julio de 1981), el art. 47 CC obligaba a las personas mayores de edad a recabar el consejo del padre (y solo si éste faltaba, el materno) para contraer matrimonio; que la mujer tenía obligación de obediencia (art. 57 CC, que a su vez establecía un deber del marido de protección a la mujer), que se extendía al seguimiento del esposo donde quiera que éste fijase su residencia (art. 58 CC); que el hombre era el administrador de los bienes de la sociedad conyugal (art. 59) y que representaba a la mujer, que no podía, sin licencia del marido, ni comparecer en juicio por sí misma o con procurador (art. 60 CC), ni adquirir por título oneroso ni lucrativo, ni enajenar sus bienes, ni obligarse «sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley» (art. 61 CC). Huelga agregar que no se tipificaba como delito la violación intraconyugal.

5. *«El matrimonio es la peor de todas las formas de propiedad. Cuando la legislación prohíbe a dos seres humanos seguir sus propios impulsos, se impone el reinado omnímodo del prejuicio. En tanto que procuro imponer mi derecho exclusivo sobre una mujer, prohibiendo al vecino que muestre ante ella sus superiores méritos y obtenga el premio correspondiente, soy culpable del más odioso de los monopolios»*: Godwin, W., *Investigación acerca de la justicia política y su influencia en la virtud y la dicha generales*, 1793, edición cibernética, 2005 (https://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/godwin/70.html), cap. VIII.

6. De forma que de alguna manera sigue vigente el objetivo de garantizar la exclusividad sexual y, por ende, la seguridad del hombre sobre su relación biológica con la descendencia de su cónyuge. Los avances sociales, culturales y sobre todo médicos han contribuido, no obstante, a relativizar la importancia del matrimonio para este fin.

7. De Amunátegui Rodríguez, C., «El deber de fidelidad entre los cónyuges: daños por incumplimiento en el tratamiento de los tribunales españoles», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Núm. 46, 2020, pp. 31-50, esp. p. 34. Hay consecuencias jurídicas, como se pone de manifiesto en este trabajo, no por la constatación de la infidelidad, sino porque de ella derive una paternidad diferente a la del cónyuge, y exista engaño u ocultación de la verdadera filiación. También, porque es causa de desheredación (p. 35).

8. Según el Instituto Nacional de Estadística, el 52,66 % de los nacimientos en España en 2023 es de madres solteras, cuando son de nacionalidad española. Incluyendo a las madres extranjeras, la propor-

permanecer solteras, en unión libre o registrada, en hogares monomarentales o monoparentales, sin merma de la consideración social y de las consecuencias legales tanto en lo que respecta a las parejas (y a las mujeres mismas) como hacia sus descendientes[9]. El matrimonio es una opción[10], que se concibe hoy como la formalización de un proyecto de vida común entre dos personas unidas por vínculos afectivos, que tienen idénticos derechos y obligaciones[11], y está abierto incluso a quienes cuestionan esta igualdad, defendiendo un retorno a la subordinación de las mujeres, dedicadas en exclusiva al cuidado del hombre y su descendencia[12].

Solo la referida evolución permite entender que un colectivo tradicionalmente oprimido por las estructuras heteropatriarcales, como es el LGBTIQ+, haya podido celebrar (no sin discrepancias) que la institución se haya abierto a sus miembros[13], una vez proyectada sobre ella el principio de no discriminación, en lo referido a la orientación sexual.

La formalización del referido proyecto de vida entre dos personas unidas por vínculos afectivos no puede ya obstaculizarse por el hecho de que tengan el mismo sexo, sin vulnerar el principio de no discriminación por razón de orientación sexual. El matrimonio igualitario se configura —en el Estado español— como un derecho humano (aptdo. 2.1). Y esta configuración impone obligaciones a las autoridades españolas en relación con la garantía del derecho también en situaciones internacionales (aptdo. 2.2). Por ello es importante poner de manifiesto ciertos obstáculos que se han alzado de forma reciente en lo que respecta a la celebración de matrimonios de personas del colectivo LGBTIQ+, precisamente en situaciones internacionales, para adoptar las medidas que permitan cumplir esas obligaciones, poniendo fin a la vulneración de derechos (aptdo. 2.3).

---

ción cae, en ese mismo año, al 49,96 %. Datos disponibles en https://ine.es/.

9. A este respecto, claro está, ha resultado determinante no solo profundizar en la referida igualdad por razón de sexo, sino también en la prohibición de discriminación de los hijos por razón de nacimiento, tal y como ocurrió con la Constitución española, que los equipara legalmente a todos los efectos, con independencia de su filiación (arts. 14 y 39.2 CE).

10. El derecho a contraer matrimonio también comporta el derecho a no celebrarlo. Sin embargo, en situaciones internacionales, cuando uno de los miembros de la pareja tiene nacionalidad extranjera extracomunitaria, el privilegio de la elección lo tienen únicamente quienes disponen de medios económicos para obtener una autorización de residencia en España. Que un motivo para casarse sea regularizar la situación administrativa no debería incidir en la autorización en el marco del expediente prematrimonial, porque ello no supone *per se* que el matrimonio sea de conveniencia; pero no deja de ser paradójico que justo se deniegue con esta base, cuando la única vía que tienen algunas parejas para ejercitar el derecho a la vida privada y familiar (de ambas personas en la relación) es contraer matrimonio (o inscribir la unión en un registro), como ya indiqué en P. Orejudo Prieto de los Mozos, P., «De nuevo sobre los matrimonios de conveniencia. Crónica de Derecho internacional privado», *Revista Española de Estudios Internacionales*, núm. 44, 2022, pp. 14-18, esp. pp. 16-17.

11. El Tribunal Constitucional (TC) ha definido el matrimonio como «*comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento*»: STC 198/2012, de 6 de noviembre, *BOE* núm. 286, de 28 de noviembre de 2012.

12. Me refiero, claro, al fenómeno de las denominadas *tradwifes*: mujeres que, con una combinación de ideología de extrema derecha antifeminista y una cuidada estética basada en estereotipos sobre la «verdadera» feminidad, defienden en redes sociales (monetizando su actividad) volver a los roles de mujer y madre, sirviendo a los esposos y trabajando exclusivamente en el hogar: *vid*. al respecto Skyes, S., y Hopner, V., «Tradwives: Right-Wing Social Media Influencers», *Journal of Contemporary Etnography*, vol. 53, 4, 2024, pp. 453-487.

13. Para una síntesis sobre el debate entre ciertas perspectivas *queer* y parte del colectivo LGBTIQ+, *vid.* Gimeno Reinoso, B., «El matrimonio entre personas del mismo sexo desde la disidencia sexual», *Cuadernos del Ateneo de La Laguna*, núm. 26, 2008, pp. 57-66.

Que el matrimonio igualitario pueda celebrarse en España también repercute en otros Estados. Centrándonos en los que conforman la Unión Europea (UE), la garantía de las libertades comunitarias, con arreglo a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la actualidad obliga al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España (y en cualquier otro EM) en el resto de EEMM, aunque solo a los efectos de garantizar la libre circulación, y con resistencias en EEMM que se oponen a que haya parejas no heterosexuales que puedan constituir un matrimonio (aptdo. 3.1). En un futuro, quizás no muy lejano, es probable que se eleven estos obstáculos y se extienda la obligación de reconocimiento a los matrimonios igualitarios celebrados en terceros Estados y también a efectos civiles (aptdo. 3.2).

2. La importancia de llamarlo matrimonio

2.1. El derecho al matrimonio de las personas del colectivo LGBTIQ+

El legislador español instituyó el matrimonio igualitario en el año 2005, agregando un segundo apartado al artículo 44 del Código civil (CC), conforme al cual *«el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»*[14]. Recientemente ha modificado, además, el primer apartado, para indicar que es *«toda persona»* quien *«tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código»*, y no, como se afirmaba antes, *«el hombre y la mujer»*[15]. Con ello, esta norma permite que se celebre un matrimonio entre dos personas (*ambos* contrayentes), con independencia de si el sexo legal de cada una de ellas difiere o no. Garantiza el matrimonio igualitario, porque no lo limita a un hombre con una mujer (y viceversa), como —por cierto— sigue ocurriendo en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo[16]. Ni la orientación sexual no heteronormativa de una persona, ni su identidad de género o expresión sexual disidentes comportan un obstáculo al ejercicio de este derecho, por lo que el matrimonio puede celebrarse entre un hombre y una mujer (cualquiera que sea su orientación sexual), pero también entre un hombre o una mujer con una persona no binaria, entre dos mujeres, entre dos hombres y entre dos personas no binarias. No se trata únicamente de permitir «matrimonios homosexuales»; el matrimonio igualitario tal y como se regula en el Estado español también garantiza que de su conformación no se excluya a las personas trans[17] y que éstas no se vean sometidas a requisitos discriminatorios[18]. En nuestro sistema, por lo demás, cuando una persona casada ejercita su derecho a la

14. Art. 1.1. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005.

15. Disp. final primera Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, *BOE* núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

16. Solo 37 de 196 Estados admiten en la actualidad el matrimonio igualitario, según el recuento de equaldex: https://www.equaldex.com/

17. Derecho que era negado de forma absoluta cuando la ley no contemplaba otro matrimonio que el celebrado entre mujer y hombre, alegando que la persona trans podía haber obtenido una reasignación de sexo legal (si es mujer trans al femenino), pero seguía teniendo el sexo biológico anterior (en el ejemplo, se consideraría biológicamente hombre), por lo que no podía contraer matrimonio ni con una mujer (al ser legalmente mujer) ni con un hombre. Así, por ejemplo, ocurría en el Reino Unido, en una práctica avalada en su momento por el TEDH como no vulneradora del art. 12 CEDH en sus Sentencias de 17 de octubre de 1986, *Rees c. Reino Unido*, núm. 9532/81, de 27 de septiembre de 1990*, Cossey c. Reino Unido*, núm. 10843/84 y de 30 de julio de 2007, *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, núms. 22985/93 y 23390/94. Posteriormente, el TEDH cambiaría esta línea jurisprudencial en su Sentencia de 1 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, núm. 28957/95, en la que consideró que la imposibilidad de Goodwin (mujer trans) de contraer matrimonio con su pareja (hombre) infringió tanto el art. 8 como el art. 12 CEDH.

18. Como en el caso de la obligación que se introdujo en el Reino Unido de información sobre la reasignación de sexo al otro contrayente, cuya omisión es motivo de nulidad. Esta obligación podría constituir

autodeterminación de género, solicitando una reasignación del sexo legal, no está obligada a disolver previamente su matrimonio[19].

Coincido con quienes consideran que el matrimonio igualitario venía impuesto por el artículo 32 de la Constitución española (CE) interpretado conjuntamente con la garantía del derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el principio de no discriminación (art. 14 CE)[20]. Era obligado entender que existe un derecho constitucional al matrimonio igualitario[21], porque no era una opción del todo respetuosa con ese derecho y ese principio proporcionar a parejas del mismo sexo la alternativa de registrar su unión con consecuencias jurídicas semejantes a las del matrimonio[22], pero (o para) «no llamarlo matrimonio». Esta opción lo que conseguiría es perpetuar la discriminación[23]. Y aunque esta opinión no sea pacífica[24], lo que (creo que) hoy resulta indiscutible es que, al haber sido introducido por el legislador ordinario a través de una

una vulneración de los arts. 14 y 8 CEDH, tal y como analiza Sharpe, A., «Transgender Marriage and the Legal Obligation to Disclose Gender History», *Modern Law Review*, vol. 75, 1, 2012, pp. 33-53.

19. Como aún ocurre en numerosos Estados, incluso del Consejo de Europa. El TEDH se ha pronunciado en dos ocasiones sobre esta obligación, considerando en ambas que no resulta contraria al art. 8 CEDH: Sents. de 28 de noviembre de 2006, *Parry c. Reino Unido,* núm. 42971/05 y de 16 de julio de 2014, *Hämäläinen c. Finlandia,* núm. 37359/09. Entiende, no obstante, que contraviene el derecho a la vida privada y familiar tal y como lo regula el art. 8 CEDH, Dunne, P., «(Trans) marriage equality? Challenging Europe's marital 'Dissolution Requirements'», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 28, 4, 2016, pp. 325-348.

20. Este análisis conjunto de derechos lleva a concluir que «*no solo no se vulnera el artículo 32 CE con la reforma introducida por el legislador (español) en el año 2005, sino que, precisamente, lo inconstitucional era una situación legislativa en la que un grupo de personas quedaban excluidas*»: *cf.* Presno Linera, M.Á., «El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho constitucional español», *Diritos fundamentais i justiça*, núm. 25, 2013, pp. 38-53, esp. p. 50. De hecho, «*El principio de efectividad impone a los poderes públicos la obligación de interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la realización de los derechos constitucionales (STC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4), lo que podría haber servido de base en España para que algún órgano jurisdiccional, de manera similar a lo que ocurrió en Italia, planteara una cuestión de inconstitucionalidad sobre la anterior regulación del matrimonio*» (p. 51). En un sentido similar, Murillo Muñoz, M., «Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, 2005, pp. 231-316.

21. «*Producida la mutación del ámbito subjetivo y modal del derecho al matrimonio, el legislador ve constreñido su margen de maniobra a la hora de configurar el acceso a la institución. Una regulación legal fundada en la concepción tradicional del matrimonio, en la dualidad de sexos, sería inconstitucional*». *Cf.* Barrero Ortega, A., «El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, pp. 41-66, esp. p. 52.

22. Exposito, E., «El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Algunas reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, pp. 1-21, esp. p. 18.

23. Pues que la institución se considere cerrada a personas heterosexuales se fundamenta en la idea de que las homosexuales no son «dignas» de ella, como bien advierten Matzumoto Benítez, N. y Coronel Gamboa, L.E., «El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los tolerantes*», Conflicto y sociedad*, vol. 1, núm. 2, 2013, pp. 102-115, esp. p. 109.

24. Hay quienes continúan defendiendo la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005 (entre otros, Ollero Tassara, a., «No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 90, 2013, pp. 259-312), alegando esencialmente que en el momento en que se redactó la CE el matrimonio en el que el constituyente incluyó un concepto de matrimonio, y era heterosexual (p. 266). También discreparían con mi opinión quienes afirman que el matrimonio igualitario se adapta a la CE, aunque ésta no lo imponga, pero que sería factible volver a legislar para reservar el matrimonio a parejas de mujer y hombre sin vulnerar el art. 32 CE. En este sentido, entre otras, Parra Lucán, M.Á., «Matrimonio y "matrimonio" entre personas del mismo sexo»: la constitucionalidad de la Ley 13/2005», *Derecho privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 271-311, esp. p. 303.

norma declarada conforme a la Constitución[25], el derecho al matrimonio igualitario se ha incorporado a su artículo 32. Además, el Estado español ha asumido obligaciones de garantía de ese derecho también al amparo del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[26] y del artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)[27].

De un lado, es importante advertir que el TEDH nunca ha afirmado que el artículo 12 CEDH no ampara el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que, a mi juicio, no cabe afirmar que de su jurisprudencia se deduce que *no existe el derecho al matrimonio igualitario*[28]. De hecho, en *Schalk y Kopf c. Austria* el TEDH afirma que el derecho que contempla dicho artículo 12 CEDH no se limita en todo caso a matrimonios entre personas de distinto sexo[29]. Aunque haya dejado claro que esta norma no impone a los Estados contratantes la obligación positiva de abrir la institución[30], de forma que no garantiza *en la actualidad* el derecho al matrimonio igualitario al margen de las respuestas estatales[31], cuando un Estado lo regula, como ha ocurrido en España (y muchos otros países del Consejo de Europa), el acceso a este tipo de matrimonio deviene un derecho garantizado por el propio artículo 12 CEDH. Y ello comporta obligaciones para el Estado que lo contempla, como también para otros Estados contratantes donde no se permite aún. Sobre esta última cuestión vuelvo en el apartado 3.1.

De otro lado, el artículo 9 CDFUE, que es un precepto neutro en cuanto al género (ha omitido conscientemente toda referencia a «hombre y mujer» en la regulación del derecho a contraer matrimonio y a formar una familia)[32] también debe interpretarse en el sentido de que obliga a

25. STC 198/2012, *cit*.

26. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

27. *DOUE* C 83/389, de 30 de marzo de 2010.

28. Otra lectura en Espiniella Ménendez, Á., «El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2024, vol. 16, núm. 2, pp. 617-632, p. 619.

29. «*The Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State»:* STEDH de 20 de junio de 2012, *Shack y Kopf c. Austria*, núm. 30141/04, párr. 61. Quizás en este punto, por tanto, la aproximación al derecho no coincide plenamente con la del Comité de Derechos Humanos cuando todavía en 2022 afirma que el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, en su art. 23.2, «reconoce como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse»: Comunicación núm. 902/1999, *Juliet Joslin et al c. Nueva Zelanda*. Dictamen de 30 de julio de 2002, CCPR/C/75/D/902/1999.

30. Tal y como reiteraría en sus Sents. de 16 de julio de 2014, *Hämäläinen* c. *Finlandia*, núm. 37359/09; de 21 de julio de 2015, *Oliari y otros vs Italia,* núms. 18766/11 y 36030/11; de 9 de junio de 2016, *Chapin y Carpentier c. Francia*, núm. 40183/07; de 17 de enero de 2023, *Przybyszewska y otros c. Polonia*, núms. 40792 y nueve más); y de 27 de febrero de 2025, *Szypula y otros c. Polonia*, núms. 78030/14 y 23669/16.

31. Cuestión que debería cambiar, por tanto, si una mayoría de países contratantes del CEDH regulan el matrimonio igualitario, tal y como advierte Torres Pérez, A., «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea», en Vidal, G. y Scaff, F., *Discriminação Por Orientação Sexual. Conceito*, 2012 (consultada versión electrónica en https://www.upf.edu/web/aida-torres/publications), p. 5. En 2012, cuando emitió su decisión en el asunto *Shack y Kopf c. Austria*, solo 6 de los 47 Estados contratantes contemplaban el matrimonio igualitario. En la actualidad, con la reciente incorporación de Grecia a la lista, ya son 17.

32. Koffeman, N. R., *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Tesis doctoral, Universidad de Leiden, 2015, http://hdl.handle.net/1887/36111, p. 403.

que el Estado español garantice el matrimonio igualitario, no porque lo regule directamente, sino porque, al remitir a las legislaciones estatales para concretar su alcance, si un Estado miembro opta por establecerlo, ya no puede discriminar en su acceso ni en las consecuencias jurídicas que comporta.

Denominar matrimonio al vínculo entre personas del mismo sexo, y regularlo como tal, por tanto, no solo reviste importancia simbólica, por la legitimación social de las parejas no heteronormativas que entraña[33]; tiene también una relevancia jurídica fundamental, al comportar la asunción de obligaciones legales para diversos Estados.

2.2. El «refugio» español: garantía de la celebración del matrimonio igualitario en situaciones internacionales

La garantía del matrimonio igualitario es uno de los elementos que explican que el Estado español sea considerado un «Estado refugio» para las llamadas «familias arcoíris»[34], especialmente cuando en ellas concurre algún elemento extranjero. Las soluciones que se han articulado orillan los objetivos generales de la política legislativa que subyacen en las normas de Derecho internacional privado (en las normas de conflicto en particular). Se van a celebrar matrimonios igualitarios españoles que comportan la renuncia a promover la armonía internacional de soluciones y a evitar la conformación de situaciones claudicantes. Aunque se sepa con total seguridad que otros Estados, y señaladamente el de la nacionalidad de alguno de los contrayentes (o de ambos), no reconocerán el matrimonio (incluso a ningún efecto), se privilegia el objetivo de garantizar el ejercicio del derecho al matrimonio. Y, como es sabido, ello es así prácticamente desde el mismo momento en que el legislador introdujo la posibilidad de celebrar el matrimonio igualitario, en principio para situaciones internas[35]. Ya entonces, la DGRN instruyó a las autoridades registrales para que procedieran a autorizarlo también en situaciones internacionales, a través de su Resolución-Circular de 24 de enero de 2005[36].

La competencia de las autoridades para autorizar estos matrimonios no cambia con respecto a la norma general[37]: basta con (o se exige) que una de las personas que desean contraer

33. Salazar Benítez, O., «Derecho al matrimonio y diversidad familiar», *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, pp. 195-226, esp. pp. 203-206.

34. Otros derivan igualmente de la seriedad del enfoque antidiscriminatorio adoptado por el legislador constituyente y el TC y por el legislador ordinario y los tribunales de justicia. Por ser un ordenamiento jurídico que pretende garantizar los derechos de toda persona, independientemente de su orientación sexual e identidad de género, el Derecho español ha adoptado la autodeterminación de género, permite el acceso igualitario a las técnicas de reproducción asistida, contempla la posibilidad de doble maternidad y doble paternidad, prohíbe las terapias de conversión y la imposibilidad de donar sangre a las personas homosexuales y regula como motivo de persecución la LGTBIfobia a efectos de conceder protección internacional. Por estos y otros factores, de hecho, España ocupa, en 2024, el 4.º lugar entre los países europeos que más se protegen los derechos LGBTIQ+, según el ranking ILGA-Europe's Rainbow Map: https://rainbowmap.ilga-europe.org.

35. La ausencia de normas específicas para situaciones internacionales a raíz de la reforma de 2005 se interpretó como algo pretendido por el legislador, para no diferenciar entre matrimonios (en función del sexo de los contrayentes): Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español», *Diario La Ley*, 2006, pp. 1149-1164.

36. Resolución-Circular de 24 de enero de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, *BOE* núm. 188, 8 de agosto de 2005.

37. No cabe diferenciar con respecto a los matrimonios «heterosexuales», como bien advierten Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.A., *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020, p. 471. Y, de hecho, no creo que lo haga la DGRN en esta Resolución-Circular, limitando la celebración a los supuestos en que el contrayente extranjero resida en España, como indican estos autores. Aunque en un momento se refiera a la validez de los «matrimonios celebrados entre extranjeros del mismo sexo residentes en España», más adelante la DGRN claramente afirma que «*En definitiva, la intervención de*

matrimonio tenga su domicilio en España, con independencia de su nacionalidad, aunque también debe autorizarse un matrimonio español (igualitario) entre contrayentes domiciliados en el extranjero si alguna de las/los contrayentes tiene nacionalidad española. Con ello, se procura que los matrimonios que se celebren con arreglo a la ley española tengan vinculación con el Estado español, y se evita el «turismo matrimonial».

Así, con carácter general, la conformación de un matrimonio español pasa por que alguno de los contrayentes tenga domicilio en España, puesto que es preciso obtener una autorización previa a la celebración, a través de un expediente, para cuya tramitación la Ley del Registro Civil (LEC) atribuye competencia a determinadas autoridades correspondientes al domicilio[38]. Pero también cabe la posibilidad de acudir a la autoridad consular española del lugar correspondiente al domicilio de cualquiera de las/os contrayentes, siempre que al menos una/o tenga la nacionalidad española, para que emita la correspondiente autorización y luego prestar el consentimiento en el propio consulado o en territorio español (más adelante vuelvo sobre esta cuestión). De esta forma, se garantiza el matrimonio —también igualitario— a dos personas extranjeras, siempre que alguna de ellas esté domiciliada en territorio español, y a toda persona española, cualquiera que sea el lugar en que tenga su domicilio (o al menos así debería ser; *vid*., no obstante, los obstáculos advertidos, que se exponen en el siguiente apartado).

En lo que respecta a las normas a aplicar en el marco de ese expediente previo, la referida Resolución-circular aporta dos argumentos para justificar que se autoricen matrimonios igualitarios al margen de lo que puedan disponer las legislaciones extranjeras[39]. El primero es que, para determinar la capacidad del eventual contrayente extranjero, no cabría aplicar su ley personal (*ex* art. 9.1 CC) si no contempla el matrimonio igualitario, porque el resultado de tal aplicación sería contrario al orden público, al obstaculizar un derecho garantizado constitucionalmente. El segundo es que el sexo de los contrayentes es una cuestión de fondo del matrimonio antes que una cuestión de capacidad, por lo que las leyes extranjeras nada tienen que decir al respecto: es la ley española la que determina si cabe celebrar con arreglo a la ley española el matrimonio igualitario, porque sería la ley aplicable al contenido. La respuesta, como es sabido, es afirmativa. Aunque el resultado sea el mismo, seguramente esta segunda interpretación sea preferible.

El matrimonio, como negocio jurídico que es, no puede estar sujeto solo a requisitos de capacidad, consentimiento y forma; también hay normas que regulan su contenido, y éstas no pueden ser otras que las dispuestas en la *lex auctoritatis*[40]. Así, por una parte, se debe entender

---

las autoridades españolas, tanto en España como en el extranjero, a efectos de instruir o de autorizar un matrimonio, excepción hecho de las supuestos de delegación, requiere como elemento determinante del reconocimiento de competencia a favor de dichas autoridades que el domicilio de alguno de los contrayentes esté fijado en España o en la respectiva Demarcación consular».

38. El art. 58.2 LRC en su versión vigente indica que puede tramitarse un acta ante el Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o un expediente ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Encargado del Registro civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes. La versión inicial de la LRC, publicada en *BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011, atribuía la competencia únicamente a los Ayuntamientos, tal y como advertí en «Regulación del matrimonio en situaciones internacionales tras la reforma de la Ley de Registro Civil de 2011», *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. 12, 2012, pp. 433-453.

39 Sobre esta incompatibilidad de los dos argumentos se pronunciaron en su momento, entre otros, Sánchez Lorenzo S., «Direction général des Registres et du Notariat du 24 janvier 2005», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 618-627; Quiñones Escámez, A., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, pp. 1171-1187; y Álvarez González S., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más (crítica)», *Diario La Ley*, 2007, pp. 1531-1538 y del mismo autor, «Resolución-Circular de la DGRN 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, pp. 1007-1012.

40. Arenas García, R. «La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. 5, 2005, pp. 351-371,

que el sexo legal de quienes contraen matrimonio es parte de ese contenido: es un requisito subjetivo de validez del acto, y no una cuestión relativa a la capacidad. Y esta interpretación no comporta un «desplazamiento la norma de conflicto para los matrimonios homosexuales»[41], sino un intento de calificación más ajustada, que evidencia que la norma de conflicto que regula la capacidad (el art. 9.1 CC) no es necesariamente la aplicable al contenido del matrimonio. Cierto es que no hay norma de conflicto que determine expresamente qué ley rige el contenido del matrimonio, de forma que a este respecto resulta oportuna y valiosa la interpretación de la Dirección General para integrar la laguna[42]. A este respecto, es obvio que, aunque el matrimonio sea una institución extendida cultural y jurídicamente, no existe un concepto universal de matrimonio. El matrimonio se concibe de forma particular en cada ordenamiento, y precisamente por ello los derechos y deberes que asumen los contrayentes difieren. Si trata de autorizar un matrimonio por una autoridad española, es un matrimonio español lo que se celebra. Y el matrimonio español es igualitario. De ahí que, aunque el artículo 9.1 CC indique que es la ley personal la que rige «el estado civil», no puede ser sino la ley de la autoridad la que se aplique al fondo.

2.3. Obstáculos a la celebración del matrimonio igualitario en España

2.3.1. Autoridades consulares (in)competentes

Si no cabe discriminación en el acceso al matrimonio cuando desean celebrarlo dos personas del mismo sexo sin vulnerar derechos garantizados por la CE y por instrumentos internacionales, no se entiende que una norma que declara tener como objetivo «la garantía de los derechos de las personas LGTBI», esto es, la Ley 4/2023[43], conocida como Ley *trans*, disponga en su artículo 36.4 que *«Las oficinas consulares españolas podrán celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo siempre que al menos uno de los contrayentes sea español, que al menos uno de ellos esté domiciliado en la demarcación consular correspondiente y que las autoridades del Estado receptor del Cónsul, en aplicación de sus leyes y reglamentos, no se opongan expresamente a que el mismo pueda celebrar dichos matrimonios en su territorio»*. Esta norma reduce las posibilidades de que personas del mismo sexo (siendo al menos una de ellas de nacionalidad española) celebren un matrimonio consular en dos situaciones en las que, sin embargo, sí cabe autorizar matrimonios entre un hombre y mujer. La norma, pues, discrimina a los matrimonios entre personas del mismo sexo al menos en esas dos situaciones, contraviniendo el derecho a contraer matrimonio garantizado tanto por la CE como el CEDH y la CDFUE.

En primer lugar, el artículo 36.4 Ley 4/2023 impide celebrar un matrimonio consular a personas del mismo sexo si ninguna de ellas tiene domicilio en la demarcación consular, cuando esta posibilidad (que contraigan matrimonio consular dos personas domiciliadas en España) no está vedada en ninguna otra norma en general y, por tanto, puede darse en matrimonios entre hombres y mujeres. No parece haber reparado el legislador en que el expediente tramitado ante una autoridad española a efectos de autorizar el matrimonio puede ser trasladado para que la prestación del consentimiento se realice ante otra autoridad española con com-

esp. pp. 354-357; *id*., *Crisis matrimoniales internacionales. El tratamiento de la nulidad matrimonial, la separación y el divorcio en el DIPr español*, Santiago de Compostela, 2004, pp. 190-192.

41. Soto Moya, M., *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 41, citando a B. Ancel.

42. Habría laguna, pues, en lo referente a la ley aplicable al contenido. No coincide en esta lectura (porque no se aparta de la calificación del sexo como cuestión de capacidad) Díez Picazo, L.M., «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo», *InDret*, 2007, 2, pp. 1-12, p. 9.

43. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, *BOE* núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

petencia para recabarlo. Y entre estas autoridades están las consulares (art. 51.3.º CC). Si es posible, pues, que dos personas de nacionalidad española y domicilio en territorio español celebren su matrimonio en un consulado (es posible, incluso, tratándose de una española con una extranjera, siempre que no tenga la nacionalidad del Estado receptor), ¿tiene sentido que la Ley *trans* excluya esta posibilidad cuando el matrimonio es entre personas del mismo sexo? Por dejar la clara la inexplicable discriminación que establece, propondré un ejemplo. Dos personas españolas domiciliadas en Madrid desean contraer matrimonio. La madre de una ellas vive en los Países Bajos y se encuentra enferma. Para facilitar que asista a la ceremonia, las/os contrayentes deciden solicitar el traslado del expediente, que tramitan (obligatoriamente) ante el encargado del registro civil de Madrid (pues, salvo que acudan a un notario, también de esta localidad, no tienen otra opción), para luego prestar el consentimiento en el consulado español en Ámsterdam. Pues bien: como se cumplen todas las condiciones para que el matrimonio consular se celebre válidamente (que se recuerdan más abajo), pueden hacerlo si son un hombre y una mujer, pero no, según el artículo 36.4 Ley 4/2023, si son dos mujeres, o dos hombres. Consuela que, al menos, una interpretación literal de la norma no vedaría la celebración de matrimonios entre personas de sexo legal no binario (X, indeterminado) con mujeres o con hombres. En el ejemplo propuesto, si quien quiere contraer matrimonio en el consulado español es una mujer española con una persona de género x de nacionalidad alemana, maltesa o islandesa, y ambas están domiciliadas en España, no habría ningún inconveniente para la celebración de ese matrimonio.

Para la válida celebración de un matrimonio consular, además de que la autoridad consular tenga conferida competencia (y ya se indicado que así ocurre con las españolas, *ex* art. 51.3 CC), es preciso que al menos una de esas personas sea nacional del Estado que envía (española) y ninguna tenga la nacionalidad del Estado receptor. Por eso dos personas domiciliadas en territorio español pueden prestar el consentimiento ante la autoridad consular española, mediante el citado traslado de expediente, siempre que al menos una sea española y ninguna tenga la nacionalidad del Estado receptor. Cabe insistir en que la domiciliación de al menos una de las personas contrayentes en la demarcación consular es requisito únicamente para la tramitación del expediente previo por parte del encargado del Registro consular (art. 51.1 CC), no para la celebración del matrimonio en sí. Pero también tiene que concurrir una tercera condición, que es que el Estado receptor no se oponga a la celebración de matrimonios en su territorio.

Y justo en relación con este último requisito de validez del matrimonio consular, se establece en el artículo 36.4 Ley 4/2013 otra discriminación únicamente en lo que respecta a los matrimonios entre personas del mismo sexo, al indicar que es *a estos matrimonios en particular* a lo que podría oponerse el Estado receptor *en aplicación de sus leyes y reglamentos.* La interpretación según el sentido propio de las palabras que exige realizar el artículo 3.1 CC en primer término obliga a entender que si las autoridades del Estado receptor se oponen expresamente a los matrimonios entre personas del mismo sexo *(«dichos matrimonios»)*, las autoridades consulares españolas no podrán celebrar este tipo de matrimonios. Pero sí un matrimonio entre personas de sexo opuesto[44].

No cabe duda de que el Derecho internacional obliga a tener presente que el Estado receptor podría oponerse al desempeño de determinadas funciones por los cónsules extranjeros enviados a su territorio, entre las que se encuentra la autorización de matrimonios: el artículo 5 Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 abril de 1963[45] establece en su apartado

44. En el ejemplo propuesto anteriormente, el del matrimonio en el consulado español en los Países Bajos, este problema no concurriría: este Estado no solo no se opone a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, sino que, de hecho, fue el primero de los países europeos en que se reguló el matrimonio igualitario. La pregunta que ahora cabe formularse es si el consulado español en Varsovia, por ejemplo, puede autorizar la celebración de matrimonios solo entre hombres y mujeres, discriminando a las parejas homosexuales, alegando que Polonia se opone a estos matrimonios.

45. *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

f) que las autoridades consulares podrán *«actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor»*. Pero esto no significa que las leyes y reglamentos del Estado receptor puedan condicionar las obligaciones de las autoridades españolas hasta el punto de obligar a que discriminen en función de la orientación sexual de las personas contrayentes. Un Estado puede mostrarse contrario a que las autoridades consulares extranjeras celebren matrimonios (en general)[46], en cuyo caso resulta obligado abstenerse de asistir a la ceremonia de prestación del consentimiento en el consulado (sí podrían, no obstante, autorizar el matrimonio para que éste se celebre en territorio español, a través del traslado del expediente). Pero si un Estado *«a través de sus leyes y reglamentos»*, se dirigiera a las autoridades españolas para mostrar su oposición a que en su territorio se celebren (únicamente) matrimonios consulares entre personas del mismo sexo, las autoridades consulares españolas deberían recibir órdenes de no celebrar ningún tipo de matrimonio. El principio de no discriminación creo que así lo impone.

2.3.2. Formalidades (no) exigibles: los certificados de capacidad matrimonial

La existencia de otro obstáculo indebido a la celebración de matrimonios igualitarios conforme a Derecho español se ha puesto de manifiesto a través de dos asuntos presentados al TEDH en 2014 y 2016, sobre los que este tribunal se ha pronunciado recientemente, en su (cuestionable y tardía) Sentencia de 27 de febrero de 2025[47].

A Tomasz Szypula, nacional polaco, como a Jacob Urbanik, también de nacionalidad polaca, las autoridades del Estado de su nacionalidad les denegaron la emisión de sendos certificados de capacidad matrimonial, que solicitaron con vistas a contraer matrimonio ante una autoridad española con sus parejas, en ambos casos hombres y —solo con total certeza en el segundo— de nacionalidad española. Demasiados años después, el TEDH responde lacónicamente a la demanda que presentan contra Polonia, afirmando que este Estado no ha vulnerado ningún derecho en lo relativo a la imposibilidad de los demandantes de contraer matrimonio, y admitiendo la queja en lo referido a la carencia de un marco normativo en este Estado que permita reconocer y proteger a las uniones entre parejas del mismo sexo.

No existe norma alguna que permita a la persona encargada del Registro exigir a un contrayente extranjero un certificado de capacidad matrimonial para contraer un matrimonio con arreglo a la ley española[48]. Szypula y Urbanik deberían haber recurrido (nada indica que

46. Es la interpretación que proporciona a lo dispuesto en el art. 5 de la Convención el comentario recogido en el documento Draft Articles on Consular Relations with commentaries, Text adopted by the International Law Commission at its thirteenth session, in 1961, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (at para. 37), *Yearbook of the International Law Commission*, 1961, vol. II «*The consular official may also, if authorized for that purpose by the law of the sending State, solemnize marriages between nationals of his State or between nationals of the sending State and those of another State,* provided that this is not prohibited by the law of the receiving State» (el énfasis es mío). Dado que es evidente que la interpretación se proporciona en un momento histórico en el que el matrimonio igualitario no cabe en ningún Estado, el Convenio se refiere sin duda a la posibilidad de que el Estado receptor se oponga a la celebración de matrimonios en general, no a determinados matrimonios en particular.

47. *Szypula y otros c. Polonia*, núm. 78030/14 y 23669/16.

48. Esta es la (apreciable) diferencia que existe con respecto a ordenamientos como el alemán: el § 1309(1) del Código civil alemán (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*- disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf) sí prevé que el contrayente extranjero tenga que presentar el certificado de capacidad matrimonial emitido por las autoridades de su nacionalidad. Al disponer esta obligación, en este Estado también se prevé la posibilidad solicitar una exención a la autoridad judicial si el contra-

lo hicieran) las decisiones de los encargados del registro civil de requerirles tales certificados[49]. De haberlo hecho, en el hipotético caso de que la DGRN —entonces, hoy la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)— no hubiese admitido los recursos, podrían haber acudido al JPI competente, y seguir elevando la cuestión hasta, eventualmente, demandar al Estado español ante el TEDH por haber obstaculizado indebida e ilegalmente su derecho a contraer matrimonio[50]. Porque con arreglo al Derecho español, son las autoridades españolas las que comprueban si el matrimonio proyectado tiene visos de validez, sin que importe, como ya se ha indicado, que ese matrimonio vaya a tenerse por inexistente, nulo o no celebrado en el Estado de la nacionalidad de alguno de los contrayentes, o incluso en el Estado de ambos. De hecho, es más que probable que el asunto hubiera quedado resuelto en la vía administrativa, pues hay antecedentes inequívocos de lo indebido de tal exigencia. La DGRN, ya en su Resolución de 7 de abril de 2006, indicó que no cabía requerir el certificado de capacidad matrimonial al contrayente portugués en un matrimonio proyectado con un nacional español. Y en este supuesto este contrayente tenía nacionalidad de un Estado contratante del Convenio de Múnich de 1980 sobre expedición de certificados de capacidad matrimonial[51] en el que aún no cabía el matrimonio igualitario[52]. La autoridad registral española que exigió (indebidamente) el certificado podría haber pensado que la autoridad portuguesa estaba obligada a expedirlo a la luz de lo dispuesto en el Convenio, pero desde luego no es el caso cuando la nacionalidad del contrayente extranjero es de un Estado, como Polonia[53], que no solo no es contratante de este Convenio, sino que además ampara prácticas homófobas[54].

---

yente extranjero prueba que la obtención del certificado es imposible, cosa que no ocurre en el sistema español: al no estar regulada la exigencia de certificado, tampoco está previsto que quepa la exención, de forma que los contrayentes quedan en un limbo -como *Szypulla y otros* revela. Obsérvese que, aun previendo la posibilidad de solicitar exenciones, se considera que el requisito impuesto por el § 1309(1) BGB (la solicitud de certificado) vulnera el principio de no discriminación, por constituir una carga excesiva (en tiempo, en costes y en incertidumbre) para las parejas de contrayentes del mismo sexo, pues las parejas heterosexuales por lo general no encuentran este obstáculo: Nugraha, I.Y., «Marriage overruled? Certificate of Non-Impediment and Impediments to the Right to Same-Sex Marriage», en Biddulph, S. y otros (eds), *Legalisation of Same-Sex Marriage: A Global Perspective*, Hanoi, Social Sciences Publishing House, 2022, pp. 22-38.

49. En mi experiencia en la práctica, las autoridades registrales españolas en ocasiones proporcionan información oral de los requisitos supuestamente exigidos con arreglo a la ley. Decisiones como la de no autorizar el matrimonio hasta que el contrayente extranjero no aporte el certificado de capacidad matrimonial no se notifican adecuadamente, por escrito y con el correspondiente pie de recurso. Por esto los administrados las asumirían acríticamente.

50. En este mismo sentido, muestra sorpresa porque se demandara a Polonia en lugar de a España, Espinella Menéndez, Á., *loc. cit.*, p. 625.

51. Instrumento de ratificación del Convenio número 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, *BOE* núm. 303, de 19 de diciembre de 1989.

52. Como analiza Álvarez González, S., «Matrimonios entre personas del mismo sexo: dimensión internacional», en Álvarez González, S. (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-37, esp. pp. 18 y 19. Nótese que hoy el matrimonio igualitario sí puede celebrarse en Alemania, Austria y Portugal, que son tres de los Estados contratantes de este Convenio (*vid*. nota siguiente).

53. Los Estados contratantes pueden consultarse en https://www.ciec1.org/conv ention-20-presentation-fr.

54. Baste recordar que la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2021, sobre la declaración de la UE como una zona de libertad para las personas LGBTIQ trata de contrarrestar, entre otros hechos, que, desde marzo de 2019, más de cien regiones, distritos y municipios de toda Polonia adoptaron resoluciones por las que se declaran «exentos de la denominada ideología LGBTI».

3. Extensión del refugio español en la Unión Europea

3.1. Alcance actual de la obligación de reconocimiento del matrimonio igualitario

3.1.1. Reconocimiento mutuo para garantizar la libre circulación de personas

En la actualidad, todos los Estados miembros de la Unión Europea deben entender que, cuando el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE[55] establece que el «cónyuge» es uno de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que tienen determinados derechos en el ámbito de la extranjería, incluye a quien ha celebrado válidamente un matrimonio en otro EM con ese ciudadano: también si es un matrimonio entre personas del mismo sexo, tal y como ha indicado el TJUE en el Asunto *Coman*[56].

Hasta el momento en que se dictó esta sentencia, cabía considerar que la concepción matrimonial a tener en cuenta para determinar quiénes son beneficiarios de la libre circulación en tanto que cónyuges de un ciudadano de la UE era la del Estado en el que se invocaban esos derechos (el Estado de acogida), que era el «que fija(ba) los elementos esenciales de la institución matrimonial», incluyendo el sexo legal de los contrayentes[57]. Quedaba, por tanto, en manos del Derecho (internacional privado) de cada Estado miembro determinar qué matrimonios tenía por válidos a efectos de considerar cónyuge al potencial beneficiario de la libre circulación del ciudadano de la Unión. Pero el TJUE ha venido a instaurar, con Coman, un concepto autónomo de cónyuge[58], y, por ende, de matrimonio, a los efectos de la libre circulación; un concepto que, en principio, según reconoce expresamente Coman, comporta que pueda haber discrepancias en la visión administrativa y civil de una misma relación familiar[59]: en este caso, del matrimonio igualitario.

El TJUE consideró, en efecto, que la negativa de Rumanía a reconocer el matrimonio que celebró en Bélgica un nacional rumano (Relu Adrian Coman) con un extracomunitario de su mismo sexo (el estadounidense Robert Clabourn Hamilton), y la consecuente denegación a éste de una autorización para residir en ese Estado durante más de tres meses (art.7 de la Directiva 2004/38/CE) vulnera el derecho a la libre circulación del ciudadano de la Unión que el art. 21.1 TFUE garantiza, puesto que *«tal negativa tiene como consecuencia que dicho ciudadano de la*

55. Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DOUE* núm. 158, de 30 de abril de 2004.

56. STJUE de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. *Vid*. Pérez Martín, L.A., «El caso Coman entre el TJUE y el TEDH: La identidad nacional como límite ¿ilícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE», en Jiménez Blanco, P. y Rodríguez-Uría Suárez, I. (Eds.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, Madrid, Colex, 2024, pp. 259-288; Requena Casanova, M., «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019, pp. 41-79.

57. Jiménez Blanco, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *Revista Española de Estudios Internacionale*s, núm. 35, 2018, pp. 1-49, pp. 10-11.

58. Cierto es que la cuestión del concepto autónomo de matrimonio, en relación con la eficacia de matrimonios entre personas del mismo sexo, ya se había puesto de manifiesto en el ámbito del Derecho de la función pública comunitaria, pues fueron funcionarias de la UE quienes primero invocaron ante las instituciones (Consejo, Comisión) sus derechos como cónyuges con arreglo a leyes de EEMM. *Vid*. al respecto González Beilfuss, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea,* Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 69-73.

59. *Ibidem* (ya incluso antes de que se pronunciara el TJUE), pp. 11 y 49.

Unión pueda verse privado de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que es nacional acompañado de su cónyuge» (§ 40). Frente a las alegaciones de los gobiernos rumano y letón, sobre la posibilidad de restringir la libre circulación por motivos de orden público e identidad nacional (art. 4.2 TUE), el TJUE recuerda que *«una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión. (...) y que "el orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad"»* (§ 42). Pero también manifiesta que la obligación de reconocimiento del matrimonio igualitario lo es *«al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado»*, por lo que *«no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el Derecho nacional y que entra dentro de la competencia de los Estados miembros (...). No supone que dicho Estado miembro contemple, en su Derecho nacional, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo. Se limita a la obligación de reconocer tales matrimonios, contraídos en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este, y ello a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión»* (§ 45).

Poco después, en *Pancharevo*, el TJUE incidiría en este mismo concepto autónomo para afirmar la aplicabilidad del artículo 2.2. de la Directiva 2004/38/CE en lo que respecta al matrimonio celebrado en Gibraltar entre dos mujeres (una británica y otra búlgara), que las autoridades búlgaras estaban obligadas a reconocer únicamente a los efectos de la libre circulación, y también a la relación de filiación con su descendiente, aclarando igualmente que las autoridades de Bulgaria no están obligadas a reconocer la doble maternidad desde un punto de vista civil[60].

En suma, de lo afirmado por el TJUE deriva que las autoridades rumanas, como las del resto de EEMM, están obligadas a considerar que un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España, como en cualquier otro EM (el de Coman y Hamilton, en Bélgica; el de V.M.A. y K.D.K en Gibraltar) es válido a determinados efectos administrativos: en concreto, para garantizar la libre circulación del ciudadano de la UE con su cónyuge. Aunque consideren que el matrimonio entre personas del mismo sexo vulnera su orden público o su identidad nacional. Y justamente porque el TJUE se refiere de forma expresa a matrimonios celebrados en otros EEMM, se ha mantenido que de esta sentencia (y posteriormente de *Pancharevo*) se desprende una aplicación del principio de reconocimiento mutuo para facilitar la libre circulación de personas[61]. Pero esta interpretación, en nada incorrecta, quizás no sea la única posible, como indico más adelante. Ahora importa insistir en que existe una obligación de retener este concepto autónomo, sin posibilidad de oponer el orden público; y que esta obligación no va más allá del ámbito de la Extranjería, porque el TJUE excluye expresamente que el reconocimiento tenga que abarcar también efectos civiles, con lo que (según el propio TJUE afirma) se garantizarían las competencias de los EEMM en materia de estado civil y el respeto a la identidad nacional de cada uno de ellos. La

60. STJUE de 14 de diciembre de 2021, Asunto C490/20 (ECLI:EU:C:2021:1008). Sobre esta sentencia, *vid*. Álvarez González, S., «La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)», *La Ley. Unión Europea*, 2022, núm. 102; Sánchez Cano, M.J., «La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, pp. 1223-1233.

61. Durán Ayago, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 158; Guzmán Zapater, M., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJC Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el as. C-673, Coman)», *Revista Española de Estudios Internacionales*, núm. 36, 2018 (Crónica de Derecho internacional privado), pp. 9-16, disponible en https://reei.tirant.com/reei/article/view/3553/3204, p. 11. También apunta a la proyección de este método Espiniella Menéndez, Á., *loc. cit.*, pp. 622 y ss.

obligación de reconocimiento solo a efectos administrativos no debería tensionar a los EEMM contrarios al matrimonio entre personas del mismo sexo[62].

3.1.2. Reconocimiento de efectos civiles para garantizar el derecho a la vida familiar

El reconocimiento de los matrimonios igualitarios celebrados ante autoridad extranjera no viene condicionado únicamente por la garantía de la libre circulación de personas (art. 21.1 TFUE). Aunque el TEDH ha eludido pronunciarse sobre si la negativa a inscribir como matrimonio el celebrado con arreglo a una ley extranjera entre personas del mismo sexo infringe el principio de no discriminación por razón de orientación sexual en marco del derecho al matrimonio (art. 14 conjuntamente con art. 12 CEDH)[63], y aunque en relación con el artículo 12 CEDH aún no se hayan producido avances significativos, el TEDH al menos ha concedido que la garantía del derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH) impone ciertas obligaciones a los EEMM, como al resto de Estados contratantes del CEDH.

En efecto, en su actual interpretación del artículo 12 CEDH, el TEDH, reafirmando el ya mencionado amplio margen de apreciación que concedería a los Estados para (por el momento) no permitir que celebren matrimonios parejas que no están conformadas por una mujer y un hombre, ha considerado que, en lo que respecta a las situaciones internacionales, no vulnera ese precepto un Estado que no contempla el matrimonio igualitario ni cuando se niega a inscribir como tal (matrimonio) el celebrado ante una autoridad extranjera[64], ni cuando no facilita su celebración con arreglo a la ley de otro Estado[65]. Pero la garantía del derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH) condiciona la recepción de los matrimonios igualitarios extranjeros, desde el momento en que obliga a no desposeerlos de toda eficacia civil[66].

De esta forma, la jurisprudencia del TEDH avala que los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo en un Estado extranjero no se consideren «matrimonio» en otros, pero obliga a darles algún tipo de reconocimiento legal, negando la posibilidad de oponer intereses de la comunidad que justifiquen la denegación de tal reconocimiento, pues ello comportaría una desprotección total de la pareja contraria al referido derecho a la vida familiar. A la luz del artículo 8.1 CEDH esos matrimonios deben ser reconocidos, en su caso, como «uniones civiles», tal y como venía ocurriendo en algunos Estados[67].

---

62. Esta distinción no ha servido, no obstante, para facilitar que Rumanía asuma la decisión del TJUE. Rumanía seguiría a fecha actual sin proporcionar a Hamilton la correspondiente autorización de residencia, lo que ha dado lugar a que se abra un procedimiento de incumplimiento de la Comisión ante el TJUE, y a que Coman haya decidido acudir al TEDH, tal y como informa Pérez Martín, L.A., *loc. cit.*, *passim*.

63. Incluso recientemente, como pone de manifiesto la STEDH de 5 de septiembre de 2023, *Koilova* y *Balbukova c. Bulgaria*, núm. 40209/20.

64. STEDH de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, núm. 26431/12.

65. El TEDH podría haber considerado, en *Szypula c. Polonia*, que Polonia tiene la obligación de no obstaculizar el ejercicio del derecho en el territorio de los Estados que sí lo garantizan, como postulaban Brems, E. *et al*, «Third party intervention by the Human Rights Center of Ghent University at ECHR Szypula v. Poland and Urbanik & Alonso Rodríguez c Poland», disponible en https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf, p. 3. Pero no es lo que finalmente dispuso.

66. Sent. TEDH de 21 de julio de 2015, núms. 18766/11 y 36030/11, *Oliari c. Italia*. Más recientemente, también *Koilova y Balbukova c. Bulgaria*, cit.

67. Así, en el Reino Unido, como ponen de manifiesto Murphy, J., «The recognition of same-sex families in Britain: the role of Private International Law», *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 16, 2002, pp. 181-196, esp. pp. 185-189; y K. McK. Norrie «Recognition of Foreign Relationships Under the Civil Partnership Act 2004», *Journal of Private International Law April,* 2006, pp. 137-167, esp. pp. 161-165. La promulgación de normativa que en Italia reconoce como uniones civiles a los matrimonios igualitarios extranjeros ha sido considerada suficiente por el Comité de Ministros del Consejo

3.2. Ampliación futura de la obligación

3.2.1. Reconocimiento de matrimonios igualitarios de terceros Estados

Como antes adelantaba, no es en absoluto irrazonable interpretar que de la jurisprudencia del TJUE deriva una aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia matrimonial, dado que en *Coman* y en *Pancharevo* se afirma de forma expresa la obligación de reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo *celebrados válidamente en otros EEMM* (por el momento solo a unos determinados efectos). Pero los motivos que esgrime el TJUE para derivar tal obligación en realidad no justifican que se limite a los matrimonios celebrados en otros EEMM. De ahí el interés de reproducir sus argumentos.

La negativa al reconocimiento del matrimonio igualitario, dice el TJUE en *Coman*, *«tiene como consecuencia que dicho ciudadano de la Unión pueda verse privado de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que es nacional acompañado de su cónyuge»* (§ 40). Debería carecer de relevancia, por tanto, que el Estado en el que se haya adquirido esa condición de cónyuge sea un EM o un Estado tercero. Además, el TJUE descarta que la restricción a esta libertad pueda estar justificada por razones de orden público (§§ 41-46), teniendo presente que esta justificación (como la de cualquier medida nacional que pueda obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas) debe ser conforme con los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE. Y tampoco a este respecto hay diferencias sustanciales si el matrimonio igualitario se ha celebrado en un tercer Estado, habida cuenta de que la invocación del orden público frente al reconocimiento se considera injustificada por el hecho de que no se imponga salvo en el ámbito de la extranjería. Por lo demás, no creo que la necesaria conformidad de las medidas nacionales con el derecho al respeto de la vida privada y familiar que garantiza el artículo 7 CDFUE, que tendría su correlato (ex art. 52 CDFUE) en el artículo 8 TEDH (analizada en §§ 47-50) pueda verse alterada por el hecho de que el vínculo matrimonial se haya conformado en un Estado tercero. Ninguno de los elementos analizados por el TJUE, pues, conducen a entender que la negativa rumana a considerar «cónyuges» a Hamilton y Coman no vulneraría el artículo 21.1 TJUE si su matrimonio se hubiera celebrado, por ejemplo, en EE. UU., en lugar de en Bélgica[68] (o porque el Reino Unido, en el asunto Pancharevo, ya hubiera tenido que ser considerado Estado tercero). La vulneración a la que se refiere el TJUE se produciría igualmente.

3.2.2. Reconocimiento de matrimonios en la UE a efectos civiles

La posibilidad de mantener discrepancias en lo administrativo y lo civil cuando se trata de matrimonios igualitarios extranjeros quizás no tenga mucho recorrido. Justamente cuando se redactan estas líneas, se publican las Conclusiones del Abogado General (AG) Richard de la Tour en el Asunto C-713/23 *Wojewoda Mazowiecki*, planteado por cuestión prejudicial del Tribunal Supremo polaco, sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de la negativa a inscribir en el registro civil de Polonia un matrimonio celebrado por dos hombres, uno de ellos de nacionalidad polaca, en Alemania. Como bien advierte el AG, dicha discrepancia contrasta con la obligación de reconocimiento que la libre circulación impondría, incluso a efectos civiles, en lo que respecta a un cambio en la identidad de género operado en otro EM.

En la Sentencia recaída en *Mirin*[69], el TJUE consideró, en efecto, que la negativa a inscribir el cambio de sexo legal operado en el Reino Unido por un hombre trans rumano (M.A.A.), justificada por las autoridades de Rumanía en el hecho de que, conforme a la ley de este Estado, era obligado

de Europa, en el marco de la ejecución de la Sentencia Orlandi y otros c. Italia (*vid*. Resolución CM/ResDH(2019)221, de 25 de septiembre de 2019).

68. Ya lo advierte Espiniella Menéndez, Á., *loc. cit*., p. 623

69. STJUE de 4 de octubre de 2024, Asunto C-4/23, *Mirin*, ECLI:EU:C:2024:845.

contar con una resolución judicial para proceder a la reasignación, resulta incompatible con los arts. 20 y 21.1 TFUE, a la luz de los arts. 7 y 45 de la CDFUE[70]. Rumanía está obligada a rectificar el sexo legal del nacional rumano en su Registro civil (y no solo en documentos administrativos) porque, «al igual que el nombre, el género define la identidad y el estatuto personal de una persona», y la negativa en un Estado miembro a reconocer los cambios en aquellos elementos obtenidos por un ciudadano de la Unión en otro Estado miembro puede generar para ese ciudadano graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado (§ 51).

Si los componentes de la identidad de la persona (nombre y apellidos, sexo legal) no pueden variar de un EM a otro, tampoco debería cambiar el estado civil o la filiación. En lo tocante al matrimonio, es evidente que la falta de reconocimiento por las autoridades de un EM del matrimonio igualitario válidamente celebrado en otro Estado (ya sea otro EM o incluso un Estado tercero) por una persona nacional o residente en otro EM comporta los referidos graves inconvenientes (de orden administrativo, profesional y privado).

4. Conclusiones

El Derecho español procuraría no promover ni facilitar el «turismo matrimonial», al exigir que al menos una de las personas que desea contraer un matrimonio español tenga nacionalidad española o domicilio en territorio español, pero debe garantizar la conformación de matrimonios españoles cuando concurren esas conexiones mínimas con el Estado español, sin discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género. La regulación actual parecería proteger el matrimonio de cualquier persona perteneciente al colectivo LGBTIQ+; no solo permite matrimonios *entre personas del mismo sexo*, sino que también garantiza la celebración de vínculos matrimoniales por personas trans y no binarias. Pero lo cierto es que existen ciertos impedimentos, o elementos de discriminación: unos se han introducido recientemente por el legislador en relación con la intervención de las autoridades consulares españolas, y otros parece que se remontan más en el tiempo, y proceden de la exigencia indebida de ciertas formalidades, en particular de certificados de capacidad matrimonial, a contrayentes extranjeros.

No se ajusta al *ius nubendi* constitucional el artículo 36.4 de la Ley 4/2023, que paradójicamente pretende garantizar los derechos de las personas LGBTIQ+, cuando indica que no cabe celebrar un matrimonio consular entre contrayentes del mismo sexo si al menos uno de ellos no tiene su domicilio en el extranjero (cuando personas de diferente sexo si podrían), y cuando excluye la posibilidad de que la autoridad consular española se niegue a oficiar la ceremonia de celebración del matrimonio cuando es entre personas del mismo sexo si el Estado en el que se encuentra se opone a este tipo de matrimonios (pero pueda autorizarlos si son entre personas de diferente sexo). Además, la práctica consistente en requerir a los contrayentes extranjeros la aportación de un certificado de capacidad matrimonial expedido por las autoridades del Estado de su nacionalidad, cuando pretenden celebrar un matrimonio español con una persona del mismo sexo, contraviene la normativa española y vulnera el referido derecho (art. 32 CE), también garantizado por el art. 12 TEDH y el art. 9 CDFUE. Es más que conveniente, pues, que la DGSJFP dicte instrucciones a los registros, que adviertan claramente que este proceder no se ajusta a Derecho.

Que el Estado español constituya un «refugio» para familias LGBTIQ+ tiene también repercusiones el resto de los Estados de la UE. Son ya muchos los que garantizan el derecho a contraer matrimonio de forma igualitaria, pero los aun reticentes a hacerlo no pueden oponer

70. El TJUE invoca la jurisprudencia sobre el nombre y los apellidos y pone de manifiesto que las obligaciones de los EEMM al amparo de la CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH son de índole negativa (no injerencia en el derecho, en este caso el garantizado en el art. 8 CEDH) y positiva, lo que significa que tienen que contar con procedimientos eficaces y accesibles que garanticen el respeto efectivo de su derecho a la identidad sexual, y recordando que «habida cuenta de la especial importancia de este derecho, los Estados solo disponen de un margen de apreciación limitado en este ámbito».

motivos de orden público, identidad nacional o intereses de la comunidad para negar toda eficacia a los matrimonios igualitarios que se hayan contraído en el extranjero. En la actualidad, de un lado, la libre circulación impone un reconocimiento a determinados efectos administrativos, indiscutiblemente cuando se han celebrado en otros EEMM, y posiblemente también si se han contraído en Estados terceros. De otro lado, a efectos civiles deben también surtir eficacia al menos como uniones civiles, pues así lo exige la garantía del derecho a la vida familiar contemplado en el artículo 8.1 CEDH. Finalmente, es posible que en un futuro no muy lejano el Derecho de la UE amplíe las obligaciones de los Estados miembros, disponiendo una obligación de reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado con arreglo a la ley de otro Estado (miembro o no) a todos los efectos, incluso cuando esos Estados no contemplan esta opción en sus ordenamientos; incluso, cabe añadir, cuando consideran que es contrario a su orden público.

5. Bibliografía

Álvarez González, S., «La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)», *La Ley. Unión Europea*, 2022, núm. 102.

Álvarez González, S., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más (crítica)», *Diario La Ley*, 2007, pp. 1531-1538.

Álvarez González, S., «Matrimonios entre personas del mismo sexo: dimensión internacional», en Álvarez González, S. (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones,* Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-37.

Álvarez González, S., «Resolución-Circular de la DGRN 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, pp. 1007-1012.

Arenas García, R., *Crisis matrimoniales internacionales. El tratamiento de la nulidad matrimonial, la separación y el divorcio en el DIPr español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

Arenas García, R., «La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. 5, 2005, pp. 351-371.

Barrero Ortega, A., «El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, pp. 41-66.

Brems, E. *et al*, «Third party intervention by the Human Rights Center of Ghent University at ECHR Szypula v. Poland and Urbanik & Alonso Rodríguez c Poland», disponible en https://hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2020/11/Szypula-v.-Poland-TPI.pdf.

Calvo Caravaca, A.L. y **Carrascosa González, J**., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español», *Diario La Ley*, 2006, pp. 1149-1164.

De Amunátegui Rodríguez, C., «El deber de fidelidad entre los cónyuges: daños por incumplimiento en el tratamiento de los tribunales españoles», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 46, 2020, pp. 31-50.

Díez Picazo, L.M., «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo», *InDret*, 2007, 2, pp. 1-12

Dunne, P., «(Trans) marriage equality? Challenging Europe's marital 'Dissolution Requirements'», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 28, 4, 2016, pp. 325-348.

Durán Ayago, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

Espiniella Ménendez, Á., «El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado», *CDT*, octubre 2024, vol. 16, núm. 2, pp. 617-632.

Exposito, E., «El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Algunas reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, pp. 1-21.

Fernández Rozas, J.C. y **Sánchez Lorenzo, S.A**., *Derecho internacional privado*, 11.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020.

Gimeno Reinoso, B., «El matrimonio entre personas del mismo sexo desde la disidencia sexual», *Cuadernos del Ateneo de La Laguna*, núm. 26, 2008, pp. 57-66.

Goldman, E., *Marriage and Love*, Mother Earth Publishing Association, Nueva York, 1911, parr. 6, y 14 disponible en Proyecto Gutemberg: https://www.gutenberg.org/cache/epub/20715/pg20715-images.html.

Godwin, W., *Investigación acerca de la justicia política y su influencia en la virtud y la dicha generales*, 1793, edición cibernética, 2005, (https://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/godwin/70.html).

González Beilfuss, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Guzmán Zapater, M., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJC Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el as. C-673, Coman)», *Revista Española de Estudios Internacionales*, núm. 36, 2018 (Crónica de Derecho internacional privado, pp. 9-16), disponible en https://reei.tirant.com/reei/article/view/3553/3204).

Jiménez Blanco, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *Revista Española de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2018, pp. 1-49.

Koffeman, N. R., *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Tesis doctoral, Universidad de Leiden, 2015, http://hdl.handle.net/1887/36111.

Matzumoto Benítez, N. y **Coronel Gamboa, L.E**., «El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los tolerantes», *Conflicto y sociedad*, vol. 1, núm. 2, 2013, pp. 102-115.

Murillo Muñoz, M., «Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, 2005, pp. 231-316.

Murphy, J., «The recognition of same-sex families in Britain: the role of Private International Law», *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 16, 2002, pp. 181-196.

Nugraha, I.Y., «Marriage overruled? "Certificate of Non-Impediment" and Impediments to the Right to Same-Sex Marriage», en Biddulph, S. y otros (Eds), *Legalisation of Same-Sex Marriage: A Global Perspective*, Hanoi, Social Sciences Publishing House, 2022, pp. 22-38, disponible en https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0008/3966290/Nugraha_Ignatius-Yordan.pdf.

Ollero Tassara, A., «No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 90, 2013, pp. 259-312.

Orejudo Prieto de los Mozos, P., «De nuevo sobre los matrimonios de conveniencia», *REEI*, núm. 44, 2022, pp. 14-18.

Orejudo Prieto de los Mozos, P., «Regulación del matrimonio en situaciones internacionales tras la reforma de la Ley de Registro Civil de 2011», *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. 12, 2012, pp. 433-453

Parra Lucán, M.Á., «Matrimonio y «matrimonio entre personas del mismo sexo»: la constitucionalidad de la Ley 13/2005», *Derecho privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 271-311.

Pérez Martín, L.A., «El caso Coman entre el TJUE y el TEDH: La identidad nacional como límite ¿ilícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE», en Jiménez Blanco, P. y Rodríguez-Uría Suárez, I. (Eds.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familia*s, Madrid, Colex, 2024, pp. 259-288.

Pons Parera, E., «Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas» en Sánchez Urritia, A. y Pumar Beltrán, N. (Coords.), *Análisis feminista del Derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Universidad de Barcelona, 2013, pp. 35-63

Presno Linera, M.Á., «El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho constitucional español», *Diritos fundamentais i justiça*, núm. 25, 2013, pp. 38-53.

Quiñones Escámez, A., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, pp. 1171-1187.

Requena Casanova, M., «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019, pp. 41-79.

Salazar Benítez, O., «Derecho al matrimonio y diversidad familiar», *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, pp. 195-226, esp. pp. 203-206.

Sánchez Cano, M.J., «La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 2, pp. 1223-1233.

Sánchez Lorenzo S., «Direction général des Registres et du Notariat du 24 janvier 2005», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 618-627.

Sharpe, A., «Transgender Marriage and the Legal Obligation to Disclose Gender History», *Modern Law Review*, vol. 75, 1, 2012, pp. 33-53.

Skyes, S. y Hopner, V., «Tradwives: Right-Wing Social Media Influencers», *Journal of Contemporary Etnography*, vol. 53, 4, 2024, pp. 453-487.

Soto Moya, M., *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Torres Pérez, A., «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea», en Vidal, G. y Scaff, F., *Discriminação Por Orientação Sexual. Conceito*, 2012 (consultada versión electrónica en https://www.upf.edu/web/aida-torres/publications).

CAPÍTULO 8

CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LAS CRISIS MARITALES EN COLOMBIA

Natalia Rueda

Docente Investigadora de Derecho Civil y de Familia
Universidad Externado de Colombia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN MARITAL DE HECHO. 2.1. Sociedad conyugal. 2.2. Sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. 2.3. Acuerdos previos a la configuración de la relación. 3. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS. 4. RESPONSABILIDAD CIVIL. 4.1. Evolución de la interpretación jurisprudencial sobre las reparaciones económicas en la familia. 4.2. La intervención del legislador. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Este trabajo pretende abordar las tres consecuencias patrimoniales por excelencia de las crisis conyugales en Colombia. En la elaboración de este escrito se ha considerado necesario abordar tanto las relaciones de pareja matrimoniales como las de hecho, pues, aunque están gobernadas por el principio de igualdad, presentan algunas diferencias relevantes, especialmente en materia patrimonial, en particular, por la informalidad que caracteriza las relaciones de hecho. Para ello, se abordará inicialmente el régimen económico patrimonial permitido en Colombia, que es el que se conoce en otros contextos como el de «comunidad de bienes», tanto para el matrimonio como para la unión marital de hecho. En dicha sección, se explicarán las reglas generales de constitución y conformación de las sociedades, para precisar lo que ocurre frente a su disolución y liquidación, sin olvidar las posibles disposiciones en virtud de los acuerdos previos a la configuración de la relación de pareja.

Pese a que aquel es el efecto patrimonial por excelencia de las relaciones maritales, propongo explorar también dos efectos relevantes en el contexto de la crisis y que pretenden mostrar situaciones de solidaridad (forzada) posterior a la ruptura de la relación. En ese sentido, presentaré también las reglas en materia de alimentos, como una obligación cuyo reconocimiento se funda precisamente en la crisis, y el debate jurisprudencial, con posterior intervención del legislador, en relación con las reparaciones entre cónyuges o compañeros permanentes. Donde corresponde, se hace también mención a la necesaria consideración de la llamada economía del cuidado, como un elemento de interpretación de los aportes económicos realizados por alguno de los cónyuges.

2. Régimen de bienes en el matrimonio y la unión marital de hecho

2.1. Sociedad conyugal

La sociedad conyugal es el régimen patrimonial que surge con la celebración del matrimonio en Colombia, de forma inmediata, a menos que los cónyuges opten por un régimen diferente estipulado mediante capitulaciones matrimoniales, por lo que a falta de una convención expresa, se presume la constitución de la sociedad conyugal (art. 1774 c.c.). Con ella se busca asegurar la protección legal y económica de los derechos de ambos cónyuges[1]. Este régimen implica la conformación de una sociedad sin personalidad jurídica, con lo cual, se constituye un patrimonio común, distinto de los patrimonios individuales de cada cónyuge[2], que se integra con los bienes aportados al matrimonio y los adquiridos durante este a título oneroso.

Dentro de la sociedad conyugal, se distinguen dos categorías de bienes. Los *bienes propios* de cada cónyuge, que son aquellos que pertenecen a cada cónyuge al momento de contraer matrimonio, así como los que adquieran posteriormente a título gratuito, mediante herencias, legados o donaciones (art. 1782 c.c.). Estos bienes no entran a formar parte del patrimonio común. Y los *bienes sociales* o *gananciales*, que son aquellos que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso. Estos últimos sí integran el patrimonio común y se benefician de las ganancias y rentas producidas durante la vigencia de la sociedad conyugal.

El haber de la sociedad conyugal puede ser absoluto y relativo, con consecuencias distintas en caso de disolución y liquidación de la misma, pues el absoluto se refiere a la masa de bienes sobre los cuales no recaen cargas de restitución, por lo cual son bienes que entran a la sociedad de forma irrevocable y definitiva y respecto de los cuales existe presunción de dominio de la sociedad (art. 1795 c.c.); mientras que, del haber relativo hacen parte aquellos bienes que sí implican un deber de restitución o recompensa[3]. Así, son parte del haber absoluto todas las remuneraciones por salarios, honorarios, frutos civiles o naturales de los bienes propios y sociales (art. 1781, núms. 1 y 2); los bienes inmuebles y muebles adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante el matrimonio (art. 1781, núm. 5). Por su parte, integran el haber relativo, los bienes muebles que adquieren los cónyuges durante el matrimonio a título gratuito; los bienes muebles que los cónyuges aportan a la comunidad de vida (art. 1781, núms. 3 y 4); y los bienes inmuebles adquiridos por el cónyuge a título oneroso, pero con la venta de un bien propio, respecto de lo cual deberá hacerse la cláusula de subrogación registrada en la escritura pública (arts. 1789 y 1790 c.c.).

---

1. En relación con esta finalidad, véase Luengo, J., «Las élites liberales: una sociedad conyugal», *Historia Social*, No. 86, 2016, pp. 91-108.

2. De manera general, sobre el efecto patrimonial del matrimonio y la unión marital de hecho, *cfr.* Parra Benítez, J. y Montoya Pérez, G. «Sociedad conyugal y sociedad patrimonial», *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, No. 102, 2000, pp. 90-131. Disponible en: https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4191

3. Las disposiciones del Código civil a este propósito fueron objeto de revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-278 de 2014. En ella, la Corte establece que «El deber de recompensa al cónyuge que ha aportado a la sociedad conyugal los bienes del haber relativo descritos en los numerales 3.°, 4.° y 6.° del artículo 1781 del Código Civil, comprende el valor aportado con la corrección monetaria correspondiente, la cual no pertenece a dicha sociedad. La valorización adicional del bien como resultado de las fluctuaciones económicas y del mercado pertenece a la sociedad conyugal y deberá ser divididas entre los cónyuges sin que lo anterior se configure en una violación del derecho a la propiedad privada, ya que no es el fin del matrimonio lucrarse ni enriquecerse a costa del otro. En todo caso, los cónyuges no están obligados a someter todos sus bienes al régimen de la sociedad conyugal, ya que cuentan con la posibilidad de excluirlos a través de las capitulaciones».

Por el contrario, están excluidos de la sociedad los bienes propios. El código civil excluye así, de forma expresa, cualquier bien adquirido a título gratuito (arts. 1782, 1788 c.c.); los inmuebles subrogados, los bienes comprados con valores propios, debidamente destinados para ello mediante capitulaciones o donaciones por causa de matrimonio[4]; los aumentos que acrecen una especie propia formando un mismo cuerpo, por aluvión, edificación, plantación o cualquier otra; y, en fin, los bienes adquiridos por la persona menor de edad que contrae matrimonio antes de los 18 años (art. 1783)[5].

Para efectos de la liquidación, es necesario considerar las reglas en relación con las deudas de la sociedad conyugal que deben ser asumidas por el haber social. En este caso, existe un pasivo absoluto, que se compone de las deudas y obligaciones a cargo de la sociedad conyugal en su totalidad y que, por ende, corresponden a ambos cónyuges; mientras que el pasivo relativo son aquellas deudas que, aunque se hubieran adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, son de responsabilidad exclusiva de uno de los cónyuges. Así, las deudas del pasivo absoluto son las que se contraen en beneficio del sostenimiento del hogar, la crianza de los hijos o la adquisición de los bienes sociales y, por ello, de ellas se predica la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges. Por su parte, las deudas del pasivo relativo son aquellas que contrae uno solo de los cónyuges antes o durante el matrimonio, pero que lo benefician de manera exclusiva. De allí que sea posible que una deuda contraída de forma individual se considere inicialmente relativa, pero pueda considerarse absoluta en la liquidación si se demuestra el beneficio para la sociedad conyugal.

Las aclaraciones planteadas hasta ahora se hacen porque en Colombia la administración de la sociedad conyugal corresponde a ambos cónyuges, bajo un régimen de libre administración y disposición. Según el artículo 1 de la Ley 28 de 1932, esta prerrogativa se tiene respecto de los bienes propios al momento de contraer el matrimonio, aquellos que aporte a la sociedad conyugal y cualquier otro que se adquiera por cualquier causa. En cualquier caso, para la liquidación se entiende que la sociedad existe desde el momento de celebración del matrimonio. Mediante capitulaciones, que se verán más adelante, es posible prever reglas específicas de administración.

Bajo este régimen, una crisis conyugal que tenga como consecuencia la disolución del matrimonio o la disolución de la sociedad conyugal, deben atenderse las causales de disolución y el régimen de sociedad conyugal para su liquidación. Así, la sociedad conyugal se puede disolver por la disolución del matrimonio, la separación de cuerpos por acta de conciliación, escritura pública o sentencia (siempre que los cónyuges no manifiesten su voluntad de mantener la sociedad); la separación de bienes declarada judicialmente, la nulidad del matrimonio o el mutuo acuerdo mediante escritura pública (art. 1820 c.c.).

Sin embargo, en Colombia es frecuente que las personas no se divorcien y que inicien una nueva relación de hecho. En estas circunstancias, aunque desde el punto de vista legal es claro que la existencia de la sociedad conyugal es incompatible con el régimen de bienes de las Uniones Maritales de Hecho, se han presentado situaciones en las que la administración de justicia ha debido afrontar experiencias de parejas de hecho que luego de muchos años de convivencia y

4. Las donaciones por causa de matrimonio son aquellas que se hacen antes de celebrarse el matrimonio y por causa de este (art. 1842 c.c.). Están sometidas a reglas específicas en relación con los límites de la cuantía, las condiciones y revocaciones en los artículos 1842 a 1848 c.c.

5. La adición del numeral relativo a los menores de edad tuvo lugar mediante la Ley 2447 de 2025, mediante la cual se prohíben las uniones tempranas entre menores de edad o con menores de edad; una de cuyas intervenciones más relevantes se da precisamente en materia patrimonial. Estas disposiciones resultan reforzadas con la interpretación de la Corte Constitucional de distintas disposiciones en materia de matrimonio en la Sentencia C-039 de 2025, en virtud de lo cual se establece que la edad mínima para contraer matrimonio son los 18 años, sin excepciones, declarando la inconstitucionalidad de las normas que permitían el matrimonio con menores de edad y la constitucionalidad condicionada de otras bajo el entendido de que la edad mínima son los 18 años.

de haber construido un patrimonio, resultan lesionadas en sus intereses patrimoniales en virtud de la inclusión de dichos bienes en la sociedad conyugal vigente del miembro de la pareja no divorciado. Esto ocurre porque precisamente no se prevé la disolución de la sociedad conyugal por el simple paso del tiempo. En virtud de ello, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SC3085 de 2024 decide declarar disuelta una sociedad conyugal luego de 2 años de la separación de cuerpos. Si bien se trata de una sentencia con efectos *inter partes*, la tradición jurídica nacional tiende a considerar las decisiones de los altos tribunales con un carácter de precedente obligatorio. En la Sentencia SC1422 de 2025 dice unificar jurisprudencia y «crea» la figura de «sociedad de hecho especial entre compañeros permanentes».

La disolución de la sociedad conyugal da paso a la liquidación de la misma, proceso en el cual se determinan los bienes que integran el haber social, para lo cual se deben excluir los bienes propios y hacer las restituciones correspondientes (art. 1826 c.c.), se pagan las deudas sociales y se hace la partición, es decir, se distribuye el remanente entre los cónyuges por partes iguales (art. 1830 c.c.) o sus herederos (art. 1821 c.c.).

2.2. Sociedad patrimonial entre compañeros permanentes

Por su parte, en tratándose de las relaciones de hecho, llamadas Uniones Maritales de Hecho (UMH) en Colombia, el régimen de administración de los bienes puede presentar unas características particulares, en virtud del carácter informal de la relación de pareja. De allí que algunas reglas sean similares a las de la sociedad conyugal, pero que también haya diferencias específicas.

La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes surge en Colombia cuando existe una UMH, entendida como la comunidad de vida singular y permanente entre dos personas mayores de edad que no están casadas (art. 1, Ley 54 de 1990). El efecto patrimonial en estas uniones se denomina sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y su existencia se presume cuando han transcurrido por lo menos dos años desde la conformación de la UMH. Esta regla vale siempre que no exista impedimento legal para contraer matrimonio y que, en caso de matrimonio anterior, haya transcurrido por lo menos un año desde la disolución de la sociedad conyugal y el inicio de aquella.

Esta figura jurídica busca proteger los derechos patrimoniales de las parejas que, sin contraer matrimonio, han construido un patrimonio común a través de su esfuerzo y convivencia. De allí que la disposición sobre la presunción deba entenderse en esa perspectiva, como una presunción legal que admite prueba en contrario[6]. Esta interpretación, sin embargo, no es compartida por la mayor parte de la doctrina, según la cual los dos años son un requisito constitutivo de la sociedad patrimonial, con lo cual, de no completarse dicho lapso no existirá sociedad patrimonial, aunque sí la UMH. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[7].

Aunque la sociedad patrimonial comparte similitudes con la sociedad conyugal, existen diferencias importantes entre ambas figuras. La principal diferencia radica en su origen: la sociedad conyugal nace con el matrimonio, mientras que la sociedad patrimonial surge de la UMH, con la precisión en relación con el alcance que se otorgue a la presunción apenas comentada; pues si se exigen los dos años para su existencia allí radica una diferencia sustancial, en cuanto la sociedad conyugal surge de forma automática con el matrimonio y no depende del transcurso del tiempo.

6. Parra Benítez, J., *Derecho de familia*, Temis, 2018, pp. 359-362 la entiende así y, por ende, considera que el problema es probatorio.

7. Por ejemplo, en las Sentencias 7819 de 2005; 00696 de 2006; 00091 de 2011; 00173 de 2012; SC11949 de 2016 y SC5039 de 2021. En la doctrina nacional es la postura de, por ejemplo, Valencia Zea y Ortiz Monsalve, Quiroz Monsalvo o Medina Pabón.

Al igual que en la sociedad conyugal, en la sociedad patrimonial se distinguen los bienes propios de cada compañero permanente y los bienes sociales o patrimoniales. Son bienes propios aquellos que cada compañero tenía antes de iniciar la unión marital de hecho[8], así como los que adquieran durante esta a título gratuito y los adquiridos por la persona menor de edad que estableció una unión temprana antes de los 18 años (art. 3, par., Ley 54 de 1990). Son bienes sociales o patrimoniales los que se adquieran a título oneroso durante la unión marital de hecho, con el esfuerzo común de ambos compañeros (art. 3, Ley 54 de 1990).

La administración y disposición de los bienes sociales en la sociedad patrimonial se rige por las mismas reglas que en la sociedad conyugal, razón por la cual existe libre administración y disposición de los bienes.

La sociedad patrimonial se disuelve por muerte, matrimonio con terceros, mutuo acuerdo elevado a escritura pública, o por sentencia judicial (art. 5, Ley 54 de 1990). Por su parte, la liquidación de la sociedad patrimonial se lleva a cabo siguiendo las reglas de liquidación de la sociedad conyugal, determinando los bienes que integran el haber social, pagando las deudas sociales y distribuyendo el remanente entre los compañeros permanentes o sus herederos. Una diferencia sustancial radica en que la Ley que regula la UMH establece un término de prescripción de un año a partir de la separación física y definitiva, el matrimonio con terceros o la muerte, para pretender la disolución y liquidación judicial de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (art. 8). En principio, la normatividad no establece una prescripción similar en el caso de la sociedad conyugal; sin embargo, la tendencia judicial es la de reconocerle un efecto equiparable a la separación de cuerpos, como se mencionó anteriormente.

Vistas estas dos figuras, corresponde hacer una anotación importante en relación con el trabajo no remunerado relativo al cuidado de dependientes y mantenimiento del hogar. En Colombia se reconoce la *Economía del Cuidado* mediante la Ley 1413 de 2010, que la define como el «trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. Esta categoría de trabajo es de fundamental importancia económica en una sociedad» (art. 2). Dicha Ley pretende establecer un instrumento metodológico que permita determinar el valor efectivo de dicha economía en el Sistema de Cuentas Nacionales, para lo cual incluye distintos ejemplos de actividades. A partir de la entrada en vigencia de esta ley, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) se encarga de medir la contribución de los trabajos de cuidado como un insumo para la definición e implementación de políticas públicas. Hasta febrero de 2025 se habían emitido 28 informes semestrales que presentaban los aspectos técnicos de planeación y ejecución de la Ley[9].

Además, en consideración a la creciente preocupación por los trabajos de cuidado, se han diseñado distintas leyes que pretenden establecer medidas que dignifiquen estas labores. Así, por ejemplo, se creó la Ley 2297 de 2023, también llamada Ley de Cuidadores, que consagra una serie de oportunidades y beneficios de distinto tipo para mejorar las condiciones de las personas que tienen a su cargo el cuidado de personas dependientes. Además, se creó el Sistema Nacional de Cuidado, que constituye una Política Nacional basada en un enfoque de derechos y corresponsabilidad para garantizar el cuidado de personas dependientes.

Pese a estos esfuerzos, y dada la inexistencia de la figura de la pensión compensatoria en Colombia, llama la atención el hecho de que en las liquidaciones de sociedades conyugales

8. Argumento adicional en favor de la tesis de que se trata de una presunción, en virtud de lo cual «el punto de referencia para establecer la composición del activo social es el comienzo de la unión marital y no un momento posterior»: Parra Benítez, J., *Derecho de familia*, *op. cit.*, p. 362.

9. Disponibles en: https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cuentas-nacionales/cuentas-satelite/cuentas-economicas-cuenta-satelite-economia-del-cuidado/informe-de-gestion-ley-1413-de-2010.

y patrimoniales no se considere el impacto económico de la maternidad y de la contribución bajo formas de tareas de cuidado por parte de cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes que, en cambio, sí ha sido considerado en otros escenarios, como el relativo a las pensiones sustitutivas. En esos casos, la Sala de Casación Laboral ha sentado jurisprudencia relativa al reconocimiento de la contribución que hacen muchas mujeres a la construcción de la expectativa pensional y al patrimonio común, con lo cual ha ordenado el pago de pensión de sobrevivientes, por ejemplo, a mujeres víctimas de violencia intrafamiliar separadas de hecho o divorciadas, en consideración a la violencia como causa de la separación o del divorcio, pero también al hecho de que sin el esfuerzo para mantener el hogar y cuidar a los hijos en común, el *de cuius* no habría podido construir su pensión o acceder a ella, o por lo menos no en el mismo monto[10].

2.3. Acuerdos previos a la configuración de la relación

Los acuerdos prenupciales, también denominados capitulaciones matrimoniales, son convenciones celebrados por los futuros cónyuges antes de contraer matrimonio, con el fin de aportar o excluir bienes, determinando también posibles donaciones o concesiones presentes o futuras. Las capitulaciones matrimoniales son una manifestación de la autonomía privada, permitiendo a los futuros cónyuges disponer de sus intereses patrimoniales con el límite de las buenas costumbres, la ley y los derechos y deberes legales entre cónyuges y respecto de los hijos (art. 1773 c.c.). Para que las capitulaciones matrimoniales sean válidas deben otorgarse mediante escritura pública y cumplir con los requisitos de validez de todas las convenciones.

Este acuerdo debe celebrarse con anterioridad al matrimonio. La jurisprudencia ha establecido que este acuerdo también se puede celebrar en relación con la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. En tal caso, las capitulaciones se deben pactar antes de la constitución de la UMH[11], pues una vez configurada la relación se entienden como irrevocables (art. 1778 c.c.) y no es posible alterarlas o adicionarlas bajo ninguna circunstancia. Las adiciones o alteraciones son válidas sólo en cuanto cumplan las solemnidades de las capitulaciones originales y serán oponibles a terceros sólo si se incluye la información de las escrituras al margen del protocolo de la escritura original (art. 1779 c.c.). Esto implica también que cualquier modificación también debe hacerse de mutuo acuerdo.

Las capitulaciones pueden tener un contenido muy variado, dependiendo de los intereses y necesidades de los futuros cónyuges o compañeros permanentes. En general, estos acuerdos suelen regular aspectos como la administración de los bienes propios y sociales; criterios para la distribución de los bienes en caso de divorcio o separación; se puede establecer el derecho a una pensión compensatoria en favor de uno de los cónyuges en caso de divorcio, aunque en Colombia esta figura no está reconocida; otros aspectos patrimoniales, como la propiedad de la vivienda familiar, el tratamiento de las deudas; la capacidad de cada cónyuge para administrar, vender, comprar o controlar propiedades durante el matrimonio.

Con la Ley 2442 de 2024, art. 3, que modifica el par. 2, del art. 156 c.c. se establece la posibilidad de pactar también las cuestiones relativas a «las indemnizaciones por terminación unilateral del matrimonio». Esta polémica disposición pareciera tratar el divorcio unilateral como daño, lo que resulta problemático pues podría estar legitimando la posibilidad de pactar la condonación del dolo futuro; pero también es incompatible con el espíritu de la propia ley, que pretende ofrecer la posibilidad de demandar el divorcio aun cuando se incurra en una causal de divorcio, con lo cual pareciera confundir la culpa en la responsabilidad civil con la culpa en el divorcio. Esto se detallará más adelante.

10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias SL2010 de 2019, SL1727 de 2020, SL1130 de 2022, SL2560 de 2023.

11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC-005 de 2021.

3. Obligación de alimentos

En el derecho colombiano de familia, la obligación de alimentos se encuentra regulada en el Código civil sobre la base de la solidaridad familiar (arts. 1 y 95 C.P.) y en la obligación de garantizar protección a la familia (art. 42). El Código se ocupa de establecer las reglas para la prestación y exigibilidad (arts. 412 a 427 c.c.), así como el reconocimiento de la titularidad del derecho a recibir alimentos (art. 411 c.c.). La regulación civil se refiere a la obligación alimentaria; mientras que el Código de Infancia y Adolescencia cuando hace referencia a los «alimentos», en su artículo 24, pareciera regular un genérico *deber de manutención*. Allí se precisa que los alimentos comprenden todo lo «indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes». Esta es una disposición relevante en relación con las crisis conyugales, pues una consecuencia posterior es la obligatoriedad de asumir este deber respecto de los hijos comunes, con independencia de con quien convivan. Por su parte, la obligación alimentaria puede o no existir, dependiendo de si se inicia el proceso judicial de fijación de cuota alimentaria o de si se estipula en el acuerdo de divorcio o mediante acta de conciliación.

Existen, pues, diferencias sustanciales entre el deber de manutención y la obligación alimentaria. La principal se desprende de sus respectivas consideraciones como *deber* y como *obligación*, en relación con el mayor o menor alcance de la autonomía privada respecto de uno y otra[12]. De allí que sean también distintas las condiciones de exigibilidad frente al incumplimiento. En un estudio previo me ocupé de las diferencias específicas entre ambas figuras. Me permito transcribir in extenso las consideraciones sobre ello, pues no he cambiado posición al respecto. Allí concluía que «la exigibilidad de la obligación alimentaria depende de que esta exista y esté establecida como una obligación clara, expresa y exigible, pues sin título ejecutivo no es posible pretender la ejecución de la obligación; por lo mismo tampoco es retroactiva. Aunque se trate, entonces, de una obligación prevista por la ley, derivada del vínculo familiar y con fundamento en la solidaridad, tiene límites tangibles en relación con las garantías de niñas, niños y adolescentes. El deber de manutención, en cambio, puede verse como un deber legal que vincula de conjunto a quienes tengan o deban tener la titularidad de la responsabilidad parental, al margen de si se tiene la custodia y se convive con la hija o hijo o de que no haya precisión sobre montos determinados. En ese sentido, aunque la obligación alimentaria tenga como fuente la ley, su exigibilidad depende de que sea declarada su existencia respecto de los sujetos de la relación y se fije el monto, así como la forma de cumplimiento por vía de conciliación, judicial o administrativa. Aquí se presenta una diferencia importante en términos de responsabilidad civil. En la obligación alimentaria el incumplimiento da lugar a responsabilidad por incumplimiento por el no pago de las cuotas fijadas, de allí que el monto de la reparación corresponderá a las mesadas no pagadas y los intereses moratorios, solamente desde el momento en que se declaró la existencia de la obligación. Vista la manutención como deber, su infracción podría comportar responsabilidad por daño, por lo que la medida de la reparación podría ser todo el daño efectivamente sufrido y probado aun cuando no se hubiera declarado la obligación de alimentos. En este caso, podrá ser responsable cualquiera de los titulares de la responsabilidad parental y no solamente el obligado a pagar alimentos»[13].

---

12. En ese sentido, es característica la patrimonialidad de la obligación, la mayor libertad de disposición y negociación en relación con las obligaciones. Por su parte, los deberes comportan la imposición de un deber de comportamiento para un sujeto en virtud de un interés jurídico relevante. Esto ha sido desarrollado en detalle en Rueda, N., «Responsabilidad aquiliana en las relaciones de pareja: notas para una lectura sobre la violación de los deberes legales a la luz de la solidaridad y para superar la idea del matrimonio como contrato», en Rueda, N. y Pereira Fredes, E. (eds.), *La idea de solidaridad en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 439-481.

13. Rueda, N., «El ejercicio abusivo de la responsabilidad parental como fuente de responsabilidad parental en Colombia: Hacia una necesaria ruptura de los mitos sobre la potestad, el patriarcado y el adultocentrismo», en Gaviria Cardona, A. y Uribe García, S. (eds.), *Instituciones de responsabilidad civil*, Ibáñez-Ediciones UNAULA, 2022, pp. 320-321, nt. 47.

Estas serían las consideraciones particulares en relación con la obligación respecto de los hijos, quienes son titulares del derecho a recibir alimentos reconocido tanto en la legislación de infancia como en la civil. Ahora bien, dentro de los titulares de este derecho también se encuentra el cónyuge inocente (art. 411, núm. 4, c.c.), siempre y cuando se cumplan los demás requisitos legales. Esto requiere entonces de algunas precisiones sobre el sistema de divorcio en Colombia, pues pese a la modificación hecha mediante la Ley 2442 de 2024 en relación con la posibilidad de demandar el divorcio por la «sola voluntad de cualquiera de los cónyuges», el esquema de divorcio se sigue basando en la culpa, lo que justifica la imposición de la obligación alimentaria a cargo de quien incurra en una de las llamadas causales subjetivas.

Así las cosas, el cónyuge que incurra en algunas de las causales subjetivas de divorcio estará obligado a pagar alimentos a su cónyuge, siempre que este último no esté incurso en una causal de divorcio y se cumplan los demás requisitos. Las causales subjetivas que dan lugar a la imposición de esta obligación son las relaciones sexuales extramatrimoniales; el grave e injustificado incumplimiento (*rec*. infracción) de los deberes conyugales o parentales; cualquier forma de violencia; la embriaguez habitual; cualquier conducta dirigida a corromper o pervertir al cónyuge, un descendiente o un conviviente (art. 154 c.c.).

Existe otra causa subjetiva que, sin embargo, no da lugar a la imposición de la obligación de alimentos: el uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica, pues según la Corte Constitucional en Sentencia C-096 de 2024, esto comportaría una violación del libre desarrollo de la personalidad. Por su parte, la causal subjetiva consistente en «toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial», comporta el reconocimiento del derecho a recibir alimentos, pero para el cónyuge divorciado enfermo que carezca de medios para subsistir de forma autónoma y digna, según lo declarado por la Corte Constitucional, en virtud de la solidaridad propia de las relaciones familiares, en la Sentencia C-246 de 2002.

El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni transmisible, ni puede ser objeto de transacción (art. 424 c.c.), por lo que tampoco puede oponerse como compensación de otras deudas (art. 425 c.c.). Esto, sin embargo, no es aplicable a las pensiones atrasadas que, en cambio, sí pueden renunciarse, compensarse y transmitirse por cualquier causa (art. 426 c.c.). Para que proceda la obligación alimentaria entre cónyuges o compañeros permanentes y también con miras a determinar la cuantía de la misma, deben considerarse, además de la titularidad establecida en el artículo 411 c.c., los siguientes requisitos:

Necesidad del alimentado: El alimentado debe encontrarse en una situación de necesidad, es decir, debe carecer de los recursos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia, como alimentación, vivienda, vestido, salud y educación. En relación con los alimentos congruos y los necesarios, se establece que el monto de la obligación alimentaria asciende hasta la parte en que los medios con los que sí cuenta el alimentado no le basten para subsistir según su posición social (congruos) o para subsistir (necesarios). Tanto al cónyuge inocente como a los hijos se deben alimentos congruos (art. 414 c.c.).

Capacidad económica del alimentante: El alimentante debe contar con la capacidad económica suficiente para proporcionar los alimentos, sin que ello implique el menoscabo de sus propias necesidades básicas (art. 419 c.c.).

En ese sentido, el juez debe valorar diversos factores, como los ingresos y egresos de ambos, su nivel de vida, su estado de salud, así como cualquier otro aspecto que permita determinar tanto la necesidad como la capacidad económica. En relación con la forma de prestación de la obligación alimentaria, aunque lo más común es la prestación mediante el pago de una suma de dinero, nada impide que se pacte el pago en especie.

Adicionalmente, si bien la legislación nada dice al respecto, en consideración a lo ya mencionado sobre trabajo de cuidado y doméstico, nada debería impedir el cálculo de la obligación alimentaria bajo la forma de prestaciones de cuidado, pues su conversión en tiempo permitiría calcular su valor económico, al menos en relación con los hijos. Piénsese, por ejemplo, en activi-

dades consistentes en acompañar los desplazamientos al colegio o a citas médicas; o en la realización de las tareas escolares. Esto porque se trata de actividades que necesariamente debe hacer alguien, si no los padres, alguna figura de cuidado remunerado o no.

En general, la obligación alimentaria entre cónyuges tiene un carácter temporal, y se extingue cuando cambian las circunstancias que legitimaron la demanda. Respecto de los hijos, la obligación subsiste, en principio, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana ha precisado que puede extenderse hasta los 25 años, siempre que los hijos estén estudiando[14].

Por último, es necesario precisar que respecto de la obligación alimentaria existe una de las principales diferencias entre el matrimonio y la UMH. Pues respecto del compañero permanente solo se deben alimentos en caso de que a uno de los compañeros permanentes se le pueda imputar hechos de violencia intrafamiliar, según la interpretación constitucional por parte de la Corte Constitucional sobre el artículo 411 c.c. en Sentencia C-117 de 2021.

4. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil entre cónyuges o compañeros permanentes como consecuencia directa de las crisis conyugales o de pareja es el fenómeno más controvertido de los aquí tratados en el contexto colombiano. De hecho, sólo hasta 2017 la jurisprudencia se ocupó de una pretensión indemnizatoria en un proceso judicial de familia, pero en sede de una acción de tutela[15] y sólo hasta 2021 lo hace en sede de casación. Luego de ello, existen algunos pronunciamientos relevantes que conducen a que el legislador se ocupe de la cuestión mediante una reforma del divorcio. A nivel de doctrina, son escasas las reflexiones serias sobre la materia, existiendo solo una tesis doctoral sobre la responsabilidad civil por daños intrafamiliares en Colombia, algunas tesis de maestría y pregrado, además de algunos artículos de revista y capítulos de libro dedicados a la materia, con especial énfasis en la responsabilidad civil en las relaciones de pareja[16]. A continuación, se presentará, de manera sucinta el proceso seguido hasta ahora.

4.1. Evolución de la interpretación jurisprudencial sobre las reparaciones económicas en la familia

El caso por el cual se comienza a debatir esta cuestión es el de una ex Consejera de Estado que demandó a su cónyuge en un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, entre otras, por la causal de «ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra». En el caso, el problema nació con una errada formulación de las pretensiones, pues en la demanda se pidió reconocer la obligación alimentaria como una forma de indemnización de los daños sufridos como consecuencia de años de violencia intrafamiliar.

---

14. Entre otras, las Sentencias T-192 de 2008 y T-285 de 2010.

15. La acción de tutela es una particular acción constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, dirigida a reclamar la protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales, o cualquier otro derecho que pueda ser considerado como fundamental por conexidad, cuando estos son amenazados o vulnerados por acciones u omisiones de autoridades públicas o, en ciertos casos, de particulares.

16. En la doctrina se destacan, por ejemplo, los libros Rueda Fonseca, M. S., *La reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial*, Universidad de los Andes, 2011; Rueda, N., *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad. Un estudio comparado entre Italia y Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2020. Aunque no sobre Colombia, también es relevante el trabajo de Gallo Vélez, A. S., *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, 2017. Además de los artículos aquí reseñados, véase también Gómez Chiquiza, M. E., «El resarcimiento de perjuicios causados en las relaciones de familia: una breve mirada desde la sociología y el derecho», Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas, No. 18, 2018, pp. 107-134.

En el marco del proceso, los jueces de primera y segunda instancia declararon probada la causal, pero negaron la pretensión relativa a la obligación alimentaria, con base en que la demandante no cumplía con el requisito esencial de la necesidad económica. Luego, en sede de tutela contra providencia judicial[17], la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[18] afirmó que los jueces de familia, en virtud de la facultad para decidir *ultra* y *extra petita*, debieron entender que lo que se pedía era la declaratoria de responsabilidad civil y la consiguiente indemnización de perjuicios, por lo que devuelve el expediente la Tribunal Superior de Bogotá dando la orden de modificar la sentencia de conformidad con sus consideraciones.

En la segunda instancia de la tutela, la Sala de Casación Laboral[19], aun reconociendo que puede haber lugar a indemnizaciones en el marco del divorcio, consideró que la decisión de la Sala Civil violaba el derecho al debido proceso del demandado, pues ya se había dictado sentencia. Así, la decisión de primera instancia de tutela comportaría que el Tribunal Superior declarase la responsabilidad civil y condenara al pago de perjuicios sin que durante el proceso se hubiere debatido nada en relación con la posible configuración o no de los elementos de la responsabilidad civil o la cuantía del daño. Por ello, consideró que la víctima podía pedir la indemnización, pero en un proceso de responsabilidad civil distinto[20].

Estas decisiones fueron objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, en la sentencia SU-080 de 2020, en donde resolvió la cuestión ordenando que se adelantara un incidente de reparación integral, para garantizar el derecho a vivir una vida libre de violencias y a obtener una reparación integral, de conformidad con el artículo 7 de la Convención Belem do Para, por considerar que obligar a la víctima a iniciar un nuevo proceso constituiría una forma de revictimización. La sentencia SU-349 de 2022 reitera varias consideraciones de la SU-080 de 2020 y, en particular, el exhorto «para que el Congreso de la República, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule ampliamente el derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia intrafamiliar, por medio de un mecanismo judicial justo y eficaz que respete los parámetros de debido proceso, plazo razonable y prohibición de revictimización».

Esta decisión, resulta bastante problemática porque, en línea con el argumento de la demandante, se afirma que hasta entonces en Colombia no existía remedio judicial efectivo para que las víctimas de violencia intrafamiliar obtuvieran la reparación de los daños sufridos como consecuencia de los hechos violentos. Sin embargo, esta lectura es errada, pues de una parte existe la responsabilidad civil derivada de delito, para todos aquellos casos en los que se configure un tipo penal y se obtenga sentencia condenatoria. Y si bien esta solución no es del todo satisfactoria, pues los hechos dañinos entre cónyuges pueden ser muchos y de distinta índole, además de que exige una condena mediante sentencia judicial debidamente ejecutoriada, lo cierto es que el esquema de responsabilidad civil en Colombia no excluía entonces la posibilidad de que se causaran daños al interior de la familia ni se prohibía la indemnización de los mismos. Tanto es así que el Código Civil prevé una cláusula general de responsabilidad civil (art. 2341 c.c.). Además, el hecho de que se funde la procedibilidad de la indemnización en la Convención Belem do

17. La acción de tutela contra providencias judiciales es un mecanismo judicial para proteger derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad judicial. Esta acción puede ser utilizada cuando no existen otros mecanismos para lograr la protección de los derechos, o cuando ya han sido agotados. La acción de tutela no pretende reemplazar los recursos ordinarios, ni crear una tercera instancia, aunque en ocasiones pueda percibirse así. Se trata de una medida excepcional frente a vicios o defectos que afectan la validez de la providencia. El juez de tutela solo puede revisar la decisión judicial en lo relativo a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, no en cuanto a la validez de la decisión en sí misma.

18. Sentencia STC10829 de 2017.

19. Sentencia STL16300 de 2017.

20. Estas dos decisiones fueron objeto de análisis en Rueda, N., «La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia», *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, No. 48(128), 2018, pp. 193-217. Disponible en: https://doi.org/10.18566/rfdcp.v48n128.a08.

Para también es equivocado, pues si bien convencionalmente el Estado está obligado a garantizar los derechos de las mujeres víctimas de violencias basadas en su sexo, el problema no era la falta de un remedio judicial efectivo, sino la incorrecta interpretación y aplicación de las normas existentes. Con esta visión, la Corte introdujo una visión confusa del problema, con lo cual dio a entender implícita y explícitamente que sólo los daños por violencia podían ser reparados y, si el fundamento es la Convención mencionada, la sugestión es que sólo los daños por violencia en contra de las mujeres podrían ser susceptible de indemnización[21].

Esta incorrecta interpretación generó una jurisprudencia errática a nivel de Tribunales. Así, algunos decidieron simplemente incluir en sus decisiones, en la sección del «Resuelve», un numeral en el que decidían «PONER en conocimiento de la demandante la sentencia SU-080-2020, emitida por la Corte Constitucional, advirtiéndole sobre la prerrogativa que le asiste de ser reparada integralmente en los términos de la convención aludida [Convención Belem do Para] en las consideraciones, para lo cual podrá iniciar las actuaciones respectivas»[22].

Otros jueces declararon la responsabilidad civil, pero hicieron una equivocada apreciación de las normas correspondientes, con lo cual, por ejemplo, sin hacer una apropiada valoración de los elementos de la responsabilidad ni de los perjuicios efectivamente causados, condenaban al pago del perjuicio moral (exclusivamente) bajo una forma de pensión vitalicia, en una clara violación del principio de reparación integral y con un alto riesgo de revictimización[23].

Por su parte, en otro Departamento, las decisiones judiciales ordenaban la apertura del incidente de reparación integral como consecuencia de la facultad de establecer una condena en abstracto, según lo determina el artículo 283 del Código General del Proceso[24].

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia se ocupó de la cuestión en sede de casación, en la Sentencia SC5039 de 2021. Esta es, quizá, la sentencia más importante sobre la materia. De una parte, porque se trata de una sentencia de casación, hasta el 2025 la única, en la que se decide sobre las posibles reparaciones en el marco de las relaciones de pareja. De otra, porque a diferencia de las otras, hace un análisis técnico de las normas en materia de responsabilidad civil, asegurando una correcta aplicación de la cláusula general del artículo 2341 c.c. En este caso, la Corte Suprema de Justicia declara la existencia de una UMH, pero niega la pretensión relativa a la declaratoria de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, por no haber alcanzado los dos años de convivencia. Sin embargo, la Corte verificó que hubo violencia en contra de la mujer y consideró que, no obstante, la imposibilidad de declarar la sociedad patrimonial, en virtud de la facultad para fallar *ultra* y *extra petita* era posible declarar la responsabilidad civil del hombre y establecer los perjuicios que padeció. Para ello, dado que, por estar en sede de casación, el proceso ya había terminado, ordena la apertura de un incidente de reparación integral para determinar los perjuicios padecidos por la mujer.

Luego de ello, la Corte Constitucional en la Sentencia C-111 de 2022 declaró la constitucionalidad del numeral 5 del artículo 389 del Código General del Proceso, relativo a la sentencia de divorcio o nulidad, bajo el entendido de que la disposición relativa a que el juez debe pronun-

---

21. Para una crítica detenida, véase Rueda, N., «Violencias contra la mujer e intrafamiliar y responsabilidad civil por daño intrafamiliar en Colombia: a propósito de la sentencia SU-080 de 2020», *Revista de derecho Privado*, No. 39, 2020, pp. 385-396. Disponible en: https://doi.org/10.18601/01234366.n39.15.

22. Así en las sentencias del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales 17001-31-10-002-2018-00231-03, del 3 de julio de 2020, CECMC 17001-31-10-004-2019-00110-03, del 7 de abril de 2021 y 17001-31-10-004-2018-00282-02, del 14 de abril de 2021.

23. En tal sentido, las Sentencias del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga 68001-31-10-008-2019-00461-01, del 8 de septiembre de 2021; y 2020-00120-01, del 14 de junio de 2022.

24. Así las sentencias del Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Medellín y de la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín en el proceso 05001-31-10-002-2019-00301-01, de 18 de noviembre de 2020 y del 31 de mayo de 2021 respectivamente; y del Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, 2019-00297 del 6 de agosto de 2020.

ciarse en materia de reparación de perjuicios es aplicable no sólo en las sentencias de nulidad, sino también en las sentencias de divorcio y cesación de efectos civiles de matrimonio religioso. Aunque en la sentencia se dedique buena parte de la discusión a la violencia y a la Convención Belem do Para, el «resuelve» no hace ninguna distinción acerca de cuáles serán los hechos por los cuales se debe decidir en materia de reparación, por lo cual es dable entender que cualquier hecho dañino podrá dar lugar a daños susceptibles de reparación.

4.2. La intervención del legislador

El debate jurisprudencial, y la equivocada interpretación de la Corte Constitucional, generó mucha inquietud en Colombia en relación con las posibilidades de indemnizar los daños intrafamiliares. De dicha preocupación es resultado la Ley 2442 de 2024 «Por medio de la cual se permite el divorcio por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y se dictan otras disposiciones», que se publicitó como una ley que buscaba generar mecanismos para combatir la violencia intrafamiliar y facilitar (o acelerar) el divorcio para quienes estuvieran incursos en una causal de divorcio. De allí que también se anuncie de manera errónea, como de «divorcio unilateral» o «divorcio express».

Una de las cuestiones más importantes radica en que con esta modificación finalmente se zanja cualquier discusión acerca de la competencia de los jueces de familia para resolver sobre la responsabilidad civil, cuestión no del todo novedosa si se considera la decisión de la Sentencia C-111 de 2022 recién comentada.

Ahora bien, la que sí es la principal intervención de la Ley es crear una nueva causal de divorcio que prescinde de la culpa o el mutuo acuerdo como requisito esencial para iniciar un proceso de divorcio. Quizá el afán por incluir la nueva causal para que quien no pudiera demandar por haber incurrido en una causal de divorcio o no poder probar que su cónyuge lo estaba pudiera demandar, condujo a una redacción final confusa y que pone en evidencia la falta de técnica legislativa. La nueva causal está descrita en los siguientes términos: «La sola voluntad de cualquiera de los cónyuges».

Esta modificación únicamente constituye una forma de legitimar a uno de los cónyuges para demandar el divorcio, cuando no pueda demostrar la configuración de una de las anteriores causales en cabeza de su cónyuge. Desde el punto de vista procesal, son varios los reparos y observaciones que pueden hacerse y que desvirtúan la idea del divorcio unilateral, en particular por la posibilidad de oposición que tiene el demandado al contenido de la propuesta, así como de las facultades que se otorgan al juez para verificar la existencia de otras causales de divorcio.

Buena parte de los errores de apreciación en materia de responsabilidad encuentran su origen en las confusiones generadas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-080 de 2020. Cumpliendo el exhorto de la Corte para, de forma innecesaria, legislar sobre la reparación de los daños en materia de violencia, se introducen una serie de reglas, confusas algunas, que empeoran la posición de las víctimas de violencia intrafamiliar y que describo a continuación de manera general.

Es innecesario porque el artículo 2341 c.c., aunque la Corte Constitucional lo ignore, ya establece una cláusula general de reparación en caso de que se provoque un daño, sin excepciones por el vínculo de parentesco o familiar. Además, tanto la Corte en esa Sentencia como el legislador ignoran las dinámicas propias del régimen de responsabilidad civil y de reparación del daño en Colombia, en donde no existe un sistema taxativo de definición de las tipologías de daños.

Ahora bien, la nueva Ley establece que la demanda de divorcio se podrá presentar en cualquier momento, sin límites de caducidad (art. 3, que modifica el art. 156 c.c.), al tiempo que fija una caducidad de la acción con la cual se pretenda obtener una reparación económica «o cualquier otro tipo de sanciones». Una lectura del inciso siguiente podría dar a entender que por «otro tipo de sanciones» se refiere a las reparaciones simbólicas, sin embargo, la ley no es clara al respecto. Sin embargo, lo problemático de esta caducidad radica en que se establece que se podrá demandar dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de los hechos o al conocimiento de los mismos, dependiendo de la causal de que se trate.

En cualquier caso, dos años es un término significativamente menor a los diez años de la acción ordinaria en caso de responsabilidad civil por daño. Adicionalmente, es absolutamente contradictorio que se pretenda combatir la violencia intrafamiliar determinando el término de caducidad a partir del momento de ocurrencia de los hechos. Esta consideración confirma que esta redacción es producto de un afán de populismo y no de la consideración técnica del fenómeno que se pretende combatir. Así, resulta claro que dentro de los efectos de la violencia está, por ejemplo, la alienación de la persona que sufre la violencia, así como el aislamiento social y familiar, que conducen a que las víctimas teman denunciar por la falta de apoyo y por los temores a ser revictimizadas o ignoradas.

Considerando solamente estas dos cuestiones resulta incomprensible que se establezca una caducidad más corta que en otras acciones y que, además, en materia de violencia intrafamiliar se incluyan elementos de valoración subjetiva del término. Habría sido mejor considerar la fecha de ocurrencia del último hecho de violencia, que es, en últimas, la mejor manera de interpretar la norma, si se tiene en cuenta que se puede tratar de un hecho de ejecución sucesiva, así como el espíritu de protección de las víctimas de conformidad con las disposiciones constitucionales y convencionales.

Sin embargo, sigue siendo problemático que se señale como momento inicial para el cómputo del término el de ocurrencia de los hechos, en un contexto en el que existe una serie de prejuicios acerca de aquello que efectivamente constituye violencia, además de un importante desconocimiento de distintas formas de violencia, como la psicológica, la económica, la violencia obstétrica, la estética, entre otras, sumado a la ignorancia respecto de algunas prácticas que pueden constituir violencia física o sexual, como, por ejemplo, la conducta de quien, sin consentimiento, se retira el preservativo durante la relación sexual.

A esto se suman las dificultades que enfrentan las víctimas, desde el punto de vista social y familiar, para obtener autonomía patrimonial y emocional y, por ende, limitar la dependencia de quien las agrede; así como para verificar y denunciar la violencia. Por último, no menos importante, la falta de formación por parte de muchos funcionarios públicos de las entidades que deben atender las denuncias, en virtud de la cual se reproducen estereotipos sobre la violencia y las relaciones o se agrava la situación de las víctimas, favoreciendo la desconfianza en el sistema.

Ninguna de estas consideraciones parece haber tenido lugar en la decisión de establecer una caducidad en extremo corta.

En el inciso siguiente, se afirma expresamente que la causal de ultrajes, que es la relacionada con la violencia intrafamiliar, dará lugar a la reparación integral, incluyendo reparaciones económicas y simbólicas, aclaración innecesaria, pues es claro que se trata de un principio no discutido en Colombia[25]. Haber hecho esta precisión podría conducir a la idea, errónea, de que las reparaciones en virtud de la configuración de cualquier otra causal no atienden a la reparación integral.

Otra cuestión problemática en este contexto la presenta el parágrafo segundo descrito en la primera parte de este trabajo, que pareciera tratar la «terminación unilateral del matrimonio» como un daño, cuya reparación puede determinarse *ex ante* mediante las capitulaciones, en una suerte de autorización para pactar el dolo futuro, posibilidad no admisible en Colombia. Además, no es de recibo considerar per se la terminación del matrimonio como un daño, este automatismo tampoco parece admisible o, cuanto menos, podría ser discutible. Siendo una Ley de reciente aprobación y divulgación, es imposible determinar sus efectos. En principio, pareciera poner a las víctimas en una peor condición para obtener la reparación de los daños sufridos en el marco de la relación de pareja.

25. Guerra Moreno, D.; Pabón Giraldo, L. D. y Ramírez Carvajal, D. M., «La reparación integral como principio prevalente en la responsabilidad del Estado —una visión a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado colombiano—», *Rev. repub.* [online], No. 28, 2020, [citado el 2025-03-17], pp. 59-96. Disponible en: https://doi.org/10.21017/rev.repub.2020.v28.a77.

5. Conclusiones

En Colombia existen distintos remedios patrimoniales frente a las crisis conyugales. Sin embargo, no contar con instituciones como las compensaciones económicas generan un vacío en relación con la posibilidad de resolver situaciones de desequilibrio con ocasión del divorcio. En distintos proyectos de ley y en el Proyecto de Código Civil presentado por la Universidad Nacional de Colombia en 2020 se ha contemplado la posibilidad de establecer pensiones compensatorias limitadas o eliminar las causales subjetivas de divorcio. Sin embargo, las profundas desigualdades de la sociedad colombiana, así como la arraigada discriminación histórica y fenómenos como la feminización de la pobreza y del cuidado han conducido a serias reservas que han llevado al fracaso todas estas iniciativas.

La necesidad de reconocer el valor de los trabajos domésticos y de cuidado ha conducido a un reconocimiento vía atribución de pensión de sobrevivencia en seguridad social y otros remedios no propios del derecho de familia, como la responsabilidad civil. En Colombia, las decisiones con enfoque de género son cada vez más numerosas; sin embargo, su invocación superflua puede conducir a una invisibilización de situaciones de desequilibrio que no están siendo resueltas mediante los mecanismos existentes.

Adicionalmente, existe una tergiversación de las categorías tradicionales del derecho que conduce a serias confusiones. Esto también ocurre por la invocación superflua de principios convencionales que, si bien son importantes, no necesariamente son contradictorios con los mecanismos de derecho civil patrimonial o familiar. Su distorsión mediante fórmulas de intención puede resultar en una denegación de justicia o en obstáculos para su obtención, como ocurre en Colombia, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil por daños intrafamiliares.

6. Bibliografía

Benítez, J. y **Montoya Pérez, G**. «Sociedad conyugal y sociedad patrimonial», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 102, 2000, pp. 90-131. Disponible en: https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4191

Gallo Vélez, A. S., *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*, Dykinson, 2017.

Gómez Chiquiza, M. E., «El resarcimiento de perjuicios causados en las relaciones de familia: una breve mirada desde la sociología y el derecho», *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, No. 18, 2018, pp. 107-134.

Guerra Moreno, D.; Pabón Giraldo, L. D. y **Ramírez Carvajal, D. M**., «La reparación integral como principio prevalente en la responsabilidad del Estado —una visión a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado colombiano—», *Rev. repub.* [online], No. 28, 2020, [citado el 2025-03-17], pp. 59-96. Disponible en: https://doi.org/10.21017/rev.repub.2020.v28.a77.

Luengo, J., «Las élites liberales: una sociedad conyugal», *Historia Social*, No. 86, 2016, pp. 91-108.

Parra Benítez, J., *Derecho de familia*, Temis, 2018.

Rueda, N., «La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia», *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, No. 48(128), 2018, pp. 193-217. Disponible en: https://doi.org/10.18566/rfdcp.v48n128.a08.

Rueda, N., «Violencias contra la mujer e intrafamiliar y responsabilidad civil por daño intrafamiliar en Colombia: a propósito de la sentencia SU-080 de 2020», *Revista de derecho Privado*, No. 39, 2020, pp. 385-396. Disponible en: https://doi.org/10.18601/01234366.n39.15.

Rueda, N., *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad. Un estudio comparado entre Italia y Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Rueda, N., «El ejercicio abusivo de la responsabilidad parental como fuente de responsabilidad parental en Colombia: Hacia una necesaria ruptura de los mitos sobre la potestad, el patriarcado y el adultocentrismo», en Gaviria Cardona, A. y Uribe García, S. (eds.), *Instituciones de responsabilidad civil*, Ibáñez-Ediciones UNAULA, 2022, pp. 303-332.

Rueda, N., «Responsabilidad aquiliana en las relaciones de pareja: notas para una lectura sobre la violación de los deberes legales a la luz de la solidaridad y para superar la idea del matrimonio como contrato», en Rueda, N. y Pereira Fredes, E., *La idea de solidaridad en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 439-481.

Rueda Fonseca, M. S., *La reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial*, Universidad de los Andes, 2011.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional colombiana, Sentencias C-246 de 2002, T-192 de 2008, T-285 de 2010, SU-080 de 2020, C-111 de 2022, SU-349 de 2022, C-096 de 2024, C-039 de 2025.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias 7819 de 2005; 00696 de 2006; 00091 de 2011; 00173 de 2012; SC11949 de 2016, STC10829 de 2017, SC-005 de 2021, SC5039 de 2021, SC3085 de 2024, SC1422 de 2025.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias STL16300 de 2017, SL2010 de 2019, SL1727 de 2020, SL1130 de 2022, SL2560 de 2023.
- Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Medellín y de la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín en el proceso 05001-31-10-002-2019-00301-01, de 18 de noviembre de 2020 y del 31 de mayo de 2021 respectivamente.
- Juzgado Promiscuo de Familia de La Ceja, 2019-00297 del 6 de agosto de 2020.
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, Sentencias 68001-31-10-008-2019-00461-01, del 8 de septiembre de 2021; y 2020-00120-01, del 14 de junio de 2022.
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales, Sentencias 17001-31-10-002-2018-00231-03, del 3 de julio de 2020, CECMC 17001-31-10-004-2019-00110-03, del 7 de abril de 2021 y 17001-31-10-004-2018-00282-02, del 14 de abril de 2021.

CAPÍTULO 9

LAS UNIONES CONVIVENCIALES (NO MATRIMONIALES) DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO[1]

Luciana Beatriz Scotti

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires

Leandro Baltar

Profesora Adjunto (i) de Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RECONOCIMIENTO DE LAS DIVERSAS FORMAS DE FAMILIA COMO UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL. 3. LA UNIÓN CONVIVENCIAL COMO VIDA FAMILIAR: 3.1. Breve referencia al derecho comparado latinoamericano. 3.2. Breve recorrido por el derecho de la Unión Europea y de los Estados europeos. 4. EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO: 4.1. La fuente convencional. 4.2. La fuente interna: el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. 4.3. Obligaciones alimentarias entre convivientes. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Todo ordenamiento jurídico se sustenta en diversos pilares, siendo la familia uno de los más destacados. Entendida como un concepto jurídico reconocido universalmente por los Estados, cuenta con marcadas diferencias y matices. Su composición ha experimentado transformaciones a lo largo del tiempo y varía según los territorios, especialmente debido a su estrecha relación con los elementos culturales. Esta naturaleza dinámica la convierte en un concepto receptivo y vulnerable a la influencia de factores externos.

1. El presente trabajo responde al Proyecto de Investigación: «El Derecho Internacional Privado como puente ante valores antagónicos: herramientas jurídicas para resolver conflictos multiculturales con perspectiva de género». Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Código DCT2403. Proyecto bianual financiado 01/11/2024 al 31/10/2026. Aprobado por Resolución CD 2012/24 del 13/11/2024.

Para conformar una vida familiar, las personas deben adaptarse y ajustarse a las disposiciones legales establecidas en los ordenamientos jurídicos. No obstante, la evolución de las dinámicas sociales ha evidenciado que muchas personas optan por formas alternativas de constituir una familia, alejándose del matrimonio como la institución clásica. Esto marcó el inicio de una tendencia que desafió directamente la estructura jurídica de los Estados, ya que las conductas sociales no se alineaban a las figuras legales tradicionales. Hace un poco más de 30 años, en un curso dictado en la Academia de La Haya, Hélène Gaudemet-Tallon destacaba como un fenómeno reciente, pero con un vigorizante desarrollo, a la «tolerancia (si no el reconocimiento) de los derechos positivos con respecto a la convivencia en pareja: la posibilidad para un hombre y una mujer de vivir juntos como pareja sin recurrir a la institución del matrimonio. Ahora bien, aquellos que viven en convivencia en pareja también son libres de poner fin a esta unión cuando así lo deseen. Los derechos internos, tanto para la convivencia como para su disolución, vacilan: ¿debería esta unión acercarse al matrimonio y su disolución al divorcio? ¿O, por el contrario, se debe evitar elaborar un estatus paralelo de derecho familiar y buscar en el derecho común de obligaciones cómo resolver los problemas fundamentales?»[2].

En el presente contexto, y sobre todo desde una perspectiva jurídica, se evidencia la dificultad en abordar los desafíos que emergen cuando estas parejas se desplazan de un país a otro, dando lugar a una variedad de consecuencias. Este proceso de movimiento transnacional amplía de manera exponencial la noción de «extranjería», colocando al Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) en la compleja labor de proporcionar respuestas adecuadas. Así lo destacó la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: «Las parejas que conviven fuera del matrimonio corren el riesgo de enfrentarse a incertidumbres jurídicas cuando dejan el Estado en el que se registró la unión civil o en el que se formó la unión de hecho y se encuentran en un Estado extranjero con un sistema jurídico que no necesariamente reconoce el estado de los integrantes de la pareja frente a sí mismos, a sus hijos (adoptivos), o a terceros. Incluso sin que salgan del país en el que se originó la unión, pueden plantearse problemas en relación a la validez o a los efectos de su unión o ciertos aspectos de ella»[3].

Así, las uniones convivenciales, de hecho o concubinarias (independientemente de su denominación), constituyen una realidad consolidada en todos los países occidentales. En este contexto, resulta imprescindible contar con normativas específicas que eviten situaciones de desprotección tanto para los convivientes como para la familia que forman.

2. Reconocimiento de las diversas formas de familia como un derecho humano fundamental

Todo el Derecho de Familia viene atravesando una alteración significativa que alcanza a sus raíces. Esto aconteció como consecuencia misma del impacto de los Derechos Humanos, que afectaron de manera transversal a todas las ramas del derecho. Dreyzin de Klor afirma que «la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a las legislaciones nacionales conlleva una influencia indiscutida en el Derecho internacional privado de familia»[4]. Entre los primeros cambios, y quizá hasta el más notorio, se aprecia la crisis respecto de la idea de la familia «tradicional», aquella basada únicamente en el matrimonio heterosexual como unión. De este modo, hoy

2. Gaudemet-Tallon, H., «La désunion du couple en droit international privé», *Cursos completos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*, Volumen 226, 1991, p. 93.

3. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, «Update on the developments in internal law and private international law concerning cohabitation outside marriage, including registered partnerships», 2015, (Documento Preliminar No 5), https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/cohabitation, p. 1.

4. Dreyzin de Klor, A., «Derechos humanos y Derecho Internacional de Familia», *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Núm. 2, 2020, p. 481.

se afirma que «el vocablo familia dejó de aludir a un grupo homogéneo en su configuración, fundado exclusivamente en el matrimonio heterosexual o en la filiación, para dar lugar a una cierta heterogeneidad»[5].

La razón fundamental de estos cambios radica en el reconocimiento prácticamente universal del Derecho Humano de toda persona, sin distinción de sexo, raza o religión, a la vida íntima y familiar, junto con los derechos y garantías que de él se derivan. Limitar este derecho mediante condiciones más o menos rígidas implicaría una violación directa al principio de igualdad, algo claramente insostenible en un Estado democrático.

De manera similar al artículo 8 de la CEDH, la Convención Americana sobre Derechos Humanos[6] reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (artículo 17.1), estableciendo para ello que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en la de su familia (artículo 11.2). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) de manera reiterada ha expresado que «en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege sólo un modelo tradicional de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio»[7]. A ello se le suma el deber de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Por su parte, la Declaración Americana sigue esta misma línea en los artículos V y VI. Tal reconocimiento, se suma lo dispuesto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional en la cual se establece la protección integral de la familia por parte del Estado argentino.

Este cambio ha llevado a que ya no se aluda exclusivamente al derecho de familia, sino al derecho «a la familia», entendido como un derecho fundamental que el Estado debe garantizar. De esta forma, la perspectiva se ha orientado hacia la protección del derecho de cada individuo a disfrutar de una vida familiar, con plena autonomía para decidir cómo organizarla conforme a sus propias preferencias y valores. Lo cual se relaciona de manera directa con la libertad como principio fundamental, es decir, «con el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme sus propias opciones y convicciones»[8].

Basados en esta idea de libertad, y siendo que contraer matrimonio es un derecho y no una obligación, corresponde permitirles a las personas elegir formar una familia que no sea únicamente basadas en este instituto. Sostener lo contrario, implicaría imponer un modelo único, y el derecho no debe asumir esa posición. De hecho, «la familia actual, prácticamente, poco tiene en común con aquella configuración histórica que sirvió de base a la organización jurídica argentina reflejada en el Código Civil derogado»[9]. Hoy, la noción de familia «absorbe, por tanto, con aparente facilidad un gran número de nuevas situaciones, siempre que estas se relacionen con la vida familiar»[10]. Ante ello, el respeto debe incluir a todas aquellas uniones conformadas tanto

5. Kemelmajer de Carlucci, A., «Capítulo introductorio», en Kemelmajer de Carlucci, A. – Herrera, M. – Lloveras, N. (Dirs*), Tratado de Derecho de Familia*¸ Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, , 2014, p. 10.

6. Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre del 1969.

7. CorteIDH, «Fornerón e hija vs. Argentina», 27/04/2012; CIDH, «Atala Riffo y niñas vs. Chile», 24/02/2012; ente otros.

8. Kemelmajer de Carlucci, A., «Capítulo introductorio»..., *Op. Cit.,* p. 32.

9. Molina de Juan, M., «Título I. Matrimonio. Capítulo 1. Principios de libertad y de igualdad», en Kemelmajer de Carlucci, A. – Herrera, M. – Lloveras, N. (Dirs*), Tratado de Derecho de Familia*¸ Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 95.

10. Siew-Guillemin, A.-S., «La famille à l'épreuve des droits fondamentaux», Thèse de doctorat, l'Université Cote d'Azur, 2017, p. 20.

dentro como fuera del matrimonio. Así, se señala que «el deber de neutralidad axiológica de los Estados se expresa a través del abandono de toda jerarquización en el pluralismo de las instituciones familiares»[11].

Reconociendo, entonces, que la familia es el elemento natural y fundamental de toda sociedad, debe ser protegida por el Estado. Como uno de los modos de lograr este cometido, el respeto de las diversas formas de constituir una familia se vuelve una imperativa necesidad.

En el derecho argentino, la constitucionalización del derecho privado, especialmente el derecho de familia, fue el motor principal que obligó jurídicamente a realizar determinados reconocimientos entre los cuales se encontraban las diversas formas de organización familiar[12]. Tal como señala Uriondo de Martinoli, «la libre constitución de modelos de convivencia diferentes al tradicional, obligó a algunos Estados a incluir un título expreso dentro del ordenamiento legal, extendiéndoles los mismos efectos jurídicos antes reservados a las personas que habían contraído matrimonio»[13]. Las uniones convivenciales, conocidas con distintas denominaciones en el ámbito del derecho comparado, se encuentran oficialmente reguladas e incorporadas en el sistema jurídico argentino desde la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (CCyCN). Previamente a esta regulación, no existía en Argentina un marco legal autónomo y específico que las reconociera como una forma de establecer una entidad familiar, más allá de alguna especial recepción normativa que le permitían o reconocían ciertos derechos, entre los cuales estaban, por ejemplo, los previsionales y laborales. Esta situación se replicaba en diversos países, donde por muchos años predominó como un común denominador la escasa atención jurídica dedicada a estas uniones.

3. La unión convivencial como vida familiar

El reconocimiento de este modelo de familia supone superar la célebre frase de Napoleón: «los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora». Los cambios latentes que hemos señalado evidencian que este tipo de uniones han dejado de ser una cuestión marginal para convertirse en una realidad social y cultural que exige una adecuada protección jurídica.

La República Argentina adoptó la denominación «uniones convivenciales», descartando el término «concubinato» al considerarlo peyorativo, conforme a lo señalado en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial. El cambio no se limita a una mera variación terminológica, ya que su alcance tiene un impacto significativamente más profundo. Esto se debe a que el «lenguaje jurídico no sólo debe aspirar a nombrar las instituciones con precisión técnica, sino también a que la palabra utilizada refleje la consideración que dichas instituciones mantienen dentro de la sociedad de que se trata»[14]. Aunque la denominación adoptada por el legislador argentino ha sido objeto de críticas, en particular por la falta de reconocimiento jurídico previo del término «convivencial», se considera una elección superadora respecto de otras alternativas, ya que evita cualquier connotación despectiva o disvaliosa.

Estas uniones se definen como aquellas «basadas en relaciones afectivas de carácter singular, públicas, notorias, estables y permanentes, entre dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sin distinción de sexo» (art. 509 CCyCN). Su regulación no se limitó al ámbito doméstico, como ocurre en otros países, sino que incluye también disposiciones específicas en el ámbito internacional, contenidas en la Sección Tercera de la Parte Especial de las normas de Derecho Internacional Privado (Título IV, Libro Sexto).

---

11. Bihannic, K., «Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle», Thèse de doctorat, Universite Paris I – Pantheon-Sorbonne, 2017, p. 263.

12. Pellegrini, M. V., «Capítulo XVI. Uniones Convivenciales: el reconocimiento jurídico de diversas formas familiares», en Chechile, A.M. (Dir). *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, 2015, p. 315.

13. Uriondo de Martinolli, A., *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia*, Ediciones Lerner, 2017, p. 77.

14. Azpiri, J. O., *Derecho de Familia*, Hammurabi, 2016, p. 227.

La calificación mencionada destaca el reconocimiento de las uniones igualitarias y monogámicas, al referirse expresamente a su carácter singular. A diferencia del matrimonio, este tipo de uniones requiere, como condición esencial para su existencia, una convivencia efectiva durante al menos dos años. Además, dicha convivencia debe ser pública y notoria, considerando que el registro, aunque recomendado, no es obligatorio para su reconocimiento.

Una característica distintiva radica en la exigencia de un «proyecto de vida común», lo que denota un compromiso entre los integrantes de la unión orientado a compartir una vida conjunta, construyendo una familia, y no reduciéndose a una mera convivencia entre dos personas sin tal finalidad, pues resulta circunstancial. Sumado a esto, el artículo 510 enumera los requisitos: a) que los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Una vez configurada la unión, el sistema jurídico argentino la reconoce como una familia, generando diversos efectos, muchos de los cuales se comparten con el matrimonio. Sin embargo, ambos institutos no son equiparables. Este tratamiento diferenciado no constituye una discriminación, sino que se fundamenta en el respeto a la voluntad de las partes: no resulta adecuado imponer los efectos jurídicos propios del matrimonio cuando los integrantes optaron por no contraerlo. Una de las diferencias más notorias entre ambos institutos, y que ha sido objeto de debate, radica en la ausencia de vocación hereditaria entre los convivientes.

Los pactos de convivencia (artículo 513) tienen un rol primordial. Se reconoce a los convivientes el derecho de ejercer la autonomía de la voluntad en cuanto al modo en que desean organizar su unión, con ciertos límites los cuales buscan evitar que se desvirtúe la esencia misma del instituto. Estos pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia (artículo 514). Nada de lo pactado puede ser contrario al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

Entre los efectos previstos, los artículos 519 a 522 del CCyCN los regulan de manera sistemática. En lo relativo a los patrimoniales, se otorga un lugar preeminente al pacto de convivencia. A falta de dicho acuerdo, cada integrante de la unión conserva la libre administración y disposición de los bienes de su titularidad, salvo en lo concerniente a la protección de la vivienda familiar y los muebles indispensables en ella, sobre los cuales rigen restricciones específicas. En cuanto a los efectos personales, se reconoce de manera explícita el deber de asistencia recíproca durante la convivencia, así como la obligación de ambos integrantes de contribuir proporcionalmente a los gastos domésticos. Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros.

Finalmente, merece destacarse que, cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

3.1. Breve referencia al derecho comparado latinoamericano

Dada la extensión de este trabajo, no resulta viable realizar una revisión exhaustiva de las normativas sobre uniones convivenciales en cada país latinoamericano. Por ello, hemos optado por examinar las regulaciones de aquellos Estados cercanos a nuestro país, lo que permite ofrecer una visión general y representativa de las diversas formas en que este instituto ha sido receptado.

En Colombia rige la Ley 54 de 1990, modificada en 2005 por la Ley 979 que amplió su alcance a las parejas homosexuales. Se refiere a «uniones maritales de hecho» a todo tipo de unión entre dos personas que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Para su existencia, se requieren dos años entre dos personas que no tengan impedimento legal para contraer matrimonio. Acreditado ello, se presume la existencia de una sociedad patrimonial.

En la República del Paraguay se encuentra vigente la Ley 1/92 que reformó el Código Civil de 1984. El artículo 217 se refiere a las «uniones de hecho» como toda unión extramatrimonial, pública y estable, entre personas con capacidad para contraer matrimonio. Se reitera la singularidad, es decir, no se acepta más de una unión a la vez. Sólo admite las uniones heterosexuales, deben tener las partes como mínimo 18 años de edad y estar ambos en condiciones de poder contraer matrimonio para tener una unión de hecho válida. En cuanto a los derechos del concubino ante el fallecimiento de su pareja, la ley le asigna derechos sucesorios en concurrencia con hijos y ascendientes, y a falta de ellos recibe todos los bienes del causante, excepto los colaterales.

En Perú, su recepción se encuentra en el artículo 326 del Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984. Son definidas como toda «unión de hecho», voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Ella origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. Si bien no es obligatorio, existe un Registro para dar certeza de su inicio como finalización. A diferencia del matrimonio, que permite optar entre un régimen de sociedad de gananciales y un régimen de separación de bienes, en la unión de hecho el régimen patrimonial es único y obligatorio. Esto implica que todos los bienes y rentas adquiridos durante la convivencia pertenecen a los convivientes en partes iguales. Otra diferencia con el sistema argentino, es que la unión genera efectos sucesorios.

Brasil, en su Constitución de 1988 establece que la familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado. En tal sentido, dispone que se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio (artículo 226).

A su turno, el artículo 1723 del Código Civil del Brasil indica que: «Es reconocida como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, configurada por la convivencia publica, continua y duradera y establecida con el objeto de constitución de familia».

Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal consideró que las uniones homosexuales son equivalentes a las estables. Las Leyes 8971/1994 y 9278/1996, equipararon los regímenes jurídicos sucesorios del matrimonio y de la unión estable. Además, declaró inconstitucional el artículo 1790 del Código Civil, que establece diferencias entre compañero y cónyuge en relación con la participación en la sucesión de bienes. En definitiva, sentenció que los efectos de la normativa del código son válidos con independencia de la orientación sexual (Sentencia de apelaciones extraordinarias RE 646721 y RE 878694 del 10-5-2017).

La República Bolivariana de Venezuela en el artículo 77 de la Constitución de 1999 dispone que las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio. Sin embargo, es una asignatura pendiente para el Congreso dictar dicha ley especial. El Código Civil venezolano, cuya última reforma fue en 1982, contiene una escasa regulación, en la que en lo sustancial dispone que el efecto fundamental del concubinato es la existencia de una comunidad concubinaria, es decir, una comunidad de bienes, semejante a la del matrimonio.

En relación con Uruguay, la Ley 18.246 de 2007 reconoce derechos y obligaciones a quienes hayan convivido en unión concubinaria, durante cinco años o más, sin interrupciones. Aplica para todo tipo de uniones (heterosexuales y homosexuales) y exige que sea una relación exclusiva y singular, es decir, uniones monogámicas. A diferencia del sistema argentino, la edad mínima para poder comenzar con estas uniones es de 16 años. Tampoco se requiere una inscripción para su existencia, pero su registro es necesario para dar inicio a una sociedad de bienes, pudiendo optar por la forma de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la

unión. Otra particularidad es que genera derechos sucesorios iguales a los que se consagran a los cónyuges. Resulta llamativo que no se exija como requisito para su reconocimiento la ausencia de un vínculo matrimonial no disuelto entre los concubinos. Incluso, en caso de existir un cónyuge sobreviviente, éste junto con el concubino, integrará la misma parte en la herencia en proporción a los años de convivencia.

Positivamente, y a diferencia de los casos anteriores, la Ley General de Derecho Internacional Privado 19.920 de 2020 dispone de normas para los casos de uniones transfronterizas. Así, el artículo 27 determina que la capacidad para constituirlas, la forma, la existencia y la validez de las mismas se rigen por la ley del lugar donde han sido registradas o reconocidas por autoridad competente. En cuanto a sus efectos, se rigen por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer. Finalmente, para su disolución, se someten a la ley del domicilio común y, en su defecto, por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor.

3.2. Breve recorrido por el derecho de la Unión Europea y de los Estados europeos[15]

En varios países de la Unión Europea (UE), se pueden celebrar uniones convivenciales o civiles. Sin embargo, no todos los Estados reconocen las uniones homoafectivas, y, por otro lado, las consecuencias jurídicas varían significativamente entre los ordenamientos jurídicos europeos. De ello depende en gran medida, el reconocimiento de una unión contraída en otro país de la UE.

En algunos Estados europeos, las uniones civiles, sobre todo aquellas que son registradas se consideran equivalentes al matrimonio. Por otro lado, en los países de la UE que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero han introducido alguna forma de unión registrada, el matrimonio en el extranjero entre personas del mismo sexo suele dar los mismos derechos que una unión registrada.

No obstante, algunos Estados no cuentan con normativa que reconozca a las uniones de pareja. Tales los casos de Bulgaria, Lituania, Polonia, Rumanía, Eslovaquia.

Este dispar tratamiento ha llevado a que la doctrina especializada distinga dos modelos europeos en esta materia: «1.º) El modelo fáctico o escandinavo, que reconoce un estatus cuasimatrimonial a las parejas de hecho homosexuales, tomando como referencia una situación de convivencia estable para otorgarles determinados efectos jurídicos, principalmente en caso de ruptura y por razones de justicia material. Dentro de este sistema, se pueden incluir a los Países escandinavos, Alemania, Austria, Suiza, e Inglaterra; y 2.º) El modelo formal, que exige una declaración de voluntad de las partes a la que se atribuye unos efectos jurídicos, en cierta medida, parecidos a los del matrimonio. Los países que reconocen unas leyes de cohabitación que no equiparan las parejas de hecho al matrimonio son Francia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal y España»[16].

Por su parte, en el ámbito del derecho supranacional europeo encontramos referencias y regulación en temas específicos sobre las parejas registradas.

En efecto, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, tiene la finalidad de alentar a los ciudadanos de la Unión Europea a ejercer su derecho a la libre circulación y residencia en los Estados miembros, reducir al máximo la burocracia y definir mejor la situación de los miembros de las familias, así como limitar los supuestos en que se puede denegar la entrada o poner fin al derecho de residencia. En virtud de esta directiva, se consideran miembros de la familia a: el cónyuge (también cuando es del mismo sexo, tal como precisó el Tribunal de Justicia de la Unión

15. Las disposiciones de cada país de la UE pueden consultarse en: https://www.coupleseurope.eu/es

16. Ortega Giménez, A., «Unión Europea, uniones de hecho y Derecho internacional privado», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 11, agosto 2019, p. 422.

Europea en su sentencia Coman, C-673/16); la pareja registrada, siempre que la legislación del Estado miembro de acogida equipare la relación de pareja registrada al matrimonio; los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada; los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada.

Por otro lado, la Unión Europea aprobó el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24/6/2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUEL del 8/7/2016).

El Reglamento se aplica en 18 países de la UE, dado que se ha optado por la vía de cooperación reforzada siendo que no todos los Estados admiten estas uniones. En concreto, es aplicable en: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia.

A efectos de este Reglamento se define la unión registrada como el régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación. Pero el contenido real de este concepto debe seguir regulándose en el derecho nacional de los Estados miembros.

El ámbito de aplicación incluye todos los aspectos de derecho civil de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión registrada como con su liquidación, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros. No es aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas. También se excluyen de su ámbito de aplicación cuestiones relativas a la capacidad jurídica general de los miembros de la unión, la existencia, validez o reconocimiento de la unión registrada, las obligaciones de alimentos, la sucesión por causa de muerte de uno de los miembros, la seguridad social, el derecho de transmisión o ajuste entre los miembros de la unión registrada, en caso de disolución o anulación de la misma, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados vigente la unión y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante la vigencia de esta, la naturaleza de los derechos reales sobre un bien y los requisitos y efectos de la inscripción de los derechos en el registro.

Se establece una escala de puntos de conexión para determinar la competencia judicial. Comienza con la residencia habitual de los miembros de la unión registrada en el momento de la interposición de la demanda, debiendo ser el último punto de conexión el Estado miembro en virtud de cuya legislación se llevó a cabo el registro obligatorio de la unión para su creación. Y teniendo en cuenta que la institución de la unión registrada no está prevista en todos los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuyo derecho no prevea la institución de la unión registrada se podrán ver, excepcionalmente, en la necesidad de declinar su competencia en virtud del presente Reglamento, en cuyo caso el interesado debe tener la posibilidad de presentar su caso en cualquier otro Estado miembro que tenga un punto de conexión que otorgue competencia, independientemente del orden de los motivos de la competencia, respetando al mismo tiempo la autonomía de las partes.

Se permite que, en determinadas circunstancias, las partes celebren un acuerdo de elección del foro en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la ley aplicable o de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en virtud de cuya ley se haya creado la unión registrada, así como que resuelvan amistosa y extrajudicialmente el asunto, por ejemplo, ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro.

Se enumeran de forma exhaustiva los motivos por los que se podrá ejercer la competencia subsidiaria y se prevé un foro de necesidad que permita a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro resolver, con carácter excepcional, sobre los efectos patrimoniales de una unión registrada que tenga una estrecha conexión con un tercer Estado.

La ley que se determine en virtud del Reglamento se aplica aunque no sea la de un Estado miembro. Se autoriza a los miembros de una unión registrada elegir la ley aplicable a los efectos

patrimoniales de la misma, con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes, entre las leyes con las que tengan una estrecha conexión en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad. Dicha elección debe limitarse a una ley que atribuya efectos patrimoniales a las uniones registradas y podrá realizar en todo momento. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada no puede cambiarse sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes. Se fijan los requisitos de validez que ha de cumplir el acuerdo de elección. También se detallan las normas de validez de las capitulaciones de la unión registrada. En el caso de que no se elija la ley aplicable, se prevé que la ley del Estado en virtud de la cual se haya realizado el registro obligatorio de la unión para su constitución se aplicará a los efectos patrimoniales de la unión registrada. Una vez determinada la ley, la misma será aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada desde la clasificación de los bienes de uno o ambos miembros en diferentes categorías durante la vigencia de la unión registrada y después de su disolución hasta la liquidación del patrimonio.

4. El sistema de Derecho Internacional Privado argentino

Antes de abordar cómo el sistema argentino regula las uniones convivenciales desde la óptica del Derecho Internacional Privado, es necesario realizar algunas aclaraciones preliminares. La controversia sobre la ubicación de las fuentes en el ordenamiento jurídico argentino se resolvió con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la cual adoptó una corriente jurisprudencial previamente establecida por el máximo tribunal vinculando directamente los principios internacionales con la costumbre. El inciso 22 del artículo 75 otorga primacía a los tratados internacionales sobre la legislación interna, salvo en lo que respecta a la propia Constitución. De acuerdo con esta premisa, el artículo 2594 del CCyCN establece que las normas jurídicas se determinan prioritariamente por los tratados y convenciones internacionales vigentes. En caso de inexistencia de normas internacionales aplicables, se recurrirá a las normas de Derecho Internacional Privado argentino de origen interno. Asimismo, el artículo 2601 del CCyCN sigue la misma inteligencia en cuanto a las reglas de competencia de los jueces argentinos.

Dentro del conjunto de tratados ratificados por Argentina, algunos tienen una posición privilegiada al ostentar jerarquía constitucional. En consecuencia, estos tratados no pueden derogar ninguna disposición de la primera parte de la Constitución, sino que deben ser considerados como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en ella. En este escalón se encuentran varios convenios de Derechos Humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros.

En este contexto, al analizar la regulación de las uniones convivenciales en el sistema argentino de DIPr, se procederá a seguir esta lógica: primero se analizarán los tratados internacionales vigentes y, de manera subsidiaria, se recurrirá a la fuente interna.

4.1. La fuente convencional

Dado el contexto histórico en que fueron redactados, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional (tanto de 1889 como de 1940, actualmente vigentes) carecen de referencias o regulaciones específicas sobre esta temática. De manera similar, el Código de Bustamante y Sirvén (que no fue ratificado por Argentina) tampoco incorporó soluciones al respecto. Asimismo, las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) no abordaron esta cuestión, salvo en lo relativo a las obligaciones alimentarias, materia que será tratada más adelante.

Esta ausencia no ha pasado inadvertida para la doctrina. Preocupados por la falta de respuestas adecuadas a los conflictos de leyes y jurisdicciones del DIPr convencional, algunos autores han reinterpretado las soluciones ofrecidas por los Tratados de Montevideo a través de la teoría del «diálogo de fuentes». Esta perspectiva, elaborada por el profesor Erik Jayme en su

curso dictado en la Academia de La Haya en 1995, busca compatibilizar diferentes normativas para alcanzar la solución más adecuada que refleje los principios fundamentales del sistema de Derecho Internacional Privado[17].

Se encontró una ventana al problema apelando a las calificaciones. En este sentido, la propuesta se enfoca en encuadrar este tipo de uniones dentro de la categoría de «estado», apoyándose en las enseñanzas de Pereznieto Castro y Silva Silva. Según estos autores, el concubinato «califica dentro del estado civil de las personas, pues constituye una situación en la vida del ser humano reconocida por el derecho, en la que se fijan y reconocen deberes y derechos entre los concubinos y su familia. Implica, por tanto, un estado personal y familiar que forma parte del estado civil de las personas»[18]. Conforme a este razonamiento, y en virtud del artículo primero del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, el estado y la capacidad de las personas físicas se rigen por la ley de su domicilio. Por ende, «como consecuencia de la calificación propuesta, la ley reguladora del concubinato o relación jurídica equivalente sería la del domicilio de los concubinos. Las cuestiones sometidas a dicha ley serían la determinación de cuándo se configuran los supuestos para que la unión constituya un concubinato, las relaciones entre los integrantes de la pareja y la de éstos con su familia, la disolución del vínculo que los une y las consecuencias de la misma»[19]. Sin embargo, esta posibilidad no sería viable bajo el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, dado que solo se refiere a la capacidad de las personas, omitiendo cualquier referencia al «estado» como atributo de la persona. A pesar del valor que puedan tener estos intentos, no deja de advertirse que la lógica subyacente se apoya en una interpretación forzada que, en última instancia, podría resolverse de manera más eficiente mediante una normativa específica que brinde soluciones claras y adecuadas.

El Mercosur[20] carece de una normativa vigente que regule las uniones matrimoniales o no matrimoniales. No obstante, esta temática no ha sido ignorada por los Estados parte, ya que se ha reconocido que fomentar la libre circulación de personas requiere garantizar la posibilidad de que una familia se desplace fuera del país donde fue constituida.

El 6 de diciembre de 2012 se aprobó la Decisión 58/2012 del Consejo del Mercado Común bajo el título: «Acuerdo entre los Estados partes del Mercosur y Estados asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial». Su fundamento se asienta en el compromiso de los Estados en armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Dentro de lo que nos resulta de interés en esta oportunidad, el artículo segundo define a la unión no matrimonial como: «uniones convivenciales, estables, permanentes, civiles o cualquier otra denominación, registradas o reconocidas por cada una de las Partes y establecidas libremente por dos personas, independientemente del sexo u orientación sexual, que convivan en una relación afectiva estable, permanente, notoria y pública, respetando la legislación de cada país».

En materia de jurisdicción, el Acuerdo establece en su artículo cuarto la competencia concurrente de los jueces del Estado de reconocimiento o registro de la unión, del domicilio del

17. Jayme, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 251, 1995.

18. Pereznieto Castro, L. – Silva Silva, J. A., *Derecho Internacional privado. Parte especial*¸ Ed. Oxford, 2007, p. 156 y 157.

19. Fresnedo de Aguirre, C., «Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Número conmemorativo, sexagésimo aniversario, p. 331.

20. Este proceso de integración, que nace con el Tratado de Asunción de 1991, se encuentra conformado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Venezuela se encuentra suspendido de derechos y obligaciones. En julio de 2024, Bolivia ingresó al Mercosur, estando en proceso de incorporación de las normas del bloque.

demandado o del domicilio de la parte actora. Sin embargo, para las controversias entre convivientes que involucren bienes de naturaleza estrictamente real, serán competentes los jueces del lugar donde se encuentren dichos bienes. En cuanto a los efectos personales derivados de la unión, la jurisdicción corresponde a los jueces del Estado Parte donde se pretenda hacerlos valer. Finalmente, el artículo sexto faculta a las autoridades judiciales del Estado Parte en el que se encuentre el actor para asumir competencia en la adopción de medidas urgentes relativas a las relaciones personales

La determinación del derecho aplicable se encuentra regulada en el artículo octavo, el cual establece un tratamiento diferenciado. En primer lugar, corresponde a la ley del lugar de reconocimiento o registro de las uniones no matrimoniales, ya sea entre personas del mismo o distinto sexo, determinar la capacidad de las partes para constituirla, su forma, existencia, validez y disolución. En cuanto a los efectos derivados de estas uniones, se rigen por la ley del Estado donde se pretende hacerlos valer. Dado que no todos los Estados Parte del Mercosur reconocen las uniones igualitarias, la parte final establece que el reconocimiento de las uniones no matrimoniales entre personas del mismo sexo no será obligatorio en aquellos Estados Parte cuyo ordenamiento jurídico no contemple dicha figura.

Este acuerdo, lamentablemente, nunca entró en vigor, ya que su aprobación se dio en un contexto excepcional. De acuerdo con el Protocolo de Ushuaia del 24 de julio de 1998, los Estados Parte se comprometieron a mantener la vigencia de las instituciones democráticas, estableciendo que esta condición es esencial para el desarrollo de los procesos de integración. El tratado prevé, además, la posibilidad de suspender a un país miembro en caso de ruptura del «orden democrático». En este marco, en junio de 2012, los presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay, durante la cuadragésima tercera Cumbre del Mercosur, decidieron la suspensión temporal de Paraguay, una semana después de la destitución del entonces presidente Fernando Lugo. Entre los múltiples efectos de esta suspensión, se habilitó la aprobación del texto del acuerdo. Sin embargo, tras el levantamiento de la suspensión, y según lo dispuesto en el propio acuerdo, su entrada en vigor estaba condicionada a que transcurrieran treinta días desde el depósito del último instrumento de ratificación. Paraguay nunca ratificó el acuerdo, debido a que las uniones igualitarias no son reconocidas en su legislación, quedando en el olvido.

Pasaron varios años hasta que el tema fuera retomado. En la segunda mitad de 2023, se elaboró un nuevo texto[21] que aborda, entre otros temas, el tratamiento normativo de las uniones convivenciales[22]. Este texto introduce un cambio terminológico al sustituir la expresión «unión no matrimonial» por «unión convivencial». Aunque a primera vista podría considerarse un ajuste menor, especialmente dado que las uniones convivenciales ya estaban comprendidas en la definición de «unión no matrimonial», la eliminación del término «matrimonio» implica un reconocimiento del instituto como una figura autónoma y no como una categoría residual. Otro aspecto distintivo de la nueva definición es la ausencia de un reconocimiento explícito de las uniones entre personas del mismo sexo. Esta omisión, probablemente motivada por la conocida posición de Paraguay, buscó evitar que dicho aspecto se convierta en un obstáculo para la aprobación del texto.

El nuevo acuerdo reduce a dos artículos lo que su predecesor abordaba en tres, sintetizando las normas de jurisdicción. El artículo cuarto establece que, en materia de nulidad y disolución de las uniones convivenciales, así como en las relaciones personales y patrimoniales, existe una concurrencia jurisdiccional entre: los tribunales del Estado de reconocimiento o registro de la unión, siempre que al menos uno de los convivientes esté domiciliado en dicho Estado; los tribunales del domicilio de la parte demandada; y, de manera subsidiaria, los tribunales del domicilio

21. El mismo se titula «Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y los Estados Asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, divorcio, separación conyugal y relaciones personales, patrimoniales y disolución de las uniones convivenciales».

22. Puede profundizarse en Baltar, L. – Castro, F. A., «Las Uniones Convivenciales y el Derecho Internacional Privado», *Temas de derecho de familia, sucesiones y bioética*, Año VII, 2023, pp. 697-722.

de la parte actora. Esta subsidiariedad se deduce del término «en su defecto» y se aplica únicamente cuando fallan las demás conexiones jurisdiccionales. Sin embargo, esta regla pierde eficacia si la parte actora se encuentra en situación de vulnerabilidad, una consideración que no estaba contemplada en el Acuerdo de 2012, donde el domicilio del actor era solo un criterio más. Además, el texto anterior no condicionaba la competencia de los tribunales del Estado de reconocimiento o registro unión a que se domicilie en el mismo alguno de los convivientes.

Por otro lado, en cuestiones que involucren bienes de carácter estrictamente real, el artículo dispone que serán competentes los tribunales del Estado donde se ubiquen los inmuebles o donde se registre cualquier otro tipo de bienes. Este enfoque, en línea con el Acuerdo anterior, reafirma la pertinencia del foro del patrimonio, adecuado por la naturaleza de la materia. Para concluir este sector, el artículo quinto regula la competencia para medidas de urgencia relacionadas exclusivamente con las relaciones personales entre convivientes. Según esta norma, dicha competencia recae en los tribunales del Estado donde se encuentre la parte actora y/o donde se pretenda hacer valer la medida. Cabe destacar que este último foro constituye una adición del nuevo texto, ya que el Acuerdo anterior solo contemplaba el *forum actoris*.

En cuanto al derecho aplicable, el reciente texto redactado opta por una regulación que distingue entre la validez, los efectos y la disolución de las uniones convivenciales. El artículo séptimo establece que la capacidad de las personas para constituir la unión, su forma, existencia y validez se regirán por la ley del lugar de reconocimiento o registro de la unión convivencial. Por su parte, la disolución queda sometida a la ley del Estado del tribunal competente conforme a lo dispuesto en el artículo cuarto. Este enfoque introduce una norma autónoma de derecho aplicable para la disolución, diferenciándose del Acuerdo de 2012. Respecto a los efectos de las uniones convivenciales, estos se regirán por la ley del Estado donde se pretendan hacer valer, siguiendo lo normado en el Acuerdo de 2012 y tal como está previsto en la normativa interna aplicable.

Hasta el momento, este texto no ha sido aún aprobado por el Consejo Mercado Común. En espera de lo que pueda suceder en el futuro, solo queda confiar en que los Estados cumplan con el compromiso asumido en el Tratado de Asunción de armonizar sus legislaciones en los ámbitos pertinentes. La aprobación y ratificación de este nuevo texto representaría un avance significativo en esa dirección.

4.2. La fuente interna: el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

La necesidad de un cambio normativo y la exigencia de incorporar disposiciones que se ajusten a los tiempos actuales, considerando nuevos principios y estructuras sociales y familiares, demandaban una modernización de las soluciones jurídicas en Argentina. Esta actualización debía regular aspectos previamente no contemplados, en gran medida por razones temporales. La crisis de las soluciones tradicionales e históricas motivó la creación, mediante el Decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo, de una Comisión encargada de elaborar un nuevo proyecto de Código.

El 1 de octubre de 2014, mediante la sanción de la Ley 26.994, se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Este cuerpo normativo, respecto de su texto original, experimentó modificaciones y supresiones introducidas tanto por el Poder Ejecutivo como por el Senado, alterando en diversas oportunidades las soluciones y finalidades inicialmente propuestas por el Ministerio de Justicia.

El Código contiene, en su Libro Sexto, Título Cuarto, un conjunto de disposiciones de Derecho Internacional Privado distribuidas en 77 artículos organizados en tres partes. La primera parte aborda disposiciones de derecho aplicable de alcance general; la segunda se centra en la jurisdicción internacional, incorporando también normas sobre cooperación jurídica internacional; y la tercera, denominada Parte Especial, contiene reglas específicas aplicables a distintas categorías o materias. Comenzaremos con el sector de la jurisdicción internacional pues su análisis ante un caso en concreto siempre antecede a la determinación del derecho aplicable y, en consecuencia, lo condiciona.

4.2.a. Jurisdicción internacional

La norma de jurisdicción del artículo 2627 dispone que las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado. La norma respeta el principio que ya había alcanzado un reconocimiento en la doctrina y la jurisprudencia. Nos referimos a la concurrencia como regla general la cual permite, mediante la recepción de varios contactos jurisdiccionales razonables, garantizar el acceso a la justicia.

Utilizar el contacto jurisdiccional «domicilio efectivo común» requiere la previa calificación de lo que por él se deba entender. Ante la ausencia de una calificación, lo más prudente resultaría aplicar analógicamente la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 2621 CCyCN que rige en materia matrimonial, de acuerdo a la cual se entiende por «domicilio conyugal efectivo» el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los «cónyuges», adaptándola a este instituto. Debe tenerse presente que la existencia de domicilio común o convivencial en el caso de estas uniones, a diferencia del matrimonio, es una exigencia ineludible para su propia constitución (por ejemplo, en el derecho argentino, *cfr.* art. 510 inc. e) CCyCN). Por ende, ese contacto jurisdiccional siempre deberá poder identificarse. Finalmente, se encuentra el foro general del domicilio o residencia habitual del demandado como contacto concurrente, fundado en la máxima de que nadie puede considerarse agraviado por ser llevado ante los tribunales del país en el que vive.

Por otro lado, no resulta ocioso recordar que, con el fin de evitar la denegación de justicia, siempre estará latente el posible recurso excepcional al «foro de necesidad». Este remedio, basado en el derecho de acceso a la justicia, permite a las autoridades judiciales argentinas conocer y dictar sentencia en casos que carecen de jurisdicción con el fin de evitar la violación a este derecho constitucional. Deberán cumplirse, a tal fin, los requisitos del artículo 2602 del CCyCN para que pueda ser invocado[23].

Finalmente, resulta imprescindible considerar la discusión sobre la posibilidad de acceder a la prórroga de jurisdicción, especialmente en cuestiones patrimoniales. Conforme al artículo 2601 del CCyCN, luego de identificar la fuente normativa aplicable, se consagra el respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual también se extiende al ámbito jurisdiccional. En el marco de materias disponibles, será determinante atender a la convención alcanzada entre las partes, plasmada en un acuerdo válido de elección de foro. El artículo 2605 del CCyCN abre la posibilidad de ejercer la prórroga de jurisdicción en el ámbito del derecho familiar, específicamente en cuanto a los efectos patrimoniales que genera la relación. Este artículo faculta a las partes para optar por jueces o árbitros fuera de la República en «materia patrimonial e internacional», salvo cuando los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga esté prohibida por ley. Un aspecto notable es que, a diferencia del artículo primero del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no se requiere que el contenido sea «exclusivamente» patrimonial. La omisión de este calificativo, como señala la doctrina[24], sugiere una concepción más amplia, que podría abarcar cuestiones de naturaleza parcial o totalmente patrimonial. Esto plantea la interrogante sobre si los convivientes podrían acordar la jurisdicción competente respecto al régimen patrimonial o económico de su unión.

La ausencia de una limitación explícita en el CCyCN que impida tal acuerdo refuerza esta posibilidad, presentándose como una solución práctica y beneficiosa frente a los desafíos derivados de los flujos migratorios. Además, en este contexto, no se configuran los límites establecidos por el artículo: no se trata de una jurisdicción exclusiva ni existe una prohibición legal al respecto.

---

23. Puede profundizarse el análisis del foro de necesidad desde el sistema argentino en Scotti, L. B. – Baltar, L., «A 60 años de la doctrina Vlasov: influencia de una sentencia ejemplar en el Derecho Internacional Privado argentino», *El Derecho*, N.º 14.869, AÑO LVIII, ED 288, viernes 12 de junio de 2020, pp. 1-4.

24. Scotti, L. B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, 2019, p. 206.

4.2.b. Derecho aplicable

La norma del derecho aplicable implica una técnica que puede resultar compleja. Según el artículo 2628, se aplicará a la unión el derecho del Estado «en donde se pretenda hacer valer». La búsqueda de la solución más justa para esta relación jurídica presenta dificultades significativas en la elección del punto de conexión más adecuado. A diferencia del matrimonio, que tiene un lugar de celebración fácilmente identificable, la unión convivencial no siempre cuenta con un registro, dado que, en Argentina, su inscripción no es obligatoria para su constitución. Ante esta situación, el legislador debió encontrar un fundamento jurídico que no afecte su reconocimiento, especialmente cuando se trata de uniones provenientes del extranjero.

Conforme a nuestra normativa, y ante la falta de una disposición expresa, debe entenderse que todos los aspectos vinculados a la unión se rigen por un mismo ordenamiento jurídico, excepto en materia de alimentos, la cual dispone de una regulación autónoma.

Así, la validez de la unión, sus efectos personales y patrimoniales, y hasta su disolución serán evaluados de acuerdo con un único ordenamiento jurídico. Para explicar la técnica empleada, Dreyzin de Klor[25] señala que se trata de una localización mutable, que responde a un sistema flexible. De este modo, se busca adaptarse a un mundo globalizado en el que las familias se desplazan y establecen vínculos con diversos sistemas jurídicos. En este contexto, «la flexibilización de la norma permite al juez aplicar el derecho que tenga mayores conexiones entre la relación iusprivatista y el derecho estatal, evitando así la aplicación de un derecho poco vinculado»[26].

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por esta conexión? No es común hallar una redacción similar, lo que le confiere cierta complejidad. La interpretación de «dónde pretenda hacerse valer» es crucial. Coincidimos con Hooft[27] al señalar que, tal como está redactada la norma, implica que «el reconocimiento queda subordinado a la jurisdicción del Estado donde se localice el domicilio compartido o el país de residencia del demandado...». En efecto, la solución favorece la aplicación de la *lex fori*. Este enfoque presenta un aspecto positivo, ya que elimina cualquier tipo de discriminación: cualquier persona o pareja, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia previo, podrá acceder a la protección jurídica que el sistema argentino otorga a las uniones convivenciales, siempre que deseen hacer valer sus derechos en Argentina y cumplan con los requisitos locales.

Sin embargo, no todo es positivo. Aunque podemos coincidir con Dreyzin de Klor y Villegas en cuanto a la razonabilidad de este punto de conexión, al sostener que «en el contexto de un escenario mundial globalizado, en el cual las familias no basadas en vínculos matrimoniales se desplazan espacialmente y desarrollan lazos con diferentes derechos»[28], la técnica legislativa permite una primera crítica sobre la posible escasa vinculación que se generará entre la unión y el derecho local. El problema se manifiesta específicamente en la remisión a la norma de jurisdicción y al inicio en Argentina del reclamo por el contacto jurisdiccional basado en el «domicilio del demandado». Intentar «hacerla valer» en nuestro país sin que la unión haya tenido un asentamiento o vínculo real con el ordenamiento argentino podría permitir la aplicación de una legislación que tiene poco o ningún contacto con la pareja.

La norma presenta otros posibles problemas, especialmente para los Estados que no la reconocen. Imaginemos el caso de convivientes que hayan vivido toda su vida en un país que no reconoce o no otorga efectos jurídicos a la unión, como podría ser el caso de Paraguay, donde las uniones entre personas del mismo sexo no tienen reconocimiento legal. Si, tras la ruptura, uno de los convivientes se muda a Argentina, podría ser llevado ante nuestros jueces por el contacto de

25. Dreyzin de Klor, A., *El Derecho internacional privado actual,* Tomo II, Ed. Zavalía, 2017, p. 214.

26. Dreyzin de Klor, A. - Villegas, C. N., «Unión convivencial en el Derecho Internacional Privado actual», *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 2020, 93-Mar, p. 170.

27. Hooft, Eduardo R., *Derecho Internacional Privado al alcance de todos*, Tomo II, Ed. Eudem, 2016, p. 248.

28. Dreyzin de Klor, A. - Villegas, C., «Unión convivencial...», *Op. Cit.,* p. 171.

«domicilio del demandado». En esta situación, ¿qué derecho aplicarían nuestras autoridades? Dado que se entiende que el lugar en el que se pretende hacer valer es el territorio en el que se reclama, ello podría llevar a la aplicación del derecho argentino y, por ende, al reconocimiento de la existencia de la unión. Así, se estaría creando y dotando de efectos a una unión que, de acuerdo con la ley del país de origen, no existía ni los tenía. Asimismo, podría ocurrir que, de mutuo acuerdo, decidan trasladar su domicilio convivencial a Argentina con el fin de obtener el reconocimiento de la unión y, posteriormente, hacerla valer en el extranjero. Estos escenarios evidencian la posibilidad de fraude a la ley a través del llamado «turismo internacional»[29].

La exigencia de la edad también puede generar inconvenientes. La mayoría de edad (18 años en Argentina) es un requisito para la existencia de una unión convivencial protegida jurídicamente. A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, nuestra normativa no contempla la posibilidad de dispensa judicial. De esta manera, dos personas de 16 o 17 años podrían contraer matrimonio, pero no podrían constituir esta unión. Bossert y Zannoni[30] proponen una solución a este problema: sostienen que una unión iniciada por uno o ambos convivientes durante la minoría de edad podría ser reconocida si el plazo de dos años exigido se completa una vez que se alcanza la mayoría de edad. Por el contrario, hay quienes niegan la posibilidad de dispensar el requisito de edad, considerándola un requisito indispensable para que la unión genere efectos[31].

Siguiendo con el ejemplo de Paraguay, este país establece como requisito para constituir una unión de hecho la edad mínima para contraer matrimonio, que es de más de 16 años. De manera similar y de forma excepcional, Bolivia permite la configuración de una unión libre a partir de los 16 años cumplidos, siempre que se obtenga la autorización escrita de quienes ejerzan la autoridad parental, o quien tenga la tutela o guarda, o, en su defecto, de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia. En consecuencia, tales uniones no podrían producir efectos en Argentina hasta que transcurra el tiempo necesario de dos años luego de alcanzar la mayoría de edad. En definitiva, para Argentina, esa unión no sería considerada como tal.

Como se ha señalado, la normativa argentina no establece un régimen patrimonial para los convivientes. Si desean atribuirle efectos patrimoniales a la unión, deben celebrar un «pacto de convivencia» (art. 518), el cual debe formalizarse por escrito (aunque no necesariamente mediante escritura pública), ya que no se aceptan pactos tácitos (art. 513). En caso de no celebrarse dicho pacto, cada miembro de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes que le pertenecen. Dejando de lado la validez o no de la solución de fondo, surge un nuevo problema cuando la unión se origina y se desarrolla bajo el derecho de un país que sí reconoce efectos patrimoniales.

Siempre que se cumplan con las exigencias legales, Paraguay establece que la unión genera entre los convivientes una comunidad de bienes gananciales, al igual que lo entienden Colombia y Perú, entre otros países. Imaginemos casos en los que los convivientes hayan constituido su familia en alguno de estos países, estableciendo de forma automática el régimen de ganancialidad sin necesidad de pacto. Si se busca hacer valer el reclamo en Argentina, al aplicarse el derecho local, se observa una dificultad importante: se desconocería este sistema ganancial, lo cual podría afectar o lesionar derechos ya adquiridos.

Finalmente, otro problema que puede plantearse radica en la relación de las uniones con el derecho sucesorio. De conformidad con el sistema local, el conviviente no tiene derechos sucesorios, salvo disposición testamentaria. En efecto, la Comisión de Reformas así lo entendió para evitar la equiparación con el matrimonio. Otros países no siguen esta inteligencia. Tanto Uruguay, Paraguay, Colombia, Bolivia, Brasil y Chile admiten la vocación hereditaria del conviviente supérstite como heredero intestado. Toda unión que se pretenda hacer valer en nuestro país no otorgará

29. Calvo Caravaca, A. L. - Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Ed. Comares, 2018, p. 143.

30. Bossert, G. – Zannoni, E., *Manual de derecho de familia*, Ed. Astrea, 2016, p. 272.

31. Kemelmajer de Carlucci, A., «Capítulo introductorio»..., *Op. Cit.,* p. 65.

vocación hereditaria a los convivientes en completa afectación de un derecho consagrado en otros países. Similar problemática se presentaría de manera inversa, siendo el orden público internacional una herramienta que puede alzarse si se considera lacerado un principio fundamental.

Todas estas situaciones permiten evidenciar ciertas deficiencias en nuestra normativa respecto al derecho aplicable. La falta de protección jurídica para las uniones que no cumplan con alguno de los requisitos mencionados podría llevar a soluciones poco razonables, e incluso injustas. Como sostiene Uriondo de Martinoli[32], estos problemas son generados por la parquedad de la norma. Aunque la intención es positiva, no elimina la ambigüedad o la inseguridad que puede surgir de su aplicación, especialmente en un contexto de diversas realidades sociales que generan consecuencias jurídicas distintas. Para esclarecer esta complejidad, la autora sostiene que la mutabilidad de la conexión elegida favorece el lugar con el que la pareja de hecho manifiesta un vínculo de proximidad con el foro. En consecuencia, será en dicho lugar donde se podrán hacer efectivos los derechos y obligaciones. En este sentido, podemos añadir que, si la vinculación es con el foro, la norma de jurisdicción asumirá un papel preponderante.

Un posible modo de resolver estas consecuencias jurídicas no deseadas podría ser recurrir a la cláusula de excepción, receptada en el artículo 2597 del CCyCN. Esta alternativa permitiría alcanzar una solución «más justa» aplicando una legislación que se considere más cercana y relevante, dejando de lado el derecho argentino cuando no sea el que tenga una «vinculación más estrecha». Este enfoque reconoce la necesidad de adaptar la aplicación del derecho a las particularidades de cada caso, priorizando la conexión real entre la unión y el ordenamiento jurídico que mejor refleje su naturaleza y características.

Para el caso de una futura reforma legislativa, la doctrina ha recomendado fraccionar subcategorías y admitir conexiones alternativas o subsidiarias. Por ejemplo, en cuanto a la existencia y validez podría estarse, alternativamente, ante el derecho del Estado de registración, el de la convivencia efectiva o aquel donde se intente hacer valer la unión. En relación a los efectos personales y patrimoniales podría acudirse, en primer lugar, al derecho de la convivencia efectiva de la unión, subsidiariamente al derecho del Estado de registro, y, finalmente, podría considerarse el derecho del lugar donde las uniones se pretendan hacer valer. Por último, respecto a la disolución, se propone que el punto de conexión más próximo a la problemática es el de la (última) convivencia efectiva, en subsidio, por el derecho del lugar de registro, y a falta de registración, el derecho del domicilio de la parte demandada o del lugar donde se intente hacer valer[33].

4.3. Obligaciones alimentarias entre convivientes

De conformidad a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), las CIDIPs son definidas como «reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana». En estas Conferencias predominó la codificación sectorial del Derecho Internacional Privado, luego del fracasado intento de lograr un Código unificado. A la fecha se han celebrado siete CIDIPs en diversas ciudades de América: ciudad de Panamá en 1975, Montevideo en 1979, La Paz en 1984, Montevideo en 1989, ciudad de México en 1994, y Washington en 2002 y 2009. En total, se elaboraron 26 instrumentos interamericanos, entre los cuales se encuentran convenciones, protocolos, documentos uniformes y una ley modelo.

En 1989, durante la CIDIP-IV, los Estados Miembros de la OEA aprobaron tres tratados, entre ellas, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias[34], vigente entre Argentina,

32. Uriondo de Martinoli, A., *Lecciones de Derecho Internacional Privado.., Op. Cit.,* p. 83.

33. Harrington, C. - Rubaja, N., «La frontera de la autonomía de la voluntad conflictual en las uniones convivenciales: equilibrio entre previsibilidad y protección familiar», en *Ponencias de la Comisión 9: Derecho Internacional Privado. XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil,* Universidad Austral, 26, 27 y 28 de septiembre de 2024, pp. 103-104.

34. Disponible en https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html

Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y, llamativamente, Ucrania (desde junio de 2021).

En cuanto a su ámbito de aplicación, el objeto de este convenio es la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como la competencia y la cooperación procesal internacional. Abarca las obligaciones alimentarias vinculadas a niños/as en calidad de tales, así como las derivadas de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan tenido tal calidad. No obstante, en un intento de mayor universalidad, permite a los Estados declarar al suscribir, ratificar o adherir al convenio, e incluso después de su entrada en vigor, que limitan su alcance a las obligaciones alimentarias relativas a niños/as o, por el contrario, lo amplían para incluir a otros acreedores. Argentina, lamentablemente, no hizo uso de esta facultad. Por lo tanto, no es posible aplicar dicho convenio en los casos de reclamos de alimentos entre convivientes. En contraste, otros Estados se han pronunciado al respecto y han incorporado a este tipo de uniones. México, por ejemplo, declaró que reconoce como acreedores alimentarios, además de los mencionados en el convenio, a los concubinos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado que sean menores o incapaces, y al adoptado en relación con el adoptante. Por su parte, Colombia incluyó en su normativa al «compañero o compañera permanente que forma una unión marital de hecho», junto con otros parientes.

Lo destacable de este texto convencional, y que se diferencia de las normas internas, radica en el tratamiento diferenciado para la determinación de la jurisdicción internacional. En efecto, permite al acreedor alimentario, ya sea para establecer una cuota o incrementarla, optar entre: el juez o autoridad del Estado del domicilio o residencia habitual del acreedor; el juez o autoridad del Estado del domicilio o residencia habitual del deudor; o el juez o autoridad del Estado con el cual el deudor mantenga vínculos personales, como la posesión de bienes, percepción de ingresos o beneficios económicos. Además, se consideran igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados, siempre que el demandado haya comparecido sin objetar la competencia (prórroga tácita y *post litem*). Por su parte, para los casos de cese o reducción, únicamente serán competentes las autoridades que hubieran intervenido en la fijación de los alimentos (artículo 9). En cuanto al derecho aplicable, el artículo sexto recepta una norma indirecta materialmente orientada, disponiendo que las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor o el del domicilio o de la residencia habitual del deudor, el que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor.

Ante la falta de una fuente convencional vigente, la regulación queda necesariamente regida por la normativa interna. En este contexto, el CCyCN incorpora una innovación legislativa significativa, ya que en la Sección cuarta se encuentran normas específicas para el tratamiento internacional de las obligaciones alimentarias. Este enfoque permite considerar el sistema de DIPr argentino como alineado con las tendencias contemporáneas, al haber adoptado una regulación autónoma para un instituto tan importante. Por ello, el análisis debe concentrarse en los artículos 2629 y 2630 del CCyCN.

El segundo párrafo del artículo 2629 determina la jurisdicción internacional, indicando que las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo. En el caso de que se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado.

En primer lugar, los contactos jurisdiccionales previstos por la norma no aportan soluciones diferentes a las ya examinadas en el análisis del artículo 2627. En efecto, se repite la competencia de los jueces del último domicilio convivencial y los jueces del domicilio o residencia habitual del conviviente demandado. Aunque podría parecer que la concurrencia se amplía al incluir «el juez que haya entendido en la disolución del vínculo», en el contexto de las uniones convivenciales, esta mención no genera una nueva alternativa, limitándose a las dos opciones anteriores.

Finalmente, se incorpora el supuesto en el cual las partes hayan celebrado un convenio, sumándose dos posibilidades más de modo concurrente: los jueces del lugar de cumplimiento de la obligación y los jueces del país en el cual se celebró el convenio si, al momento de realizarlo, se encontraba la residencia habitual del conviviente demandado. Esta última opción implica la acumulación de dos circunstancias fácticas para que se pueda activar el foro, siendo importante recordar que difiere del foro general previo, ya que en ese caso se hace referencia a la residencia habitual del demandado en el momento en que se inicia el reclamo, es decir, el actual, mientras que la norma se refiere al que tenía en el pasado. A diferencia de la CIDIP IV, no se recepta expresamente la posibilidad de la prórroga de jurisdicción, siquiera tácita.

Por su parte, el artículo 2630 dispone que los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos, el cual se determina en el tercer párrafo, receptándose una norma indirecta alternativa que determina la aplicación del derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo. En este caso, el legislador no incorporó una orientación material en ninguno de los supuestos.

La norma presenta un indicio del uso de la autonomía de la voluntad, al reconocer la posibilidad de que los convivientes celebren un acuerdo en el que seleccionen un derecho aplicable, utilizando el método conflictual, dentro de un conjunto limitado de opciones. No podrán elegir cualquier derecho de manera libre y arbitraria, ya que es el legislador quien ha determinado cuáles son los derechos más razonablemente vinculados y cercanos. Por lo tanto, solo podrán optar entre los derechos permitidos. Esta limitación «refuerza el principio cardinal de tutela al alimentado, que no queda a merced de una elección desconectada dependiendo de la voluntad del acreedor (parte fuerte) de la relación alimentaria»[35]. Frente al principio rector de la autonomía privada, que garantiza el reconocimiento de la capacidad de los individuos para auto-regularse y auto-gestionarse, este encuentra su límite en el principio de protección del cónyuge o conviviente más débil y en el principio de igualdad jurídica entre ellos. Por tanto, cualquier disposición normativa que implique una violación de estos principios mediante el uso de la autonomía de la voluntad infringe el orden público internacional, debiendo el juez intervenir y corregir la situación utilizando las herramientas legales disponibles.

¿Permite el Código la autonomía material? A diferencia de lo dispuesto para el régimen patrimonial del matrimonio, la norma no establece la aplicación del acuerdo firmado por las partes para los alimentos, sino que solo permite la elección de la legislación aplicable. El problema radica en la técnica legislativa: si existe un acuerdo, debería entenderse que las partes buscan fijar las condiciones, pautas y modalidades para el cumplimiento de la obligación. Desde nuestra perspectiva y tras un análisis integral del texto del Código, entendiendo su esencia, finalidad y espíritu, sostenemos que la disposición admite la autonomía de la voluntad material. Los cónyuges o convivientes tienen la posibilidad de acordar las condiciones bajo las cuales se producirán los efectos, siempre con el respeto a los principios fundamentales que integran el orden público internacional. Por ello, la norma debe interpretarse como una solución innovadora: los alimentos quedan sujetos a lo pactado por las partes.

5. Conclusiones

El incremento de las relaciones familiares transfronterizas exige la implementación de disposiciones específicas que regulen tanto la jurisdicción como el derecho aplicable. La ausencia de tales normas puede derivar en consecuencias perjudiciales, tales como el menoscabo de la seguridad jurídica, la pérdida de derechos adquiridos y la vulneración de derechos fundamentales, comprometiendo principios esenciales. Además, estas regulaciones deben estar dirigidas

35. Menicocci, A. A., «El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción», *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, N.° 13.972, 2016, p. 4.

a garantizar el respeto por la voluntad de las personas en la elección de la forma de constituir una familia, el modo en que deciden organizarla y los efectos que buscan otorgar a dicha unión.

El Derecho Internacional Privado es llamado a intervenir en este complejo escenario, debiendo hacer valer su finalidad innata: brindar seguridad jurídica, de modo que las relaciones de familia no se vean discontinuadas al traspasar la frontera.

Frente a la evidente disparidad normativa, el principal problema identificado radica en la posibilidad de que estas uniones no sean reconocidas en el extranjero debido a las conexiones empleadas. Esto contrasta notablemente con el matrimonio, una institución cuya existencia y efectos resultan mucho más sencillos de acreditar y hacer valer en diferentes jurisdicciones. El respeto al derecho fundamental de formar una familia no se satisface únicamente mediante la incorporación de normas que regulen la unión convivencial (tanto de manera doméstica como internacional), sino que exige la implementación de soluciones que aseguren su efectividad y se les reconozca continuidad cuando quieren hacerlas valer a través de las fronteras jurídicas.

Resulta llamativo que existan legislaciones que aún se resisten a reconocer la igualdad de derechos, perpetuando la discriminación por razones de sexo o género en la conformación de una familia, limitando el derecho a elegir el modelo que las personas consideren más adecuado. Este tipo de situaciones termina «sepultando» todos los avances que se han sostenido e impulsado desde la doctrina, los principales foros codificadores y los derechos fundamentales.

El sistema jurídico argentino ha avanzado al establecer una regulación autónoma para las uniones convivenciales, a pesar de las críticas que puedan formularse respecto de su técnica legislativa. La inclusión de normas que reconocen las distintas formas de constituir una familia representa un progreso significativo para el ordenamiento jurídico argentino, marcando un hito positivo con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial. No obstante, según el análisis de las disposiciones examinadas, queda claro que aún persiste un considerable camino por recorrer para perfeccionar este marco normativo.

Tras una década desde la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, resulta oportuno plantear propuestas que permitan mejorar sustancialmente la limitada regulación existente desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. En este sentido, sostenemos la necesidad de una reforma orientada a especializar la regulación, a fin de establecer normas indirectas que diferencien claramente los efectos jurídicos derivados de este tipo de uniones. De hecho, en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2024, se concluyó la conveniencia de reformular el tipo legal del artículo 2628 del CCyCN «de manera de fraccionar la categoría distinguiendo los diferentes aspectos involucrados en los tipos legales y seleccionando los puntos de conexión acordes con esa nueva categorización»[36]. De manera similar, sería provechosa la incorporación de una norma que responda al método de reconocimiento, de modo que toda unión registrada en el extranjero sea reconocida a nivel local, sin necesidad de volver a analizar su existencia o validez, salvo afectación de principios fundamentales.

Finalmente, queremos resaltar la urgente necesidad de que el Mercosur avance hacia una mejor protección de las familias, siendo esencial culminar el proceso para la aprobación y entrada en vigor del último proyecto realizado y que previamente fue referenciado. Contar con un instrumento, al menos regional, sería una solución acorde a la sociedad contemporánea y permitiría un reconocimiento adecuado de los derechos que deben ser garantizados a las personas.

6. Bibliografía

Azpiri, J. O., *Derecho de Familia,* Hammurabi, 2016.

Baltar, L., *Autonomía de la voluntad en el matrimonio internacional*, Aldina Editorial Digital, 2022.

36. Conclusión 11 de la Comisión N.° 9 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Disponible en: https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/10/Comision-9.pdf?x71564&x71564

Baltar, L. – **Castro, F. A**., «Las Uniones Convivenciales y el Derecho Internacional Privado», *Temas de derecho de familia, sucesiones y bioética,* Año VII, 2023, pp. 697-722.

Bihannic, K., «Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle», Thèse de doctorat, Universite Paris I – Pantheon-Sorbonne, 2017.

Calvo Caravaca, A. L. - **Carrascosa González, J**., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Ed. Comares, 2018.

Dreyzin de Klor, A., «Derechos humanos y Derecho Internacional de Familia», *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Núm. 2, 2020, pp. 481-494.

Dreyzin de Klor, A. - **Villegas, C. N**., «Unión convivencial en el Derecho Internacional Privado actual», *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 2020, 93-Mar, pp. 167-177.

Fresnedo de Aguirre, C., «Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Número conmemorativo, sexagésimo aniversario, pp. 313-344.

Gaudemet-Tallon, H., «La désunion du couple en droit international privé», *Cursos completos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*, Volumen 226, 1991, pp. 9-279.

Harrington, C. - **Rubaja, N**., «La frontera de la autonomía de la voluntad conflictual en las uniones convivenciales: equilibrio entre previsibilidad y protección familiar», en *Ponencias de la Comisión 9: Derecho Internacional Privado. XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil,* Universidad Austral, 26, 27 y 28 de septiembre de 2024, pp. 92-107.

Hooft, E. R., *Derecho Internacional Privado al alcance de todos*, Tomo II, Ed. Eudem, Mar del Plata, 2016.

Kemelmajer de Carlucci, A., «Capítulo introductorio», en Kemelmajer de Carlucci, A. – Herrera, M. – Lloveras, N. (Dirs*), Tratado de Derecho de Familia*¸ Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 9-94.

Menicocci, A. A., «El régimen de alimentos en el DIPr en fuente interna y un debut previsible de la cláusula de excepción», *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, N.º 13.972, 2016, pp. 26-34.

Molina de Juan, M., «Título I. Matrimonio. Capítulo 1. Principios de libertad y de igualdad», en Kemelmajer de Carlucci, A. – Herrera, M. – Lloveras, N. (Dirs), *Tratado de Derecho de Familia*¸ Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 95-139.

Ortega Giménez, A., «Unión Europea, uniones de hecho y Derecho internacional privado», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 11, agosto 2019, pp. 418-441.

Pellegrini, M. V., «Capítulo XVI. Uniones Convivenciales: el reconocimiento jurídico de diversas formas familiares», en Chechile, A.M. (Dir). *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, 2015, pp. 313-332.

Pereznieto Castro, L. – **Silva Silva, J. A**., *Derecho Internacional privado. Parte especial*¸ Ed. Oxford, 2007.

Scotti, L. B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2019.

Scotti, L. B. - **Baltar, L**., «Las Uniones Convivenciales en el Derecho Internacional Privado argentino», *Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 54, 2022, pp. 1-34.

Siew-Guillemin, A.-S., *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, Thèse de doctorat, l'Université Cote d'Azur, 2017.

Uriondo de Martinoli, A., *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de Familia*, Ediciones Lerner, 2017.

SEGUNDA PARTE

RELACIONES PATERNOFILIALES. PROTECCIÓN DE MENORES

CAPÍTULO 10

LA IMPORTANCIA DE LA POLÍTICA EXTERIOR EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL[1]

Salomé Adroher Biosca

Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado.
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. POLÍTICA ESTATAL Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL. 3. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL BILATERAL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: EL CONVENIO DE COLABORACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA FEDERACIÓN DE RUSIA DE 9 DE JULIO DE 2014. 4. POLÍTICA EXTERIOR EN ADOPCIÓN INTERNACIONAL: UNA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO. 5.CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Los medios de comunicación se han hecho eco, recientemente, de algunas noticias que ponen de relieve la actualidad y oportunidad de este trabajo. Se trata de suspensiones o cierres definitivos de las adopciones internacionales tanto en países de origen como de destino, motivadas, fundamentalmente, por evidencias de malas prácticas, ilícitas en muchas ocasiones[2]. Este tipo de decisiones de política exterior son la causa principal, junto a otras, de la drástica disminución del número de adopciones internacionales en todo el mundo en lo que va de siglo[3]. Veamos algunas de estas noticias:

1. «Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado» PID2023-153228NB-I00 (IIPP Sofía de Salas Murillo/ M.ª Victoria Mayor del Hoyo) financiado por MICIU/ AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

2. *Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado 2015. 20 years of the 1993 Hague Convention: Assessing the impact of the convention on laws and practices relating to intercountry adoption and the protection of children.* https://assets.hcch.net/docs/f9f65ec0-1795-435c-aadf-77617816011c.pdf

3. En países receptores tales como España, Australia, Suecia y Estados Unidos, el número de adopciones internacionales entre 2004 y 2017 cayó entre un 80 y un 90 %. En los países emisores ha sucedido lo mismo. Así, en Rusia el número de niños enviados en adopción al extranjero pasó de 1.500 en 1993 a 9.400 en 2004 y 1.000 en 2004. En China, han pasado de 15.000 en 2005 a menos de 2.800 en 2016. (Palacios, J., Adroher, S., Brodzinsky, D. M., Grotevant, H. D., Johnson, D. E., Juffer, F., Martínez-

- En mayo de 2024, el gobierno holandés paralizó definitivamente las adopciones internacionales de ciudadanos holandeses en el extranjero, tras una suspensión de dos años adoptada con anterioridad, declarándose incapaz de controlar los abusos sistemáticos y estructurales que han derivado en corrupción, tráfico y sustracción de niños y falsificación de documentación[4] . El informe encargado a una Comisión especial señaló que *«in the five countries investigated —Bangladesh, Brazil, Colombia, Indonesia and Sri Lanka— serious abuses surrounding intercountry adoption took place in the period from 1967 to 1998. Adoption abuses also took place before 1967, after 1998 and in other countries*[5].
- El 29 de enero de 2025, el Gobierno suizo encargó al Ministerio de Justicia e Interior de ese país la elaboración de un proyecto de ley que se aprobará antes de finales de 2026 para prohibir las adopciones en el extranjero[6]. Esta decisión se ha tomado a la vista de las conclusiones de un informe encargado a un grupo de expertos presidido por Monika Paffinger[7], en el cual, tras comprobar los casos de fraude, prácticas irregulares y tráfico de niños adoptados en el extranjero por adoptantes residentes en Suiza, se propuso bien paralizar definitivamente las adopciones internacionales, o bien tomar una serie de medidas que minimizasen estos riesgos: reorganización institucional, refuerzo de las competencias de la confederación en relación a los cantones; limitación del número de países de los que provengan niños, exigiendo, por ejemplo que sean signatarios del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (en adelante CH)[8]; adopción de una política de búsqueda de orígenes; revisión tanto la Ley de Derecho internacional privado suiza como los aspectos financieros de las adopciones internacionales.

Mora, L., Muhamedrahimov, R. J., Selwyn, J., Simmonds, J., & Tarren-Sweeney, M., «Adoption in the service of child protection: An international interdisciplinary perspective», *Psychology, Public Policy, and Law*, 2019, 25(2), 57-72. https://doi.org/10.1037/law0000192, p. 59). Mas recientemente se ha señalado que «entre 2021 y 2023, el número global de adopciones internacionales continuó su tendencia descendente: 3.180 niños y niñas fueron adoptadas internacionalmente en 2021, 3.012 en 2022 y 2.877 en 2023, lo que representa una disminución global del 15 % entre 2022 y 2023» (AAVV. «Adopción internacional en transición: tendencias estadísticas en 2023 en un contexto de investigaciones y reformas». Boletín n.º 278 de mayo-junio de 2025, del Centro Internacional de Referencia para los derechos del niño privado de familia (SSI/CIR) (https://img-view.mailpro.com/2016/3/1/119419/Bulletins/2025278BoletinESP.pdf).

4. https://www.newsendip.com/the-netherlands-halts-again-international-adoptions/

5. Comitee investigation on intercoutry adoption. Consideration, *Analysis, Conclusions, Recommendations and Summary*. February 2021. https://www.government.nl/documents/reports/2021/02/08/summary-consideration-analysis-conclusions-recommendations

6. https://www.swissinfo.ch/spa/el-gobierno-de-suiza-comienza-los-trámites-para-prohibir-la-adopción-en-el-extranjero/88798986.

7. https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/externe/2023-03-28.html
Les révélations sur les graves irrégularités qui ont marqué les adoptions internationales par le passé ont poussé le Conseil fédéral à charger le groupe d'experts de présenter des recommandations et des propositions de réforme concrètes, pour que les événements passés ne se reproduisent plus jamais. En d'autres termes, l'objectif du mandat est de garantir dans les faits, et pas seulement sur le papier, qu'il n'y ait plus jamais, en Suisse, d'adoptions internationales menées en violation des droits des personnes impliquées ou au détriment des enfants adoptés. Compte tenu des risques inhérents au système de l'adoption internationale, il s'agit là d'un objectif très ambitieux. Comme le groupe d'experts a des doutes quant à la possibilité de le réaliser en pratique, les réformes proposées risquant de ne pas pouvoir être mises en œuvre, il estime qu'il faut également envisager sérieusement l'option de renoncer entièrement aux adoptions internationales (scénario d'abandon).

8. https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69

- En septiembre de 2024, el portavoz del gobierno chino, Mao Ning, declaró que este país, del que han salido miles de menores para su adopción internacional, suspendía definitivamente estas adopciones[9]. No dio explicaciones a esta decisión que sin embargo coincide con el fin de la política de hijo único de este país y el severo problema demográfico que le afecta.
- El 26 de marzo de 2025, se han publicado los resultados de la «Comisión de la verdad y la reconciliación» de Corea del Sur, que ha investigado las prácticas de adopción internacional de este país durante las últimas décadas, desde que en 1953 terminó la guerra civil[10]. Corea ha enviado al extranjero más de 200.000 niños, principalmente a EE. UU. y a Europa. Las precarias condiciones de la post-guerra le impidieron crear un sistema de bienestar y cuidado para los niños huérfanos, y por ello adoptó esta política activa de enviarlos a otros países. Sin embargo, al dejar toda la gestión en manos de agencias privadas de adopción, sin apenas supervisión pública, enviaron a los niños al extranjero «como si fueran maletas»[11], y la Comisión de la verdad y la reconciliación, ha detallado gravísimas irregularidades en muchos de los procesos que transcribo por su interés[12].

Estos ejemplos, de decisiones adoptadas tanto por países receptores como emisores, evidencian que algunos aspectos cruciales relativos a la adopción internacional son materia de política exterior, cuestión a la que está dedicado este trabajo.

Si bien la adopción, originariamente ha sido, y sigue siendo en muchos aspectos, una institución de Derecho privado (en Derecho español y en otros sistemas de nuestro entorno está

9. https://www.abc.es/sociedad/china-pone-fin-adopciones-internacionales-20240906190521-nt.html

10. https://www.nytimes.com/es/2025/03/26/espanol/mundo/corea-del-sur-adopciones.html

11. https://elpais.com/internacional/2025-03-27/corea-del-sur-reconoce-haber-mandado-ninos-al-extranjero-para-que-los-adoptaran-como-si-fueran-maletas.html

12. https://www.paperslip.org/trc-press-release-march-26th-2025:
Lack of Proper Consent for Adoption: Although the law required the submission of a parental or guardian consent form before proceeding with adoption, numerous cases were identified where proper legal consent procedures were not followed.
Fabrication of Records, including False Reports of Abandoned Child: Children without birth registration (Ho-juk) were falsely recorded as foundlings at «Orphan Registration» through fabricated reports stating they were abandoned outside the premises of adoption agencies. These false records violated Articles 228 (Falsification of Public Documents) and 229 (Use of Forged Official Documents) of the Criminal Act.
Tokenistic Public Notice for Guardians In cases where abandoned children were classified as orphans, a public notice procedure was mandated to verify the existence of legal guardians. However, this process was often perfunctory, with notices being posted at unrelated local offices long after the child's disappearance.
Deliberate Identity Substitution: If a child in the adoption process passed away or was reclaimed by their biological family, agencies would substitute another child's identity to expedite the adoption, severely violating adoptees' rights to their true identities.
Inadequate Screening of Adoptive Parents: Despite regulations requiring verification of adoptive parents' eligibility, an overwhelming majority (99 %) of intercountry adoption approvals (as of 1984) were granted on the same day or the following day, rendering the screening process ineffective.
Neglect of Guardianship Duties: Korean adoption agencies were responsible for acting as guardians until legal adoption procedures were finalized in the receiving country. However, in practice, agencies frequently transferred guardianship through informal declarations before the child even left Korea, neglecting their legal duties.
Mass Exportation of Children to Meet Demand: Korean adoption agencies complied with foreign agencies' demands to send a set number of children each month, facilitating large-scale intercountry adoptions with minimal procedural oversight.
Forced Donations for Adoption Placement: The government failed to regulate adoption fees, allowing agencies to set fees through internal agreements. Furthermore, adoptive parents were compelled to pay additional «donations,» which were used to secure more children for adoption, effectively turning internal adoption into a profit-driven industry.

regulada en el Código civil), en la segunda mitad del siglo XX gran parte de los países europeos y de otras latitudes «administrativizaron» algunos de sus aspectos, para que las autoridades públicas pudieran velar por el interés superior de los niños en estos procesos. De hecho, el CH, a diferencia de otros Convenios de esta organización, únicamente regula aspectos de cooperación de autoridades y de reconocimiento, prescindiendo de normas sobre competencia judicial internacional y sobre Derecho aplicable, que son las materias clásicas en los convenios de Derecho internacional privado. La intervención pública se traduce, fundamentalmente, en tres aspectos: la declaración del desamparo y adoptabilidad del niño, la determinación de la capacidad e idoneidad de los futuros adoptantes, y el *matching* o asignación entre ellos.

Pues bien; cuando las adopciones son internacionales, junto a estos aspectos de Derecho público, cada vez son más decisivos los relativos a la política exterior. Y es que tanto los Estados, origen como los de destino, en el marco de dicha política, deben decidir con qué países, y en qué casos, pueden establecer cauces que permitan, prohíban, suspendan, limiten o canalicen las adopciones internacionales. Por tanto, en países receptores como el nuestro, las familias solo podrán dirigir sus ofrecimientos a aquellos países que estén «abiertos» a la adopción internacional por decisión de la Administración General del Estado en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de política exterior, y dentro de ellos, deberán atenerse a los «cupos» que se aprueben anualmente en cada país y a las condiciones de capacidad, idoneidad y elegibilidad de los adoptantes previstas en la legislación de cada uno de estos países, además de las previstas en el Derecho español, aplicándose cumulativamente ambas normas al expedir, por parte de las autoridades españolas, el certificado de idoneidad. Estas condiciones pueden estar referidas al estado civil, tiempo de convivencia previa en el caso de adopciones por matrimonios, edad, diferencia de edad con el adoptado, condiciones físicas, existencia de otros hijos, etc.[13].

En este trabajo, me referiré en primer lugar el impacto de la política estatal en la adopción internacional que, como se ha visto en los ejemplos ya citados, marca de forma determinante la apertura o cierre de estos peculiares flujos migratorios, tanto en los países de origen como de destino. En segundo lugar, abordaré en detalle un caso particular; la política de la Federación Rusa, y la red de Convenios bilaterales que este país ha ratificado en aplicación de su legislación. Analizaré en particular el Convenio hispano ruso, en cuya negociación e implementación estuve comprometida como Directora General de Servicios para la familia y la Infancia del Gobierno de España entre los años 2012 a 2016. En esta misma condición, tuve el honor de coordinar, entre otras, las Leyes de infancia de 2015[14], que modificaron, entre otros, varios preceptos de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional (LAI), y en particular se definieron en el artículo 4 varias materias como competencia exclusiva de la Administración General del Estado, por ser cuestiones relativas a la política exterior. Esta será la última cuestión abordada en este trabajo.

2. Política estatal y adopción internacional

La adopción internacional como fenómeno global se inició después de la segunda guerra mundial y se mundializó y generalizó en los sesenta. Desde entonces comenzó a crecer exponencialmente, hasta que, a principios de este siglo, se produjo su declive progresivo, y seguramente, definitivo. Las causas que originaron a mediados del siglo pasado estos movimientos masivos de niños fueron demográficas, económicas y bélicas[15].

13. Adroher Biosca, S. «Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español». *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Vol. 701, 2007, pp.949-1004

14. Leyes 8/2015 y 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015 y núm. 180 de 29 de Julio de 2015).

15. Adroher, Biosca, S., «La adopción internacional: una aproximación general» en *Menor y familia: conflictos e implicaciones* (Rodríguez Torrente, J. Dir.). Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998, pp. 228-304.

Por una parte, las adopciones internacionales han sido una expresión más del desequilibrio económico y demográfico entre diversos países del planeta: en general en los países más desarrollados el índice de natalidad es bajo por lo cual hay menos niños susceptibles de ser adoptados, mientras que en los países en vías de desarrollo el índice de natalidad suele ser más alto y, debido a la precariedad económica, existe un número elevado de menores abandonados. Como señaló Van Loon, autor del informe explicativo que dio lugar al CH, en materia de adopción internacional llegó a utilizarse un lenguaje economicista refiriéndose a la ley de la oferta y de la demanda...de niños[16], análisis económico/político de la adopción internacional que sigue presente en algunos estudios recientes[17].

Sin embargo, si estos factores fueron relevantes, el detonante y motor principal de los grandes y masivos flujos internacionales de menores con fines de adopción fueron diversas guerras, tanto la segunda guerra mundial (con los primeros desplazamientos importantes de menores europeos, japoneses y chinos a los Estados Unidos o a Suecia), como las guerras de Corea y de Vietnam[18]. La experiencia de estos traslados masivos fue muy negativa ya que, en estos contextos de crisis, no hay seguridad sobre la orfandad real de los niños y suelen producirse irregularidades. Esto fue lo que sucedió en 1975 con la *Operation Babylift* organizada por EE. UU. para evacuar por avión entre 2.000 y 3.000 huérfanos vietnamitas, caracterizada por la confusión y la precipitación que dio lugar a numerosos pleitos que posteriormente iniciaron los padres biológicos ante los tribunales norteamericanos para recuperar la custodia de sus hijos, ya que no todos los enviados eran realmente huérfanos[19]. Las imágenes que pueden encontrarse en internet son escalofriantes: el primero de los aviones se estrelló y en los siguientes, decenas de bebés viajaban en cunas, con los cinturones de seguridad atados a ellas, y sin apenas supervisión[20].

Estas violaciones de los derechos humanos de tantos niños y familias han dado lugar, ya en este siglo, a que, la Asamblea General de Naciones Unidas, y diversas organizaciones propongan

16. Van Loon, H.A. «International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption». *Reccueil des Cours de l'academie de Droit international de La Hague*, 1993 VII pp. 229 y ss.

17. Leblang, D. Liao, S. Pandya, S. Efrat, A. «Babies across Borders: The Political Economy of International Child Adoption». *International Studies Quarterly* (2015) pp. 1-14.

18. Entre 1953-1990, 80.000 niños coreanos y 3000 vietnamitas fueron adoptados por familias norteamericanas. Hoksbergen, R.A.C. *Adoption in a worldwide perspective. A review of programs, policies and legislation in 14 contries.* Sweets North America INC Berwyn, 1986, pp. 79 y ss.

19. Carbonneau, T.E. «Operation babylift: the dilema surrounding child custody controversies». Lillich R. (Ed). «The family in international law: some emerging problems»- *Third sokol colloquium*. 1981 pp. 87 y ss.

20. https://www.bbc.com/mundo/noticias-65329089

que, en casos de catástrofe natural o un conflicto bélico, se suspendan las adopciones internacionales, dado que en estos contextos de emergencia no es posible determinar, de forma fiable, la adoptabilidad de los niños, ni asegurar que no existen familiares o personas del entorno dispuestas a hacerse cargo de ellos[21]. Recientemente se ha llevado al cine un caso relacionado con esta situación. La película «la hija del volcán» narra la historia autobiográfica de la cineasta colombiana-española Jenifer de la Rosa adoptada por una familia española en Colombia tras la erupción del volcán Nevado del Ruiz, el 13 de noviembre de 1985, erupción que provocó la muerte y desaparición de 25.000 personas, y la orfandad «supuesta» de 1000 niños que fueron dados en adopción. Jenifer lleva casi una década buscando a su madre biológica[22].

A pesar de ello ha habido países que no han respetado estos criterios. Tras el terremoto de Haití de 2010, el Servicio Social Internacional señaló que algunos países prácticamente triplicaron las adopciones de niños haitianos (Canadá, EEUU, Luxemburgo y Bélgica), otros las doblaron (Alemania), algunos las disminuyeron (Francia), y solo algún país, como España, las suspendió[23]. De mucha mayor gravedad es lo que está sucediendo a raíz de la guerra de Rusia contra Ucrania. El país agresor, además de todas las violaciones sistemáticas de derechos humanos, ha deportado a miles niños ucranianos a territorio ruso para ser objeto de adopciones forzadas[24].

Más allá de estas causas, existen otros factores político-ideológicos que también explican el aumento, la disminución o el cierre de las adopciones internacionales. Podría referirme a muy diversos ejemplos, pero me parece significativo hacer alusión a dos de diverso signo: la apertura de las adopciones internacionales en los países de la Europa del Este tras el derrumbe de los sistemas políticos comunistas que las habían impedido, y el cierre de las kafalas de extranjeros en Marruecos por razones político/religiosas.

Los países europeos de la órbita soviética en general dificultaron o impidieron la adopción de los numerosos niños que tenían en el sistema de protección por parte de familias residentes en el extranjero. Sin embargo, tras la caída del muro de Berlín y los cambios políticos subsiguientes, las liberalizaron, en ciertos casos de forma absoluta descontrolada. Un ejemplo especialmente significativo fue Rumanía. La política oficial del régimen de Ceaucescu de prohibir y penalizar el control de la natalidad, unida a la pobreza generalizada de la población, llenó los orfanatos rumanos de niños cuyos padres no podían cuidar ni mantener[25]. La legislación rumana de 1956 requería de una autorización del presidente de la República para que estos menores pudieran salir en adopción internacional, lo que la hacía prácticamente imposible. Con la caída de la dicta-

21. United Nations, General Assembly (2009), 160, 162. Esta posición es compartida por UNICEF ACNUR, el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Comité Internacional de la Cruz Roja y ONGs internacionales tales como Save the Children y el Servicio Social Internacional (Unicef 2010)

22. https://elpais.com/planeta-futuro/2025-05-23/la-cineasta-colombiana-adoptada-en-espana-tras-la-erupcion-del-nevado-del-ruiz-y-que-filmo-la-busqueda-de-su-madre.html

23. International Social Service; Dambach, M. y Bagglietto, C. (2010), *Haití. «Expediting» intercountry adoptions in the aftermath of a natural disaster, preventing future harm».* http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/Haiti ISS final- foreword.pdf.

24. Diversas organizaciones de derechos humanos lo han denunciado, y el Parlamento Europeo se ha hecho eco de ello: «Since Russia's war of aggression against Ukraine began in February 2022, international organisations have documented a wide range of serious human rights violations affecting children. Reports of children forcibly deported or displaced by Russian authorities, combined in many cases with them being subjected to re-education programmes and forced adoption, have raised concern. According to the Children of War initiative of the Ukrainian National Information Bureau (NIB), more than 19 500 children have been deported or forcibly displaced, and only 388 have been returned». (https://www.europarl.europa.eu/news/en/agenda/briefing/2024-03-11/12/ukrainian-children-deported-to-russia-plenary-debate).

25. Watkins, D. «Romania, overseas adoption and the White paper». *Adoption & fostering* Vol 18 n.º 3, 1994 pp. 21-24.

dura, la Ley n.º 11 de 1 de agosto de 1990 liberalizó las adopciones sin control, hasta tal punto que, en el año 1991, casi un tercio de las adopciones internacionales en el mundo lo fueran de menores rumanos, cuando el año anterior no había habido ninguna[26].

En contraste, en Marruecos en 2012 se produjo un cierre por razones político- religiosas. Como es bien sabido, en los países islámicos está prohibida la adopción por prescripción coránica, pero existe la figura de la kafala, una especie de acogimiento familiar que se reserva a familias que profesen la religión islámica[27]. Durante años, familias españolas y de otros países europeos habían acudido a Marruecos a «kafalar» niños, que eran trasladados a continuación a los países en los que residían sus «kafiles» y posteriormente adoptados allí. Esta situación fue denunciada en julio de 2012 por el grupo socialista marroquí en el Congreso de este país, lo cual provocó que el Ministerio de Justicia aprobara un importante cambio normativo que supuso la suspensión y paralización de las kafalas en favor de extranjeros. En esta situación, el Gobierno de España en el que yo participé, hizo gestiones ante el de Marruecos para que, las 61 familias que habían iniciado la kafala con anterioridad al cambio y que ya tenían niño asignado, pudieran culminar el proceso y no les fuera de aplicación la nueva normativa con carácter retroactivo[28].

3. La regulación internacional bilateral de la adopción internacional: el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia de 9 de julio de 2014[29]

Una de las manifestaciones más claras de la relevancia de la política exterior en materia de adopción internacional, es su regulación convencional. El CH es un texto multilateral importantísimo, pero no lo han ratificado todos los países que lo firmaron, como ha sucedido con Rusia, país que ha exigido la ratificación de convenios bilaterales con los países de destino de sus niños, como fue el caso del Convenio bilateral entre nuestro país y la Federación Rusa. Las negociaciones de este texto se iniciaron en 2009 y aunque avanzaban muy lentamente, en 2013 se aceleraron de tal forma que, en menos de un año, se firmó el convenio[30]. La razón de este «sprint final» fueron una serie de novedades legislativas rusas que urgieron a ambas delegaciones a llegar a un acuerdo.

En julio de 2013 se aprobó en la Federación Rusa la Ley Federal 167- FZ, que prohibía la adopción de menores rusos por cónyuges del mismo sexo y personas solteras; en agosto de 2013, el Consejo Presidencial del Tribunal Supremo ruso dictó una Instrucción sobre aplicación de dicha

---

26. Zugravescu, A. Iacovescu, A. «La adopción internacional en Rumanía». *Infancia y sociedad* 12 (1991) pp. 112 y ss; Herz, C. «L'adoption internationale, un exemple de fonctionnement: La Roumanie». *Actes du séminaire Nathalie- Masse* 25-27 mai 1992 Centre international de l'enfance de París, pp. 79 y ss.; DEISSI. «Roumanie. L'adoption d'enfants roumains par des étrangers. Rapport d'un groupe d'experts sur la mise en oeuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant dans le domaine de l'adoption internationale». avril 1991. Este último informe señala entre otras cosas; «Après la chute du règime précédent, le peuple roumain et le monde ont découvert avec stupefaction par le biais des médias, le nombre élevé d'enfants de ce pays placés dans des institutions ainsi que les conditions de vie souvent très difficiles qu'ils connaissaient».

27. Adroher Biosca, S. «Un estudio de caso sobre adoptabilidad: la kafala islámica». En, Gómez Bengoechea, B., Berástegui Pedro-Viejo, A., Adroher Biosca, S. *Se busca familia para un niño: Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad.* Dykynson, Comillas. Madrid 2015.

28. El País, 7 de octubre de 2012.

29. BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2015.

30 https://www.exteriores.gob.es/ca/Comunicacion/NotasPrensa/Paginas/Articulos/20130925_NOTA159.aspx

ley en la que se establecía que, en relación a los adoptantes provenientes de Estados que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, no debería aprobarse la adopción si la legislación del país de acogida en supuestos de ruptura, permitía la recolocación del menor adoptado en una nueva familia, salvo que las autoridades rusas consintieran a dicha reasignación.

Finalmente, el 25 de noviembre de 2013 se presentó ante la Duma una iniciativa legislativa de modificación del Código de Familia que exigía priorizar la adopción nacional de los niños rusos por familias rusas con residencia en la Federación Rusa o por parientes de los menores, y, solo subsidiariamente, en los casos de adopción internacional la ratificación de un convenio bilateral de adopción con el país de los adoptantes[31]. La «promoción» de la adopción nacional en Rusia llevó incluso a las autoridades de alguna región, como la de Irkutsk a publicar carteles con las fotos y características de los niños adoptables, que me hicieron llegar familias españolas adoptantes en esta región: ¿Dónde queda el derecho a la intimidad de estos niños?

Estas novedades generaron en España un problema importante, y no fue precisamente para las parejas españolas del mismo sexo. Estas no podían adoptar en Rusia antes de las novedades legislativas reseñadas, ya que las autoridades españolas para conceder la idoneidad a los candidatos de una adopción internacional, como ya he señalado, aplican cumulativamente, las condiciones legalmente previstas en el Derecho español y en el del país al que se dirige el ofrecimiento, y por tanto en relación con Rusia, como a otros muchos países, no se concedía la idoneidad a estas parejas[32]. El verdadero alcance de esta decisión es que se exigía la ratificación del Convenio internacional con Rusia, y en aquel momento 600 familias españolas estaban en trámite de adopción internacional en este país, cuyas adopciones corrían

31. https://www.libertaddigital.com/internacional/europa/2013-09-14/una-nueva-ley-prohibe-a-familias-espanolas-adoptar-ninos-rusos-1276499385/

32. «Cuando una administración informa, por ejemplo, de los requisitos que se exigen en Rusia para la adopción internacional, ha de advertir que "...Quedan excluidas aquellas solicitudes de matrimonios del mismo sexo y aquellas familias monoparentales nacionales de ó residentes en estados cuya legislación establece la legalidad del matrimonio homosexual», como hace, por ejemplo, el Gobierno de Extremadura, de cuya web he extraído el entrecomillado. La adopción internacional típica es cosa de dos ordenamientos jurídicos; de dos concepciones de justicia que pueden coincidir o no. Esta idea es especialmente visible analizando la normativa que gobierna las adopciones internacionales"». Álvarez González, S. «Adopción internacional y orientación sexual». *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián [Vol. XIV. Diversidad sexual: mecanismos de protección internacional o respuestas de protección desde el Derecho Internacional].* 1.ª ed., septiembre 2015.

el riesgo de paralizarse, como se hizo eco la prensa del momento[33]. De hecho, Rusia no solo negoció en estos años un convenio bilateral con España sino también con Francia[34], Italia[35], Estados Unidos[36], Israel[37]... Esta red de convenios bilaterales dio lugar a una propuesta elevada el Parlamento Europeo[38].

Esta nueva política de Rusia respondía no solo al rechazo a la adopción por parejas del mismo sexo extranjeras, sino también a que, en los casos de adopciones internacionales que resultaran fallidas, los niños rusos pudieran ser reasignados a familias cuya idoneidad fuera aceptada por Rusia. La problemática se generó fundamentalmente a raíz de 19 niños rusos que, tras ser adoptados por ciudadanos norteamericanos, habían muerto o sufrido graves abusos en suelo estadounidense, casos que saltaron a la prensa con gran escándalo de la sociedad rusa[39]. Por ello, el 28 de diciembre de 2012, se aprobó la Ley Federal n.º 272-FZ, que entró en vigor el 1 de enero de 2013 y que prohibió la adopción de niños rusos por parte de ciudadanos estadounidenses y supuso la terminación del acuerdo de adopción entre ambos países el 1 de enero de 2014[40], convenio que apenas estuvo en vigor un año. Esta suspensión dio lugar a una demanda de 22 familias estadounidenses ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH), familias que estaban en proceso de adopción en Rusia y a las que se aplicó retroactivamente esta ley impidiendo o paralizando las adopciones. El TEDH concluyó que Rusia había violado los artículos 14 y el 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos, entre otros[41]. Este Tribunal, en su exposición de los hechos, apuntaba otras razones «políticas» ajenas completamente a las adopciones, que justificaron esta ley rusa, denominada la Anti-Magnitsky Law[42], pero, evidentemente, los casos

33. https://elpais.com/sociedad/2013/09/11/actualidad/1378930573_141367.html

34. https://rapsinews.com/legislation_news/20120730/263991840.html

35. http://en.kremlin.ru/events/president/news/5951

36. https://www.uscis.gov/adoption/country-information/bilateral-adoption-agreement-between-the-united-states-and-russia-entered-into-force-on-november-1

37. https://www.themoscowtimes.com/2020/01/23/lgbt-israelis-barred-from-adopting-russian-children-a69021

38. Zwiefka, T. *Cross-Border recognition of adoptions*. European Added Value Assessment, 2016. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/581384/EPRS_STU%282016%29581384_EN.pdf

39. https://www.rtve.es/noticias/20121221/duma-prohibe-a-eeuu-adopciones-ninos-rusos-preve-lista-negra-extranjeros/591247.shtml

40. Un estudio sobre algunos de los casos que se produjeron y sobre el proceso de negociación del convenio es el de Barnes, B. «A Critique of the U.S.-Russian Adoption Process and Three Recommendations for the U.S.-Russian Bilateral Adoption Agreement». *Emory International law Review*. 397 (2013).

41. *Caso A.H. and others v. Russia.* Sentencia de 3 de julio de 2017. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-170390%22. Accordingly, given that (i) the adoption proceedings in the cases at hand were instituted at the time when applying for intercountry adoption was expressly permitted by Russia and (ii) they were pending at the time of introduction of the ban on adoption by virtue of Law no. 272-FZ, the Court considers that the Government have failed to show that there were compelling or very weighty reasons to justify the blanket ban applied retroactively and indiscriminately to all prospective adoptive parents from the United States, irrespective of the status of the adoption proceedings already started and their individual circumstances. It thus constituted a disproportionate measure in relation to the aims stated by the Government. The Court therefore concludes that the difference in treatment was discriminatory and has accordingly been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

42. On 21 December 2012 the Russian State Duma adopted Law no. 272-FZ — which was signed by the President on 28 December 2012 — also known as the «Anti-Magnitsky Law» or the «Dima Yakovlev Law» due to the circumstances underlying its adoption. The law has been described as a response to the Russia and Moldova Jackson-Vanik Repeal and Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act

de niños rusos fallecidos en suelo estadounidense, así como la imagen pública de Rusia de ser un país incapaz de cuidar de sus huérfanos, tuvo influencia decisiva[43].

Volviendo al Convenio con España, el 20 de diciembre de 2013 el Consejo de ministros español autorizó la firma del Convenio bilateral, tras un período de intensas negociaciones entre las delegaciones de España y de la Federación Rusa, y el intercambio correspondiente de los instrumentos, y lo remitió a las Cortes Generales para su ratificación[44].

Afortunadamente, la inexistencia de convenio no supuso una paralización de la tramitación de expedientes, y continuaron llegando a España niños adoptados de origen ruso, siendo este país del que provenía el mayor número de menores adoptados internacionalmente desde 2008.

Año	Total adopciones internacionales	Adopciones rusas	Porcentaje de adopciones rusas
2008	3.158	899	28,47 %
2009	3.006	868	28,88 %
2010	2.891	801	27,71 %
2011	2.573	712	27,68 %
2012	1.669	479	28,70 %
2013	1.191	350	29,30 %
2014	824	161	19,50 %

of 2012 passed by the United States Congress in November/December 2012 and signed by the US President on 14 December 2012 (the «Magnitsky Act»). The Magnitsky Act imposed sanctions on the Russian officials who were thought to be responsible for the death of Sergei Magnitsky, a lawyer who had exposed alleged large-scale tax fraud involving State officials and subsequently died in custody. The Magnitsky Act prohibited the Russian officials from entering the United States and using the United States' banking system. The list of the eighteen individuals concerned was made public by the Administration of the President of the United States.The Russian authorities' response involved the passing of a similar act in respect of United States nationals responsible for gross human rights violations, prohibiting their entry into Russia and freezing their assets within Russia. However, Section 4 § 1 of Law no. 272-FZ also introduced a ban on the adoption of Russian children by United States nationals. The introduction of that provision was prompted by the death in 2008 of Dima Yakovlev, a Russian toddler adopted by United States nationals. He was left alone for nine hours strapped in his adoptive father's car after the latter forgot to take him to his day-care centre. The father was eventually acquitted of involuntary manslaughter. This news created a stir in the Russian media and resulted in the highlighting of a number of abuse cases involving Russian children adopted by United States nationals, leading to calls from certain Russian authorities to restrict or end adoptions by US nationals.

43. Champenois, C. «Does the Russian Adoption Ban Violate International Law? *Brigham Young University International Law & Management Review,* vol 11, 2015.

44 https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Noticias/20131220_MINISTERIO1.aspx

Durante la negociación del Convenio en los años 2013 y 14, para evitar la paralización de los procesos de adopción en marcha y mantener las asignaciones de los niños ya comunicadas, la Dirección General de Servicios para la familia y la infancia del Ministerio español de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de acuerdo con las entidades públicas competentes de las Comunidades Autónomas, elaboró un modelo de certificado de idoneidad en el que figuraba información sobre la legislación española en materia de protección de menores y de adopción recogiendo las garantías contempladas en el texto del proyecto Convenio pendiente de firma[45]. Sin embargo, la respuesta de los jueces rusos fue desigual: los de 22 regiones consideraron que el documento ofrecía las necesarias condiciones y se constituyeron las adopciones[46], y en las otras 19 regiones se postpusieron los juicios hasta que se adoptara el Convenio bilateral.

Pasaron los meses, y no se recibía la confirmación de la aprobación formal del Convenio por parte rusa. Llegó el mes de junio de 2014, y se fijó la fecha de la firma el 9 de julio en Madrid a la que acudiría el ministro de asuntos exteriores ruso[47], y en ese contexto, el Consejo de ministros de Rusia autorizó la firma del convenio en junio de 2014[48], pero introduciendo varias modificaciones al texto que se había negociado y acordado en octubre de 2013. Algunos cambios eran formales o de redacción y no afectaban a su contenido, pero tres artículos incluían modificaciones sustanciales: 5.2[49] 13[50] y 14 d[51].

Los artículos 5.2 y el 14.d, en relación con el compromiso de las autoridades españolas de facilitar, a solicitud de las autoridades rusas, información de los menores adoptados, con independencia del envío de los informes de seguimiento preceptivo. La redacción inicialmente acordada limitaba esta solicitud de información a los «casos de posibles situaciones de desprotección»,

45. La protección de los menores rusos por parte de las administraciones públicas españolas competentes en los supuestos en los que, tras la adopción de un menor de origen ruso, se produjera en España una situación de desprotección, que hiciera necesaria la separación del niño de su familia adoptiva.
El compromiso de las autoridades competentes españolas de mantener informadas a las autoridades rusas sobre los supuestos de desprotección.
En estos casos, si la medida más adecuada para el menor fuera la colocación en familia (acogimiento o adopción nacional) se informará y solicitará el consentimiento de las autoridades de ese país.
En los supuestos de nueva adopción o acogimiento familiar se tendrán en cuenta los requisitos de capacidad e idoneidad de los solicitantes acorde con las legislaciones de ambos países.
Compromiso de realizar los seguimientos sobre la adaptación de los menores rusos adoptados en los términos que figuran en su legislación y hasta la edad de 18 años.

46. Altai, Astrakan, Cheliabinsk, Irkutsk, Ivanovo, Javarosk, Komi, Krasnoyarsk, Moscú, Moscu provincia, Moscu región, Novosibirsk, Riazan, Rostov, Saratov, Smolensk, Stavropol, Tula, Vladivostok, Vologda, Volgogrado, Volvogrado.

47. https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/NotasPrensa/Paginas/NOTAS_P_2014/20140709_NOTA163.aspx;

48. https://www.elmundo.es/espana/2014/06/07/5393537d268e3ef3668b457b.html

49. «La Autoridad central del Estado receptor se compromete, con independencia de los compromisos previstos en el apartado 5 del artículo 13 de este Convenio, en tanto que su legislación lo permita, a facilitar a la Autoridad central del Estado de origen, a su solicitud por escrito, la información sobre los casos concretos de adopción, incluyendo los de reubicación de los menores en otra familia. La Autoridad central del Estado de origen garantizará la confidencialidad de la información obtenida y sólo podrá utilizarla a efectos de protección de derechos e intereses legales de los menores adoptados».

50. «Las Autoridades del Estado receptor competentes para efectuar el control de seguimiento de menores adoptados, deberán controlar las condiciones de su vida y educación en la familia adoptiva, enviando informes de su desarrollo físico y psíquico, su adaptación a la situación familiar y social nueva y otra información necesaria al respecto, y deberán garantizar que se haga efectiva el alta del menor adoptado en el Consulado del Estado de origen, según exige la legislación de dicho país».

51. «Respecto de las adopciones constituidas antes de la entrada en vigor del presente Convenio, las Autoridades del Estado receptor colaborarán estrechamente con las Autoridades del Estado de origen para transmitir la información que éstas les puedan pedir en casos concretos».

pero ahora se abría a todos los «casos concretos de adopción, incluyendo los de reubicación de los menores en otra familia». Con esta nueva redacción se permitía que las autoridades rusas pudieran pedir informes de cualquier menor adoptado, antes y después de la entrada en vigor del Convenio, y en cualquier circunstancia, y con independencia de que se hubiera cumplido por parte de las Autoridades competentes españolas el envío de los informes de seguimiento post-adoptivo conforme a la periodicidad exigida por la legislación rusa. No obstante, por parte del Gobierno de España se consideró que la redacción dejaba margen a la administración española para poder hacerlo «en tanto que su legislación lo permita».

En relación al art. 13.1, relativo al seguimiento post-adoptivo, en la redacción acordada inicialmente se contemplaba como compromiso de las autoridades españolas el que se «deberán tomar las medidas oportunas para que se haga efectiva el alta del menor adoptado en el Consulado del Estado de origen», pero en la nueva redacción se señalaba que «deberán garantizar que se haga efectiva el alta». El Gobierno de España aceptó este cambio toda vez que, dicho control se está haciendo a través de las ECAIs, debiendo presentar las familias la constancia de inscripción en el registro consular en la etapa de los seguimientos.

Por todo ello, el Consejo de ministros de España aprobó el Convenio modificado, que se firmó en la fecha convenida. Rusia quiso poner este Convenio como ejemplo del primero que se firmaba tras las grandes reformas legislativas de ese país en un seminario que tuvo lugar en Moscú en septiembre de 2014 en el cual tuve ocasión de exponer a grandes líneas el texto convenido y la trayectoria de cooperación internacional entre los dos países[52].

A pesar del convenio, las cifras de adopciones internacionales de menores rusos siguieron cayendo (como en general las cifras de adopciones internacionales). Dos factores parecen ser relevantes: la política rusa de primar la adopción nacional, como exigen los Convenios internacionales, y la guerra contra Ucrania.

Año	Total adopciones internacionales	Adopciones rusas	Porcentaje de adopciones rusas
2015	799	131	16,3 %
2016	565	95	16,8 %
2017	531	54	10,1 %
2018	444	35	7,8 %
2019	375	21	5,6 %
2020	196	3	1,5 %
2021	171	2	1,1 %
2022	179	0	0 %
2023	183	0	0 %

En todo caso, la historia de las adopciones de niños rusos por familias españolas está claramente marcada por el impacto de la política exterior de este país, como he explicado en este epígrafe. Pero junto a la política exterior, la política de protección a la infancia en este país también incide de forma definitiva. Como afirmó el juez Dedov en su *partly concurring opinion* a la sentencia del TEDH en caso ya citado de A.H. and others v Russia Judgment: «There is a more serious problem in Russia. The Russian Government informed the Court that there were still

52. Adroher Biosca, S. «Intercountry Adoption in Spain. The cooperation between Russian and Spanish Authorities». *Seminario International cooperation in the field of children´s adoption.* Ministerio de Educación y Ciencia de la Federación Rusa. Moscú, 5 de septiembre 2014.

more than 66,000 children abandoned by their parents and subsequently placed in orphanages. The total number of such children who have been accommodated in orphanages during the last 25 years may be close to 300,000. Obviously, this is the result of a structural social problem caused by the deterioration of values and lack of social responsibility. This problem cannot be resolved either by inter-country adoption or by political pressure»[53].

4. Política exterior en adopción internacional como competencia exclusiva del Estado

Tal y como hemos visto hasta ahora, una parte relevante de las decisiones en materia de adopción internacional, tienen carácter de política exterior. Y la política exterior, como expresión de las relaciones internacionales, es competencia exclusiva del Estado (art. 149,3 de la Constitución española).

Sin embargo, en el instrumento de ratificación del Reino de España del CH, se designó como Autoridad central para dicho convenio a cada una de las autoridades competentes de las Comunidades autónomas (CC. AA.) en materia de protección de menores, y al Ministerio competente en infancia, se le reservó únicamente la competencia del artículo 6.2, para la transmisión de comunicaciones[54]. Ciertamente las competencias previstas en el CH, son, según la Constitución española, exclusivas de las CC. AA., fundamentalmente declarar la idoneidad de los futuros adoptantes, y aceptar la asignación del niño (además de la preparación preadoptiva y el seguimiento post adoptivo). Este es el único convenio ratificado por España en el que la autoridad central no es estatal. Incluso 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, referido a materias algunas de las cuales son en España competencia autonómica (protección a la infancia), la Autoridad central es el Ministerio de justicia.

De acuerdo con este planteamiento, la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional (LAI), en el artículo 4, con el título «Circunstancias que impiden o condicionan la adopción» regulaba, entre otras cuestiones, el cierre o no apertura de la adopción con determinados países y, por otra parte, la decisión de que la adopción con determinados países debiera ser necesariamente tramitada a través de ECAIS[55]. Pues bien; en la redacción original se señalaba la siguiente regla competencial en el art. 4.4: «A efectos de la decisión a adoptar por la Entidad

53. Caso *A.H. and others v. Russia*. Sentencia de 3 de julio de 2017, *op. cit*.

54. «Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad Central competente dentro de ese Estado».

55. «1. No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción. c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3.
2. Las Entidades Públicas de Protección de Menores españolas podrán establecer que, con respecto a un determinado Estado, únicamente se tramiten solicitudes de adopción internacional a través de Entidades Colaboradoras acreditadas o autorizadas por las autoridades de ambos Estados, cuando se constate que otra vía de tramitación presenta riesgos evidentes por la falta de garantías adecuadas».

Pública competente en cada Comunidad Autónoma en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se procurará la correspondiente coordinación autonómica, pudiendo someterse dicha decisión a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre adopción internacional, así como del Consejo Consultivo de Adopción Internacional»[56]. Se ha calificado esta disposición como norma narrativa, «con las que el Estado animaba a las CC. AA. a dar pasos en la misma dirección a fin de garantizar una mínima coordinación entre ellas»[57].

Esta regla se tradujo en una práctica absurda; el orden del día de las reuniones mensuales de directores generales de Infancia de las CC. AA. con el Gobierno de la nación, al menos durante los 5 años en los que estuve al frente de la Dirección general, dedicaba la mitad del tiempo a debatir la apertura o cierre de determinados países o el reparto de los cupos por CC. AA., votando a mano alzada. Evidentemente la comprobación de que el país estaba en guerra o había ocurrido en él un desastre natural, la inexistencia de una autoridad que controlase la adopción o la falta de garantías y respeto a los principios éticos, eran materias objeto de informes del Ministerio de Asuntos Exteriores, de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, o de los Ministerios de otros países, informes que facilitaba la Administración General del Estado. A pesar de ello, debía votarse.

El ejemplo de Mali, país que España tenía abierto a la adopción y con expedientes en curso, es paradigmático. En este país de produjeron dos circunstancias. La primera fue la guerra que comenzó en enero de 2012. Los grupos insurgentes de carácter islamista tomaron la zona norte que consiguieron controlar en abril, partiendo el país por la mitad, y en marzo de ese mismo año, el presidente fue derrocado un mes antes de las elecciones presidenciales por un golpe de estado. Toda esta situación afectó, como siempre y de forma especial, a los niños[58]. Pero, además, y, en segundo lugar, se había aprobado un Código de Familia el 30 de diciembre de 2011 cuyo artículo 540 exige la nacionalidad maliense de los adoptantes[59]. En esta situación, la propuesta que el Ministerio elevó a las CC. AA., fue la de terminar el proceso de adopción de las familias con niño ya asignado, acogiéndose a una interpretación del Código que permitió, de manera contraria a la Ley, que se llevaran a cabo asignaciones de menores y constitución de adopciones con posterioridad al 30 de diciembre, y viajando de forma segura: una vez que se recibiera el expediente en la Sección Consular de la Embajada y se comprobase que está completo y es correcto, se asignaba una cita a la mayor conveniencia de las familias para que pudieran viajar a Mali a recoger al menor, asegurando que su estancia fuera lo más corta posible y que en la cita concedida, en espacio de unas horas, se llevaran a cabo todos los trámites para que pudieran viajar con el menor a España.

Sin embargo, se propuso suspender el envío de nuevos expedientes hasta que la situación bélica se aclarase y el Código de familia se modificase. En esta situación, la Directora General de la Generalitat Cataluña, votó en contra de la propuesta, alegando que según «sus represen-

56. Ya había advertido acerca de los problemas competenciales de la ley Álvarez González, S. «La Ley de adopción internacional. reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos». *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 39-69.

57. «Todo ello responde a que "uno de los aspectos que más tensiones generó durante la elaboración de la LAI fue el respeto al reparto de competencias plasmado en la Constitución entre la Administración general del Estado y las CC. AA."». Duran Ayago, A. «Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. especial referencia a la adopción internacional». *Anuario español de Derecho internacional privado* t. XVI, 2016, pp. 415-462.

58. https://elpais.com/elpais/2016/03/05/planeta_futuro/1457196812_848648.html

59. Article 540: Sous réserve du respect des prescriptions portées à l'article 522 ci-dessus, l'adoption-filiation peut être demandée : - soit par un couple de nationalité malienne n'ayant ni enfant, ni descendant légitime, à condition que l'un d'eux ait au moins 30 ans ; - soit par une personne de nationalité malienne célibataire, divorcée ou veuve qui n'a ni enfant ni descendant et qui est âgé d'au moins 30 ans. (https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/2011/fr/122634).

tantes», en Mali no había guerra, y declaró ante los medios de comunicación que le esperaban en la puerta de la sala del Ministerio que «el Gobierno de España quiere impedir a las familias catalanas adoptar en Mali y yo he venido a Madrid a votar en contra»[60].

Aparte del sinsentido que suponía exigir una votación en estos casos, esta situación generaba que, en aquellos años del *boom* de la adopción internacional, apenas quedara tiempo en el orden del día para tratar los problemas relativos a los niños de nuestro sistema de protección. Gran parte del trabajo era en favor de las familias adoptantes, y no tanto de los niños cuya protección en España dependía de nosotros.

Todo ello explica la modificación del art. 4 de la LAI, que pasó a titularse «política exterior»[61]. La Exposición de motivos de la Ley 26/2015 justificaba este cambio de la siguiente manera: «Se deslindan las competencias de las diversas administraciones públicas. Así, se determinan como competencias de la Administración general del Estado, por afectar a la política exterior, la decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones con determinados países».

Las principales reformas de este precepto fueron la sustitución del párrafo anteriormente citado[62] y la adición de dos párrafos con el siguiente tenor:

> «1. La Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, determinará la iniciación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores, así como la suspensión o paralización de la misma.
>
> 5. La Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, establecerá el número de expedientes de adopción internacional que remitirá anualmente a cada país de origen de los menores, teniendo en cuenta la media de adopciones constituidas en los últimos dos años y el número de expedientes que se encuentran pendientes de asignación de un menor.
>
> A tal efecto, no podrá tramitarse con cada país un número de expedientes superior a tres veces la media de adopciones constituidas en dicho periodo, salvo que los cambios de legislación, prácticas y políticas sobre adopción internacional de los países de origen lo justifiquen.
>
> En el supuesto de inicio de la tramitación con un nuevo país, se fijará este número en función de la información disponible sobre expectativas de adopción con ese país.
>
> La distribución de este número máximo entre Comunidades Autónomas y Organismos acreditados se fijará por acuerdo con las Entidades Públicas.
>
> No se establecerá cupo alguno para la tramitación de adopciones de menores con necesidades especiales, salvo que existan circunstancias que lo justifiquen.
>
> Lo dispuesto en el presente apartado se realizará con los criterios y con el procedimiento que reglamentariamente se determine.
>
> 6. La Administración General del Estado, antes de determinar la iniciación, suspensión o paralización de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores, recabará información de los organismos acreditados, si los hubiera. También podrá recabar información de aquellos terceros países que hayan iniciado, suspendido o paralizado la tramitación de adopciones con el citado país de origen, así como con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado».

En aplicación de estas y otras modificaciones introducidas en la LAI, se publicó el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Adopción interna-

60. https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20120718/54326455773/la-paralizacion-de-las-adopciones-en-mali-se-prolonga-hasta-septiembre.html

61. Adroher Biosca., S. «La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 769, 2018, pp. 2429 a 2463.

62. 3. La Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, determinará en cada momento qué países están incursos en alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior a efectos de decidir si procede iniciar o suspender la tramitación de adopciones en ellos.

cional[63], pero el Gobierno de Cataluña planteó un conflicto de competencia contra determinados preceptos ante el Tribunal Constitucional, el cual dictó sentencia estimando parcialmente el conflicto de competencias y sin embargo, consideró plenamente constitucional el artículo 4: «Establecer la lista de países que, en cada momento, quedan excluidos de la adopción internacional es una decisión que repercute de forma directa en la política exterior del Estado, en sus relaciones con esos países de origen, por ello, encuentra acomodo en el ámbito del art. 149.1.3 CE. Por otra parte, es fácil advertir que, al tratarse de una exclusión que afecta al entero territorio del país de origen, no admite fragmentación, pues restaría coherencia a una decisión de política exterior. Carecería además de sentido que las circunstancias recogidas en el art. 4.2 LAI fueran impeditivas de la adopción internacional en un determinado país tercero para algunas comunidades autónomas y no para otras»[64].

La inconstitucionalidad, sin embargo, de alguno otros los aspectos, implicó la derogación del citado Decreto y a la consiguiente aprobación del Real Decreto 573/2023, de 4 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de Adopción internacional[65]. Este Reglamento ha regulado con precisión los aspectos competenciales en materia de política exterior en sus artículos 4,[66], 5[67], 6[68], 7[69],8[70], 9[71], 10[72], señalando la competencia de la Administración General del Estado en colaboración con las CC. AA.[73].

63. Reglamento que venía reclamándose desde la aprobación de la LAI en 2007: «Si bien esta Ley experimentó un cambio profundo a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la necesidad de desarrollo de la Ley se reclamaba desde su versión primigenia. Una vez más, el legislador se ha tomado su trabajo con displicencia». Duran Ayago, A. «Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de adopción internacional», *Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 7, diciembre 2019, pp. 270-272.

64. STC 36/2021, de 18 de febrero, BOE 22 de marzo de 2021.

65. BOE de 5 de julio de 2023.

66. Titulado «Acuerdos bilaterales de carácter administrativo en materia de adopción internacional».

67. Titulado «Procedimiento para el inicio de la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país».

68. Titulado «Procedimiento de suspensión de la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país».

69. Titulado «Reglas comunes a los procedimientos de inicio y de suspensión de la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país».

70. Titulado «Criterios para el establecimiento del número máximo de expedientes que se tramitarán anualmente en cada país de origen».

71. Titulado «Procedimiento para el establecimiento del número máximo de expedientes que se tramitarán anualmente en cada país de origen».

72. Titulado «Distribución del número máximo de expedientes a tramitar entre las entidades públicas y los organismos acreditados».

73. Dos trabajos que analizan todo el problema constitucional derivado del Reglamento del 19 y del 23 son: Ortiz Vidal, M.D. «Adopción internacional y conflicto positivo de competencia: Consecuencias prácticas de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional». *Bitácora Millennium DIPr*, Num 17.º (enero-junio 2023); Díaz-Senes, j.p «Situación actual de la adopción internacional en España. Impacto de la crisis sociosanitaria de COVID-19». Oñati Socio-Legal Series, junio2024 HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1947)

Estas reformas en las que se aclara el marco competencial han sido celebradas por el Comité de Derechos del niño de la ONU[74], acogidas positivamente por la doctrina[75], y han sido llevadas al BOE por ministros de muy diversos colores políticos (la ley PP-2015, y el reglamento PSOE-2019 y Podemos-2023), aunque no sea pacífica políticamente para los partidos independentistas que la tacharon de «centralizadora»[76].

Sin embargo, mirando las propuestas de reformas de países de nuestro entorno, la necesidad de reducir actores en materia de adopción internacional y centralizar las competencias, es una tendencia general. Así se recoge, por ejemplo, en el informe técnico solicitado por el Gobierno suizo, que propone que los cantones transfieran a la confederación competencias que en España ni se han planteado, tales como la aceptación de la asignación del niño. En él se llega a afirmar: «Le groupe d'experts juge indispensable de procéder au minimum au regroupement de certaines tâches. Par ailleurs, la mise en place d'une institution «chef de file», aux attributions claires, contribuerait à faire émerger et à entretenir un savoir-faire et à établir la confiance. L'ampleur du regroupement reste à définir: suffira-t-il de transférer certaines tâches ou faut-il procéder à une centralisation complète?»[77] .

5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, he querido destacar aspectos muy relevantes de la adopción internacional y poco estudiados por la doctrina civilista e internacional-privatista: los referidos a la política exterior, aspectos que condicionan a todos los demás. Si España cierra las adopciones en un país, como sucedió en Haití por el terremoto o en Mali por la guerra o, a la inversa, un país en el que estamos adoptando, limita o cierra la salida de sus niños hacia España a través de la adopción (como ha sucedido con China), no cabe ya preguntarse por la fase administrativa, judicial y registral, ni por la competencia judicial internacional, el derecho aplicable, la cooperación internacional de autoridades o el sistema de reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero.

---

74. Comité de los Derechos del Niño *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España. 5 de marzo de 2018* CRC/C/ESP/CO/5-6: «El Comité acoge con satisfacción que se hayan aprobado enmiendas de la ley sobre la adopción internacional con el objetivo de asegurar los mismos procesos, garantías y salvaguardias en todo el Estado parte, y la creación de un registro nacional único de adopciones prevista para comienzos de 2018. El Comité recomienda que el Estado parte: a) Agilice la revisión de las normas sobre la adopción internacional, velando por que se ajusten a la Convención; b) Asigne recursos suficientes al órgano estatal de administración general encargado de los asuntos relativos a la adopción internacional; c) Aumente la coordinación y la colaboración entre las entidades responsables de las adopciones».

75. Calvo Caravaca, A. Carrascosa González, J. «Adopción internacional» en *Tratado de Derecho internacional privado* (Dirs. Calvo Caravaca, A. Carrascosa González, J.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1975-1981; Ortiz Vidal, M.D. *La Adopción Internacional Tras la Ley 26/2015*. Valencia, Tirant lo Blanch 2020; Guzmán Peces, M. «Exégesis de las reformas introducidas por la ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional» *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá* IX (2016), pp. 155-182; López Azcona, A. «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia». *Boletín del Ministerio de Justicia,* Año LXX Núm. 2185, enero de 2016, pp.74-5; Pérez Giménez, M.T. «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año nº 95, nº 772, 2019, p.765; García Presas, I. «La adopción tras la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», Revista de Derecho Privado 2017, p. 22.

76. https://elpais.com/sociedad/2019/02/13/actualidad/1550087797_478296.html

77. https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/externe/2023-03-28.html

Y es que la adopción internacional, de todas las instituciones del Derecho de persona, familia y sucesiones internacional, es la única que está fuertemente condicionada por decisiones de política exterior de los Estados de origen y de destino.

En relación con estas políticas, cabría hacer tres reflexiones finales:

- En primer lugar, debe analizarse si las razones del cierre o de la limitación del número de las adopciones, responden, efectivamente al interés superior de los niños o a otras razones ajenas. El debate es complejo. Se plantea cada vez que una guerra o una catástrofe natural asolan un país, ya que efectivamente muchos niños pueden tener su tabla de salvación si son adoptados y trasladados fuera del país, pero a la vez, en esos momentos los controles se relajan y pueden darse importantes irregularidades. Se ha planteado y estudiado también en relación con cierre de Rusia de la adopción de menores rusos por parejas estadounidenses. La sentencia del TEDH es sumamente clara en este sentido, ya que, a veces las causas de los cierres responden a razones ajenas al interés superior de los niños.
- En segundo lugar, cabe preguntarse si la regulación convencional es la mejor fórmula para articular esta política exterior de una manera segura, transparente y consistente con el interés superior del niño. Es evidente que los Convenios no se firman para «agilizar» o «facilitar» las adopciones internacionales, sino para que estas respondan a los fines previstos en la Convención de Derechos del niño (art. 21) y ello supone en muchas ocasiones que haya menos adopciones, pero las que haya sean más seguras, de niños verdaderamente adoptables, para los que no se ha encontrado una familia en su país, adoptados por familias extranjeras realmente idóneas. En el pasado en España ha habido un número importante de adopciones en países «más rápidos» que no habían ratificado el CH. Hoy ya no es así: los 5 países en los que más niños adoptamos en 2023 (Vietnam, India, Hungría, Colombia y Madagascar) son parte del CH. Por otra parte, hemos visto en relación con el Convenio hispano ruso, que su existencia no es garantía para que se mantengan el número de adopciones en ese país. He explicado cómo el Convenio Rusia-EE. UU., prácticamente duró un año, y en relación con España, las adopciones en Rusia han ido disminuyendo año a año, ya mucho antes de la firma del Convenio. Pero también es verdad que muchas familias con expedientes abiertos en 2013 pudieron finalmente adoptar gracias a la firma del Convenio.
- En tercer y último lugar, he querido exponer una evidencia, que a lo largo de muchos años no fue tan evidente: que estas cuestiones de política exterior son y deben ser competencia exclusiva de la Administración General del Estado, tal y han sido definidas en el art. 4 de la LAI con la reforma de 2015. Costó mucho tiempo, y hubo que ser firme ante fuertes presiones, tanto en la fase prelegislativa como en la fase parlamentaria. Ahí quedan como testimonio las actas del Congreso de los Diputados y del Senado y las enmiendas que se presentaron para intentar dar marcha atrás a una reforma que era imprescindible y urgente.

6. Bibliografía

Adroher, Biosca, S. «La adopción internacional: una aproximación general» en *Menor y familia: conflictos e implicaciones* (Rodríguez Torrente, J. Dir.). Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998, pp. 228-304.

Adroher Biosca, S. «Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español». *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Vol. 701, 2007, pp.949-1004

Adroher Biosca, S. «Un estudio de caso sobre adoptabilidad: la kafala islámica». En, Gómez Bengoechea, B., Berástegui Pedro-Viejo, A., Adroher Biosca, S**.** *Se busca familia para un niño: Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad.* Dykynson, Comillas. Madrid 2015.

Adroher Biosca, S. «La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 769, 2018, pp. 2429 a 2463.

Álvarez González, S. Adopción internacional y orientación sexual». *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián [Vol. XIV. Diversidad sexual: mecanismos de protección internacional o respuestas de protección desde el Derecho Internacional].* 1.ª ed., septiembre 2015.

Álvarez González, S. «La Ley de adopción internacional. reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos». *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 39-69.

AA. VV. «Adopción internacional en transición: tendencias estadísticas en 2023 en un contexto de investigaciones y reformas». *Boletín n.º 278 de mayo- junio de 2025, del Centro Internacional de Referencia para los derechos del niño privado de familia* (SSI/CIR). (https://img-view.mailpro.com/2016/3/1/119419/Bulletins/2025278BoletinESP.pdf).

Barnes, B. «A Critique of the U.S.-Russian Adoption Process and Three Recommendations for the U.S.-Russian Bilateral Adoption Agreement». *Emory International law Review.* 397 (2013).

Calvo Caravaca, A., Carrascosa González, J. «Adopción internacional» en *Tratado de Derecho internacional privado* (Dirs: Calvo Caravaca, A. Carrascosa González, J**.)** Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1975- 1981;

Carbonneau, T.E. «Operation babylift: the dilema surrounding child custody controversies». Lillich R**.** (Ed). *The family in international law: some emerging problems- Third sokol colloquium*. 1981 pp. 87 y ss.

Champenois, C. «Does the Russian Adoption Ban Violate International Law?» *Brigham Young University International Law & Management Review,* vol 11, 2015.

Dambach, M. y Bagglietto, C. (2010), *Haití. «Expediting» intercountry adoptions in the aftermath of a natural disaster, preventing future harm.* http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/Haiti ISS final- foreword.pdf.

Díaz-Senes, J.P «Situación actual de la adopción internacional en España. Impacto de la crisis sociosanitaria de COVID-19». *Oñati Socio-Legal Series,* junio 2024 HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1947).

Duran Ayago, A. «Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. especial referencia a la adopción internacional». *Anuario español de Derecho internacional privado* t. XVI, 2016, pp. 415-462.

Duran Ayago, A. «Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de adopción internacional», *Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 7, diciembre 2019, pp. 270-272.

García Presas, I. «La adopción tras la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho Privado* 2017, p. 22.

Guzmán Peces, M. «Exégesis de las reformas introducidas por la ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional» *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá* IX (2016), pp. 155-182.

Hoksbergen, R.A.C. *Adoption in a worldwide perspective. A review of programs, policies and legislation in 14 contries.* Sweets North America INC Berwyn, 1986, pp. 79 y ss.

Leblang, D. Liao, S. Pandya, S. Efrat, A. «Babies across Borders: The Political Economy of International Child Adoption». *International Studies Quarterly* (2015) pp. 1-14.

López Azcona, A. «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia». *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX Núm. 2185 enero de 2016, pp.74-5.

Ortiz Vidal, M.D. «Adopción internacional y conflicto positivo de competencia: Consecuencias prácticas de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional». *Bitácora Millennium DIPr*, Núm. 17.º (enero-junio 2023);

Ortiz Vidal, M.D. *La Adopción Internacional Tras la Ley 26/2015*. Valencia, Tirant lo blanch 2020.

Palacios, J., Adroher, S., Brodzinsky, D. M., Grotevant, H. D., Johnson, D. E., Juffer, F., Martínez-Mora, L., Muhamedrahimov, R. J., Selwyn, J., Simmonds, J., & Tarren-Sweeney, M., «Adoption in the service of child protection: An international interdisciplinary perspective», *Psychology, Public Policy, and Law*, 2019, 25(2), 57-72. https://doi.org/10.1037/law0000192, p. 59).

Pérez Giménez, M.T. «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año n.º 95, N.º 772, 2019, p.765;

Van Loon, H.A. «International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption». *R des* C 1993 VII pp. 229 y ss.

Watkins, D. «Romania, overseas adoption and the White paper». *Adoption & fostering* Vol 18 n.º 3, 1994 pp. 21-24.

Zugravescu, A. Iacovescu, A. «La adopción internacional en Rumanía». Infancia y sociedad 12 (1991) pp. 112 y ss; **Herz, C.** «L'adoption internationale, un exemple de fonctionnement: La Roumanie». *Actes du séminaire Nathalie- Masse* 25-27 mai 1992 Centre international de l'enfance de París, pp. 79 y ss.

Zwiefka, T. «Cross-Border recognition of adoptions». *European Added Value Assessment*, 2016.

CAPÍTULO 11

NOVEDADES EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA: ENTRE LA REALIDAD Y EL DESEO

Luis F. Carrillo Pozo[1]
Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO ESPAÑOL: SENTENCIAS, INSTRUCCIONES Y ALGUNA NORMA. 1.1. La reconstrucción jurisprudencial del Derecho español. 1.2. La consolidación. 1.3. La rebeldía administrativa. 2. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE FILIACIÓN: ¿CAMBIA ALGO EN EL PANORAMA ESPAÑOL? 2.1. La propuesta. 2.1.1. Objetivos y principios. 2.1.2. Los instrumentos: la norma de conflicto del art. 17. 2.1.3. (Sigue): reconocimiento. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN. 4. BIBLIOGRAFÍA.

Hace ahora cuarenta años se escribió que la filiación puede fungir como una especie de laboratorio del Derecho privado[2]. Hoy en día tal afirmación tiene, si cabe, más vigencia. Este sector del ordenamiento constituye en efecto un punto de encuentro de valores sustantivos y técnicas propias de la disciplina internacional privatista que reclaman delicados equilibrios: el diseño y la puesta en funcionamiento de la normativa sobre filiación se convierte así en una atalaya privilegiada desde la que contemplar todo el sistema, su coherencia y adecuación a los fines perseguidos. Asistimos en ese plano a normas de conflicto cada vez menos asépticas, al (in)eludible reconocimiento de situaciones generadas en el extranjero en aras de garantizar la continuidad de los derechos, la necesidad de dotar de contenido preciso a las excepciones de fraude y orden público (por citar tres ejemplos claves), siendo todo ello expresión del compromiso con la promoción de los derechos fundamentales, derechos cuyo imperio tiene por fuerza un alcance condicionado.

1. Cualquier observación será agradecida en luiscarr@ual.es. Todas las páginas web han sido visitadas por última vez el día 23 de julio de 2025.

2. *«Ainsi le droit international privé de la filiation apparaît-il comme un vaste champ d'expériences méthodologiques, comme un laboratoire d'idées nouvelles, mais, ce qui est le plus remarquable, c'est la pénétration progressive des théories doctrinales en droit positif»:* Foyer, J., «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 193, 1985, p. 24.

El problema viene, por tanto, cuando hay que cohonestar el núcleo inspirador (o sea, tal compromiso) con los límites, allí donde la plasmación legal de esos derechos es tan genérica que se albergan dudas en el caso concreto y puede ser más complicado construir una respuesta unívoca del foro[3].

Pues bien, desde hace algunos años uno de los temas estrella del Derecho internacional privado viene siendo el del establecimiento (y constancia registral) de la filiación cuando es el resultado de un acuerdo de maternidad subrogada. Si conseguimos eliminar del razonamiento los elementos emocionales propios de las revistas del corazón y nos quedamos sólo con lo jurídico, comprenderemos que la atención a ese fenómeno no es el resultado de una moda efímera, sino que es un auténtico crisol de métodos, perspectivas y valores a la búsqueda de una ponderación. Más aun, se está hablando del ser humano y de la forma en la que el Derecho concibe a la persona[4], de niños usados como rehén, de la dignidad de la mujer...[5] Parece oportuno por ello dedicarle unas líneas en una obra como esta, atenta al dato comparatista, al hilo de la constante sucesión de normas, propuestas y pronunciamientos. Intentaré exponer en las siguientes páginas el estado actual del ordenamiento español y lo que los más devotos creyentes de la «religión bruselense» apuntan como punto de llegada de su evolución. Para ello me detendré en dos grandes factores de construcción, a saber, las elaboraciones del Tribunal Supremo y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y la propuesta de reglamento sobre filiación gestada en el seno de la UE.

1. La respuesta desde el derecho español: sentencias, instrucciones y alguna norma

«¡Qué escándalo! ¡Qué escándalo! He descubierto que aquí se juega». La misma sorpresa que experimentó el inolvidable Louis Renault de Casablanca es la que ha debido sentir la DGSJFP al descubrir (¡en 2024!) lo que lleva años diciendo el TS sobre este tema.

---

3. Basta leer el Protocolo adicional al Convenio sobre los derechos del niño y la ley modelo propuesta por UNODC, para comprobar que bajo una misma norma se puede legislar en un sentido y en el contrario: ¿es esto tráfico de seres humanos? ¿Constituye explotación de la mujer o libre desarrollo personal? *Vid*. Esposito, F., «Liceità del contratto di gestazione per altri: tra divieti, regolamentazioni e sfide interpretative», *Ordine internazionale e diritti umani*, 2025, pp. 616 ss.

4. Se trata de colocar en el centro la reflexión antropológica, y que el Derecho no traicione su propia función de estar al servicio del individuo. Las presiones de la industria mundial de los vientres de alquiler son muy fuertes, más que nada porque es un negocio que facturó más de 14.000 millones de dólares en 2022, según datos de la proveedora de servicios de consultoría e investigación *Global Market Insights*. Los datos son no obstante opacos, y cabe pensar que las cifras reales sean mayores. La misma consultora prevé que en 2032 la cifra aumente hasta los 129.000 millones de dólares. Los grupos de presión (el *lobby* rosa señaladamente) están invirtiendo mucho dinero para lograr la admisión incondicionada de esa práctica o, al menos, el reconocimiento, en los Estados que la prohíban, de los nacimientos verificados en el extranjero.

5. Porque tan cierto es que nadie elige cómo quiere venir al mundo —y necesariamente merece protección con independencia de los comportamientos de los padres— como que el Derecho no puede tolerar prácticas que considera inmorales: Castellanos Ruiz, E., «Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el Derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón», *Derecho Privado y Constitución*, 2024, p. 169. La actualidad del tema queda bien reflejada en Calvo Caravaca, A./Carrascosa González, J., «El caso de Ana Obregón y el Derecho Internacional Privado», https://www.hayderecho.com/2023/04/17/el-caso-de-ana-obregon-y-el-derecho-internacional-privado/
Por lo demás, la bibliografía sobre este tema es inabarcable. El lector —si lo hubiere— me disculpará por haber citado la que me ha resultado accesible y que me parece que aporta algo al razonamiento jurídico, sin ignorar que hay cientos de trabajos de extraordinaria valía. Para una presentación general, *vid*. Andreeva, V., «Filiació per naturalesa i adopció», en VV. AA., *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, 2023, pp. 274 ss.

La Instrucción de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución oculta la realidad. Tergiversa. Manipula. Asevera que toma nota de la STS 1626/2024, de 4 diciembre[6] para declarar que no puede reconocerse una relación de filiación declarada en el extranjero, con independencia de que conste en documento público o en resolución, como si fuera una novedad, como si hasta 2024 no se hubieran pronunciado los tribunales. Un brevísimo repaso de la historia de los vientres de alquiler en España así lo demuestra.

1.1. La reconstrucción jurisprudencial del Derecho español

En el principio fue —y es— el art. 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuando declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales[7]. Como todos los casos planteados en España son por definición de Derecho internacional privado, esta norma se convierte en el núcleo de la respuesta de los tribunales a las solicitudes de inscripción de nacimientos en el extranjero, expresión de un principio esencial del Derecho español y por lo tanto integrante de los principios y valores que conforman el orden público patrio.

Así las cosas, cuando el matrimonio formado por dos varones concluye un contrato en California, en virtud del cual una señora se comprometía a gestar a los hijos concebidos con material genético de uno de ellos, y pretende inscribir a los niños en el registro consular aportando la certificación de nacimiento extranjera, se topan con la negativa del encargado, basada en la prohibición en el ordenamiento español de ese tipo de negocios. Lo que ocurre después es conocido, y de ahí deriva el inexplicable divorcio entre la entonces denominada Dirección General de los Registros y del Notariado y los tribunales de justicia. La resolución del Centro directivo de 18 de febrero de 2009 ordena la práctica de la inscripción[8], tomando la bandera del interés del menor entre otros argumentos. Tras su impugnación por el ministerio fiscal, la resolución fue anulada (sentencia del juzgado de primera instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010) y confirmada su nulidad en las sucesivas instancias (sentencias de 23 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia[9] y de 6 de febrero de 2014 del Pleno del TS[10]): los contratos de gestación por sustitución van en contra el orden público español, y todo lo que de ellos se derive no puede producir efectos en el orden civil. Desde ese momento la posición del Derecho español estaba clara, gustara o no. Posteriormente se han ido sucediendo pronunciamientos, es cierto, pero ninguno ha alterado la opción básica, como se verá en seguida. El contenido del orden público lo define cada Estado de forma libre, con los únicos condicionamientos derivados de la jurisprudencia de los tribunales internacionales especializados en derechos fundamentales. Pues bien, es claro que los órganos judiciales españoles no se han extralimitado, encajando sin dificultades su posición en los márgenes delimitados por el TEDH.

---

6. ECLI:ES:TS:2024:5879.

7. En otro sentido parece ir la SAP Barcelona de 15 de enero de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:74), con nota de Gálvez Criado, A, «¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable», *Diario La Ley*, n.º 9444, 26 de junio de 2019.

8. Un análisis en Quiñones Escámez, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret*, 3/2009, pp. 17 ss.

9. ECLI:ES:APV:2011:5738.

10. ECLI:ES:TS:2014:247.

Lo que el Derecho español permite y cuál es su juicio en este tema quedó sólidamente establecido en 2014: que no existe un problema de determinación de la filiación sino de mero reconocimiento; que el acceso al Registro civil español exige pasar controles de forma y de fondo, siendo así que con la maternidad subrogada se violan normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares; que la consecuencia de la nulidad del contrato es que la filiación materna quedará determinada por el parto, con posibilidad de ejercicio por el padre biológico de las acciones de reclamación de paternidad que correspondan; que no se puede invocar el interés del menor, porque es un criterio hermenéutico idóneo para colmar lagunas, pero que no puede servir para contrariar la ley; que hay que ponderar otros bienes y derechos, a saber, la dignidad e integridad de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad, impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación; que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios legales supone un perjuicio al menor, porque es esencial la impugnación de lo que no es real; que se trata de una injerencia en el ámbito de la vida familiar prevista en la ley y necesaria para proteger el interés del menor y otros bienes de transcendencia constitucional, que no supone dejar desprotegido al menor, desde el momento en que existen otras vías en el ordenamiento para que la relación que de facto se haya creado se formalice jurídicamente (reclamación de la paternidad por el padre biológico, acogimiento familiar, adopción), extremo éste del que se debe encargar el ministerio público en tanto que garante del interés general. Por supuesto que algunos argumentos son algo débiles, pero la decisión no deja espacio a la interpretación.

A este pronunciamiento sigue el transcendental auto del TS de 2 de febrero de 2015[11], que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a aquella última sentencia del TS, y que tiene el doble mérito de descartar alegaciones que pudieran enturbiar el razonamiento y de recoger las aportaciones de la doctrina sentada por el TEDH. La posición española queda muy claramente definida por segunda vez, y no puede sufrir reproche alguno desde la perspectiva de esa doctrina, salvo que se pierda de vista su alcance, los hechos y el entramado jurídico en el que se insertan, y se haga decir a la Corte de Estrasburgo lo que no dice. Y —lo repetirá más adelante— lo que ésta declaró en 2014 es que no existe una obligación general de reconocimiento de las relaciones paterno filiales gestadas utilizando la técnica de los vientres de alquiler.

Además de cuestiones estrictamente procesales que no interesan en este trabajo (cuestiones de prueba y congruencia), en el caso del auto del TS de 2015 se alegaba violación del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores —en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento— como de los padres —no discriminación por razón de su orientación sexual—, así como la vulneración del derecho a la intimidad familiar —derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida—. Con frecuencia se realiza una lectura estrecha de las declaraciones de derechos, como si sólo cupiera una fórmula dentro de ellas; en este sentido, el TS recuerda que el legislador ordinario tiene margen de actuación dentro de las distintas posibilidades que le ofrecen los textos de rango constitucional, y por ello puede reconocer la existencia de una relación paternofilial en situaciones distintas de las de paternidad o maternidad biológicas, pero no está obligado a hacerlo en relación a ciertas relaciones jurídicas que en otros ordenamientos son reconocidas como de filiación, como es el caso de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución respecto del niño así nacido. Por lo que se refiere a la segunda alegación (vulneración por la orientación sexual), se descarta fácilmente atendiendo a que la razón del no reconocimiento de la filiación se basa no en la orientación de los padres sino en la forma en la que el niño ha sido gestado. En cuanto a la violación de la intimidad familiar, se destaca que «el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico», y pondera cómo la sentencia recurrida «acordó la adopción de las medidas pertinentes para otorgar la protección jurídica que haga posible la integración de los menores en su familia, para el caso de que efectivamente alguno de los recurrentes fuera progenitor biológico de los niños y, en todo caso, si existieran en este momento tales relaciones familiares "de facto" entre los recurrentes y los menores». La segunda parte del auto es la más interesante, porque analiza la compatibilidad de su doctrina

11. ECLI:ES:TS:2015:335A.

con la jurisprudencia del TEDH, cuyo absoluto imperio en esta materia es reconocido. La idea marco es la proporcionalidad. Es sabido que éste se hubo de enfrentar a la negativa radical del ordenamiento francés a reconocer algún tipo de efecto o a canalizar la situación de hecho generada, en base a la máxima de que el fraude lo corrompe todo, y nada legal puede nacer de un origen ilegal. Las sentencias recaídas en los asuntos *Mennesson* y *Labasse* (26 de junio de 2014), que consagran la doctrina fundamental, condenan a Francia por no permitir el establecimiento de la relación filial ni siquiera con el padre biológico de los niños, de modo que se producía una violación del art. 8 de la Convención de Roma en la vertiente de tutela de la vida privada[12],[13]. El reproche se limita a la negativa a ofrecer una salida a la anómala situación generada. Por contra, en España no hay impedimento alguno para establecer la relación paterno filial completa, sea constituyendo una adopción sea mediante el acogimiento en caso de desamparo; los niños adquieren la nacionalidad española y derechos hereditarios; se ha encomendado al Ministerio Fiscal que haga lo que resulte necesario para garantizar el interés de los menores... Son aquellas consecuencias extremadamente rigurosas las que repudia el Tribunal europeo; en España, sostiene el TS, el rechazo de la inscripción en el RC de la relación declarada en el extranjero no comporta más que un pequeño inconveniente de duración temporal delimitada[14].

1.2. La consolidación

Sobre este panorama inciden —sin introducir modificaciones— sucesivos pronunciamientos de diverso origen, a los que haré una escueta referencia.

Supuesto que la posición consolidada del TEDH era que, de un modo u otro, hay que posibilitar el reconocimiento de un derecho legalmente adquirido en el extranjero, el dictamen de 10 de abril de 2019 sirve para reiterar, clarificar y, de paso, avalar la solución española: a raíz de la sentencia *Mennesson*, la Corte de Casación francesa plantea la legitimidad de una solución que pase por la inscripción de la paternidad del niño nacido mediante subrogación cuando es el padre biológico, dejando abierta la posibilidad de la adopción por la madre comitente. Inte-

12. Para un breve resumen de los pronunciamientos del TEDH (estos y algunos posteriores, así como referencias a su recepción en la práctica francesa, alemana y suiza) resulta útil la consulta de González Beilfuss, C., «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución», en Albornoz. M. (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, UNAM, México, 2020, pp. 220 ss.; igualmente, con perfiles críticos, Hernández Llinás, L., «Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas», *Revista de Derecho Político*, 2020, pp. 195 ss. en particular.

13. Seguirán sentencias como la de 6 de diciembre de 2022 (K.K. y otros c. Dinamarca) o la de 31 de agosto de 2023 (C. c. Italia) donde se insiste en la libertad de los Estados para rechazar esta práctica, considerando violación del art. 8 de la Convención exclusivamente el no reconocimiento de la filiación cuando existe un vínculo biológico entre el niño y —como en este último caso— el padre. Sobre los pronunciamientos más recientes, Grassi, M., «Filiazione omogenitoriale e limiti all'iscrizione e trascrizione dei rapporti derivanti da tecniche di PMA vietate in Italia: niente di nuovo sul fronte di Strasburgo», http://www.sidiblog.org/, entrada de 12 de julio de 2023.

14. Se me disculpará la longitud de la cita, pero es un fundamento jurídico clave: «El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias *Labassee* y *Mennesson*, no afirma que la negativa a transcribir al RC francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor».

resa evidenciar que el TEDH en ningún momento declara que los Estados hayan visto mermado su margen de apreciación por un coro de sistemas jurídicos pretendidamente favorables[15], ni que el interés del menor exija que los legisladores nacionales actúen en un concreto sentido. Se descarta la idea de definir el concepto de orden público, de manera que cada sistema decidirá libremente si admite o no la maternidad subrogada[16]. Sólo se exige que el Derecho brinde algún cauce idóneo, eficaz y rápido para legalizar la situación real existente[17], sin que pueda prevalecer sobre los objetivos que subyacen en esta fórmula (seguridad jurídica y protección de la intimidad personal y familiar) la visión nacional de la excepción de orden público[18]. Mientras que el Derecho francés si tuvo que cambiar para ajustarse a exigencias iusfundamentales así definidas, nuestro ordenamiento no ha necesitado hacer nada para ser plenamente respetuoso del famoso art. 8 de la Convención de Roma. Permítaseme insistir en que nadie podía alegar que existieran sombras de duda, que la posición del TS hubiera sido cuestionada, que el panorama jurídico europeo era un magma impreciso...

Así las cosas, con pulcra continuidad, las sucesivas sentencias del TS sobre este asunto se pronuncian dejando clara la inadmisibilidad de la técnica[19]. Citaré sólo tres pronunciamientos[20]:

a) la sentencia de 31 de marzo de 2022[21] es feroz. Comienza recordando que ya se ha declarado que «la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era contraria (manifiestamente contraria, podemos precisar) al orden público español», repasa las declaraciones internacionales, evidencia que «el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato» y termina aseverando que la adopción por la comitente «satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general». Es verdad que gran parte de la sentencia es superflua, centrada en la reproducción del contrato de gestación[22], pero su vehemencia en subrayar la contrariedad de la gestación subrogada a los derechos fundamentales no deja indiferente al lector.

---

15. Lo que no era descartable, visto que en sectores vecinos como las uniones de personas del mismo sexo se ha mostrado abiertamente militante detectando mayorías en base a no se sabe qué (sentencia de 17 de enero de 2023, Fedotova c. Rusia).

16. «El interés superior del niño (...) no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, necesario para garantizar el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio, implique la obligación de que los Estados registren los detalles del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que designe a la madre comitente como madre legítima (...) otros medios también pueden servir a esos intereses...».

17. «...debería existir un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica...».

18. *Cfr*. Garayova, L., «La evolución de la maternidad subrogada transfronteriza en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho civil*, 2023, p. 267.

19. Incluso el actual TC reconoce que es un tema de legalidad ordinaria, sin entrar a definirla (sentencia 28/2024, de 27 de febrero, con un delirante voto particular de obligada lectura) y que se trata de una práctica que puede contrariar los valores esenciales del ordenamiento (ECLI:ES:TC:2024:28).

20. La STS de 17 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4370) no aparece en esta lista, porque sólo se refiere a la indicación del lugar de nacimiento del niño, sin implicaciones relevantes de fondo.

21. ECLI:ES:TS:2022:1153.

22. *Cfr*. Álvarez González, S., «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español», *La Ley*, n.º 0069, 13 de mayo de 2022.

b) la sentencia de 16 de mayo de 2023[23] no afronta el supuesto típico de denegación de inscripción, construyéndose básicamente en torno al valor de la posesión de estado, pero deja claras un par de cosas: i) que el interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite, correspondiendo al legislador establecer el sistema acciones y valorar en abstracto ese interés superior junto a los demás intereses presentes y ii) que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos no exige en todos los casos que se establezca la filiación que se reclame.

c) la sentencia de 4 de diciembre de 2024[24] realmente no aporta nada nuevo, diga lo que diga la DGSJFP. Si acaso, la rotundidad con la que se habla de orden público como causa de denegación del exequatur de una decisión americana declarativa de la filiación de los padres intencionales. Permítaseme reproducir tres afirmaciones: «lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada»; «[l]os derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (...) integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras»; «la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia».

Hay en fin un dato marginal a tener en cuenta: la ley orgánica 1/2023, de reforma de la ley del aborto de 2010, contiene una norma técnicamente defectuosa pero expresiva del rechazo de esta práctica por parte del legislador español. El art. 32, titulado «Prevención de la gestación por subrogación o sustitución» declara que la gestación por sustitución es un contrato nulo de pleno derecho (ya lo decía la ley 14/2006: es un fenómeno inusitado el de que las leyes tengan que reproducir el contenido de otras leyes) y anuncia que se promoverá la información sobre la ilegalidad de estas conductas y de la nulidad del contrato. Es diáfano que no dice nada sobre consecuencias del contrato nulo (que, evidentemente, las tiene), más contribuye a configurar el contenido del orden público español.

Si con estos mimbres hay alguien que no tiene claro lo que es admisible en el foro y lo que no lo es, es que tiene un problema de comprensión lectora.

1.3. La rebeldía administrativa

El problema viene de la ilegal instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que vino a responder a la sentencia de 15 de septiembre de 2010. El Centro directivo decide asumir la función de legislador, trazando las vías para conseguir un resultado que ya los tribunales habían declarado inadmisible[25]. Al indicar cómo se debe proceder a la inscripción de estos nacimientos, lo que está haciendo es obviar la primera pregunta: ¿Son inscribibles? La prohibición general subrayada por los tribunales de justicia queda en un cajón. No deja de ser expresivo de un lamen-

23. ECLI:ES:TS:2023:1958.

24. ECLI:ES:TS:2024:5879.

25. Sobre ésta, comentario de Orejudo Prieto de los Mozos, P. en *Revista española de Derecho internacional*, 2010, pp. 264-266; poniendo de manifiesto los casos que no encuentran respuesta en ella, Calvo Caravaca, A./Carrascosa González, J., «Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n.º 1, p. 252. Como el empecinamiento humano no conoce límites, hubo quien sostuvo que la STS no afectaba a la instrucción cuando se contara con una resolución extranjera: Heredia Cervantes, I., «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», en *El notario del siglo XXI*, n.º 54, abril de 2014.

table dogmatismo la falta de explicitación del necesario control de fondo por motivos de orden público y de la ausencia de fraude: se podrá aducir que ciertamente son límites generales que no hacía falta explicitar, pero toda la instrucción se desarrolla como si no existieran o, de existir, como si no interfirieran en este tema, de modo que se invita a prescindir de ellos[26].

No es menester dedicarle más de dos líneas a un producto que jamás debió ver la luz, pero sí conviene señalar que marca el inicio de un camino en el que la seguridad jurídica y el imperio de la ley quedan seriamente comprometidos. Más allá del barniz cosmético que supone exigir la presentación de una resolución judicial dictada por tribunal competente que determine la filiación del nacido o el control del consentimiento de la gestante —muy importantes sin duda, pero de relevancia menor frente al punto capital de la admisibilidad—, lo cierto es que el dato ineludible es que existe un contrato nulo y como tal contrario a nuestro orden público[27].

Lo que sigue es que algunas inscripciones fueron impugnadas por el ministerio fiscal —o por persona legitimada, art. 89 LRC— y otras no, así que los tribunales consiguieron controlar una mínima parte de los casos de maternidad subrogada, y otros sobrevivieron al margen de la ley[28]. Si a ello se suma la repercusión mediática de tantos niños nacidos usando esta técnica, el resultado es que se ha generado una apariencia de legalidad capaz de confundir y crear la sensación de que nuestro Derecho dice lo que realmente no dice[29].

---

26. Por ejemplo, pueden verse las resoluciones de la DGRN de 3 de mayo de 2011, 6 de mayo de 2011 (tres de la misma fecha), 9 de junio de 2011 (tres), 27 de junio de 2011, 23 de septiembre de 2011 (dos de esta fecha), 30 de noviembre de 2011 (dos), 12 de diciembre de 2011, 22 de diciembre de 2011. El análisis es el diseñado por la instrucción de 2010, cuya vigencia no ofrece dudas a la Dirección General, y por eso rechaza la inscripción de las expedidas por autoridades indias, que no vienen respaldadas por resolución judicial, y acepta las procedentes de EE. UU. (que son todas las demás). En la de 15 de abril de 2013 se reafirma la vigencia de la instrucción y se deniega la transcripción de un certificado —no respaldado por sentencia— procedente de California. Si son tan pocas —podemos suponer— se debe a que los encargados del registro han interiorizado la doctrina del Órgano directivo y no ponen problemas a la inscripción. Elocuente —y repetido— es el razonamiento de la resolución de 3 de octubre de 2022: «... la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no ha quedado afectada en su validez y eficacia por la doctrina que emana de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, habida cuenta de que en la resolución anulada de 2009 se había ordenado la inscripción de un nacimiento y filiación resultante de un contrato de gestación por sustitución con base exclusivamente en la certificación del registro civil extranjero (...) se exige como requisito previo para la inscripción en estos casos la presentación ante el encargado de una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente (...) la instrucción también deja claro que será necesario instar el exequátur de la resolución judicial extranjera, salvo que su origen sea un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso bastará con que el encargado realice un control incidental». Y cuando se rechaza la inscripción es cuando no se proporcionan elementos de juicio suficientes que permitan determinar la resolución judicial ha sido consecuencia de un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria, pero el orden público desaparece. Esta forma de razonar es la que se encuentra en el común de las resoluciones, por lo que no es preciso reiterar fechas (la última localizada en la base de datos Aranzadi lleva fecha 23 de septiembre de 2023, relativa a un caso procedente de Ucrania).

27. Adviértase incluso que la DGRN crea unos requisitos ad hoc separándose de la doctrina sentada por el TS para el reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria: *Cfr.* Álvarez González, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario español de derecho internacional privado*, tomo X, 2010, p. 360.

28. Evidentemente, no disponemos de datos al respecto, mas un examen de las bases de datos de jurisprudencia permite inferir que el volumen de impugnaciones fue irrelevante.

29. Por ejemplo, se puede encontrar soluciones que prescinden de la contrariedad al orden público y construyen en la línea de la DGRN, en base al interés del menor (todas muy bien construidas y con mil matices): auto del Juzgado de primera instancia de Pozuelo de Alarcón de 25 de junio de 2013 (AC\2013\281), sentencias de la AP Madrid de 1 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:14547), AP Barcelona de 6 de abril de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:4280), AP Palma de Mallorca de 27 de abril de 2021 (ECLI:ES:APIB:2021:660).

Para completar el cuadro de confusión, la DGRN sigue haciendo oídos sordos a los tribunales, obviando la prohibición de base, y declarando que, a pesar de la STS de 6 de febrero de 2014, la instrucción de 2010 seguía en vigor[30]; más tarde actualiza las normas sobre registro de la filiación[31], actualización que derogada cuatro días más tarde[32], para volver básicamente a las reglas de 2010. En este contexto, la referida instrucción de 28 de abril 2025 marca la vuelta de la administración al redil. Su contenido es brevísimo, en buena medida exegético de la instrucción de 2010. Decía más arriba que se falta a la verdad cuando la Dirección General afirma que «la situación ha cambiado a partir de la publicación de la sentencia de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo 1626/2024, de 4 diciembre, que ratifica la denegación del reconocimiento de efectos a una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada». Como si no estuviera todo claro hace más de una década. Lo que al final se resuelve es algo tan obvio como que hay que hacer caso al TS y no practicar inscripciones en el registro civil (incluidos los registros civiles consulares, precisión añadida) en base a una certificación registral extranjera, una declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor o sentencia firme de las autoridades judiciales del país donde hubiera tenido lugar el nacimiento, dejando a salvo los procedimientos de determinación de la filiación previstos por el Derecho español. O sea, lo que dijo el TS, justo aquello de lo que la DGRN no quiso tomar nota: se salvaguarda el interés del menor al no poner pegas a la posibilidad de poder viajar a España y —con coherencia— se mantiene férreamente la opción contraria a la técnica en cuestión.

Ahora se abre sin embargo otro frente, el europeo.

2. La propuesta de reglamento sobre filiación: ¿cambia algo en el panorama español?

El 7 de diciembre de 2022 fuimos sorprendidos con una ambiciosa propuesta de reglamento sobre filiación, una materia bien alejada de los objetivos tradicionales de la UE[33]. Cuando cambia el paradigma europeo y se pone el acento en la libre circulación de personas se abre la puerta a las intervenciones en todos los sectores del ordenamiento. Se ha repetido hasta la saciedad que la idea que inspira el futuro reglamento es que quien sea padre en un Estado miembro siga siéndolo en todos los demás[34], idea de continuidad nada revolucionaria en los métodos propios del Derecho internacional privado. Se busca ahora extender a sectores como el registral, sucesorio, alimentos, nombre... lo que ya se había alcanzado por vía jurisprudencial en el sector de la libre circulación de personas[35]. Es esto lo que explica la aspiración plasmada en el considerando

30. Resolución de consulta de 11 de julio de 2014: la desfachatez no conoce límites, y se insiste en que el régimen era el de la instrucción de 2010, haciendo decir al TEDH que «viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto francesas, admite la legalidad de tal filiación declarada mediante sentencia judicial».

31. Instrucción de 14 de febrero de 2019.

32. Instrucción de 18 de febrero de 2019. No deja de ser llamativo que sea invocada a pesar de su casi total falta de contenido: *v. gr.*, y entre otras con idéntico tenor, resolución de 23 de septiembre de 2023 de la DGSJFP.

33. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, documento COM(2022) 695 final.

34. Sin interferir en la cuestión previa de la existencia de la unión o el matrimonio de los progenitores, como se pretendía en la opinión de la Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior d 10 de octubre de 2023. El tema queda zanjado en sentido negativo en el considerando 67.

35. Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490/20, *Pancharevo* (ECLI:EU:C:2021:1008), auto

21 («el presente Reglamento debe abarcar el reconocimiento en un Estado miembro de la filiación determinada en otro Estado miembro, *con independencia de cómo se concibió* o nació el hijo... y con independencia del tipo de familia...»), que no obstante promete más de lo que está en condiciones de garantizar, porque la competencia en materia de filiación permanece en manos estatales, con diferencias marcadas en su concepción básica y dificultades en la recepción de los productos de otro sistema. Probablemente por ello sea una propuesta condenada al fracaso, y todo lo que se pueda afirmar sobre ella es esencialmente contingente: la referencia al art. 81.3 TFUE en su frontispicio evoca un consenso que no existe en materias muy sensibles[36], lo que aboca, a lo sumo, al recurso a la cooperación reforzada[37].

Por supuesto no es esta la sede adecuada para hablar *in extenso* sobre la propuesta. En las siguientes líneas me limitaré a trazar un esbozo de la incidencia del futuro reglamento (¿?) en las relaciones instauradas a raíz de la celebración de un contrato de maternidad subrogada, con una conclusión a mi juicio clara: nada cambia en nuestro ordenamiento.

---

de 24 de junio de 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich* (ECLI:EU:C:2022:502), sentencia de 4 de octubre de 2024, C-4/23, *Mirin* (ECLI:EU:C:2024:845).

36. Nada se descubre cuando se afirma que, sin una mínima homogeneidad de valores, la confianza recíproca no funciona: Baratta, R., «Art. 81», en Tizzano, A. (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Milán, 2014, p. 861. Un repaso de las diferencias nacionales y de las aportaciones parciales del TJUE en Fossati, C., «L'incidenza dell'obbligo di riconoscimento dello status filiationis nell'Unione europea sugli ordinamenti nazionali», Rivista di Diritto internazionale privato e processuale, 2025, pp. 347 ss.
Llueve desde distintos frentes, pero el paisaje es todo menos diáfano. Es muy clara la Resolución del Senado francés de 22 de marzo de 2023: «*le gouvernement français affirme au Conseil son refus de toute reconnaissance automatique des filiations issues d'une GPA réalisée dans un autre État membre*». Sin embargo, la *Cour de Cassation* en sentencia de 2 de octubre de 2024 no alude para nada al orden público en el caso de una sentencia canadiense sobre maternidad subrogada y se centra exclusivamente en lo procesal, en otra de la misma fecha reconoce una gestación californiana aplicando a sus efectos la ley de aquel Estado, mientras que en la de 14 de noviembre de 2024 sanciona pura y llanamente que «*l'ordre public international français ne saurait faire obstacle à l'exequatur d'une décision établissant la filiation d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'un processus de gestation pour autrui à l'égard d'un parent qui n'aurait pas de lien biologique avec l'enfant*» (su texto en https://www.courdecassation.fr/decision/6735ef8ad646b25ed96dbcec?search_api_fulltext=23-50-016&op=Rechercher&date_du=&date_au=&judilibre_juridiction=cc&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=&nextdecisionindex=). El 5 de febrero de 2024 en Dinamarca se llega a un acuerdo para aceptar las relaciones de filiación generadas en el extranjero con este procedimiento sin tener que pasar por la adopción (la noticia en https://eapil.org/2024/10/14/political-agreement-in-denmark-on-international-surrogacy-agreements/). Frente a ello, la resolución del Senado italiano de 4 de marzo de 2023 afirma que «*la proposta, pertanto, non rispetta i principi di sussidiarietà e di proporzionalità nella misura in cui consente di invocare il motivo dell'ordine pubblico solo caso per caso...*», seguida por la aprobación del d. d. l. 824/2024, que pretende castigar a quienes recurran a esta práctica en el extranjero, ampliando su alcance a los nacionales italianos. Sobre sus problemas de implementación, Esposito, F., «Liceità del contratto di gestazione..., *op. cit.*», pp. 609 ss.
De otro lado, la torpe insistencia en la invocación de las familias arco iris —sin transcendencia decisiva en el articulado— coloca el debate en un plano ideológico que contribuye a su rechazo: *cfr*. Álvarez González, S., «La propuesta de reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *RDC*, 2023, p. 181.

37. *V. gr.,* González Beilfuss, C., «Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 Pancharevo», *REEI*, 2022, p. 13; Péroz, H., «Filiation et parentalité: proposition de règlement européen», www.hélènepéroz.fr/post/filiation-et-parentalité-proposition-de-règlement-européen, entrada de 9 de diciembre de 2022; González Beilfuss, C., «La propuesta de reglamento europeo sobre filiación: principales retos», *AEDIPr*, 2023, pp. 152 ss.; Rodríguez Pineau, E., «La propuesta de reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho privado*, 2023, p. 154; Fulchiron, H., «La proposition de règlement européen sur la filiation: coup de maître ou coup d'épée dans l'eau?», *JDI*, 2023, pp. 1206 ss. Cautelosa, Carpaneto, L., «Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo», *Aldricus*, entrada de 9 de enero de 2023.

2.1. La propuesta

2.1.1. Objetivos y principios

Las normas del articulado de la propuesta son de alcance global. Ni una referencia a la maternidad subrogada, ni una expresión de orientación material, ni la más mínima limitación de la libertad de los legisladores nacionales. Sólo el considerando 18 la alude, para afirmar el derecho a no padecer discriminación por razón del nacimiento y la obligatoriedad (TEDH en ristre) de reconocer la relación jurídica de filiación determinada en el extranjero entre el hijo nacido por gestación subrogada y el progenitor intencional biológico, así como la plasmación —por el mecanismo jurídico que se quiera— de la relación con el comitente no biológico[38]. Ahora bien, el límite del orden público convive con ese objetivo. Se puede pretender restringir su alcance (no es descartable que la permanente invocación del derecho a no padecer discriminación esté pensando en que diferenciar por la forma de concepción es una violación de ese principio fundamental, extremo este al que ya respondió el TS en 2015[39]), pero desde el momento en que el propio Parlamento Europeo condena esta práctica[40], tratar de inmunizarla frente a tal excepción es ilusorio. La libre circulación de filiaciones no existe[41].

2.1.2. Los instrumentos: la norma de conflicto del art. 17

Recuérdese que, bajo la denominación Derecho aplicable, la norma materialmente orientada del art. 17 regula todos los supuestos que puedan llegar a ser controvertidos, con un objetivo muy claro (el establecimiento de la filiación), lo que explica que el foco se centre en el progenitor o en el Estado donde una determinada práctica es legal[42], y no en las circunstancias personales del niño, como hace nuestro art. 9.4 CC:

> «1. La ley aplicable a la determinación de la filiación será la ley del Estado de residencia habitual de la persona que dé a luz en el momento del nacimiento o, cuando no pueda determinarse la residencia habitual de dicha persona, la ley del Estado de nacimiento del hijo o de la hija.

38. «...El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8 del Convenio en el sentido de que obliga a todos los Estados en el ámbito de su competencia a reconocer la relación jurídica de filiación determinada en el extranjero entre el hijo nacido o la hija nacida por gestación subrogada y el progenitor intencional biológico o la progenitora intencional biológica, y a establecer un mecanismo de reconocimiento jurídico del vínculo de filiación con el progenitor o la progenitora intencional no biológico (por ejemplo, a través de la adopción del hijo o de la hija)». Dotar de un contenido concreto al art. 8, en un tema magmático como este, tal vez no sea lo más prudente fosilizar la jurisprudencia del TEDH, sino que es mejor una referencia genérica que lo deje abierto a futuras evoluciones.

39. *Vid*. Exposición de motivos («El motivo de denegación del reconocimiento basado en el orden público debe utilizarse con carácter excepcional y a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, es decir, no de manera abstracta para excluir el reconocimiento de la filiación del hijo o de la hija cuando, por ejemplo, se trate de progenitores del mismo sexo»: p. 18), y art. 22, que pone especial empeño en descartar cualquier discriminación.

40. Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto. Igualmente, la de 5 de mayo de 2022 sobre el impacto de la guerra de Ucrania en las mujeres.

41. Parecido a lo ocurrido en la Conferencia de La Haya: González Beilfuss, C., «La filiación en derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo», en Campuzano Díaz, B./Diago Diago, P./Rodríguez Vázquez, M.ª Á., *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, 2023, pp. 245 ss.

42. Sin perjuicio de que, en la medida en que lo más frecuente es que el niño, sus progenitores y el lugar de nacimiento se localicen en el mismo lugar, se termina acudiendo de hecho a la conexión residencia habitual de las personas implicadas.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando la ley aplicable con arreglo al apartado 1 dé lugar a la determinación de la filiación por lo que respecta a un solo progenitor o una sola progenitora, podrá aplicarse a la determinación de la filiación en lo que respecta al progenitor o progenitora 2 la ley del Estado de nacionalidad del primer progenitor o del segundo, o la ley del Estado de nacimiento del hijo o de la hija».

Aunque lo usual en este tema será que ante nuestras autoridades se solicite el reconocimiento de una relación ya declarada en el país (casi siempre un Estado tercero) donde se ha concluido y ejecutado el contrato (certificación registral o resolución judicial), ante nuestros órganos jurisdiccionales[43] se puede demandar el establecimiento *ex novo* o la constancia[44] de la filiación. Ahí el art. 17 ocupa una posición central. Las hipótesis en las que se puede presentar demanda declarativa de la filiación son muchas: cuando el niño ha nacido en el extranjero y se le ha denegado la inscripción de la certificación de nacimiento en el Registro civil español[45]; cuando se deniegue el reconocimiento de la resolución judicial extranjera declarativa de la filiación[46]; cuando no sea legalmente posible el acceso al Registro español[47]; cuando se haya establecido la filiación respecto a un progenitor y se quiera hacerlo respecto al segundo[48]; cuando el concebido mediante esta técnica haya nacido en España o en otro Estado miembro[49]; cuando el comitente se arrepienta durante la gestación y sea necesario precisar quién es su progenitor; si se dispone de certificación registral pero se desea obtener un pronunciamiento judicialmente inatacable; si se impugna la atribución de la paternidad al marido de la gestante[50].

---

43. Arts. 6 ss., en relación con la definición de órgano jurisdiccional del art. 4.4, donde encaja el encargado del Registro civil (González Beilfuss, C., «La propuesta de reglamento..., *op. cit.*», p. 157).

44. Art. 52.j.

45. *V. gr.*, el caso resuelto por la STS de 31 de marzo de 2022 (trae causa de la SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2020, ECLI:ES:APM:2020:14547): menor nacido en México, con pasaporte mexicano, criado por su madre intencional y solicitud ante los tribunales españoles de declaración de maternidad por posesión de estado (ECLI:ES:TS:2022:1153). Comentada por Álvarez González, S., «Gestación por sustitución..., *op. cit.*». Un ejemplo más reciente, SAP de Málaga de 10 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:4106): acción declarativa del padre biológico, estimada (con rechazo de la de la madre intencional).

46. El razonamiento del AAP de Granada de 8 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APGR:2023:981A) no deja otra opción: no pudiéndose reconocer la sentencia extranjera por ser contraria al orden público del foro, sólo cabe interponer acción declarativa en España.

47. *V. gr.*, la citada SAP Barcelona de 6 de abril de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:4280). Niño nacido en Canadá, con padre biológico sudafricano casado con español: siendo imposible el acceso al Registro civil español y teniendo en cuenta las dilaciones de un proceso de adopción, se estima la declaración de la paternidad por posesión de estado.
El mismo problema se suscita cuando fallece el padre biológico antes del alumbramiento, quedando la madre de intención en situación indefinida: case of Re X, *Family Court*, 2020 (EWFC39). Los detalles del caso en https://resolution.org.uk/surrogacy-law-and-the-development-of-the-creative-family-court/
En los países donde no se dicta sentencia declarando que los comitentes son los padres (Rusia, Ucrania, Georgia) sólo se deja abierta la posibilidad de una reclamación judicial de la filiación. Más problemático es el caso de ordenamientos que toleran sin regular, dando lugar a que en las certificaciones registrales aparezca la gestante como madre: un breve repaso de las soluciones nacionales en punto a constancia de la filiación en Twardoch, P., «Surrogacy Agreements from the Conflict-of-Laws Perspective Today and Tomorrow», *Yearbook of Private International Law*, 2022/2023, vol. XXIV, pp. 372 ss.; CALLEJAS Arreguin, N. A., «Maternidad subrogada en México y Brasil, un estudio jurídico comparado entre dos naciones latinoamericanas», *Revista de Bioética y Derecho*, 2023, pp. 168 ss.

48. *Cfr*. Álvarez González, S., «La ley aplicable a la filiación por naturaleza», en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho*, Madrid, 2020, p. 104.

49. Caso de las ucranianas desplazadas a Francia para dar a luz (www.eapil.org, entrada de 11 de enero de 2024). Si el nacimiento tuviera lugar en territorio español habría que inscribirlo en el RC (art. 9 LRC).

50. Así, para un caso puramente interno, sentencia de la Corte constitucional belga 109/23 de 6 de julio.

La regla ofrece una imagen de aparente asepsia, simplicidad y facilidad[51] al prescindir de las conexiones habituales y reclamar la ley de la residencia habitual de la persona que dé a luz en el momento del nacimiento o, en su defecto, la ley del Estado de nacimiento del hijo. Se gana en sencillez y previsibilidad, porque será inusual que no pueda determinarse tal residencia, incluso si la gestante se desplaza para dar a luz a otro país, al tiempo que se evitan complicaciones derivadas de una eventual investigación sobre el origen de los gametos femeninos. Además, no quedando subordinada a ningún resultado sustantivo la entrada en funcionamiento de la segunda conexión, se esquivan evaluaciones discrecionales. En cambio, es llamativa la falta de proximidad a la que conduce cuando haya pasado el tiempo desde el nacimiento, si madre e hijo se han trasladado o si quien dio a luz ya no está con el niño[52]. En todo caso, el resultado normal es que se reclama un ordenamiento favorable al uso de esta técnica, que asigna la condición de progenitor a los intencionales. Si un juez español se topa con un supuesto de esta naturaleza, no debe haber dificultades para reconocer la paternidad (TEDH obliga), mas la maternidad viene inexorablemente determinada por el parto (excepción de orden público[53]).

Seguramente sea el art. 17.2 el diseñado en mayor medida para favorecer a los comitentes[54], cuando permite aplicar una multitud de leyes tolerantes de la determinación de la filiación ya establecida para uno de los progenitores. El ejemplo típico es el del Derecho español, donde un padre intencional que ha aportado material genético ve reconocida la relación sin problemas, mientras que a la madre comitente se le niega la condición de madre, atribuida a la gestante.

Hay varias cosas evidentes: el objetivo, que las autoridades que deciden respecto a uno y otro progenitor no tienen por qué ser las mismas, que pueden ser procedimientos separados en el tiempo (las concepciones evolucionan), que en el caso standard de nuestro entorno sólo la última conexión (lugar de nacimiento) tiene toda la probabilidad de asegurar una respuesta positiva. Quedan abiertos empero algunos interrogantes: ¿Qué implica ese «podrá»? ¿Se aplican las conexiones del §2 cuando la aplicación de la ley reclamada por el §1 no conduzca al resultado deseado en el caso concreto (*v. gr.*, prescripción, falta de consentimientos) o se trata de realizar un juicio abstracto (ley que rechaza absolutamente el establecimiento de la filiación por causa del modo de concepción)? ¿Se refiere el art. 17.2 a los casos en los que se declara una filiación que no se corresponde a los deseos de los comitentes (que la madre es la que dio a luz)?[55]

Por último, nótese que la propuesta no afecta a la libertad de los Estados miembros para dar forma jurídica a la posición del progenitor no biológico, para acudir a la excepción de orden público y que no se reconoce el derecho a conocer el propio origen.

---

51. En este punto, *cfr*. Fulchiron, H., «La proposition de règlement..., *op. cit*.», pp. 1175 ss.

52. European Group for Private International Law, *Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood*, 2023 (texto de 6 de diciembre de 2023); The Marburg Group, *Comments on the European Commission's Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, 2023, pp. 4 y 32 ss.
Nótese que en este caso —a diferencia de lo previsto en el §2— no cabe el conflicto móvil. El complemento es el art. 19 («Cuando la filiación se haya establecido en un Estado miembro en virtud del presente Reglamento, un cambio posterior de la ley aplicable no afectará a la filiación ya determinada»).

53. Aunque los incentivos para cumplir con el art. 281 LEC serán poderosos, está por ver cómo se aplicaría el art. 33 LCJI.

54. *Vid*. González Beilfuss, C., «La Propuesta..., *op. cit*.», p. 158.

55. A mi juicio, ese «podrá» tiene mucho que ver con la concepción nacional del orden público, por lo que en el caso español no parece previsible una gran implicación de las autoridades; los juicios en Dipr son concretos, no se juzga a un ordenamiento en general; es evidente que (hablando de maternidad subrogada) el 17.2 está al servicio de los padres de intención: el legislador no se conforma con que se declaren una filiación sin más.

2.1.3. (Sigue): reconocimiento

La segunda idea inspiradora de la propuesta es la eficacia transfronteriza de decisiones[56]. Creo que bastarán dos pinceladas al respecto:

-Para las relaciones de filiación declaradas por un Estado miembro la disciplina es la habitual (arts. 24, reconocimiento de resoluciones judiciales; 36, reconocimiento de documentos públicos con efecto vinculante; 45, aceptación de documentos públicos sin efecto vinculante). Añádase el impacto del Certificado de Filiación Europeo (inscripción en el Registro, art. 53). Nada hay específico sobre el régimen de maternidad subrogada[57]. La regla es la continuidad[58], con causas estrictas de oposición que no pretenden cuestionar los juicios de fondo[59] (arts. 31, 39 y 45), delineadas sobre las típicas de los instrumentos anteriores[60].

La clave es el orden público[61], dado el rechazo de la gestación subrogada en la mayoría de los sistemas europeos[62]. Parece por ello que se puso la venda antes que la herida: el informe del Parlamento Europeo[63] rebaja su incidencia, sea eliminándolo como causa de no reconocimiento[64] sea manteniendo la eficacia de las resoluciones cuyo reconocimiento se haya desestimado por ese motivo hasta la firmeza de la decisión o exigiendo una justificación detallada de su utilización. Al final, todo ha quedado en una mínima delimitación negativa (no es orden público que los progenitores sean del mismo sexo o que la audiencia al menor no se haya realizado según las modalidades previstas en la lex fori), un reclamo de la doctrina del TEDH y la insistencia en que este es un tema que compete exclusivamente al legislador nacional[65]. Entra en juego por ello la definición nacional, punto en el que la posición del TS es diáfana (vid. supra), sin fermentos legislativos para el cambio (al contrario: de nuevo, art. 32 de la LO 2/10 tras la reforma de 2023). Por su parte, la citada STC de 27 de febrero de 2024 no obliga a nada en este tema, centrada como está en la violación del art. 24 CE[66].

---

56. Valen *mutatis mutandis* los argumentos de la sentencia del TJ de 30 de noviembre de 1976 (C-42/76, ECLI:EU:C:1976:168): habiendo resolución judicial, no se puede re-litigar sobre lo ya decidido en otro EM.

57. Una revisión de los precedentes normativos en The Marburg Group, Comments..., *op. cit*., pp. 48 ss.

58. Recuérdese que se podrán atacar los errores materiales cometidos al redactar el correspondiente certificado (arts. 30, 38), sin cuestionar lo dispuesto en la resolución o documento público.

59. Por ello se afirma que se confunde documento y estado civil: Fulchiron, H., «La proposition..., *op. cit*.», p. 1175.

60. El mismo razonamiento debe servir cuando se solicite a un órgano jurisdiccional español la emisión de un CFE y haya de calificar la idoneidad de los documentos referidos en el art. 49 (letra e en particular).

61. En general, Rodríguez Pineau, E., «La propuesta de reglamento..., *op. cit*.», p. 163; Bianca, M., «Una prima lettura della proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione», *Familia*, 2023, pp. 3 ss.

62. Gössl, S./Melcher, M., «Recognition of a status acquired abroad in the EU. A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives», *CDT*, 2022, pp. 1012 ss.

63. Informe sobre la propuesta de Reglamento, 23 de octubre de 2023, documento A9-0368/2023.

64. Opinión de la Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior, enmiendas 37 y 81.

65. Ni existe un orden público globalizado (como sostiene PATTI, S., «Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta», *Rivista di diritto civile*, 2023, p. 619) ni el TJUE ha definido nada en este tema (Baratta, R., «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *RCADI*, vol. 348, 2010).

66. «...la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato para satisfacer su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos».

Los planteamientos más favorables de las autoridades belgas, rumanas, chipriotas, holandesas, portuguesas o griegas, en fin, no tienen garantizado el acceso a nuestro foro, por mucho que hayan aplicado el art. 17.

-El segundo polo de atención es el de las filiaciones establecidas en un Estado tercero, reconocidas en un Estado miembro y con pretensiones de gozar de eficacia transfronteriza en los demás Estados miembros. Piénsese en el matrimonio entre portugués y británico residentes en España, con un hijo nacido mediante esta técnica en Inglaterra. El certificado británico será reconocido en Portugal, pero ¿gozará de eficacia incondicionada y general en España la inscripción registral portuguesa? Sólo es claro que el primer reconocimiento queda fuera del modelo (art. 3.3); los demás, discutible[67]. Como el tema es controvertido, el grupo de expertos de la Comisión Europea sugirió en su reunión de 9 de febrero de 2022 que se especificara, en el formulario expedido por la autoridad nacional, si el reconocimiento se basa en un documento procedente de un Estado tercero, dando por sentado que la filiación establecida en éste queda fuera de la propuesta y circula dentro de la UE según las normas autónomas de cada Estado miembro[68]. En todo caso: a) es razonable pensar que la sugerencia no ha sido acogida por superflua; b) vistos el art. 4 y el considerando 24, parece que el reglamento funciona cuando la filiación ha sido establecida en un Estado miembro, sin importar a este respecto la existencia de vínculos con un Estado tercero; c) establecida no es lo mismo que reconocida: no tendría sentido aplicar el modelo reglamentario a decisiones que en último término han entrado en el espacio integrado usando unas normas (léase controles) eventualmente muy distintas a las europeas[69]; d) *exequatur sur l'exequatur ne vaut*.

3. A modo de conclusión

Nadie discutiría que la claridad del ordenamiento es un valor en sí mismo. Es lo que mejor protege los intereses de las partes en presencia, empezando por el menor, que es la parte más débil de la relación. Y tratándose de casos genuinamente internacionales, lo lógico a tal fin sería una (clara) respuesta internacional[70]. No sería imposible definir normas de conflicto uniformes, incluso delinear sistemas de eficacia extraterritorial de decisiones y documentos públicos, mas hoy por hoy su puesta en funcionamiento no tiene el éxito garantizado. Mientras sigan existiendo concepciones nacionales tan netas y tan distantes en lo sustantivo, mientras

67. Danieli, D., «La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali», *SIDIBlog*, entrada de 23.2.2023; el *European Group for Private International Law* reclama *further consideration* sobre el ámbito espacial de aplicación; la resolución del Senado francés reprocha el déficit de definición de qué se entiende por situación transfronteriza.

68. «*...if the document on parenthood issued in another Member State results from the prior recognition of a document on parenthood issued in a third State, the receiving authority will continue to apply its national law on the recognition of foreign documents*». *Vid*. en https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=42654&fromExpertGroups=3765

69. Danieli, D., «"Third-State connections" in the proposal for an EU regulation on parenthood: more than a regime of circulation of the status between Member States?», *CDT*, 2023, p. 1398. En contra, por ejemplo, de Vido, S., «Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea», rivista.eurojus.it, 2023, p. 48 (en base a la necesidad de tratar por igual a todos los niños); implícitamente, Durán Ayago, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Cizur Menor, 2023. Por muy difícil que sea denegar un reconocimiento de un estado civil constatado, declarado, reconocido en un EM (Álvarez González, S., «La propuesta..., *op. cit*.,», p. 194), no es irrazonable ni ilegal.

70. Grammaticaki-Alexiou, A., «Best Interests of the Child in Private International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 412, 2020, p. 421.

los contenidos de la excepción de orden público sean delimitados a nivel estatal (como no puede ser de otra manera), ni aquellas normas ni estos sistemas van a operar de modo no traumático. La prevalencia de la excepción convertiría en norma tanto la aplicación de la ley del foro como el cierre de las fronteras a los productos jurídicos extranjeros. En esa tesitura, realizar las costosas inversiones que comporta la elaboración de un instrumento internacional no tiene demasiado sentido.

Es de este sentido de lo que carece esta propuesta de reglamento europeo. Apartándose del tradicional respeto de los modelos sociales nacionales en temas de familia[71], tras su aparente neutralidad ideológica esconde un intento de homogeneización. Hay un punto de incongruencia, tal vez de cinismo, en el hecho de sacar la bandera del respeto a la libertad de los Estados miembros para configurar su Derecho y acto seguido, colocándose tras el escudo multiusos del interés del menor, jibarizar y definir el concepto de orden público, aspirando a imponer por la vía de la eficacia transfronteriza de los actos el modelo más laxo de relaciones de filiación. Se viola el equilibrio de competencias, se quiebra la proporcionalidad lograda por el TJUE, se tergiversa al TEDH. Y todo para nada, porque nada hace pensar que las soluciones locales estén confluyendo (y aunque los otros países estuvieran confluyendo, ¿qué?) o que se estén dando pasos para definir un orden público europeo (en este sector). La ley española es diáfana, y ahí sí que es indiscutible que no es no[72].

4. Bibliografía

Álvarez González, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario español de derecho internacional privado*, tomo X, 2010.

Álvarez González, S., «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español», *La Ley*, n.º 10069, 2022.

Álvarez González, S., «La ley aplicable a la filiación por naturaleza», en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho*, Madrid, 2020.

Álvarez González, S., «La propuesta de reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *Revista de Derecho Civil*, 2023.

Andreeva, V., «Filiació per naturalesa i adopció», en *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, 2023.

Baratta, R., «Art. 81», en Tizzano, A. (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Milán, 2014.

Baratta, R., «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 348, 2010.

Bianca, M., «Una prima lettura della proposta di Regolamento del del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione», *Familia*, 2023.

Callejas Arreguin, N. A., «Maternidad subrogada en México y Brasil, un estudio jurídico comparado entre dos naciones latinoamericanas», *Revista de Bioética y Derecho*, 2023.

71. Lipari, N., «Riflessioni su famiglia e sistema comunitario», en *Familia*, 2006, p. 13.

72. La realidad es tozuda, sean cuales sean las aspiraciones de los individuos. Sobre éstas no se puede construir nada. Como diría Luis Cernuda «...el deseo es una pregunta/cuya respuesta no existe,/una hoja cuya rama no existe,/un mundo cuyo cielo no existe» (No decía palabras, de *Los placeres prohibidos*, recogido en la antología *La realidad y el deseo*).

Calvo Caravaca, A. /Carrascosa González, J., «Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n.º 1.

Calvo Caravaca, A./Carrascosa González, J., «El caso de Ana Obregón y el Derecho Internacional Privado», https://www.hayderecho.com/2023/04/17/el-caso-de-ana-obregon-y-el-derecho-internacional-privado/

Carpaneto, L., «Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo», Aldricus, entrada de 9 de enero de 2023.

Castellanos Ruiz, E., «Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el Derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón», *Derecho Privado y Constitución*, 2024.

Danieli, D., «"Third-State connections" in the proposal for an EU regulation on parenthood: more than a regime of circulation of the status between Member States?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023.

Danieli, D., «La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali», SIDIBlog, entrada de 23.2.2023.

Durán Ayago, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Cizur Menor, 2023.

Fossati, C., «L'incidenza dell'obbligo di riconoscimento dello status filiationis nell'Unione europea sugli ordinamenti nazionali», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2025.

Foyer, J., «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 193, 1985.

Fulchiron, H., «La proposition de règlement européen sur la filiation: coup de maître ou coup d'épée dans l'eau?», *Journal de Droit International*, 2023.

Gálvez Criado, A, ¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable, *Diario La Ley*, n.º 9444, 26 de junio de 2019.

Garayova, L., «La evolución de la maternidad subrogada transfronteriza en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Civil*, 2023.

González Beilfuss, C., «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución», en Albornoz. M. (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, UNAM, México, 2020.

González Beilfuss, C., «La filiación en derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo», en Campuzano Díaz, B./Diago Diago, P./Rodríguez Vázquez, M.ª Á., *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, 2023.

Esposito, F., «Liceità del contratto di gestazione per altri: tra divieti, regolamentazioni e sfide interpretative», Ordine internazionale e diritti umani, 2025.

González Beilfuss, C., «La propuesta de reglamento europeo sobre filiación: principales retos», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XXIII, 2023.

González Beilfuss, C., «Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 Pancharevo», *Revista Española de Estudios Internacionales*, 2022.

Gössl, S./Melcher, M., «Recognition of a status acquired abroad in the EU. A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022.

Grammaticaki-Alexiou, A., «Best Interests of the Child in Private International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 412, 2020.

Grassi, M., «Filiazione omogenitoriale e limiti all'iscrizione e trascrizione dei rapporti derivanti da tecniche di PMA vietate in Italia: niente di nuovo sul fronte di Strasburgo», http://www.sidiblog.org/, entrada de 12 de julio de 2023.

Heredia Cervantes, I., «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», en *El notario del siglo XXI*, n.º 54, abril de 2014.

Hernández Llinás, L., «Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas», *Revista de Derecho Político*, 2020.

Lipari, N., «Riflessioni su famiglia e sistema comunitario», en *Familia*, 2006.

Orejudo Prieto de los Mozos, P., «Comentario a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010», *Revista española de Derecho internacional*, 2010.

Patti, S., «Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta», *Rivista di diritto civile*, 2023.

Péroz, H., «Filiation et parentalité: proposition de règlement européen», www.hélènepéroz.fr/post/filiation-et-parentalité-proposition-de-règlement-européen, entrada de 9 de diciembre de 2022.

Quiñones Escámez, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret*, 3/2009.

Rodríguez Pineau, E., «La propuesta de reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho privado*, 2023.

Twardoch, P., «Surrogacy Agreements from the Conflict-of-Laws Perspective Today and Tomorrow», *Yearbook of Private International Law*, 2022/2023, vol. XXIV.

De Vido, S., «Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea», rivista.eurojus.it, 2023.

CAPÍTULO 12

LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS DESDE LA PERSPECTIVA BRASILEÑA

Luciane Klein Vieira[1]

Profesora Permanente del Programa de Posgrado en Derecho, Universidade de Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/Brasil. Profesora Adjunta regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - UBA/Argentina

Tatiana Cardoso Squeff[2]

Profesora Permanente del Programa de Posgrado en Relaciones Internacionales, Universidad Federal de Santa Maria – UFSM/Brasil. Profesora Adjunta regular de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande del Sur - UFRGS/Brasil.

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNACIONAL, EN BRASIL. 3. LA INTERPRETACIÓN DE BRASIL A LAS EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS PREVISTAS EN LOS CONVENIOS DE MONTEVIDEO Y DE LA HAYA: LA SITUACIÓN ESPECÍFICA DE LOS CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Doctora en Derecho (área: Internacional) y Magíster en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Buenos Aires – UBA/Argentina. Magíster en Derecho de la Integración Económica, por la Universidad del Salvador – USAL/Argentina y la Université Paris I – Panthéon/Sorbonne. Profesora Permanente del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/Brasil. Profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho de la UBA. Directora para el MERCOSUR del Instituto Brasileño de Política y Derecho del Consumidor (BRASILCON). Ex consultora internacional de la Secretaría Nacional del Consumidor (SENACON), contratada por UNESCO y PNUD. Coordinadora del Módulo Jean Monnet FREECEU/UNISINOS (Programa Erasmus+/Comisión Europea). Líder del Grupo de Investigación CNPq «Derecho e Integración Regional». E-mail: lucianevieira@unisinos.br.

2. Doctora en Derecho Internacional por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul – UFRGS/Brasil y por la Universidad de Ottawa. Magíster en Derecho Público por la Universidad de Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS y por la Universidad de Toronto. Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de UFRGS. Profesora del Programa de Posgrado en Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Santa Maria – UFSM y de Biocombustibles de la Universidad Federal de Uberlândia – UFU. Investigadora del NETI/USP y de la Facultad de Derecho de Vitória en nivel posdoctoral. Experta de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vicepresidente de Relaciones Internacionales de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado – ASADIP. Líder del Grupo de Investigación CNPq «Derecho Internacional Crítico». E-mail: tatiana.squeff@ufrgs.br.

1. Introducción

La restitución internacional de menores ocurre cuando un niño es trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado distinto al de su residencia habitual, en general por uno de sus padres o tutores y en virtud de eso debe ser devuelto a su Estado de origen a través de un proceso de cooperación internacional. Esta es una medida importante para asegurar el rápido retorno de un niño sustraído ilícitamente de un Estado, lo que no solo provoca una ruptura abrupta de los vínculos afectivos con el padre, madre o tutor que tenía la custodia del niño, sino que también le ocasiona problemas sociales, dado que es llevado a otro Estado, muchas veces con una cultura e idioma distintos, causándole consecuentemente un trauma irreversible.

Respecto al tema, cabe subrayar que los casos de secuestro internacional de niños que involucran a Brasil son cada vez más comunes[3]. Según el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), entre 2016 y 2021, el promedio anual de casos de niños que fueron llevados a Brasil sin la debida autorización de sus padres o tutores fue de aproximadamente 117[4]. En 2023, tras la pandemia de COVID-19, las cifras aumentaron, pasando de 200 a 250 casos de «secuestro» pasivo[5], en los que Brasil fue el país de destino de los niños, principalmente procedentes de Portugal[6]. Sin embargo, también se ha observado un aumento de casos de sustracción activa. Según el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, en el año 2023, en Brasil, estaban en trámite 287 casos de secuestro internacional, de los cuales unos 150 involucraban a niños brasileños llevados a otros países, en particular a Estados Unidos, Portugal, España, Inglaterra y Argentina[7].

En 2024, las cifras disminuyeron, alcanzando la marca de 85 procesos de restitución internacional activos y 114 procesos de restitución internacional pasivos[8]. De los 199 casos, sin

---

3. Esta es una práctica común no solo en Brasil, sino también en el extranjero, como señala Mérida: *«Los casos de sustracción internacional de menores están en aumento en todo el mundo. Estados Unidos registra el mayor número de incidentes denunciados, con 169 solicitudes presentadas en 2003, según las estadísticas más recientes compiladas por el Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores. Esto representa un aumento del 13 % desde 1999. Estados Unidos también recibió 286 solicitudes de repatriación de menores a otro país, lo que representa un aumento del 23 % durante el mismo período. En contraste, Canadá recibió 56 solicitudes de padres que buscaban la repatriación de niños y presentó 43 solicitudes de repatriación de menores desde otro país, lo que representa un aumento del 3 % en los casos durante el período de cuatro años»* (traducción nuestra). Mérida, Carolina Helena. «Sequestro interparental: princípio da residência habitual». *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011. p. 259.

4. Conselho Nacional de Justiça. Rapidez na solução de casos de sequestro internacional de crianças é desafio. CJN, 2 jun. 2022. Disponible en: https://www.cnj.jus.br/rapidez-na-solucao-de-casos-de-sequestro-internacional-de-criancas-e-desafio/. Consultado el: 17 mar. 2025.

5 Tosi, Marcela. «Sequestro internacional: cerca de 250 crianças são trazidas para o Brasil a cada ano». *O Povo*, 23 mar. 2023. Disponible en: https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2023/03/23/sequestro-internacional-cerca-de-250-criancas-sao-trazidas-para-o-brasil-a-cada-ano.html. Consultado el: 17 mar. 2025.

6. UOL. Brasil registra um caso de sequestro internacional de criança a cada 3 dias. UOL Notícias, 27 set. 2016. Disponible en: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/09/27/brasil-registra-um-caso-de-sequestro-internacional-de-crianca-a-cada-3-dias.htm. Consultado el: 17 mar. 2025.

7. Tosi, Marcela. «Sequestro internacional: cerca de 250 crianças são trazidas para o Brasil a cada ano». *O Povo*, 23 mar. 2023. Disponible en: https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2023/03/23/sequestro-internacional-cerca-de-250-criancas-sao-trazidas-para-o-brasil-a-cada-ano.html. Consultado el: 17 mar. 2025.

8. Brasil. Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. Senado Federal, 2024. Disponible en: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/5ac99433-67e8-4ed2-a5a0-29d09f76e759.

embargo, 21 se referían a situaciones de violencia doméstica (3 activas y 18 pasivas), en las que la madre trasladó y retuvo al niño en Estado distinto al de su residencia habitual porque declaró sufrir una agresión[9]. Se trata de un dato que salta a la vista, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el cual señala la violencia de género como la razón por la que tres cuartas partes de los casos de secuestro internacional en todo el mundo involucran a mujeres/padres que han sacado a los niños bajo su cuidado de su Estado de residencia habitual[10].

Sin embargo, de acuerdo con el Derecho Internacional Privado, situaciones como ésta hacen que el retorno del niño al Estado de su residencia habitual pueda ser cuestionado. Incluso, en algunos casos, el niño puede no ser devuelto al Estado del cual fue sustraído, aun cuando se cumplan los requisitos formales. Esto se debe a que existen excepciones al procedimiento para devolver a un niño que fue trasladado o retenido ilegalmente en otro Estado que no el de su residencia habitual. A pesar de ello, la violencia doméstica sufrida por la madre, si bien es uno de los motivos más comunes de sustracción internacional, no constituye una excepción prevista en los documentos internacionales que regulan la materia[11], con especial referencia al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980.

Esa laguna en el tratado en referencia será el tema que se abordará en este capítulo, especialmente a partir de la perspectiva brasileña, específicamente, en virtud de las discusiones que se están trabando en las Acciones Directas de Inconstitucionalidad (ADI) n.º 7686 y 4245, que aun tramitan ante el Supremo Tribunal Federal (STF), corte constitucional. Para tal efecto, pretendemos considerar, en primer lugar, la previsión legal de la restitución de niños en casos de sustracción internacional en el Derecho Internacional Privado brasileño de fuente internacional, para, posteriormente, centrarnos en la principal excepción discutida en el ordenamiento jurídico brasileño, es decir, la retención del niño en el Estado de destino en función de la violencia operada por su padre/tutor. Finalmente, se harán algunas consideraciones sobre el tema, presentando, de forma concisa, la visión adoptada en Brasil.

Para ello, se deja constancia que, metodológicamente, este estudio propone una investigación de cuño cualitativo, basándose en los métodos de trabajo deductivo y normativo descriptivo, teniendo en cuenta las técnicas de investigación bibliográfica y documental.

2. La restitución internacional de niños según el Derecho Internacional Privado de fuente internacional, en Brasil

La restitución internacional de menores, objeto del derecho brasileño de fuente convencional, se opera cuando un niño cuya edad no ultrapase a los 16 años[12] es trasladado y/o retenido

Consultado el: 20 mar. 2025.

9. Brasil. Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. Senado Federal, 2024. Disponible en: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/5ac99433-67e8-4ed2-a5a0-29d09f76e759. Consultado el: 20 mar. 2025.

10. Álvares, Patrícia. «Por que convenção sobre sequestro internacional de crianças é alvo de questionamentos». *DW*, 11 ago. 2024. Disponible en: https://cultura.uol.com.br/noticias/dw/69877822_por-que-convencao-sobre-sequestro-internacional-de-criancas-e-alvo-de-questionamentos.html . Consultado el: 10 abr. 2025.

11. Weiner, Merle H. «International child abduction and the escape from domestic violence**»**. *Fordham Law Review*, v. 69, 2000, p. 596.

12. La Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que, por regla general, se considerará niño a

de forma ilícita en otro Estado que no el de su Estado de residencia habitual[13], acto en general llevado a cabo por uno de sus padres o representantes legales, pero sin el consentimiento del otro progenitor que también es detentor de la custodia. Se trata de una práctica cada vez más común, sobre todo por la creciente multinacionalidad de las familias[14]. Tal situación genera impactos indescriptibles para el niño, precisamente porque lo aleja de su entorno natural, de su rutina y de aquellos con quienes estaba acostumbrado a convivir, entre amigos y familiares, violando directamente a su interés superior[15].

Aunque el traslado y la posterior retención ilícita de niños en el extranjero hayan sido mencionados en el art. 11 del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989, promulgado en Brasil por el Decreto n.º 99.710/1990, como prácticas cuyos Estados Parte deben evitar, documentos más detallados sobre el tema, apuntando su ilegalidad y, por ende, al deber de retorno del niño a su país de origen[16], sólo fueron internalizados en Brasil más tarde.

---

toda persona menor de 18 años, según su primer artículo. Sin embargo, el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores califica al niño como siendo la persona menor de 16 años, según su artículo 4.º, calificación igualmente adoptada por el Convenio de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, en su art. 2.º.

13 Haciendo referencia a la residencia habitual como criterio de conexión más moderno, empleado en sustitución al domicilio, *véase* Jorge, Mariana Sebalhos. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2018. En Brasil, la residencia habitual es definida por el poder judicial como aquel lugar en *«donde el niño tenía sus raíces y vivía permanentemente»* (traducción nuestra). Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 1.315. 342/ RJ. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Juzgado el: 27 nov.12. DJe de 04 dez.

14 Mérida explica: *«La aparición de familias multinacionales ha provocado que los problemas generados por estas relaciones crezcan exponencialmente. Es común que un brasileño se mude al extranjero, allí se establezca y forme una familia, y también es común que extranjeros vengan a Brasil y constituyan familia aquí. Los problemas surgen cuando uno de estos padres decide regresar a su país de origen sin informar al cónyuge abandonado que se está llevando al hijo de la pareja ilegalmente»* (traducción nuestra). Mérida, Carolina Helena. «Sequestro interparental: princípio da residência habitual». *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011, p. 259.

15. Se trata de un principio fundamental del Derecho internacional privado, que se refiere al reconocimiento de la condición única de los niños como personas en proceso de desarrollo y de todo lo que necesitan para que éste se produzca de manera integral, considerando las circunstancias en que se encuentran insertos. Se estableció por primera vez en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y ahora está previsto en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre el principio, *véase* Biocca, Stella M. *Derecho internacional privado: un nuevo enfoque*. Tomo I. Buenos Aires: Lajouane, 2004, p. 311-312, Pereira, Tânida da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 6; y Maurique, Jorge Antônio. «Sequestro Internacional de Crianças, anotações sobre a Convenção de Haia». *Revista Jurídica Consulex*, a. XII, n. 284, nov. 2008, p. 25-26.

16. Mientras que la Convención de Montevideo de 1989 se refiere en su primer artículo a la «pronta restitución» del niño secuestrado, el Convenio de La Haya de 1980, en su primer artículo, utiliza el término «restitución inmediata». En la práctica, el efecto es el mismo: garantizar que el niño regrese rápidamente a su lugar de residencia habitual. Según Schuz, el retorno inmediato tiene como objetivo proteger el bienestar del niño, cuyo alejamiento abrupto de un determinado Estado y de la realidad social y familiar puede causarle daños irreparables. Además, la devolución inmediata prevista en los tratados sobre la materia también pretende desincentivar la práctica de la sustracción y retención. SCHUZ, Rhona. Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention - Theory and Practice. Child and Family Law Quarterly, v. 13, n. 1, 2001, p. 2. En el mismo sentido, sin embargo, centrándose en el plan europeo, véase Gonçalves, Anabela Susana de Sousa. «Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II bis». *Cadernos de Direito Actual* n.º 3, pp. 173-186, Universidade do Minho, 2015.

Así, el primer tratado ratificado por el país sobre la materia fue la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, también conocida como Convención de Montevideo de 1989, adoptada en la IV Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP). Ese tratado fue promulgado por el Decreto n.º 1.212/1994, en Brasil. Ya el segundo instrumento normativo internalizado por el país fue el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, firmado en La Haya, en 1980, promulgado por el Decreto n.º 3.413/2000[17].

Ambos tratados, según Robichez[18], fueron «la solución brindada [por] la sociedad internacional para resolver a los problemas de sustracción interparental internacional [...] en ausencia de un derecho de familia unificado» (traducción nuestra), habiendo institucionalizado a la cooperación administrativa internacional. Esto se debe a que establecen los procedimientos para solicitar la restitución de hijos retirados del Estado de su residencia habitual, y no se refieren a cuestiones materiales como el establecimiento de la custodia[19] o el derecho de visita[20]. Garantizar que estos derechos se implementen correctamente será, de hecho, el objeto de ambos instrumentos normativos mencionados[21].

Por lo tanto, es importante que la custodia y/o el régimen de visitas ya hayan sido previamente establecidos en el Estado de residencia habitual del menor en conformidad con la legislación de dicho lugar[22], ya que el acuerdo o resolución judicial que otorgue la custodia unilateral o establezca la base de residencia en el caso de custodia compartida será un documento esencial[23] en las solicitudes de cooperación internacional para que pueda efectuarse la restitución del menor. De hecho, la persona que tenga la custodia tendrá legitimación procesal[24] para solicitar la restitución del infante.

Y lo que antes se realizaba a través de los medios tradicionales de cooperación judicial, como la «tramitación de las solicitudes por comisiones rogatorias o la homologación de sentencias extranjeras que determinaban la custodia, [el régimen de visitas o incluso la restitución del menor]», hoy, tras la introducción de los convenios en cuestión, se realiza

17. Sobre el histórico de ambos textos, *véase* Dolinger, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 247 y ss, y Araujo, Nádia. «Direito Internacional Privado: Teoria e Prática». *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 2020, p. 502 y ss.

18. Robichez, Juliette. A aplicação da Convenção da Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças de 1980: perspectivas brasileiras. Ciente-Fico.com (impresso), v. 1, p. 28-40, 2013, p. 13.

19. Según el artículo 3, apartado «a) de la Convención de Montevideo de 1989, *«el derecho [...] a la custodia comprende el derecho al cuidado del niño y, en particular, a decidir sobre su lugar de residencia»*. La redacción es similar a la del artículo 5, apartado «a» del Convenio de La Haya de 1980. Este derecho, según el artículo 3, apartado «b» del Convenio de La Haya, *«puede resultar de una atribución automática, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor según la ley del Estado [en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención]»* (traducción nuestra).

20. Según el artículo 3.º, apartado «b» de la Convención de Montevideo de 1989, «el derecho de visita incluye el derecho a llevar al menor, por un período limitado, a un lugar distinto de su residencia habitual», cuya redacción es similar a la del artículo 5.º, apartado «b» del Convenio de La Haya de 1980.

21. Esta es la disposición contemplada en el artículo 1.º de ambas convenciones.

22. Esta es la disposición del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 y del artículo 4 de la Convención de Montevideo de 1989.

23 Así lo prescribe el artículo 9, párrafo uno, apartado «c» de la Convención de Montevideo de 1989; y el artículo 8, apartados «c», «e» (en particular) y «g» del Convenio de La Haya de 1980.

24 Así lo prescribe el artículo 9, párrafo dos, apartado «b» de la Convención de Montevideo de 1989; y el artículo 8, apartado «a» del Convenio de La Haya de 1980.

igualmente[25] a través de Ayuda Directa[26]. Respecto a este instituto, Dolinger[27] aclara que se trata de

> [...] un sistema de cooperación procesal, para un fin específico, en el que las autoridades de dos jurisdicciones mantienen una coordinación permanente, a través de sus Autoridades Centrales, las cuales están llamadas a colaborar siempre que se produzca un desplazamiento o retención transfronteriza ilegal de un niño (traducción nuestra).

En otras palabras, la ayuda directa se refiere a la cooperación jurídica, a través de la cual se busca restablecer la situación anterior del niño de una manera más rápida y menos burocrática, pues permite a las autoridades de un país solicitar directamente a la Autoridad Central de su Estado, donde el niño se encuentra irregularmente, que realice actos procesales en su propia jurisdicción[28], evitando así gestiones que antes eran lentas y rutinariamente culminaban con la retención del niño en el extranjero. Esto se debe a que, al mismo tiempo que sería posible iniciar procedimientos de búsqueda, incautación y restitución del niño en el país de residencia habitual, en función de comisiones rogatorias y posterior homologación de una sentencia extranjera —procedimientos largos[29] y a veces inadecuados[30]—, sería igualmente plausible que

---

25. Se dice «igualmente» porque la introducción de ambas convenciones en el orden jurídico brasileño no excluyó a la posibilidad de cooperación tradicional, especialmente en la tramitación de acciones de búsqueda, incautación y restitución de niños sustraídos ilegalmente por uno de sus padres o representantes legales del Estado de residencia habitual. Los tratados sólo permitieron que surgiera otro mecanismo de cooperación menos laborioso, pues en lugar de obtener la sentencia (tras realizar varios actos procesales mediante comisiones rogatorias) y luego proceder a su homologación en el extranjero, los convenios permiten que se acuda a la autoridad central del Estado de residencia habitual de donde fue sustraído el niño para que ésta proceda a los trámites correspondientes ante la autoridad central del Estado de destino, visando a la repatriación del niño. Sin embargo, este procedimiento más célere y facilitado solamente podrá ser utilizado entre los países que han ratificado a los Convenios de La Haya y Montevideo. Además, se reitera que ambos tratados no excluyen bajo ninguna circunstancia la posibilidad de que el juez de residencia habitual conozca de cualquier acción de búsqueda, incautación y restitución de un niño. Esto es lo que explica Tibúrcio: «*Cabe decir que la Convención* ***no pretende*** *establecer un sistema para la restitución de niños sustraídos ilegalmente de su lugar de residencia habitual y entre los Estados Partes que* ***sea exclusivo****, es decir, que excluya a otros sistemas. [...] Sobre todo porque* ***sería un error*** *afirmar que la Convención impediría la sustracción internacional de niños sin tener en cuenta el importante papel que desempeñan las autoridades judiciales o administrativas nacionales*» (traducción y énfasis nuestro). Tiburcio, Carmen; Calmon, Guilherme. *Sequestro Internacional de Crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 512. Esto también está previsto en la Convención de Montevideo de 1989 en la parte final del artículo 6, así como en el artículo 29 del Convenio de La Haya de 1980.

26. Araujo, Nádia de. «A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro de menores: algumas notas recentes». *Revista da Escola da Magistratura do TRF4*, Porto Alegre, a. 1, v. 1, pp. 239-242, 2014. p. 240.

27. Dolinger, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 244-245.

28. Loula, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto: Novo Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

29. Sobre el tema, *véase* Araujo, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 509 sobre todo respecto a que los procedimientos de homologación de sentencia extranjera que establecen la prisión preventiva siguen sujetos al contradictorio —aunque sea deliberativo—, además de otros posibles recursos, no permitiendo la celeridad necesaria para restablecer el *status quo ante*.

30. Cabe destacar que, en el caso específico del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), no obstante la existencia de tratados de Derecho Internacional Privado que promueven la circulación de exhortos, sentencias y medidas cautelares entre los Estados partes, no existe una medida específica para la sustracción internacional de menores. Sobre el tema, Toniello señala la insuficiencia de algunos de

el progenitor sustractor obtuviera, de la autoridad judicial del país de destino[31], una decisión «absurdamente irregular» apoyando a la retención del infante en el extranjero, como alude Dolinger[32], en virtud de la posible existencia de otros elementos de conexión «más nacionalistas» para señalar tanto la ley aplicable como la jurisdicción competente para determinar los derechos de custodia y/o de visita, o incluso por la posibilidad de tergiversación de los hechos, como comenta Araújo[33].

Al fin y al cabo, los dos tratados en discusión establecen la residencia habitual como elemento de conexión para la determinación de la ley aplicable y jurisdicción competente respecto a las acciones de custodia y/o visita[34], lo que dará sostén a las solicitudes de restitución a través del respectivo procedimiento. Fuera del ámbito convencional, el elemento conector para indicar la ley aplicable y la jurisdicción sobre los derechos de custodia y/o visita estará a cargo de las normas de conflicto de cada Estado[35], que pueden ser generales, como en Brasil, que no contempla una norma específica en el derecho positivo para los casos de sustracción y restitución de menores.

Así, por ejemplo, el artículo *7, chapeaux*, de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB) adopta el criterio del domicilio como punto de conexión general para las situaciones que involucran al derecho de familia. En ese sentido, se podría sostener que el artículo apunta al domicilio del niño como punto de conexión para determinar las cuestiones de fondo[36], que eventualmente podría entenderse como el del Estado de destino. En relación al

estos instrumentos mercosureños para tratar la cuestión, como el Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR, que *«prevé la posibilidad de cumplir medidas cautelares destinadas a prevenir la irreparabilidad de daños a las personas»*. Esto se debe a que el artículo 12 restringe su aplicación a casos de custodia de menores, y el autor explica que «*el juez o tribunal del Estado requerido podrá limitar el alcance de la medida exclusivamente a su territorio, en espera de la decisión del juez o tribunal del procedimiento principal. De esta manera, se otorga amplia discrecionalidad al magistrado del Estado requerido*» (traducción nuestra). Toninello, Fernanda. «A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores». *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 1, n. 1, pp. 1-30, jan./jun. 2007. p. 19. Por otro lado, Dolinger sostiene que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal permite la utilización de procedimientos del MERCOSUR, como los previstos en el Protocolo de Las Leñas de 1992 para el cumplimiento de comisiones rogatorias pasivas con carácter ejecutivo, para casos de restitución internacional de hijos. Dolinger, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 319.

31. Santos, Francisco Cláudio de Almeida. «A proteção da criança e a Convenção da Haia de 1980». *BDJur*, Brasília-DF, pp. 1-18, set. 2009. p. 6-7

32. Dolinger, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 241.

33. Araujo, Nádia de. «A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro de menores: algumas notas recentes». *Revista da Escola da Magistratura do TRF4*, Porto Alegre, a. 1, v. 1, pp. 239-242, 2014. p. 241.

34. Cabe señalar, por ejemplo, que la Convención de Montevideo de 1989 establece en su artículo 16 que no será posible que el país para el cual fue transportado el infante decida sobre el fondo del derecho de custodia, entendiéndose que éste no sería el foro adecuado para ello. Además, su artículo 4 establece que la ley aplicable será la del Estado en donde el infante tuviera su residencia habitual. En lo que respecta al Convenio de La Haya de 1980, éste indica que la ley aplicable es la del Estado de residencia habitual antes del traslado y/o retención ilícitos, conforme su artículo 3, así como que la «jurisdicción principal» es la del juez del Estado de residencia habitual, conforme los artículos 14 y 15.

35. Cidrão, Taís Vasconcelos; Muniz, Antônio Walber; Sobreira, Sérgio Adriano Ribeiro. «Sequestro internacional de crianças: uma análise da Convenção de Haia de 1980». *Ponto-e-Vírgula*, n. 23, pp. 44-59, ago. 2018. p. 48.

36. Brasil. Decreto-lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm, Consultado el: 30 abr. 2025.

foro, es necesario realizar un ejercicio argumentativo en favor de la utilización de algunas de las posibilidades contempladas en el artículo 21 del Código Procesal Civil brasileño, que establece reglas sobre jurisdicción concurrente. En especial, el tercer párrafo de ese artículo apunta a que para habilitar la jurisdicción del juez nacional debe haber ocurrido un hecho o acto practicado en Brasil. Así, en los casos de sustracción internacional, la retirada o retención ilícita del niño del Estado de su residencia habitual podría igualmente atraer la jurisdicción de ese Estado[37].

Además, el Convenio de La Haya de 1980 sigue prescribiendo específicamente que la mera existencia de una «decisión relativa a la custodia [...] no puede servir de base para justificar la negativa de restitución del niño» (traducción nuestra), ya que, como establece, esta cuestión debe evaluarse según la ley y la jurisdicción de la residencia habitual del niño sustraído y retenido ilícitamente en el extranjero[38]. En los casos de cooperación tradicional fuera del ámbito convencional, cuestiones relativas a la existencia de cosa juzgada podrían dar lugar a que se denegara la aprobación de una sentencia extranjera en materia de custodia y/o visitas, permaneciendo el niño en el extranjero[39].

Es por ello que los Convenios de La Haya y de Montevideo sobre sustracción internacional de niños resultan relevantes, dado que, además de inaugurar una nueva forma de diálogo entre jurisdicciones[40], aseguran un elemento básico de conexión para indicar la ley aplicable y la jurisdicción internacional en acciones de custodia y/o visita, uniformizando soluciones en la materia.

Sin embargo, es necesario aclarar que el retorno del niño a su Estado de residencia habitual no siempre se producirá. Incluso en los casos en que *prima facie* se cumplen todos los requisitos, existen excepciones previstas en los propios convenios. El primer punto que impide la restitución por medio del sistema de cooperación internacional generado por los tratados es si el niño ya ha cumplido 16 años de edad[41]. En este caso, la aplicación de los Convenios de Montevideo

37. Brasil. Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Consultado el: 30 abr. 2025. En este caso, sin embargo, nada impediría que otro Estado entendiera que es igualmente competente. Por lo tanto, como la jurisdicción brasileña es concurrente, no se descartaría la posibilidad de homologación de una sentencia extranjera, caso fuese dictada antes de una decisión interna respecto a la materia. En este punto, se extinguiría la acción brasileña y posiblemente el niño secuestrado sería mantenido en el extranjero.

38. Esto es lo que prescribe el artículo 17 del Convenio de La Haya de 1980. Esta disposición se suma al artículo 16, según el cual *«[d]espués de haber sido informadas del traslado o retención ilícitos de un niño [...], las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante al que el niño haya sido llevado o donde se encuentre retenido* **no podrán decidir sobre el fondo del derecho de custodia,** *a menos que se compruebe que no se cumplen las condiciones previstas en el presente Convenio para la restitución del niño o hasta que haya transcurrido un plazo razonable sin que se haya presentado una solicitud de aplicación del presente Convenio»* (énfasis nuestra). Silva y Madeira explican que estas medidas «tienen como objetivo evitar que las autoridades judiciales del Estado para el cual fue llevado el menor sean utilizadas por el progenitor sustractor para dar apariencia de legitimidad a la conducta del traslado o retención ilícita. Esto debe interpretarse como una determinación convencional de la restitución del menor a la jurisdicción más apropiada para determinar los derechos de custodia y visita» (traducción nuestra). Silva, Artenira da Silva; Madeira, João Bruno F. 17«O Sequestro Internacional de Crianças e a Proteção aos Interesses do Menor: A Integração da Criança a Novo Meio como Exceção à Aplicação da Convenção da Haia de 1980». *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2., n. 2, Jul/Dez, 2016. p. 43.

39. Este es el caso de la legislación brasileña. El Código Procesal Civil, entre los requisitos indispensables para la homologación de decisión extranjera, contempla la imposibilidad de violación a la cosa juzgada brasileña, conforme el artículo 963, párrafo 4.º.

40. Squeff, Tatiana Cardoso. «Para além da cooperação tradicional: a positivação do auxílio direito no novo Código de Processo Civil». *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 25, pp. 261-300. 2017.

41 Así lo establece el artículo 2.º de la Convención de Montevideo de 1989 y el artículo 4.º del Convenio de La Haya de 1980.

y de La Haya cesa por completo, independientemente de que el procedimiento se haya iniciado antes de ese límite de edad[42]. El segundo punto que puede obstaculizar a la restitución bajo la aplicación de las convenciones se produce cuando la solicitud formal de restitución se haya iniciado tardíamente, es decir, a más de un año calendario a partir de la fecha en que el niño fue sustraído o retenido ilícitamente en el extranjero por el padre/madre o tutor sustractor[43-44].

En este sentido, ambos tratados prevén reglas adicionales, que establecen que, incluso si el plazo es superior a un año, el procedimiento de restitución podrá iniciarse, pero si se demuestra que el menor se ha adaptado al nuevo domicilio se permite su no retorno[45]. Ésta es una regla importante, pero ambigua. Por una parte, es conforme al principio del interés superior del niño, garantizando sus derechos humanos y libertades fundamentales[46], pero por otro lado puede interpretarse como una apertura convencional para que la autoridad administrativa o judicial del país de destino del niño sustraído pueda ser utilizada por el padre/madre o tutor sustractor para sostener su adaptación[47] al nuevo entorno[48].

Esta cuestión no está exenta de críticas por parte de la doctrina, quien entiende que se trata de un vacío legal en los convenios, que no traen específicamente la calificación de residencia habitual, permitiendo un margen de apreciación e interpretación nacional de los hechos y del

42. Tibúrcio, Carmen; Calmon, Guilherme. *Sequestro Internacional de Crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014, p.108.

43. Esta disposición está establecida en el artículo 14, párrafo uno de la Convención de Montevideo de 1989 y en el artículo 12, párrafo uno del Convenio de La Haya de 1980.

44. La Convención de Montevideo de 1989 establece en su artículo 14, párrafo segundo, que el plazo no comienza a correr cuando se desconoce el paradero del niño.

45. Así lo prevé el artículo 14, párrafo tercero de la Convención de Montevideo de 1989 y el artículo 12, párrafo segundo del Convenio de La Haya de 1980.

46. Perez-Vera, Elisa. «Explanatory report on the 1980 Hague Child Abduction Convention». *Netherlands: HCCH Publications*, 1982, p. 7-8. Además, esto es lo que establece el artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980: «La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». Sin embargo, se observa que, al menos en Brasil, *«el artículo 20, en la práctica, raras veces se utiliza [...] para denegar el retorno del infante, pues esta regla [aquí] se aplica solamente a casos excepcionales como, por ejemplo, cuando el Estado de residencia habitual del menor permita, en caso de reingreso, su sometimiento a malos tratos»* (traducción nuestra). Silva, Artenira da Silva; Madeira, João Bruno F. «O Sequestro Internacional de Crianças e a Proteção aos Interesses do Menor: A Integração da Criança a Novo Meio como Exceção à Aplicação da Convenção da Haia de 1980». *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, Jul/Dez, 2016. p. 50.

47. Sobre el tema de la aplicación de la excepción referida, *véase*: Vieira, Luciane Klein. «El interés superior del niño y la restitución internacional de menores: un caso brasileño». *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, v. I, p. 185-200, 2009.

48. Es importante destacar lo que explican Tibúrcio y Calmon sobre la adaptación al nuevo entorno: «*Hay que tener en cuenta que la prueba de la efectiva adaptación del niño al nuevo entorno no se satisface con la simple demostración de la inscripción del niño en una buena escuela; de vivir en un hogar confortable; de contratar una niñera o chofer para cuidar al niño; de atención médica y hospitalaria garantizada por un excelente plan de salud; o circunstancias similares*» (traducción nuestra). Tiburcio, Carmen; Calmon, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 264. Por otro lado, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) sostiene que para la decisión *«el juez debe considerar una serie de factores, como el amor y los vínculos afectivos entre los padres, los familiares y el niño, el hogar, la escuela, la comunidad, los vínculos religiosos del niño y la capacidad del tutor para fomentar un contacto y una comunicación saludables entre el niño y el otro progenitor»* (traducción nuestra). Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.293.800/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Juzgado el: 28.05.2013. Publicado en DJe el 05.06.2013.

derecho[49], lo que culmina en inseguridad jurídica y falta de uniformidad en la aplicación de los tratados en los distintos Estados signatarios.

Además, un tercer punto que impide la restitución en los términos de las convenciones surge de la propia manifestación del niño ante la autoridad administrativa o judicial del país donde se encuentra detenido irregularmente, si ésta considera que, por su edad y madurez, su opinión deba ser tomada en cuenta[50]. Se trata, como sostiene Gonçalves[51], de considerar al niño como sujeto de derechos —y no «propiedad de los padres» (traducción nuestra)—. En Brasil, específicamente, la realización de audiencia con el infante es un derecho garantizado constitucionalmente, destinado a tornar efectivo lo prescrito en el artículo 227 de la Constitución Federal de 1988[52], aunque sea entendimiento del Poder Judicial que esa audiencia no debe realizarse

49. La doctrina señala que, como los convenios sobre restitución internacional de niños no definen explícitamente la residencia habitual, la falta de calificación puede acarrear problemas porque *«corresponderá al juez, tras valorar las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, decidir dónde está la residencia habitual del menor»* (traducción nuestra). Miguel Filho, Theophilo Antônio. *Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. 198p. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 55. En el mismo sentido, Araujo, Nádia. «Derecho Internacional Privado: Teoría y Práctica». *Nueva York: Courts Review*, 2020, p. 358, en la que critica la falta de una definición de residencia habitual y p. 502 en la que se refiere a *la prueba del tiempo transcurrido y de las condiciones de adaptación del menor a su nueva vida*. Dolinger, por su parte, sostiene que: «*La Convención [de 1980] no estableció un criterio definidor de lo que constituye la residencia habitual, pues algunos la conceptualizan de manera prácticamente idéntica al domicilio, mientras que otros se conforman con una corta estancia en el país*», lo que puede causar problemas al momento de valorar los casos en los que se alegue que no existe adaptación al nuevo entorno, porque la comprensión respecto a la extensión del concepto de residencia habitual puede variar de Estado a Estado (traducción nuestra). Dolinger, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 249-250. Por ejemplo, en Brasil, la residencia habitual es *«aquella donde el hijo tenía sus raíces y vivía permanentemente»* (traducción nuestra). Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 1.315. 342/ RJ. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Juzgado el: 27 nov.12. DJe de 04 dez. 12. Por otro lado, en Estados Unidos, se entiende que la residencia habitual es determinada por *«la persona que tiene la custodia»*, considerando siempre como determinantes *«otras relaciones de carácter social y familiar»*. Messere. *O Brasil e a Convenção sobre os Aspectos Civis do. Seqüestro Internacional de Crianças.* 176 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Brasília, 2005. p. 161.

50. Esta disposición está contenida en el artículo 11, párrafo 2 de la Convención de Montevideo de 1989, y en el artículo 13, párrafo 2 del Convenio de La Haya de 1980.

51. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa. «Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II bis». *Cadernos de Direito Actual n.º* 3, pp. 173-186, Universidade do Minho, 2015.

52. Esta es la interpretación del Supremo Tribunal Federal. Véase: HABEAS CORPUS - NIÑOS Y ADOLESCENTES - RELEVANCIA. *La Carta de 1988 impone a la familia, a la sociedad y al Estado el deber de garantizar, con prioridad, a los niños y a los adolescentes, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la formación profesional, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la vida familiar y comunitaria, y de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión —artículo 227—. Las pasiones reprensibles de los padres, resultantes de la terminación contenciosa de la sociedad marital, no pueden involucrar a los hijos menores de edad, en detrimento de los valores que se les garantizan constitucionalmente.* **En una edad en la que pueden comprender razonablemente los caminos turbulentos de la vida, tienen derecho a ser escuchados y a que sus opiniones sean consideradas sobre su estancia en tal o cual lugar, en tal o cual entorno familiar y, en consecuencia, a permanecer en compañía de tal o cual ascendente, siempre que no haya razones morales que excluyan la razonabilidad de la definición.** *La determinación de retornar perentoriamente, como si así lo fuera, a un lugar determinado, con el fin de permanecer bajo la custodia de uno de los padres, constituye una restricción ilegal. El derecho a ello no anula al deber que tiene el propio titular de preservar la educación del menor, que el artículo*

cuando el período de sustracción o retención ilícita del niño sea aún inferior a un año contado a partir de la fecha de recepción de la solicitud de cooperación[53].

A su vez, un cuarto aspecto que debe ser considerado y que puede impedir el retorno del menor y que también se basa en la garantía del respeto al interés superior del niño[54] es la existencia de grave riesgo al que estará expuesto cuando de su regreso. En otras palabras, si el niño queda expuesto a peligros de orden físico o psicológico, que hagan intolerable su estancia en el Estado de origen (de residencia habitual), no se debe ordenar su devolución. En estos casos[55], evidentemente, se exige prueba de la existencia de la situación fáctica descrita.

Igualmente, los tratados permiten la no devolución del niño al Estado de su residencia habitual cuando no había, en ese Estado, respecto a la persona o institución detentora de la custodia, el ejercicio efectivo de eso derecho o si hubo el consentimiento[56] de tal persona o institución respecto a que el niño pudiese quedarse en el Estado de destino y allí establecer nuevo domicilio.

Por fin, tanto la CIDIP IV como el Convenio de La Haya contemplan la excepción de orden público[57], que autoriza a que no se permita el regreso del niño al Estado de residencia habitual cuando se violan principios como la dignidad de la persona humana, respecto al cual se inserta, evidentemente, el interés superior del niño.

Resulta que gran parte de los rechazos de solicitudes de cooperación internacional con base en ambas convenciones para efectos de retorno de niños trasladados y/o retenidos ilícitamente en Brasil se basan en la excepción de grave riesgo, que será objeto de estudio en el próximo ítem.

3. La interpretación de Brasil a las excepciones a la restitución internacional de niños previstas en los Convenios de Montevideo y de La Haya: la situación específica de los casos de violencia doméstica

En primer lugar, cabe señalar que el procedimiento establecido por los Convenios de Montevideo (CIDIP IV) y de La Haya para promover la restitución inmediata de un niño trasladado o retenido ilegalmente en el extranjero no es complejo. De acuerdo con estos tratados, en el caso de sustracción debidamente comprobada con la falta del derecho de custodia o de visita de quien retiró y/o mantuvo ilegalmente a un niño fuera del país de origen, el padre/madre o respon-

227 de la Constitución Federal establece como objetivo prioritario. **El orden se concede para dar mayor eficacia a la manifestación de voluntad de los menores de permanecer en el domicilio de sus abuelos maternos y en compañía de éstos y de su propia madre, desvirtuando la definición de custodia que siempre tiene un tinte relativo** *y, por ello mismo, puede ser modificada en cuanto las circunstancias concurrentes lo exijan* (énfasis y traducción nuestra). Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69303/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Juzgado el: 30.06.1992. DJ en 20.11.1992, p. 21612.

53. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 449/2022: Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto no 3.141, de 14 de abril de 2000. Brasília, 30 mar. 2022, artículo 14, apartado 3°.

54. Perez-Vera, Elisa. «Explanatory report on the 1980 Hague Child Abduction Convention». *Netherlands*: *HCCH Publications*, 1982. p. 7.

55. Esta disposición se encuentra en el artículo 11, párrafo 1, apartado «b» de la Convención de Montevideo de 1989, y en el artículo 13, párrafo 1, apartado «b» del Convenio de La Haya de 1980.

56. Artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 y artículo 11 de la CIDIP IV de 1989.

57. Artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980 y artículo 25 de la CIDIP IV de 1989.

sable, que no consintió con en esa situación[58], deberá comunicarse con la autoridad central[59] que, en Brasil, es la Autoridad Central Administrativa Federal (ACAF), un órgano del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública (MJSP), vinculado, por lo tanto, al Poder Ejecutivo Nacional.

La ACAF es quien, en los casos de sustracción activa, se contactará con el Estado signatario del tratado donde se encuentra el niño, solicitándole «rápidamente una medida de restitución directamente a la autoridad del país requerido, sin necesidad de decisión previa [sobre la restitución] [del] país requirente»[60]. En los casos de sustracción pasiva, la ACAF igualmente actuará como instancia administrativa para posibilitar el retorno inmediato del niño y si no fuere posible un acuerdo entre partes, actuará por medio de la Abogacía General de la Unión (AGU), que tendrá la competencia[61] para interponer, sin costo para el padre/madre o responsable, acciones en la Justicia Federal[62] para la búsqueda, incautación y restitución de los niños que se encuentran retenidos irregularmente en Brasil[63]. Es en este punto que, en Brasil, se sostienen las excepciones al retorno del infante previstas en los textos convencionales, como la referente a la exposición del niño a peligros de orden físico o psicológico.

Cabe recalcar que la restitución del niño mediante medidas judiciales interpuestas por las autoridades competentes, previa determinación de las Autoridades Centrales locales será siempre precedida de un intento de restitución amistosa, que será coordinado por las propias Autoridades Centrales. Sin embargo, en los casos en que la parte sustractora alegue que la restitución potencialmente tendrá como consecuencia la exposición del niño a peligros físicos o psicológicos, las medidas se tomarán necesariamente en el ámbito Judicial, pues es éste el que tendrá la facultad de analizar en detalle dicha situación, a partir de las pruebas producidas. Respecto de la evidencia de tal situación, en concreto, Silva y Madeira sostienen que:

---

58. El consentimiento previo o posterior para el traslado y/o mantenimiento del niño en el país de destino constituye una razón que impide al retorno inmediato. En la Convención de Montevideo de 1989, esta regla está prevista en el artículo 11, párrafo 1, apartado «a», mientras que en el Convenio de La Haya de 1980 está prevista en el artículo 13, párrafo 1, apartado «a». En todo caso, el debate sobre el consentimiento también puede presentarse ante las autoridades administrativas y judiciales del Estado de destino. *«En tales casos, un punto importante a observar es la verificación de la forma en que el niño fue sacado del país de su residencia habitual»* (traducción nuestra). Silva, Artenira da Silva; Madeira, João Bruno F. «O Sequestro Internacional de Crianças e a Proteção aos Interesses do Menor: A Integração da Criança a Novo Meio como Exceção à Aplicação da Convenção da Haia de 1980». *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2., n. 2, Jul/Dez, 2016. p. 49-50.

59. Esta determinación está prevista en el artículo 9 del Convenio de La Haya de 1980 y en el artículo 10 de la Convención de Montevideo de 1989.

60. Araujo, Nádia de. «A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro de menores: algumas notas recentes». *Revista da Escola da Magistratura do TRF4*, Porto Alegre, a. 1, v. 1, pp. 239-242, 2014. p. 241.

61. El ejercicio del *jus postulandi* que le corresponde a la AGU, como representación del interés del Estado brasileño deriva de los artículos 131 de la Constitución Federal de 1988 y de la Ley Complementaria n.º 73 de 1993. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consultado el: 30 abr. 2025; Brasil. Lei Complementar n. 73 de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Consultado el: 30 abr. 2025. *Véase* también: Souza, Nathalia B.; Squeff, Tatiana Cardoso. «Apontamentos Gerais Sobre o Sequestro Internacional de Crianças». In: Rosa, Conrado Paulino; Thomé, Liane Maria B. (Org.). *As Famílias e os Desafios da Contemporaneidade*. Porto Alegre: IBDFAM-RS, 2015. pp. 277-303.

62. Eso surge del artículo 109, apartado III de la Constitución Federal de 1988.

63. Brasil. Advocacia Geral da União – AGU. Combate à Subtração Internacional De Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Brasília-DF, 2011. p. 9, Disponible en: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/cartilha-agu.pdf. Consultado el: 28 mar. 2025.

> [...] se deben analizar las circunstancias de existencia de un grave riesgo de peligro físico o psicológico o de una situación intolerable para el menor en relación con el lugar donde el infante tendrá mejores oportunidades de vida. Además, el riesgo en cuestión debe ser grave, no siendo suficiente la mera existencia del mismo. Debe ser pertinente, exigiendo que se tenga en cuenta la magnitud del riesgo para poder descartar la posibilidad que el niño regrese al país de residencia habitual. Tal riesgo debe ser identificado y probado con motivos concretos, y el padre que se oponga a la restitución del niño debe aportar pruebas (traducción nuestra)[64].

Es claro que esta excepción es mucho más amplia que la existencia de un caso previo o potencial de violencia doméstica, dado el reporte y evidencia de que el padre/madre o tutor sustractor sufrió abusos, incluso para acreditar su salida del país. Como describen los autores, también puede estar vinculado al entorno en el que se encuentra el niño sustraído y retenido, si bien, en estos casos, los riesgos de su retorno y manutención en su país de origen deben probarse efectivamente, por ejemplo, «mediante peritaje profesional» o incluso en la audiencia ante el tribunal, si éste entiende que se trata de una posibilidad plausible considerando la madurez del niño[65]. Más que eso, también requiere «la demostración de que el Estado requirente [es decir, el Estado de origen] no estaría interesado en tomar todas las medidas necesarias para brindar plena protección al niño» (traducción nuestra)[66], pues se recuerda que el objetivo de los tratados en discusión es asegurar que el niño regrese al Estado de su residencia habitual, apoyándose, así, la búsqueda de su interés superior[67].

A pesar de ello, son bastante comunes los casos que involucran a la violencia doméstica como circunstancia relativa a esta excepción a la restitución internacional de niños, en particular, en Brasil, cuando se analizan los pedidos de sustracción pasiva. De hecho, actualmente, en virtud de las discusiones que se hacen posible en ese ámbito, dos Acciones Directas de Inconstitucionalidad (ADIs) están siendo tramitadas ante el Supremo Tribunal Federal (STF): ADI n.º 4245, propuesta por el DEM (Partido Demócrata) el 27 de mayo de 2009, y ADI n.º 7686, propuesta por el PSOL (Partido del Socialismo y Libertad) el 19 de julio de 2024.

La ADI n.º 4245 cuestiona la adhesión de Brasil al Convenio de La Haya de 1980, argumentando que su aplicación basada en el restablecimiento del status *quo ante*, sin consideración específica y reglamentada de las excepciones previstas, ha llevado a «interpretaciones peligrosamente equivocadas, que acaban desvirtuando su verdadero objetivo», que es la protección del interés superior del niño, culminando en el propio vaciamiento de preceptos constitucionales, como «la dignidad humana, la protección integral del niño y el debido proceso legal» (traducción nuestra)[68].

Según el DEM, casos como la devolución de niños en supuestos de potencial exposición a peligros físicos o psicológicos, sin un análisis detallado, promovido a través de acciones entabladas por la AGU, al amparo de decisiones judiciales de custodia y/o visita que no fueron debi-

---

64. Silva, Artenira da Silva; Madeira, João Bruno F. «O Sequestro Internacional de Crianças e a Proteção aos Interesses do Menor: A Integração da Criança a Novo Meio como Exceção à Aplicação da Convenção da Haia de 1980». *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2., n. 2, Jul/Dez, 2016. p. 50.

65. Silva, Artenira da Silva; Madeira, João Bruno F. «O Sequestro Internacional de Crianças e a Proteção aos Interesses do Menor: A Integração da Criança a Novo Meio como Exceção à Aplicação da Convenção da Haia de 1980». *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2., n. 2, Jul/Dez, 2016. p. 50.

66. Silva, Artenira da Silva; Madeira, João Bruno F. «O Sequestro Internacional de Crianças e a Proteção aos Interesses do Menor: A Integração da Criança a Novo Meio como Exceção à Aplicação da Convenção da Haia de 1980». *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2., n. 2, Jul/Dez, 2016, p. 50.

67. Perez-Vera, Elisa. «Explanatory report on the 1980 Hague Child Abduction Convention». *Netherlands: HCCH Publications*, 1982. p. 7; y Dolinger, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 250.

68. Brasil. Supremo Tribunal Federal. DEM questiona Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro de Crianças. Brasília, 27 mai. 2009. Disponible en: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108797&ori=1. Consultado el: 28 abr. 2025.

damente homologadas en el país ante el Superior Tribunal de Justicia, que tendría jurisdicción constitucional para ello, demuestran una «postura extremadamente activista de la Unión», además de violar, a su juicio, «el principio de impersonalidad que debe regir su actuación», invadiendo abiertamente la esfera privada (traducción nuestra)[69].

Por tanto, buscan, a través de la ADI, que se impida a la AGU iniciar los procedimientos judiciales previstos en el Convenio de La Haya de 1980 en materia de cooperación internacional pasiva a efectos de búsqueda, aprehensión y restitución inmediata de niños, en Brasil, ya que, según el DEM, no sería ésta el órgano competente para ello. Además, señala que deben existir criterios específicos para analizar las particularidades de todos los casos que llegan a Brasil al amparo del Convenio, evitando así, mediante la concesión de medidas cautelares que ordenan el pronto retorno del niño al Estado de residencia habitual, la violación del interés superior de éste último previsto en el artículo 227 de la Constitución Federal Brasileña, especialmente en casos de violencia doméstica cometida contra las madres sustractoras, quienes son las «*cuidadoras primarias*» de los niños sustraídos y retenidos en Brasil[70].

En otras palabras, argumentan que los tratados sobre la materia son de jerarquía infraconstitucional y, por lo tanto, deben aplicarse siempre con base en lo que establece la Constitución brasileña, y no al revés. Y si ello pone de relieve la protección integral de la infancia como principio fundamental vinculado a la dignidad de la persona humana, contemplado en el artículo 1.º, apartado III de la Constitución, la determinación de la restitución inmediata de niños prevista en los tratados sería incompatible con esa tutela[71]. Así, según el DEM, debe darse una interpretación amplia a los artículos que se refieren a las excepciones a la devolución, previstos en los tratados, en el sentido de que éstas deben ser siempre tomadas en consideración, especialmente a la luz de lo prescripto en el texto constitucional, antes de simplemente ordenarse la devolución inmediata del niño[72].

No muy lejos, la ADI n.º 7686 también busca impedir el regreso inmediato y automático de niños sustraídos de Brasil, sin considerar su situación en el país de residencia habitual. En concreto, el PSOL busca impedir la repatriación de niños a su país de origen cuando exista cualquier sospecha de violencia doméstica cometida por el padre o representante legal contra la madre del menor. El Partido proporcionó datos importantes sobre el tema para sostener su afirmación: afirmó que «el 57,6 % de los casos relacionados con el Convenio de La Haya involucran a la violencia doméstica contra la mujer, pero en apenas el 7 % de ellos hay reconocimiento del riesgo a los niños traídos a Brasil e impedimento a su repatriación» (traducción nuestra)[73].

Cabe señalar que con base en el artículo 13, apartado «b», del Convenio de La Haya de 1980, que tiene una previsión similar en la CIDIP IV, en su artículo 11, apartado «b», la Autoridad del Estado de destino no está obligada a ordenar la restitución del niño si se prueba que éste estará sujeto a un grave peligro físico o psicológico, o incluso podrá encontrarse, si regresa, ante situación intolerable. No existe ninguna disposición expresa en los textos convencionales que dis-

69. Brasil. Supremo Tribunal Federal. DEM questiona Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro de Crianças. Brasília, 27 mai. 2009. Disponible en: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108797&ori=1. Consultado el: 28 abr. 2025.

70. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4245/DF. Min. Luís Roberto Barroso em substituição ao Min. Joaquim Barbosa. Petição inicial.

71. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4245/DF. Min. Luís Roberto Barroso em substituição ao Min. Joaquim Barbosa. Petição inicial.

72. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4245/DF. Min. Luís Roberto Barroso em substituição ao Min. Joaquim Barbosa. Petição inicial.

73. Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF ouve argumentos em ação sobre repatriação de crianças em casos de violência doméstica. Brasília, 06 fev. 2025. Disponible en: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-ouve-argumentos-em-acao-sobre-repatriacao-de-criancas-em-casos-de-violencia-domestica. Consultado el: 28 abr. 2025.

ponga que la violencia cometida contra la madre constituya un impedimento para el regreso del niño al Estado de su residencia habitual[74].

Y esto es precisamente lo que pide el PSOL, al señalar que se debe otorgar protección socio-jurídica a la mujer víctima de violencia doméstica, que retiene ilícitamente al hijo en otro Estado que no el de su residencia habitual, para que pueda allí convivir y crear a su prole, dado que es la *«cuidadora primaria»* del niño. En otras palabras, la parte argumenta que esta protección precedería al propio derecho de custodia del padre o tutor que quedó en el Estado de residencia habitual[75]. Al fin y al cabo, en la misma línea de lo sostenido por el DEM, hay preceptos constitucionales que deberían ser tomados en consideración a la hora de aplicar los tratados sobre sustracción de menores, como la necesidad de que el Estado cuente con mecanismos de prevención de la violencia en el ámbito de las relaciones familiares (artículo 226, párrafo 8), además del interés superior del niño (artículo 227, *chapeaux*) y de la propia dignidad de la persona humana (artículo 1, apartado III)[76].

Para corroborar aún más su solicitud, el PSOL trajo a colación el argumento contenido en la Guía de Buenas Prácticas relativa al Convenio de La Haya de 1980, cuyo objetivo es ayudar en la interpretación del tratado, especialmente en virtud de los nuevos contextos sociales en los que se insertan los Estados Miembros, a saber:

> 33. Sin embargo, **los peligros para los padres, ya sean físicos o psicológicos, pueden, en algunas circunstancias excepcionales, crear un grave riesgo de que la restitución someta al niño a un peligro físico o psicológico**, o de otro modo lo exponga a una situación intolerable. La excepción del artículo 13(1)(b) **no exige, por ejemplo, que el niño sea víctima directa o primaria de peligro físico** si hay pruebas suficientes de que, debido al riesgo de peligro dirigido a los padres adoptivos, exista un grave riesgo para el niño[77]. (**énfasis y traducción nuestra)**.

Además, también trajo en su denuncia inicial la instrucción del Consejo Federal de Justicia respecto a la aplicación del Convenio de La Haya de 1980[78], según la cual «la situación de violencia doméstica vivida por la madre debe ser considerada por el juez» al momento de tomar una decisión respecto a la restitución inmediata del niño[79].

---

74. Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF ouve argumentos em ação sobre repatriação de crianças em casos de violência doméstica. Brasília, 06 fev. 2025. Disponible en: https://noticias.stf.jus.br/posts-noticias/stf-ouve-argumentos-em-acao-sobre-repatriacao-de-criancas-em-casos-de-violencia-domestica. Consultado el: 28 abr. 2025.

75. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Partido pede que STF impeça repatriação de crianças quando houver suspeita de violência doméstica. Brasília, 24 jul. 2024. Disponible en: https://noticias.stf.jus.br/posts-noticias/partido-pede-que-stf-impeca-repatriacao-de-criancas-quando-houver-suspeita-de-violencia-domestica. Consultado el: 28 abr. 2025.

76. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7686/DF. Min. Luís Roberto Barroso por prevenção. Petição inicial.

77. HCCH. *Guia de Boas Práticas relativo à Convenção sobre Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças*, de 25 de outubro de 1980. Haia, out. 2020. Parte IV, p. 30. Disponible en: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Guia_artigo_13_CH.pdf. Consultado el: 20 abr. 2025.

78. Sifuentes, Mônica; Calmon, Guilherme (Coord.*). Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 48. *«La cuestión de la violencia doméstica debe ser analizada cuidadosamente por el juez. Cualquier alegación de violencia doméstica debe tener en cuenta el impacto de la violencia sobre el niño, a la luz de la naturaleza, frecuencia e intensidad del acto»* (traducción nuestra). Disponible en: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras_publicacoes/manual-de-aplicacao-da-convencao-de-haia-de-1980. Consultado el: 20 abr. 2025.

79. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7686/DF. Min. Luís Roberto Barroso por prevenção. Petição inicial.

Por último, agregaron a la argumentación presentada ante el STF el hecho de que Brasil también es signatario de otros tratados internacionales de derechos humanos que no sólo tienen prevalencia jerárquica en el ordenamiento jurídico brasileño (en virtud del artículo 4, apartado II, de la Constitución), sino que también apuntan a la prevención y combate a la violencia contra la mujer, lo que incluye su protección e, indirectamente, la de sus descendentes[80]. Este punto merece especial atención, particularmente a la luz del control de convencionalidad[81], según el cual Brasil debe aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y otros instrumentos interamericanos (como la Convención de Belém do Pará[82], por ejemplo, que trata de la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer), los cuales añaden derechos y garantías al rol de derechos fundamentales contemplados en el artículo 5.º del texto constitucional, llevando en consideración el principio *pacta sunt servanda,* sin desmedro de la necesidad de considerarse la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al tema[83].

Cabe recordar que esta Corte ya se pronunció sobre la sustracción internacional de menores en el caso *Córdoba vs. Paraguay*, en el cual se discutió el hecho que la madre sustractora hubiera sufrido violencia doméstica, lo que justificó su salida del país junto a su hija, y que resultó en el abandono del señor Córdoba en Argentina, donde residían habitualmente. Pese a ello, en este caso, a nivel interno, no fue posible acreditar la situación de violencia o grave peligro a la que estaba sometida la niña ante la justicia interna paraguaya, donde se encontraban la madre sustractora y la niña sustraída, por lo que esta última perdió la acción que allí tramitaba y que ordenó la restitución de la menor a la Argentina[84]. Ante la decisión del Poder Judicial paraguayo, la madre desapareció, quedando desconocido su paradero y consecuentemente el de la niña durante nueve años, de modo que, cuando finalmente fueron ubicados, la niña ya había establecido una nueva residencia habitual en Paraguay, y su retorno tardío no fue autorizado por la justicia nacional[85]. Además, se destaca que esta orden no estaba relacionada

80. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7686/DF. Min. Luís Roberto Barroso por prevenção. Petição inicial.

81. El control de convencionalidad resulta en la «*supervisión internacional de compatibilidad de los actos internos de los Estados con sus obligaciones de protección internacional*» (traducción nuestra). Cançado Trindade, Antônio Augusto. «A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos». In: Cançado Trindade, Antônio Augusto (ed.). *A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. São José: Imprenta, 1996. p. 212-213.

82. Brasil. Decreto n. 1.973 de 1 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Consultado el: 30 abr. 2025.

83. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n.º 123 de 07/01/2022: Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. DJe/CNJ n.º 7/2022. Brasília, 11 jan. 2022, p. 5-6. Disponible en: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305. Consultado el: 30 abr. 2025.

84. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Córdoba v. Paraguay*. Sentencia deL 4 de Septiembre de 2023. Fondo. Reparaciones y Costas. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_505_esp.pdf. Consultado el: 30 abr. 2025.

85. Sobre la relevancia del presente caso a la luz del control de convencionalidad, respecto a las consecuencias de los retardos procesales, *véase:* Ramos, André de Carvalho; Abade, Denise Neves. «Subtração internacional de crianças e a celeridade e na cooperação jurídica internacional de restituição: lições do caso Córdoba para o Brasil». *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 29, n. 3, pp. 159-183, set/dez. 2024. Sobre el regreso tardío, *véase también*: Silva, Michelle Najara. «Subtração internacional de crianças: retorno tardio não é cumprimento da Convenção da Haia». *Consultor Jurídico*, 14 out. 2024. Disponible en: https://www.conjur.com.br/2024-out-14/subtracao-internacional-de-criancas-retorno-tardio-nao-e-cumprimento-da-convencao-da-haia/. Consultado el: 15 febr. 2025.

a ningún grave riesgo de violencia que pudiera sufrir, a futuro, la niña o que hubiese sufrido la madre sustractora[86].

Por otro lado, existen diversos precedentes en el Sistema Interamericano que determinan que el Estado debe crear mecanismos para combatir la violencia que sufren las mujeres en las sociedades en las que están insertas[87], incluso porque esto suele ser un problema de carácter estructural[88]. Luego, a partir de un verdadero diálogo entre jurisdicciones, hace sentido que Brasil ofrezca una interpretación más amplia a la excepción de grave riesgo contemplada en los textos convencionales sobre sustracción de menores, como lo solicita el PSOL, bajo pena de actuar de forma no convencional.

Y aunque ninguna de estas ADI hayan sido juzgadas hasta la fecha de cierre de este estudio (junio de 2025), lo que se desprende de las audiencias ya realizadas, así como de los diversos *amicus curiae* presentados ante el STF, que sostienen la necesidad de combatir la violencia de género en Brasil[89] e implementar el Protocolo para Juicio con Perspectiva de Género por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) en 2023[90], es que es muy probable que Brasil establezca un entendimiento en el sentido de incluir a la violencia doméstica sufrida por la madre, debidamente comprobada[91], como una de las causales que autorizan la no devolución de los niños que

---

86. En la acción, Paraguay fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por haber privado al señor Córdoba de sus derechos a la integridad personal (artículo 5.1 de la Convención Americana), a la vida privada y familiar (artículo 11.2 de la Convención Americana) y a la familia (artículo 17 de la Convención Americana), además del debido proceso legal (artículo 25.2 de la Convención Americana), en la medida en que no hizo cumplir el orden de retorno de su hija a la Argentina, en 2006. En otras palabras, no hubo ninguna consideración en el Sistema Interamericano respecto a la violencia potencialmente sufrida por la madre. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Córdoba v. Paraguay*. Sentencia del 4 de septiembre de 2023. Fondo. Reparaciones y Costas. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_505_esp.pdf. Consultado el: 30 abr. 2025.

87. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras* («campo de algodón») *vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, mérito, reparaciones y costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Consultado el: 30 abr. 2025.

88. Lo mismo ocurre en Brasil. *Véase:* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Consultado el: 30 abr. 2025.

89. Estas audiencias siguen básicamente la misma línea argumentativa de More, para quien, tras la entrada en vigor de la Ley «Maria da Penha», en Brasil, en 2006, los tratados sobre sustracción internacional deben interpretarse desde un contexto más amplio, considerando a la situación de violencia doméstica y familiar comprobada (sufrida por la madre) como una «situación intolerable» y de «grave riesgo» también para el niño, impidiendo así su retorno. MORE, Rodrigo F. A violência doméstica e familiar contra a mulher e o sequestro internacional de crianças: estudos de casos e medidas urgentes. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, a. 1, n.20, pp. 01-348. 2010.

90. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 492/2023: Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília, 20 mar. 2023.

91. Este sigue siendo un punto controvertido, pues hay quienes entienden que no sería necesario probar la violencia «*a través de informes periciales, impresiones de conversaciones, testigos y declaraciones personales*», dado que «*las leyes brasileñas ya garantizan el derecho a la protección de los niños y adolescentes ante el simple riesgo o indicio de violencia doméstica*», especialmente en vista de las disposiciones de la Ley «Maria da Penha», en la que la palabra de la víctima tiene un peso diferente. Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF ouve argumentos em ação sobre repatriação de crianças em casos de violência doméstica. Brasília, 06 fev. 2025. Disponible en: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/

se encuentran retenidos en el país, inaugurando una interpretación extensiva de las disposiciones convencionales sobre sustracción internacional de menores.

A pesar de ello, hay que reconocer que la cuestión no es pacífica, sobre todo cuando se analiza el contenido de la Resolución n.º 449/2022 del CNJ. Este documento contiene reglas de procedimiento muy importantes para instruir al juez federal en los procesos de búsqueda, incautación y devolución de niños que se encuentran detenidos ilegalmente en Brasil[92]. Resulta que prescribe algunos puntos que diferirían un poco de lo que se exige en las ADI analizadas anteriormente.

Por ejemplo, el artículo 14, párrafo 5° de la Resolución referida establece que el juez federal «**no podrá tomar en consideración** la alegación de grave riesgo para el niño en cuanto a su retorno a la residencia habitual, si la prueba es difícil o si lleva mucho tiempo para su obtención, y la cuestión puede ser tratada por las autoridades del Estado de residencia habitual del niño» (énfasis y traducción nuestras)[93]. Este punto es negativo para aquellas mujeres que desean permanecer en Brasil con sus hijos, pues, no sólo según los textos convencionales, el juez de residencia habitual sería quien podría debatir las cuestiones de custodia, y por lo tanto, sería quien evaluaría cualquier alegación de violencia para determinar la custodia, sino que también está la cuestión de la dificultad de obtenerse/producirse pruebas de la violencia sufrida. Por ende, de acuerdo con la normativa del CNJ, sería posible no atender a la solicitud de permanencia del niño en Brasil en los casos de sustracción internacional pasiva[94], pese a la alegación de violencia doméstica sufrida por la madre. Además, la Resolución n.º 449/2022 también reafirmó en su artículo 18, párrafo 3° que, en caso de «prueba fehaciente de que la persona en cuya compañía se encuentra el niño, en territorio brasileño, no sea titular del derecho de custodia, el juez federal podrá conceder la restitución inmediata del niño»[95] (traducción nuestra), contrariando lo que se espera obtener en el ámbito de las ADI[96], que además de la protección del niño pretenden igualmente proteger a la mujer víctima de violencia doméstica.

A la luz de lo expuesto, a pesar de que ya existen avances en términos de combate a la violencia de género en Brasil, se observa que aún no existe una posición uniforme y pacífica en el país respecto a la situación específica de los casos de violencia doméstica sufrida por mujeres que trasladan y/o retienen ilícitamente a sus hijos en Brasil, que no es el Estado de residencia habitual del niño. Seguramente, el enfrentamiento del tema por medio de las ADI n.º 4245 y 7686, sin lugar a dudas, aportará claridad al tratamiento de la cuestión en el país.

---

stf-ouve-argumentos-em-acao-sobre-repatriacao-de-criancas-em-casos-de-violencia-domestica. Consultado el: 28 abr. 2025 (traducción nuestra). Por otro lado, hay quienes sostienen que debe realizarse una pericia psicológica, como: Mazzuoli, Valerio de Oliveira; Mattos, Elsa de. «Sequestro Internacional de Criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança». *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 8, pp. 59-75. Brasília, jan./dez. 2015. p. 64-65.

92. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 449/2022: Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto no 3.141, de 14 de abril de 2000. Brasília, 30 mar. 2022.

93. Gama, Guilherme Calmon. «Ações Relativas à Subtração Internacional de Crianças e a recente Resolução n° 449, do CNJ». *Brasília*, *CJF*, 2022.

94. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 449/2022: Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto no 3.141, de 14 de abril de 2000. Brasília, 30 mar. 2022, artículo 14, párrafo 5°.

95. Gama, Guilherme Calmon. Ações Relativas à Subtração Internacional de Crianças e a recente Resolução n° 449, do CNJ. Brasília, CJF, 2022.

96. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 449/2022: Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto no 3.141, de 14 de abril de 2000. Brasília, 30 mar. 2022, artículo 18, párrafo 3°.

4. Conclusiones

El traslado internacional de niños y su consiguiente retención ilícita en el extranjero ocasiona numerosos problemas al menor que está en etapa de desarrollo emocional, sobre todo trastornos de orden psicológico, ya que el niño estaba acostumbrado a una determinada rutina y a un determinado círculo de vida familiar y social. Por ello, resultan de gran relevancia los Convenios de Montevideo de 1989 (CIDIP IV) y de La Haya de 1980, que implementan lo prescrito por la propia Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño respecto a la ilegalidad de la conducta del sustractor y respecto a la necesidad del pronto retorno del niño sustraído a su país de origen.

Sin embargo, hay que tener en cuenta el contexto en el que se negociaron estas convenciones y el escenario actual. Esto se debe a que las cifras de violencia doméstica van en aumento y son alarmantes, provocando que muchas madres abandonen sus hogares y se lleven consigo a sus hijos, especialmente cuando se trata de familias multinacionales, dando lugar a acciones de búsqueda y devolución de los niños en los países de destino. Resulta que, si bien existen excepciones a la restitución de niños sustraídos en los convenios internacionales sobre la materia, la violencia de género causada en el ámbito doméstico contra la madre no es una de ellas.

Las convenciones, de hecho, indican que cuando el niño se encuentra en una situación de grave riesgo, puede ser retenido en el país de destino, aunque esto no incluye automáticamente a la violencia contra la madre. Algunos países ya han expresado la necesidad de considerar esta cuestión al realizar solicitudes de cooperación internacional al amparo de tratados sobre la materia, como Australia, México y Colombia[97]. Brasil, sin embargo, todavía parece tener una posición incipiente sobre el asunto, habiendo abordado el tema en el escenario internacional solamente en el primer foro oficial sobre Violencia Doméstica y la Convención de La Haya, realizado en Sudáfrica, en junio de 2024[98].

Por otra parte, en el ámbito interno, se pone de relieve tratarse de un asunto de especial relevancia para el Poder Judicial brasileño, tanto que es objeto de dos Acciones Directas de Inconstitucionalidad que aún se encuentran pendientes ante el Supremo Tribunal Federal. Interpuestas por los partidos políticos DEM y PSOL, ambas acciones pretenden discutir, de alguna manera, las limitaciones del Convenio de La Haya respecto a la no previsión de la violencia doméstica como hipótesis que impida al retorno del menor sustraído a su país de residencia habitual. Son acciones de especial relieve, sobre todo porque la violencia de género es un tema de creciente relevancia a nivel nacional e internacional y no puede quedarse al margen del debate sobre la sustracción internacional de niños, hasta porque, en alguna medida, el niño también se ve afectado por la violencia dirigida hacia su madre, respecto a la cual normalmente es testigo.

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ya ha señalado la urgencia de esta cuestión, dado que muchos padres o representantes legales utilizan los mecanismos previstos en la Convención de 1980 como una forma a más de violencia, sea emocional o financiera, al momento de proponer acciones internacionales de restitución[99]. Esto

97. Álvares, Patrícia. «Por que convenção sobre sequestro internacional de crianças é alvo de questionamentos». *DW*, 11 ago. 2024. Disponible en: https://cultura.uol.com.br/noticias/dw/69877822_por-que-convencao-sobre-sequestro-internacional-de-criancas-e-alvo-de-questionamentos.html. Consultado el: 10 abr. 2025.

98. Álvares, Patrícia. «Por que convenção sobre sequestro internacional de crianças é alvo de questionamentos». *DW*, 11 ago. 2024. Disponible en: https://cultura.uol.com.br/noticias/dw/69877822_por-que-convencao-sobre-sequestro-internacional-de-criancas-e-alvo-de-questionamentos.html. Consultado el: 10 abr. 2025.

99. HCCH. Domestic and Family Violence and the Article 13 «Grave Risk**»** Exception in the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of Internatioanl Child Abduction: a Reflection Paper. Preliminary Document. Haia, maio de 2011.

se debe a que son disputas verdaderamente intimidantes, en las cuales muchas veces el progenitor sustractor no cuenta con los recursos económicos ni con una red social y/o familiar de apoyo para afrontar las derivaciones del proceso, lo que seguramente afectará de forma directa o indirecta a su propia descendencia[100].

Además, otro punto que debe tomarse en consideración es la limitación que las propias madres sustractoras pueden tener para ejercer el derecho de visita una vez que los niños regresen al Estado de su residencia habitual, sea en virtud del temor a que se reitere la violencia física y psicológica anteriormente sufrida, o por las potenciales limitaciones de acceso al país donde el niño volverá a residir, en el caso de familias multinacionales[101]. Cuestiones como ésta también están en el centro de los debates en las ADI que tramitan ante el STF, en la medida en que pretenden dar una interpretación más abarcadora o extensiva al artículo 13, párrafo primero, apartado «b» del Convenio de La Haya de 1980, lo que seguramente también tendría efectos en la interpretación del artículo 11, párrafo primero, apartado «b» de la Convención de Montevideo de 1989, dada su similar redacción.

En consecuencia, aunque las convenciones prevean procedimientos de cooperación internacional menos largos, tramitados con carácter de urgencia, se entiende que es necesario considerar, en el ámbito del proceso de restitución promovido por el Ministerio Público contra las madres sustractoras ubicadas en Brasil, la producción de todas las pruebas admitidas en derecho. Además, se deduce que el Juez Federal debe tomar en consideración «no sólo las potenciales repercusiones de la desintegración familiar en este período de la vida, sumada al inherente cambio de entorno cultural que trae consigo una mudanza a otro país» y cómo esto puede llegar a afectar «profundamente al desarrollo del niño» (traducción nuestra), en palabras de De Nardi[102], sino también debe reflexionar respecto a que el interés superior del niño puede residir en su manutención en el país de destino (es decir, de retención) debido al potencial riesgo al que estará sujeto, previéndose —y comprobándose— ataques de cualquier tipo dirigidos hacia su madre, además de las consecuencias de una potencial separación prolongada del niño respecto a esa última.

En ese sentido, la interpretación que se pretende dar en Brasil es vista inicialmente con buenos ojos, especialmente a la luz de la protección de los derechos humanos, que, en el plano constitucional nacional, tiene una posición privilegiada en virtud de lo previsto en el artículo 4, párrafo 2.º, sobre la prevalencia de los derechos humanos en la regulación de las relaciones internacionales que involucren al país. En el mismo sentido, lo prescrito en el artículo 5, párrafo 2.º de la Carta Magna respecto a las obligaciones asumidas por Brasil en el escenario internacional, debe ser igualmente llevado en consideración, en particular, a partir de la interpretación dada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que se refiere al combate a la violencia de género, especialmente la estructural, y su potencial impacto en la protección de los propios derechos de los niños, en conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que son ellos el principal objeto de la restitución.

---

100 Araujo, Marcela Cristina M. «Subtração internacional de crianças: a exceção à restituição do menor em casos de violência doméstica». In: Farias, Inez Lopes; Squeff, Tatiana Cardoso; Paluma, Thiago; Moschen, Valesca. *Diálogos Hermenêuticos entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público*. Vol 2. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2024. pp. 154-165.

101. Costa, Camila Oliveira da. «A questão de gênero na subtração internacional de crianças por mulheres brasileiras». In: Coutinho, Francisco Pereira; Oliveira, Emelin; Carapeto, Maria João. *Atas da Conferência Igualdade de Género e Mobilidade: desafios e oportunidades para o desenvolvimento na lusofonia.* Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2020. pp. 267-284.

102. Costa, Camila Oliveira da. «A questão de gênero na subtração internacional de crianças por mulheres brasileiras». In: Coutinho, Francisco Pereira; Oliveira, Emelin; Carapeto, Maria João. *Atas da Conferência Igualdade de Género e Mobilidade: desafios e oportunidades para o desenvolvimento na lusofonia*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2020. pp. 267-284.

De cualquier modo, mientras se aguarda la posición de la máxima Corte judicial brasileña respecto a las acciones directas de inconstitucionalidad ya referidas, una salida que quizá pueda ser adoptada, reforzando la necesidad de protección a los vulnerables, en eso caso, al niño y también a la madre víctima de violencia doméstica, sería valerse de la excepción del art. 20 del Convenio de La Haya (igualmente contemplada en el art. 25 de la CIDIP IV o Convenio de Montevideo de 1989) que permite la no devolución del niño ante casos que violen al orden público internacional del Estado requerido. Los artículos referidos autorizan la no devolución del menor cuando se vulneren claramente los principios fundamentales del Estado, vinculados a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En ese caso, ignorar la violencia doméstica sufrida por la madre y que seguramente repercute o repercutirá en el desarrollo del niño nada más es que dar la espalda para la dignidad de la persona humana, principio rector del ordenamiento jurídico nacional, amparado incluso por los Convenios en referencia.

5. Bibliografía

Álvares, **Patrícia**. «Por que convenção sobre sequestro internacional de crianças é alvo de questionamentos». *DW*, 11 ago. 2024. Disponible en: https://cultura.uol.com.br/noticias/dw/69877822_por-que-convencao-sobre-sequestro-internacional-de-criancas-e-alvo-de-questionamentos.html . Consultado el: 10 abr. 2025.

Álvares, **Patrícia**. «Por que convenção sobre sequestro internacional de crianças é alvo de questionamentos». *DW*, 11 ago. 2024. Disponible en: https://cultura.uol.com.br/noticias/dw/69877822_por-que-convencao-sobre-sequestro-internacional-de-criancas-e-alvo-de-questionamentos.html . Consultado el: 10 abr. 2025.

Araujo, **Marcela Cristina M**. «Subtração internacional de crianças: a exceção à restituição do menor em casos de violência doméstica». In: Farias, Inez Lopes; Squeff, Tatiana Cardoso; Paluma, Thiago; Moschen, Valesca. *Diálogos Hermenêuticos entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público*. Vol 2. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 154-165.

Araujo, **Nádia de**. «A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro de menores: algumas notas recentes». *Revista da Escola da Magistratura do TRF4*, Porto Alegre, a. 1, v. 1, pp. 239-242, 2014.

Araujo, **Nádia**. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Biocca, **Stella M**. *Derecho internacional privado: um nuevo enfoque*. Tomo I. Buenos Aires: Lajouane, 2004.

Brasil. Advocacia Geral da União – AGU. Combate à Subtração Internacional de Crianças: a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Brasília-DF, 2011. Disponible en: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/cartilha-agu.pdf. Consultado el: 28 mar. 2025.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação N.° 123 de 07/01/2022: Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. DJe/CNJ n.° 7/2022. Brasília, 11 jan. 2022. Disponible en: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305. Consultado el: 30 abr. 2025.

Brasil. Conselho nacional de Justiça. Resolução n° 449/2022: Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto no 3.141, de 14 de abril de 2000. Brasília, 30 mar. 2022.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 492/2023: Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília, 20 mar. 2023.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consultado el: 30 abr. 2025.

Brasil. Decreto 1.212 de 3 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevidéu, em 15 de julho de 1989. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm. Consultado el: 20 abr. 2025.

Brasil. Decreto 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Consultado el: 20 abr. 2025.

Brasil. Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Consultado el: 20 abr. 2025.

Brasil. Decreto n. 1.973 de 1 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Consultado el: 30 abr. 2025.

Brasil. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Consultado el: 30 abr. 2025.

Brasil. Decreto-lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Consultado el: 30 abr. 2025.

Brasil. Lei Complementar n. 73 de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Consultado el: 30 abr. 2025.

Brasil. Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Consultado el: 30 abr. 2025.

Brasil. Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. Senado Federal, 2024. Disponible en: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/5ac99433-67e8-4ed2-a5a0-29d09f76e759. Consultado el: 20 mar. 2025.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 1.315. 342/ RJ. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Juzgado el: 27 nov.12. DJe del 04 dic. 2012.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.293.800/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Juzgado el: 28.05.2013. Publicado en DJe el 05.06.2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4245/DF. Min. Luís Roberto Barroso em substituição ao Min. Joaquim Barbosa. Petição inicial.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7686/DF. Min. Luís Roberto Barroso por prevenção. Petição inicial.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. DEM questiona Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro de Crianças. Brasília, 27 mai. 2009. Disponible en: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108797&ori=1. Consultado el: 28 abr. 2025.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69303/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Juzgado el: 30.06.1992. DJ el 20.11.1992.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Partido pede que STF impeça repatriação de crianças quando houver suspeita de violência doméstica. Brasília, 24 jul. 2024. Disponible en: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/partido-pede-que-stf-impeca-repatriacao-de-criancas-quando-houver-suspeita-de-violencia-domestica. Consultado el: 28 abr. 2025.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF ouve argumentos em ação sobre repatriação de crianças em casos de violência doméstica. Brasília, 06 fev. 2025. Disponible en: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-ouve-argumentos-em-acao-sobre-repatriacao-de-criancas-em-casos-de-violencia-domestica. Consultado el: 28 abr. 2025.

Cançado Trindade, **Antônio Augusto**. «A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos». In: Cançado Trindade, Antônio Augusto (ed.). *A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. São José: Imprenta, 1996.

Cidrão, **Taís Vasconcelos**; **Muniz**, **Antônio Walber**; **Sobreira**, **Sérgio** Adriano Ribeiro. «Sequestro internacional de crianças: uma análise da Convenção de Haia de 1980». *Ponto-e-Vírgula*, n. 23, pp. 44-59, ago. 2018.

CNJ. Rapidez na solução de casos de sequestro internacional de crianças é desafio. CJN, 2 jun. 2022. Disponible en: https://www.cnj.jus.br/rapidez-na-solucao-de-casos-de-sequestro-internacional-de-criancas-e-desafio/. Consultado el: 17 mar. 2025.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Consultado el: 30 abr. 2025.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Córdoba vs. Paraguay*. Sentencia del 4 de septiembre de 2023. Fondo. Reparaciones y Costas. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_505_esp.pdf. Consultado el: 30 abr. 2025.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *González y otras («campo de algodón») vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, mérito, reparaciones y costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Consultado el: 30 abr. 2025.

Costa, **Camila Oliveira da**. «A questão de gênero na subtração internacional de crianças por mulheres brasileiras». In: Coutinho, Francisco Pereira; Oliveira, Emelin; Carapeto, Maria João. *Atas da Conferência Igualdade de Género e Mobilidade: desafios e oportunidades para o desenvolvimento na lusofonia*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2020, pp. 267-284.

De Nardi, **Marcelo**. «O Juiz federal e o sequestro internacional de crianças: anotações sobre temas a examinar com vistas a possíveis modificações de competência no âmbito da Quarta Região da Justiça Federal no Brasil». *Revista da Escola da Magistratura do TRF4*, Porto Alegre, a. 1, v. 1, pp. 243-253, 2014.

Dolinger, **Jacob**. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Gama, **Guilherme Calmon**. «Ações Relativas à Subtração Internacional de Crianças e a recente Resolução n° 449, do CNJ». *Brasília*, CJF, 2022.

Gonçalves, **Anabela Susana de Sousa**. Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II bis. Cadernos de Direito Actual n.º 3, pp. 173-186, Universidade do Minho, 2015.

HCCH. Domestic and Family Violence and the Article 13 «Grave Risk» Exception in the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of Internatioanl Child Abduction: a Reflection Paper. Preliminary Document. La Haya, mayo de 2011.

HCCH. Guia de Boas Práticas relativo à Convenção sobre Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980. Haia, out. 2020. Disponible en: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Guia_artigo_13_CH.pdf. Consultado el: 20 abr. 2025.

Jorge, **Mariana Sebalhos**. *A residência habitual no direito internacional privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

Loula, **Maria Rosa Guimarães**. «Auxilio Direto: Novo Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional Civil». *Belo Horizonte: Fórum*, 2015.

Maurique, **Jorge Antônio**. «Sequestro Internacional de Crianças, anotações sobre a convenção de Haia». *Revista Jurídica Consulex*, a. XII, n. 284, nov. 2008.

Mazzuoli, **Valerio de Oliveira**; **Mattos**, **Elsa de**. «Sequestro Internacional de Criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança». *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 8, pp. 59-75. Brasília, jan./dez. 2015.

Mérida, **Carolina Helena**. «Sequestro interparental: princípio da residência habitual». *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011.

Messere, **Fernando Luiz**. *O Brasil e a Convenção sobre os Aspectos Civis do. Seqüestro Internacional de Crianças. 176 f. Dissertação* (Mestrado) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Brasília, 2005.

Miguel Filho, **Theophilo Antônio**. *Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças.* 198p. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

More, **Rodrigo F. A** «Violência doméstica e familiar contra a mulher e o sequestro internacional de crianças: estudos de casos e medidas urgentes». *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, a. 1, n.20, pp. 01-348, 2010.

Pereira, **Tânida da Silva**. *O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Perez-Vera, **Elisa**. «Explanatory report on the 1980 Hague Child Abduction Convention». *Netherlands: HCCH Publications*, 1982.

Ramos, **André de Carvalho**; **Abade**, **Denise Neves**. «Subtração internacional de crianças e a celeridade e na cooperação jurídica internacional de restituição: lições do caso Córdoba para o Brasil». *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 29, n. 3, pp. 159-183, set/dez. 2024.

Robichez, **Juliette**. «A aplicação da Convenção da Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças de 1980: perspectivas brasileiras». *Ciente-Fico.com* (impresso), v. 1, p. 28-40, 2013.

Santos, **Francisco Cláudio de Almeida**. «A proteção da criança e a Convenção da Haia de 1980». *BDJur*, Brasília-DF, pp. 1-18, set. 2009.

Schuz, **Rhona**. «Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention - Theory and Practice». *Child and Family Law Quarterly*, v. 13, n. 1, 2001.

Sifuentes, **Mônica**; **Calmon**, **Guilherme** (Coord.). *Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

Silva, **Artenira da Silva**; **Madeira, João Bruno** «O Sequestro Internacional de Crianças e a Proteção aos Interesses do Menor: A Integração da Criança a Novo Meio Como Exceção À Aplicação da Convenção da Haia de 1980». *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2., n. 2, Jul/Dez. 2016.

Silva, **Michelle Najara**. «Subtração internacional de crianças: retorno tardio não é cumprimento da Convenção da Haia». *Consultor Jurídico*, 14 out. 2024. Disponible en: https://www.conjur.com.br/2024-out-14/subtracao-internacional-de-criancas-retorno-tardio-nao-e-cumprimento-da-convencao-da-haia/. Consultado el: 15 febr. 2025.

Souza, **Nathalia B.**; **Squeff**, **Tatiana Cardoso**. «Apontamentos Gerais Sobre o Sequestro Internacional de Crianças». In: Rosa, Conrado Paulino; Thomé, Liane Maria B. (Org.). *As Famílias e os Desafios da Contemporaneidade*. Porto Alegre: IBDFAM-RS, 2015, pp. 277-303.

Squeff, **Tatiana Cardoso**. Para além da cooperação tradicional: a positivação do auxílio direito no novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 25, pp. 261-300, 2017.

Tiburcio, **Carmen**; **Calmon**, **Guilherme**. *Sequestro Internacional de Crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014.

Toninello, **Fernanda**. «A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores». *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 1, n. 1, pp. 1-30, jan./jun. 2007.

Tosi, **Marcela**. «Sequestro internacional: cerca de 250 crianças são trazidas para o Brasil a cada ano». *O Povo*, 23 mar. 2023. Disponíble en: https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2023/03/23/sequestro-internacional-cerca-de-250-criancas-sao-trazidas-para-o-brasil-a-cada-ano.html. Consultado el: 17 mar. 2025.

UOL. Brasil registra um caso de sequestro internacional de criança a cada 3 dias. UOL Notícias, 27 set. 2016. Disponible en: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/09/27/brasil-registra-um-caso-de-sequestro-internacional-de-crianca-a-cada-3-dias.htm. Consultado el: 17 mar. 2025.

Vieira, **Luciane Klein**. «El interés superior del niño y la restitución internacional de menores: un caso brasileño. Derecho de Familia». *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, v. I, p. 185-200, 2009.

Weiner, **Merle H**. «International child abduction and the escape from domestic violence». *Fordham Law Review*, v. 69, 2000.

CAPÍTULO 13

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Inez Lopes

Profesora Asociada de Derecho internacional Privado
Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia (UnB)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL. 2.1. El sistema de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos de los niños y adolescentes. 2.2 La protección internacional de los niños y adolescentes en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. 2.3. La protección internacional de los niños y adolescentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2.4 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2.5 El MERCOSUR y la protección de los derechos de los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad. 3. EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES 4. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA INTERNACIONAL EN LA PROTECCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. 4.1. La Convención de Nueva York para la Obtención de Alimentos en el Extranjero de 1956 4.2. La Convención de La Haya de 2007 y el Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias. 4.3 Convención Interamericana sobre la Obligación Alimentaria de 1989 4.4 MERCOSUR: Cooperación Jurídica Internacional en Materia de Alimentos. 5. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. 5.1 Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños (1980). 5.2 Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores (1989). 5.3 El caso paradigmático de Sean Goldman 5.4 El lugar de expresión de los niños y adolescentes en la Convención de La Haya de 1980. 6. ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. 6.1 El Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993. 6.2 El Convenio Interamericano sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores de 1984 7. CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS. 8. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN OTRAS RELACIONES JURÍDICAS TRANSNACIONALES. 8.1 Filiación. 8.2 Gestación subrogada transnacional (Surrogacy). 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

La protección internacional de los niños y adolescentes en contextos transnacionales representa uno de los temas más delicados y desafiantes del derecho internacional privado contemporáneo. La creciente movilidad humana, el aumento de las familias transnacionales, aquellas conectadas a dos o más países[1], los avances en las tecnologías reproductivas y la diversidad de las estructuras familiares han puesto de manifiesto la necesidad de mecanismos jurídicos eficaces para garantizar los derechos fundamentales de los niños y adolescentes cuando se ven involucrados en situaciones transfronterizas.

El objetivo general de este artículo es analizar los sistemas de protección internacional de los niños y adolescentes desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que reconoce al niño como sujeto y titular de derechos, así como examinar la protección internacional en las relaciones jurídicas transnacionales establecida por los principales instrumentos de Derecho Internacional Privado.

Los objetivos específicos incluyen: (i) identificar los foros internacionales responsables de la elaboración de los principales instrumentos de protección de los derechos humanos y del derecho internacional privado aplicables a los niños y adolescentes; (ii) examinar los criterios de conexión utilizados para determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente; (iii) discutir los retos prácticos en la aplicación de estos instrumentos en el contexto global y latinoamericano, con especial atención al caso brasileño; y (iv) evaluar los avances recientes en materia de cooperación jurídica internacional, con especial énfasis en la aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente como fundamento normativo de la cooperación entre los Estados.

Los instrumentos multilaterales y regionales, como los Convenios de La Haya y los convenios interamericanos, se desarrollaron con el propósito de armonizar las normas sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, así como establecer formas de cooperación jurídica internacional entre los Estados.

La metodología adoptada en este estudio es de naturaleza cualitativa, basada en la investigación bibliográfica y documental. Se examinan tratados internacionales, decisiones judiciales relevantes y literatura especializada. Además, el trabajo adopta una perspectiva crítica, orientada por los principios del interés superior del niño, la protección integral y la dignidad de la persona humana.

2. La protección internacional de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de Derecho Internacional

Históricamente, la infancia se ha caracterizado por condiciones de extrema vulnerabilidad, marcadas por la explotación, el abandono y la falta de reconocimiento jurídico. El trabajo infantil, por ejemplo, era ampliamente utilizado en condiciones degradantes e inhumanas.

A lo largo del siglo XX, la protección internacional de los niños y adolescentes experimentó un profundo cambio de paradigma. De sujetos en situación de vulnerabilidad y destinatarios pasivos de políticas asistencialistas o filantrópicas, los niños y adolescentes pasaron a ser reconocidos como titulares plenos de derechos. Esta transformación redefinió la comprensión de la infancia en las esferas jurídica, política, social, económica y cultural, consolidando el principio del interés superior del niño como guía de las políticas y las normas jurídicas, constitucionales e internacionales.

Esta nueva percepción de la infancia se deriva de la evolución de un marco normativo internacional orientado a la promoción y protección integral de los derechos del niño. En este sentido,

1. Lopes, I., A *Família transnacional e a cooperação jurídica internacional*, p. 83.

la protección de la infancia se inscribe en el ámbito del derecho internacional, público y privado, imponiendo a los Estados obligaciones jurídicas concretas de prevenir los abusos y reprimir las violaciones de los derechos del niño, de conformidad con los tratados y normas aplicables. Araújo afirma que «su regulación, incluso en los aspectos privados, no pierde de vista este sesgo, vinculado a los derechos fundamentales»[2].

El primer hito internacional significativo en la protección de la infancia se estableció en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919. Desde sus orígenes, la OIT reconoció la necesidad de proteger a los niños contra la explotación económica y las condiciones de trabajo degradantes. Sus primeros convenios internacionales buscaban regular el trabajo infantil, estableciendo edades mínimas para la admisión al empleo y promoviendo condiciones de trabajo más humanas.

En este contexto, cabe destacar, también en el ámbito de la OIT, el Convenio núm. 5 sobre la edad mínima (industria), adoptado en 1919, que prohibía el empleo de niños menores de 14 años en establecimientos industriales; el Convenio núm. 6 (1921), que prohibía el trabajo nocturno para menores de 18 años en la industria, y el Convenio núm. 10 (1921), que extendía esta protección al trabajo agrícola. A este esfuerzo le siguieron instrumentos más amplios, como el Convenio n.º 138 de la OIT (1973) sobre la edad mínima de admisión al empleo y el Convenio n.º 182 (1999) sobre la erradicación de las peores formas de trabajo infantil.

Estos instrumentos pioneros reflejaban una preocupación emergente por el desarrollo físico, moral y educativo de los niños, con el fin de impedir que el trabajo precoz comprometiera su formación y dignidad.

En el ámbito de la Sociedad de Naciones, el tema de la infancia también fue objeto de atención. En 1924, los Estados adoptaron la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, primer instrumento jurídico internacional dedicado específicamente a los derechos de la infancia[3]. La declaración afirmaba que «el niño debe recibir los medios necesarios para su desarrollo normal, tanto material como espiritual», recibiendo cuidados, protección y ayuda según sus necesidades. A pesar de mantener un sesgo asistencialista, la Declaración representó un hito al reconocer formalmente que el niño requiere protección especial y al establecer deberes fundamentales de la sociedad y del Estado en su favor. Como norma de derecho indicativo, se incorporó gradualmente a los ordenamientos jurídicos nacionales.

También en el contexto de la Sociedad de Naciones, se consolidó la percepción de la necesidad de una tutela internacional frente a nuevas formas de violación de los derechos, lo que llevó a la adopción de la Convención para la supresión de la trata de mujeres y niños en 1921. El instrumento constituyó un avance normativo en la represión del tráfico transnacional con fines de explotación, comprometiendo a los Estados signatarios a adoptar medidas legislativas y administrativas para prevenir, castigar y combatir tales prácticas, además de fomentar la cooperación internacional y la protección de las víctimas.

Estos primeros esfuerzos internacionales allanaron el camino para el desarrollo de sistemas globales y regionales de protección de los derechos de los niños y adolescentes, promoviendo la adopción de acciones coordinadas entre los Estados y la comunidad internacional para la prevención y represión de las violaciones de esos derechos. Este proceso contribuyó al reconocimiento de los niños como sujetos de derecho internacional, consolidado por normas vinculantes, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989.

Además, estos instrumentos de derecho internacional público contribuyeron a la protección de los niños a nivel internacional, también en las relaciones privadas de carácter transnacional.

---

2. Araujo, N., *A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro de menores: algumas notas recentes*, p. 1.

3 League of Nations. *Geneva Declaration of the Rights of the Child, 1924*, http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm.

2.1. El sistema de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos de los niños y adolescentes

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 reconoció los derechos humanos como uno de los principios fundamentales que guiaron a la sociedad internacional para crear un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Ya en 1946, se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con sede en Nueva York, como una agencia especializada de la ONU encargada de proporcionar asistencia humanitaria y apoyo al desarrollo de los niños en todo el mundo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue el primer instrumento de carácter universal que reconoció la dignidad y los derechos fundamentales de todos los seres humanos, incluidos los niños y adolescentes.

El artículo 25(2) de la declaración establece que «la maternidad y la infancia tienen derecho a ayuda y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, gozan de la misma protección social». Por su parte, el artículo 26 garantiza el derecho a la educación gratuita y obligatoria, con miras al pleno desarrollo de la personalidad humana y al fortalecimiento del respeto por los derechos y libertades fundamentales. La declaración, por lo tanto, inaugura un nuevo concepto de protección de la infancia, que más tarde se profundizó en tratados internacionales específicos.

En 1959, la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración de los Derechos del Niño, que supuso un avance normativo al reconocer expresamente a los niños y adolescentes como sujetos de derechos y no solo como objetos de tutela. Esta Declaración consagra, de forma aún embrionaria, el principio del interés superior del niño, que más tarde se consolidaría como uno de los pilares del derecho internacional de la infancia.

Dos importantes tratados de derechos humanos adoptados en 1966 —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)— también contribuyeron a este sistema. El artículo 24 del PIDCP afirma que «todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna, a la protección de la familia, la sociedad y el Estado, según lo requiera su condición de menor». Esta disposición impone a los Estados partes obligaciones positivas de protección especial, debido a la vulnerabilidad de la infancia.

Por su parte, el PIDESC reafirma la necesidad de garantizar al niño los derechos a la educación (art. 13), a un nivel de vida adecuado —incluida la alimentación, el vestido y la vivienda (art. 11)— y a la protección de la maternidad y la infancia (art. 10), estableciendo que «se adoptarán medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños, sin discriminación de ningún tipo».

Sin embargo, el marco normativo más significativo es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Este tratado establece que los niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos humanos.

El preámbulo de la CDN reconoce la condición peculiar del niño al afirmar que «debido a su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la protección jurídica adecuada, tanto antes como después del nacimiento». El texto armoniza el concepto de niño al definirlo, en su artículo 1, como «todo ser humano menor de dieciocho años», salvo que, por la ley aplicable, alcance la mayoría de edad antes de esa edad, salvedad que debe interpretarse a la luz del principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención.

La CNUDC constituye un verdadero hito en el derecho internacional contemporáneo. Se considera una norma imperativa del derecho internacional *(jus cogens)*, según los parámetros de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y es también el tratado de derechos humanos más ampliamente ratificado en el mundo, lo que refleja su consenso universal en materia de protección de la infancia.

El sistema internacional también cuenta con mecanismos de supervisión y control, como el Comité de los Derechos del Niño (CRC)[4], encargado de examinar los informes de los Estados

4. Comité de los Derechos del Niño (CRC), disponible en https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/monitoring-childrens-rights

partes, emitir observaciones generales y recomendaciones, además de examinar denuncias individuales relativas a presuntas violaciones de la CDN y de los dos primeros Protocolos Facultativos presentadas por los Estados partes ante el Comité de los Derechos del Niño, e investigar también las denuncias de violaciones graves a los derechos. El Tercer Protocolo Facultativo, denominado Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones (OPIC), es un tratado internacional que autoriza al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas a recibir y examinar reclamaciones sobre violaciones de los derechos de los niños.El OPIC permite a los niños y sus representantes recurrir a instancias internacionales cuando los mecanismos nacionales no garantizan una protección efectiva de sus derechos.

El sistema internacional de las Naciones Unidas ha establecido bases fundamentales para subsidiar la protección de niños y adolescentes en el ámbito de las relaciones privadas internacionales.

2.2. La protección internacional de los niños y adolescentes en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha desarrollado un conjunto de normas y mecanismos institucionales para la protección a nivel regional. Este sistema establece la obligación internacional de los Estados partes de proteger los derechos de los niños y adolescentes.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado en 1950, no prevé disposiciones específicas dirigidas exclusivamente a los niños y adolescentes. Sin embargo, sus garantías fundamentales —como el derecho a la vida (art. 2), a la libertad y la seguridad (art. 5), a la protección contra tratos inhumanos o degradantes (art. 3) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8)— son plenamente aplicables al público infantil y juvenil. La interpretación evolutiva adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, ha ampliado significativamente la protección de la infancia al reconocer, por ejemplo, la violación de derechos en casos de custodia, adopción, tráfico de niños, violencia doméstica y separaciones familiares.

La Carta Social Europea[5], aprobada en 1961, establece los derechos sociales y afirma que «el disfrute de los derechos sociales debe garantizarse sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, origen nacional u origen social». El artículo 7 de la Carta se refiere específicamente a la protección de los niños y los jóvenes, comprometiendo a los Estados signatarios a adoptar medidas como la fijación de la edad mínima de 15 años para la admisión al trabajo —con excepciones para actividades ligeras que no comprometan su salud, moral o educación—, además de garantizar una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos estos grupos, sobre todo los derivados, directa o indirectamente, de su actividad laboral.

La Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, adoptada en 1996, constituye un hito en la consolidación de la protección procesal de la infancia en el ámbito del Consejo de Europa. Reconociendo al niño como sujeto de derechos, especialmente en los procesos judiciales relacionados con temas familiares como la custodia, la residencia y la educación, el Convenio garantiza el derecho a ser informado, a expresar sus opiniones y a solicitar el nombramiento de un representante especial, cuando sea necesario. Según lo dispuesto en el artículo 1. § 2.º, el Convenio, guiado por el principio del interés superior del niño, tiene por objeto promover sus derechos, otorgar garantías procesales y facilitar su ejercicio efectivo, asegurando que los niños estén debidamente informados y autorizados a participar en los procesos que les conciernen.

En el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, el derecho del niño a la identidad y a la filiación verdadera se considera una dimensión esencial de su vida privada y su dignidad, tal y como lo protege el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el respeto a la vida privada y familiar.

5. Council of Europe. *European Social Charter*. https://www.coe.int/en/web/european-social-charter

Uno de los precedentes más relevantes en esta materia es el caso Marckx contra Bélgica, juzgado por el Tribunal Europeo en 1979[6]. En este caso, el Tribunal analizó la legislación belga que impedía a una madre soltera establecer automáticamente vínculos jurídicos plenos con su hija al nacer. Los niños nacidos fuera del matrimonio eran tratados de manera desigual, ya que su filiación estaba condicionada a procedimientos adicionales de reconocimiento o adopción, lo que les privaba de los derechos sucesorios y de la protección legal equivalente a la de los niños nacidos dentro del matrimonio. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que esta diferenciación violaba no solo el derecho de la madre, sino también el derecho del niño a ser reconocido como hijo en igualdad de condiciones, independientemente del estado civil de sus progenitores. La decisión afirmó que la filiación jurídica corresponde a un aspecto central de la identidad del niño y que la falta de reconocimiento inmediato por parte del Estado compromete el pleno desarrollo de su personalidad y el acceso a los derechos civiles, familiares y patrimoniales.

Además, al aplicar conjuntamente los artículos 8 (vida privada y familiar) y 14 (no discriminación), la Corte consideró que la legislación belga promovía una discriminación injustificable contra el niño, violando su derecho a la protección igualitaria. Con ello, el caso Marckx contra Bélgica se convirtió en un hito para la protección del derecho del niño a su verdadera filiación, consolidando el entendimiento de que la estabilidad jurídica no puede prevalecer sobre el reconocimiento de la verdad biológica y afectiva, siempre a la luz del principio del interés superior del niño.

En el ámbito del derecho internacional privado, el caso Neulinger y Shuruk contra Suiza (Solicitud n.º 41615/07)[7], juzgado el 6 de julio de 2010, trató el carácter especial del Convenio de La Haya de 1980 como instrumento de orden público destinado a la protección de los seres humanos considerados individualmente. El caso se refería a una disputa por la custodia internacional. La madre, originaria de Suiza, se llevó a su hijo de su residencia habitual en Israel a Suiza sin el consentimiento del padre, con quien ya no mantenía relación. El padre solicitó la restitución del niño basándose en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños.

El Tribunal Europeo afirmó ser competente para revisar el procedimiento adoptado por los tribunales nacionales, especialmente para verificar si, en la interpretación y aplicación de las disposiciones de dicho Convenio, se habían garantizado las garantías previstas en el texto del tratado.

El Gobierno suizo ordenó la devolución de la niña a Israel, pero la madre recurrió al Tribunal Europeo, alegando que esa decisión violaba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protege el derecho al respeto de la vida familiar. El Tribunal Europeo, en una decisión significativa, reconoció que, aunque el Convenio de La Haya tiene por objeto prevenir los secuestros parentales, su aplicación debe equilibrarse con los derechos humanos fundamentales. El Tribunal concluyó que la orden de restitución no había tenido debidamente en cuenta el interés superior del niño, en particular su bienestar psicológico y emocional, y consideró que la restitución del niño supondría una violación del artículo 8.

2.3. La protección internacional de los niños y adolescentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, establecido en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), constituye un foro internacional para la protección internacional de los derechos humanos en el continente americano.

6. European Court of Human Rights. (1979). *Marckx v. Belgium* (Application No. 6833/74), Judgment of 13 June 1979. Series A, No. 31. Retrieved from https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57434

7. European Court of Human Rights. (2010, July 6). *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application No. 41615/07). https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99817

El principal marco jurídico de este sistema es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, adoptada en 1969. La Convención reconoce expresamente la necesidad de una protección especial para los niños, tal y como establece el artículo 19: «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, por parte de la familia, la sociedad y el Estado». Esta disposición consagra el deber de protección integral, reconociendo al niño como sujeto de derechos propios y no como mero objeto de tutela. Esta protección es complementaria a la prevista en otros artículos de la CADH, como el artículo 17, que trata de la protección de la familia. Esta disposición determina que, en casos de disolución familiar, los Estados deben adoptar medidas legales que garanticen el bienestar de los hijos, basándose exclusivamente en su interés superior. Además, el párrafo 5 del mismo artículo establece que los Estados deben garantizar la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, prohibiendo cualquier forma de discriminación en relación con la filiación del niño.

La CADH, por lo tanto, impone a los Estados obligaciones de carácter positivo: no solo abstenerse de violar los derechos del niño, sino también adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales adecuadas a su condición peculiar de desarrollo. En el ámbito del derecho privado, esta protección abarca derechos como el derecho al nombre, a la identidad, al registro de nacimiento, al apellido y a los nombres de sus padres o de uno de ellos, elementos esenciales de la personalidad jurídica del niño y de la construcción de su identidad individual y familiar.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reforzado esta interpretación al afirmar reiteradamente que el niño es titular de todos los derechos reconocidos a los demás seres humanos, además de los específicos derivados de su edad y su condición de vulnerabilidad. El principio del interés superior del niño se ha convertido en una directriz interpretativa central en todas las decisiones que afectan a menores, reafirmando la obligación de los Estados de promover una protección eficaz, prioritaria y diferenciada.

Esta dimensión del derecho a la identidad, consagrada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, está directamente relacionada con el principio del interés superior del niño e impone al Estado la obligación de garantizar el registro civil y el reconocimiento jurídico de los vínculos familiares, independientemente del origen de la filiación. Lopes afirma que «en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las decisiones reflejan los problemas que se enfrentan en la región en relación con la familia y la vida privada y familiar»[8].

Un ejemplo fue el caso Contreras y otros contra El Salvador[9], en el que la Comisión Interamericana presentó una demanda contra la República de El Salvador el 28 de junio de 2010, debido a la desaparición forzada de niños entre los años 1981 y 1983 por parte de diferentes grupos militares. La Corte concluyó, por unanimidad, que el Estado es internacionalmente responsable de las desapariciones forzadas de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras y José Rubén Rivera Rivera, basándose en el artículo 17 sobre la protección de la familia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que atribuye al Estado el deber de protegerla[10].

Otro caso de derecho privado juzgado por la Corte Interamericana fue el *caso Karen Atala Riffo contra Chile*[11], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos buscó el cumplimiento de la convención y la responsabilidad internacional del Estado chileno por el trato discriminatorio y la injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen, debido a su orientación sexual, en relación con el proceso judicial que resultó en la retirada del derecho de custodia de sus hijas

8. Lopes, I. *As Famílias Transnacionais e as Decisões das Cortes de Direitos Humanos*, p. 1065.

9. Corte IDH. Caso Contreras y otros vs. El salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 serie c no. 232.

10. Lopes, I., *op. cit.*, p. 1062.

11. Corte Idh. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

M, V y R por los tribunales chilenos a petición del padre, alegando que su convivencia con personas del mismo sexo podría causar daños a las tres hijas. Es el primer caso juzgado sobre este tema. La CIDH, por unanimidad, decidió, basándose en el principio del interés superior del niño y del adolescente, que «el Estado es responsable de la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación y a la vida familiar». El enfoque del juicio fue que la prohibición de la discriminación tiende a ser más eficaz e incisiva, como herramienta de «ataque a las tradiciones» como fuente de nueva doctrina constitucional, que el derecho a la privacidad, según Sustein[12], en la protección de los derechos de la familia homosexual. Lopes afirma que «la discriminación es una violación de la persona como fin en sí misma, ya que viola íntegramente la formación del niño como sujeto de derechos de pertenecer a una familia»[13].

2.4. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Además del Consejo de Europa, la Unión Europea también desempeña un papel importante en la protección de los derechos del niño. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en 2000, reconoce en su artículo 24 que los niños tienen derecho a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, así como a participar en los procesos de toma de decisiones que les afectan, de manera compatible con su edad y madurez. La UE también aplica políticas públicas y estrategias específicas, como la Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos del Niño (2021-2024), que busca fortalecer los sistemas nacionales de protección, con especial atención a los niños en situación de migración, víctimas de violencia o en contextos de vulnerabilidad.

2.5. MERCOSUR y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad

El Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, mediante la Decisión XXXV CMC del 30 de junio de 2008, aprobó el texto del «Acuerdo entre los Estados partes del MERCOSUR y los Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos del Niño y del Adolescente en Situación de Vulnerabilidad». El acuerdo tiene como objetivo principal fortalecer la protección de los derechos de los menores que se encuentran en situaciones de riesgo en la región. Para ello, establece un mecanismo de cooperación regional mediante la creación de una base de datos compartida entre los países signatarios, que permite el registro y el intercambio de información sobre niños y adolescentes vulnerables, especialmente en los casos en que existe riesgo de desaparición, trata, explotación o necesidad de localización y restricción de salida. El acuerdo busca garantizar acciones coordinadas entre las autoridades nacionales competentes, como las migratorias, judiciales y administrativas, basadas en el principio del interés superior del niño y en la armonización de las normas y prácticas jurídicas regionales.

Este acuerdo excluye expresamente las cuestiones relativas al derecho internacional privado, como en los casos de sustracción internacional de menores contemplados en los Convenios de La Haya de 1980 y en la Convención Interamericana de 1989 sobre la Restitución Internacional de Menores.

Las contribuciones del derecho internacional han dado lugar a la construcción de un marco normativo y un sistema institucional orientado a la protección y reparación de situaciones de mayor vulnerabilidad que afectan a niños y adolescentes. Los tribunales internacionales de derechos humanos desempeñan un papel fundamental al responsabilizar a los Estados por las violaciones y consolidar la jurisprudencia que refuerza la centralidad del interés superior del niño en las decisiones judiciales, incluso en las relaciones privadas.

12. Ver Martinez, F. R., Caso de La Corte Interamericana de Derechos Humanos «Atala Riffo y Niñas contra Chile, p. p. 249.

13. Ver Lopes, I., *op. cit.*, p.1066.

3. El papel del Derecho Internacional Privado en la protección integral de niños, niñas y adolescentes

La protección de los niños y adolescentes en las relaciones jurídicas transnacionales es de fundamental importancia, especialmente en contextos de crisis familiares, como divorcios, disputas por la custodia, adopciones internacionales, sustracción interparental y obligaciones alimentarias. El Derecho Internacional Privado (DIPr), en consonancia con el principio del interés superior del niño —consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990—, contribuye a la protección integral de los niños y adolescentes al permitir la adopción de medidas de protección e imponer una obligación internacional de reconocimiento y ejecución de dichas medidas por parte de los Estados.

La coexistencia de una pluralidad de normas es uno de los pilares estructurales del DIPr. Esta pluralidad normativa abarca tanto los sistemas nacionales como los sistemas internacionales destinados a la protección de los niños y adolescentes. En el plano multilateral, los tratados internacionales elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) buscan uniformizar los criterios para la solución de controversias transnacionales que involucran a menores. A nivel regional, destacan las convenciones de la Organización de los Estados Americanos (OEA), elaboradas en el contexto de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), que también abordan cuestiones relevantes para la protección transnacional de los niños y adolescentes.

Además, Goicoechea y Castro afirman que la cooperación jurídica internacional constituye la base fundamental para la construcción de un verdadero Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños[14]. Ante situaciones que involucran múltiples sistemas nacionales de protección —como en los casos de custodia internacional, adopción transnacional, sustracción o desplazamiento ilícito de menores y aplicación de medidas de protección—, resulta esencial la articulación de mecanismos eficaces de cooperación entre los Estados involucrados. El objetivo es garantizar una respuesta coordinada, rápida y eficaz que asegure la protección integral de los derechos del niño en contextos transfronterizos.

4. La obligación alimentaria internacional en la protección de niños y adolescentes

La obligación alimentaria internacional se refiere a la necesidad de garantizar el pago de alimentos cuando las partes involucradas —acreedor y deudor— se encuentran en Estados diferentes. Tal situación exige la aplicación de normas de Derecho Internacional Privado, especialmente aquellas relacionadas con la ley aplicable, la jurisdicción competente y los mecanismos de cooperación jurídica internacional destinados al reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras.

Con el fin de facilitar el cobro de alimentos en el extranjero, se han desarrollado diversos instrumentos jurídicos internacionales, tanto a nivel mundial como regional. Actualmente, a nivel mundial, destacan la Convención de Nueva York de 1956 y la Convención de La Haya de 2007 y su Protocolo, que establecieron parámetros normativos y procedimentales para la ejecución transnacional de las obligaciones alimentarias, con especial atención a la protección de los niños y otros miembros de la familia.

A nivel regional, cabe destacar los tratados elaborados en el marco de la OEA, en particular los derivados de las CIDIP, que también buscan uniformizar las normas de competencia, la ley aplicable y los mecanismos de cooperación entre los Estados americanos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en contextos transfronterizos.

---

14. Goicoechea García, Ig., Castro, F., Construyendo un Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños en materia civil.

Cabe destacar que la temática de las obligaciones alimentarias en contextos internacionales se remonta a los esfuerzos normativos iniciados en el período de entreguerras. En este contexto, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), junto con la Sociedad de Naciones[15], elaboró en 1938 el primer anteproyecto de convenio sobre la ejecución en el extranjero de medidas relativas a las obligaciones alimentarias, lo que supuso un hito inicial en la construcción de instrumentos multilaterales destinados a la eficacia internacional de la prestación alimentaria[16].

4.1. El Convenio de Nueva York sobre la obtención de alimentos en el extranjero de 1956

La Convención de Nueva York sobre la obtención de alimentos en el extranjero, celebrada en 1956 bajo los auspicios de las Naciones Unidas, tiene por objeto facilitar el cobro y la ejecución de las obligaciones alimentarias en el ámbito internacional, mediante la cooperación entre las autoridades centrales designadas por los Estados contratantes. El convenio busca garantizar que los acreedores de alimentos —especialmente los niños y otros miembros de la familia— puedan ejercer sus derechos en jurisdicciones extranjeras, superando las barreras procesales y territoriales para la ejecución de las decisiones alimentarias. Como destaca Contini, esta convención representó el último paso de una larga serie de esfuerzos de la comunidad internacional para mejorar la situación de los dependientes abandonados —especialmente mujeres y niños— por hombres que emigraban a otros países y dejaban de cumplir con sus obligaciones alimentarias[17].

Según Lopes, uno de los grandes méritos del Convenio fue garantizar la igualdad de trato entre las partes, independientemente de su nacionalidad, asegurándoles las mismas condiciones de acceso a la justicia en los tribunales nacionales. El Convenio eliminó los requisitos de la *cautio judicatum solvi* para extranjeros o no residentes[18]. Además, las autoridades centrales no podían cobrar ni percibir remuneración por los servicios que prestaban, garantizando así el acceso transnacional a la justicia.

En Brasil, la autoridad central designada es la Fiscalía General de la República (PGR), que señala algunos retos aún recurrentes en el proceso de cooperación jurídica internacional en materia de alimentos, entre los que destacan la necesidad de traducción jurada de los documentos, la falta de información precisa sobre las direcciones de los acreedores ubicados en el extranjero y las dificultades relacionadas con el reconocimiento de la paternidad[19]. Estos obstáculos contribuyen a retrasos significativos y comprometen la eficacia de la recuperación de alimentos en contextos transnacionales.

En el caso de una solicitud de reconocimiento de una decisión extranjera, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) reconoció la decisión extranjera dictada en Portugal relativa a la fijación de alimentos para un hijo menor, a petición de la fiscalía general de la República (PGR), actuando como institución intermediaria sobre la base del Convenio de Nueva York sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, junto con la Ley brasileña de manutención (Ley n.º 5.478/1968)[20].

15. SdN. UDP 1929- Étude II - Dettes alimentaires – Doc 1.

16. Ribeiro *et al*., Crônicas de direito internacional privado, p. 10.

17. Contini, P., The United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance.

18. Lopes, I., An assessment of cross-border cooperation regarding maintenance: a Brazilian perspective, p. 219.

19. Ministério Público Federal, Secretaria de Cooperação Internacional, Convenção de Nova York sobre prestação de alimentos no estrangeiro: o que é e como funciona / Secretaria de Cooperação Internacional, p. 51 *et seq.*

20. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Homologação de Decisão Estrangeira n.º 277 – EX (2017/0021000-0)*. Decisão monocrática do Ministro Luis Felipe Salomão, proferida em 4 maio 2020.

4.2. El Convenio de La Haya de 2007 y el protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias

El Convenio de La Haya de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos debidos a los hijos y otros miembros de la familia tiene como objetivo principal garantizar el cobro efectivo transnacional de las pensiones alimenticias, promoviendo la circulación internacional de las decisiones administrativas y judiciales. El enfoque central del Convenio es la protección de los derechos del niño, como se evidencia en el artículo 2, que establece la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la manutención independientemente del estado civil de los padres. El Convenio también regula las solicitudes entre cónyuges, siempre que se presenten junto con solicitudes de alimentos a favor de los hijos, y admite la ampliación de su ámbito de aplicación para incluir a los excónyuges, siempre que exista una declaración expresa del Estado interesado[21].

Las funciones de las autoridades centrales son muy amplias, tanto para la cooperación internacional como para la resolución de posibles problemas que puedan dificultar la solicitud de alimentos. En este sentido, el convenio atribuye a las autoridades centrales un papel proactivo. Las atribuciones específicas enumeradas en el artículo 6 son una lista ilustrativa, ya que si el convenio fuera demasiado rígido, podría dificultar su funcionamiento, dada la diversidad de sistemas jurídicos y administrativos[22].

El Convenio de La Haya de 2007 sobre alimentos equipara las decisiones o acuerdos dictados por las autoridades administrativas y judiciales en materia de alimentos[23]. Aunque una decisión extranjera tenga un contenido que implique otros derechos, es posible la homologación parcial solo para los alimentos.

El artículo 20, apartado 1, establece las bases para el reconocimiento y la ejecución de la decisión dictada en el Estado de origen, a fin de que la decisión pueda ejecutarse en otro Estado, siempre que cumpla los requisitos de competencia establecidos en él. Este artículo prevé, por tanto, un conjunto de normas de competencia indirecta. Además, estas bases para el reconocimiento son cerradas y no es posible añadir nuevos criterios[24].

Por su parte, el Protocolo de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias busca uniformizar los criterios para determinar la norma aplicable en los conflictos transnacionales. El Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias (Protocolo de 2007 sobre la Ley Aplicable) tiene por objeto establecer normas uniformes para determinar la norma que debe utilizarse en los conflictos derivados de las relaciones privadas en materia de alimentos. Este instrumento también tiene por objeto modernizar y sustituir los Convenios de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias, del 2 de octubre de 1973, y el Convenio sobre la Ley Aplicable en Materia de Prestación de Alimentos a Menores, del 24 de octubre de 1956, y complementar el Convenio de La Haya de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) ha desarrollado *iSupport,* una plataforma electrónica segura y multilingüe, para facilitar la cooperación entre las autoridades centrales en los casos de obligaciones alimentarias en contextos internacionales. Su principal contribución radica en agilizar la tramitación de las solicitudes de alimentos entre países, especialmente las relativas a niños y adolescentes, que se encuentran en situación de vulnerabilidad cuando el deudor se encuentra en otro Estado. El sistema permite el envío, el seguimiento y la gestión digital de las solicitudes de reconocimiento, ejecución y modificación

21. Ribeiro *et al*, *op. cit*.

22. Duncan, William, «The New Hague Child Support Convention: Goals and Outcomes of the Negotiations», *Family Law Quarterly*, Volume 43, Number 1, Spring, 2009, p.10.

23. Artigo 19.

24. Walker, Laura, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford and Portland: Hart, 2015, p. 150.

de las decisiones en materia de alimentos, lo que promueve una mayor eficacia en la prestación de alimentos a los menores y contribuye a reducir los retrasos procesales. Como se observa, *iSupport* refuerza los mecanismos de cooperación jurídica internacional previstos en el Convenio de La Haya de 2007, funcionando como una herramienta esencial para garantizar el derecho a la manutención y la protección integral de los niños en litigios transnacionales[25].

4.3. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989

A nivel regional, la Organización de los Estados Americanos (OEA) también ha realizado importantes esfuerzos en el ámbito del Derecho Internacional Privado mediante la adopción de diversos tratados internacionales destinados a armonizar y unificar las normas sustantivas y procesales, con el fin de facilitar la cooperación jurídica internacional. Uno de los principales hitos de este proceso es el trabajo realizado en las CIDIP, iniciadas en la década de 1970. Entre los instrumentos resultantes de estas conferencias, destaca la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIOA), adoptada el 15 de julio de 1989 y en vigor desde el 6 de marzo de 1996.

Esta convención tiene por objeto establecer normas relativas a la ley aplicable, la jurisdicción y la cooperación procesal internacional en casos de obligaciones alimentarias, cuando el acreedor y el deudor estén domiciliados o tengan su residencia habitual en uno de los Estados Parte. Su aplicación se extiende a las personas menores de dieciocho años, independientemente de su nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen, situación migratoria o cualquier otro factor. La obligación alimentaria puede, según la ley aplicable, extenderse a mayores de dieciocho años. Uno de los puntos centrales de la CIOA es la aplicación de la norma más favorable al acreedor, que puede ser la ley del domicilio o de la residencia habitual del acreedor o del deudor, principio que guarda relación directa con la doctrina del interés superior del niño, consagrada en la CNUDC de 1989.

En lo que respecta a la jurisdicción, la CIOA garantiza al acreedor el derecho a presentar su solicitud de alimentos ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado en el que esté domiciliado o resida habitualmente, o incluso del Estado en el que el deudor posea bienes, ingresos u obtenga beneficios económicos. Además, si el deudor comparece voluntariamente en el proceso sin impugnar la jurisdicción, esta será reconocida. En cuanto a la ejecución de las decisiones, los Estados contratantes tienen la obligación de reconocer y ejecutar las decisiones que cumplan los criterios del CIOA, incluidas las medidas provisionales o cautelares, aunque su aplicación no implique el reconocimiento de la validez de la decisión sobre el fondo.

Además de cierta similitud con las convenciones anteriores de la Conferencia de La Haya, cabe destacar que el contenido del protocolo guarda una estrecha relación con la Convención Interamericana sobre Obligación Alimentaria (CIOA), de 15 de julio de 1989. Lopes cita:

> • El artículo 1, apartado 2, del Convenio de La Haya se asemeja al artículo 5 de la CIOA, en la medida en que ambos afirman que no perjudican las relaciones de filiación y familiares entre el acreedor y el deudor de alimentos, ya sea por parentesco, matrimonio o afinidad.
>
> • Las obligaciones alimentarias, según el artículo 3 de la Convención de La Haya y el artículo 6, letra a), de la CIOA, se rigen por el ordenamiento jurídico del Estado de domicilio o residencia habitual del acreedor; por su parte, el artículo 4, apartado 1, letra b), de la CIOA guarda relación con el artículo 2 de la Convención de La Haya, en la medida en que establece la posibilidad de que los Estados extiendan las obligaciones alimentarias más allá de los 18 años, aplicando la ley más favorable al interés del menor; y
>
> • En relación con el artículo 4, apartados 2 y 3, del Convenio de La Haya y el artículo 6, letra b), de la CIOA, se puede aplicar la ley del foro en lugar de la residencia habitual del

25. Lopes, I., iSupport e a cobrança internacional de alimentos na era digital.

acreedor a las obligaciones alimentarias, siempre que el acreedor interponga la acción de cobro en el Estado de domicilio o residencia habitual del deudor, cuando la ley aplicable sea más favorable a los intereses del acreedor[26].

4.4. MERCOSUR: cooperación jurídica internacional en materia de alimentos

Aunque Mercosur no cuenta con un convenio específico sobre obligaciones alimentarias, instrumentos como el Protocolo de Las Leñas (1992), el Protocolo de Buenos Aires (1996) y el Protocolo de Ouro Preto (1994) proporcionan la base normativa para la cooperación jurídica internacional en materia civil en el ámbito del bloque. Cabe destacar, en este contexto, el uso de la carta rogatoria, que, en el ámbito del Mercosur, puede emplearse no solo para la práctica de actos procesales, sino también para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras. Esta posibilidad está prevista, en particular, en los artículos 10, 19 y 20 de los Protocolos de Las Leñas y Buenos Aires, y se lleva a cabo con la intermediación de las autoridades centrales de los Estados partes involucrados.

El MERCOSUR ha contribuido al Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños en la medida en que facilita el cobro de alimentos transfronterizos. A modo de ejemplo, cabe citar el caso de la Carta Rogatoria n.º 4463[27], en la que el Tribunal Superior de Justicia concedió el exequátur a una solicitud formulada por el Juzgado de Familia de Montevideo, en Uruguay, para que la empresa AMBEV procediera a retener el 20 % del salario mensual de un empleado, en concepto de pensión alimenticia provisional, de conformidad con una resolución extranjera previamente comunicada al interesado. El STJ determinó el envío de la orden al Tribunal Federal de São Paulo para que adoptara las medidas pertinentes para efectuar el pago al niño.

5. Sustracción internacional de niños y adolescentes

La sustracción internacional de niños y adolescentes, caracterizado por el traslado o la retención ilícita de un niño en contravención de los derechos de custodia legalmente atribuidos, constituye una grave violación de los derechos del niño, especialmente en lo que se refiere a la convivencia familiar y la estabilidad emocional. En el ámbito jurídico internacional, esta práctica se combate mediante instrumentos normativos destinados a la protección integral de la infancia y la adolescencia. En este contexto, destacan la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños (1980) y la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores (1989), ambas orientadas por el principio del interés superior del niño, consagrado por la CNDC de 1989

5.1. Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores (1980)

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, adoptado en 1980, tiene por objeto garantizar el retorno inmediato de los niños sustraídos o retenidos ilícitamente en el extranjero, así como proteger el ejercicio efectivo de los derechos de custodia y visita en los casos transfronterizos. El convenio establece un procedimiento de retorno inmediato del niño al país de residencia habitual, basándose en el principio de que las disputas sobre la custodia deben ser resueltas por la jurisdicción del lugar donde vivía el niño antes de su sustracción o retención ilícita.

---

26. Ribeiro, G F; Farias, I L M C; Araujo, N. de; Nardi, M., *Crônicas de direito internacional privado*, p. 12.

27. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Carta Rogatória n.º 4463 – UY (2009/0227128-4)*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Diário da Justiça Eletrônico, publicado em 12 mar. 2010.

Su ámbito de aplicación se limita a los niños menores de 16 años (art. 4) y exige que la solicitud de restitución se presente en un plazo máximo de un año desde el traslado ilícito, aunque la restitución puede seguir considerándose después de ese plazo si no hay pruebas de adaptación a la nueva residencia. La Convención se basa en la idea de que el traslado unilateral perjudica el interés superior del niño y que, salvo en situaciones excepcionales (como un riesgo grave), el retorno debe ser inmediato para restablecer el *status quo ante.*

5.2. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989)

La Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, adoptada en el marco de la OEA/CIDIP-IV, tiene como objetivo principal garantizar la pronta restitución de los niños con residencia habitual en uno de los Estados partes, en los casos en que hayan sido trasladados ilegalmente o, aunque hayan sido trasladados legalmente, hayan sido posteriormente retenidos de forma ilícita en otro Estado Parte.

También busca garantizar el respeto al ejercicio de los derechos de custodia, guarda y visita. A los efectos de la convención, se considera menor a toda persona menor de 16 años de edad. El derecho de custodia o guarda comprende la facultad de decidir sobre el cuidado y la residencia del niño, mientras que el derecho de visita incluye la facultad de llevarlo, por tiempo limitado, a un lugar distinto de su residencia habitual. El traslado o la retención se consideran ilegales cuando se realizan en violación de los derechos legalmente ejercidos, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor, por los padres, tutores, guardianes o instituciones. Los titulares de estos derechos tienen legitimidad para iniciar el procedimiento de restitución.

La competencia para conocer de la solicitud recae, con carácter prioritario, en las autoridades judiciales o administrativas del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o la retención; sin embargo, por motivos de urgencia, la solicitud también puede presentarse a las autoridades del Estado en el que se encuentra el menor o en el que se produjo el hecho ilícito, sin que ello altere las normas de competencia internacional establecidas.

5.3. El caso paradigmático de Sean Goldman

El caso Sean Goldman es un hito en la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 en Brasil y pone de manifiesto los retos jurídicos que plantea la restitución internacional de menores. En 2004, Sean, que entonces tenía cuatro años, fue llevado a Brasil por su madre, Bruna Bianchi, con el pretexto de unas vacaciones. Sin embargo, Bruna permaneció en el país con su hijo, solicitando el divorcio y la custodia unilateral, sin el consentimiento del padre, David Goldman, lo que constituyó una retención ilícita. Ante esto, el padre obtuvo una decisión favorable del Tribunal de Nueva Jersey, que ordenó el regreso del niño, y recurrió a la Autoridad Central de los Estados Unidos, que formalizó la solicitud de restitución a la autoridad brasileña en base a la Convención de La Haya.

En 2008, tras la muerte de la madre, el padrastro solicitó la custodia de Sean mediante una solicitud de reconocimiento de paternidad socioafectiva[28], lo que aumentó aún más la complejidad del caso.

Solo en diciembre de 2009, tras una larga batalla judicial, el Tribunal Supremo Federal (STF) decidió la restitución inmediata de Sean Goldman a su padre en Estados Unidos. La decisión representó un reconocimiento de la obligatoriedad de la Convención de La Haya y de la necesidad de fortalecer los mecanismos de cooperación jurídica internacional.

Según el informe de Del'Olmo[29], tras el regreso de Sean Goldman a los Estados Unidos, su padre, David Goldman, habría impuesto varias restricciones a la abuela materna para visitar a

28. O Juízo de Direito da 2.ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro/RJ.

29. Del' olmo, Florisbal de Souza. *Subtração internacional de crianças à luz do caso Sean Goldman*, p. 767.

su nieto. Ese mismo mes, el Tribunal del Estado de Nueva Jersey habría dictado una sentencia favorable a la abuela materna, reconociendo su derecho de visita y prohibiendo a David Goldman imponer las condiciones exigidas anteriormente. Así, la decisión buscó conciliar la eficacia de la convención con el principio del interés superior del niño, garantizando posteriormente el derecho de visita de la abuela materna, aunque con ciertas condiciones.

Del'Olmo destaca, además, que las disposiciones del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores se han invocado cada vez más con el objetivo de restablecer el statu quo anterior al traslado ilícito del menor[30]. El autor destaca que el instrumento ha demostrado su eficacia, en la medida en que garantiza, salvo en los casos en que se verifique alguna de las excepciones previstas, el regreso del niño al país de su residencia habitual.

5.4. El lugar de expresión de los niños y adolescentes en el Convenio de La Haya de 1980

El concepto de «lugar de expresión» se refiere a la legitimidad derivada de la posición social de la persona que habla. En el contexto jurídico infantil y juvenil, reconocer el lugar de expresión del niño significa dar peso a su perspectiva en las decisiones que afectan directamente a su vida, respetando su grado de madurez y garantizando su participación de acuerdo con el principio del interés superior.

Según Meira[31], es necesario superar una visión adultocéntrica del derecho y reconocer que el «interés superior del niño» solo puede alcanzarse verdaderamente si se construye en diálogo con el propio niño, respetando su subjetividad y sus vínculos afectivos. Este enfoque propone un desplazamiento de la centralidad del discurso jurídico tradicional para incorporar la voz del niño como una instancia legítima de producción de sentido y reivindicación de derechos.

6. Adopción internacional de niños y adolescentes

La adopción internacional es una institución regulada por normas de Derecho Internacional Privado que tienen por objeto garantizar el interés superior del niño y prevenir prácticas ilícitas como la trata de menores, la venta de niños y la adopción irregular. En contextos transnacionales, esta práctica exige la armonización entre las legislaciones de los países involucrados —el de origen del niño y el de residencia de los adoptantes—, además de la actuación coordinada de las autoridades centrales. Dos instrumentos internacionales de referencia regulan la materia: el Convenio de La Haya de 1993 y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (OEA, 1984).

6.1. El Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993

El Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, tiene por objeto garantizar que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del niño, respetando sus derechos fundamentales y protegiéndolo contra los abusos.

Según Marques, los valores que deben tenerse en cuenta en la adopción internacional son: «no hay bienestar económico-afectivo si violamos los derechos humanos culturales y de identi-

30. Del' olmo, F., *op. cit.,* p. 772.

31. Meira, R. O. D. O *lugar de fala da criança e o seu melhor interesse: por uma escuta qualificada na jurisdição da infância e juventude*, p. 81.

dad del niño; no hay respeto por los derechos humanos del niño si la decisión no respeta su bienestar afectivo o económico y le niega la oportunidad de un futuro mejor»[32]. Solo la conjunción de estos dos factores materializa el interés superior del niño.

La Convención establece un sistema de cooperación entre las autoridades centrales de los Estados partes, imponiendo requisitos como el consentimiento libre e informado de los padres biológicos, la verificación de que se ha considerado prioritariamente la adopción nacional y la certificación de que la adopción cumple los requisitos legales de ambos países implicados. También crea mecanismos para el reconocimiento automático de la adopción en los países miembros, lo que reduce la inseguridad jurídica. Brasil es Estado Parte desde 1999 y aplica la Convención a través del Sistema Nacional de Adopción y Acogida (SNA), supervisado por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ)[33].

La adopción internacional se produce cuando un niño o adolescente es adoptado por una persona o pareja residente en otro país, independientemente de la nacionalidad de las partes implicadas. La legislación brasileña exige que este proceso siga los principios y procedimientos establecidos por el Convenio de La Haya de 1993, por el Decreto n.º 3. 174/1999, que regula la estructura de las autoridades centrales responsables, y por el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley n.º 8.069/1990), que contiene normas específicas para este tipo de adopción, garantizando los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.

La adopción internacional solo se permite entre países que hayan ratificado el Convenio de La Haya de 1993 y hayan designado autoridades centrales. En Brasil, la Autoridad Central Administrativa Federal (ACAF) es ejercida por la Secretaría Nacional de Justicia del MJSP. A nivel estatal, las Comisiones Judiciales Estatales de Adopción (CEJAs/CEJAIs), vinculadas a los Tribunales de Justicia, son las autoridades responsables de conducir y supervisar los procedimientos locales. Estas comisiones reciben los expedientes de habilitación enviados por organismos extranjeros acreditados o por autoridades centrales extranjeras y son responsables de tramitar la adopción en el Poder Judicial.

En Brasil, los brasileños residentes en el extranjero tienen preferencia legal sobre los extranjeros para adoptar niños con residencia habitual en el territorio nacional, según lo establece el artículo 51, § 2.º del ECA.

La legislación brasileña también garantiza el derecho de acceso a los orígenes biológicos de la persona adoptada, en lo que respecta a la identidad de sus progenitores. Este derecho está previsto en el artículo 48 del ECA y en el artículo 30 del Convenio de La Haya. Los adoptados internacionalmente pueden solicitar información sobre su filiación original, historial médico familiar, localización de familiares y manifestar su deseo de reencuentro. Esta solicitud debe enviarse a la ACAF, por vía electrónica y de forma gratuita, de conformidad con la Resolución n.º 19/2019 del Consejo de Autoridades Centrales Brasileñas. Sin embargo, la entrega de información sobre la ubicación de la familia biológica depende del consentimiento de esta y de la viabilidad de los organismos públicos para encontrar dichos datos.

6.2. La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984

La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores fue adoptada el 24 de mayo de 1984, en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV), celebrada en Montevideo, Uruguay, en el marco de la OEA.

32. Marques, C. L. A *Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002*, p. 499.

33. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Adoção*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/

Su objetivo es regular los conflictos de leyes y competencias jurisdiccionales en las adopciones internacionales de menores, garantizando la protección de los derechos del niño y la eficacia transnacional de las decisiones de adopción, especialmente en los casos en que el adoptante y el adoptado tienen su domicilio habitual en Estados partes diferentes. El convenio aborda aspectos como la ley aplicable, el reconocimiento automático de las adopciones, la publicidad y el secreto, y los derechos sucesorios.

El convenio establece que la ley del lugar de residencia habitual del menor rige los requisitos y procedimientos de la adopción (art. 3), mientras que la ley del domicilio del adoptante regula su capacidad, edad, estado civil y consentimiento conyugal (art. 4). Sin embargo, si los requisitos del adoptante son manifiestamente más laxos que los del país del menor, prevalecerá la legislación más protectora para el adoptado. La adopción válida en virtud de la Convención debe ser reconocida automáticamente por todos los Estados partes (art. 5).

Los efectos de la adopción plena se equiparán a la filiación legítima, rompiendo los lazos con la familia de origen, salvo los impedimentos matrimoniales (art. 9). En las adopciones no plenas, los vínculos con la familia biológica pueden mantenerse (art. 10). Los derechos sucesorios se garantizan según el tipo de adopción y las leyes sucesorias aplicables (art. 11). La adopción es irrevocable en los casos mencionados en el artículo 1, salvo disposición contraria en los casos del artículo 2 (art. 12).

En cuanto a la jurisdicción, son competentes las autoridades del país de residencia habitual del menor (arts. 15 y 16), y los conflictos posteriores entre el adoptado y el adoptante pueden resolverse en el domicilio de cualquiera de las partes, según las circunstancias (art. 17). La aplicación de la ley extranjera puede ser rechazada si es contraria al orden público del Estado aplicable (art. 18).

Por último, el Convenio refuerza que toda su interpretación debe orientarse a favorecer la validez de la adopción y el interés superior del adoptado (art. 19), incluyendo cláusulas que permiten su aplicación excepcional en casos de cambio de domicilio posterior a la adopción (art. 20), ampliando su aplicabilidad ante migraciones familiares[34].

7. Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños

La Convención de La Haya de 1996 sobre la jurisdicción, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños tiene como objetivo principal reforzar la protección internacional de los niños en situaciones transnacionales. Esta convención promueve la armonización de los criterios para definir la jurisdicción competente, la ley aplicable y la eficacia extraterritorial de las decisiones sobre la responsabilidad parental y las medidas de protección del niño y de su patrimonio.

El convenio establece que, por regla general, la jurisdicción para adoptar medidas de protección corresponde al Estado de la residencia habitual del menor (art. 5), pero también prevé excepciones en casos de menores refugiados o desplazados, así como en situaciones de desplazamiento o retención ilícita (art. 6 y 7). El convenio también permite transferencias excepcionales de jurisdicción (art. 8), siempre que ello favorezca el interés superior del niño, principio rector de todo el tratado.

En cuanto a la ley aplicable, las autoridades que ejercen la jurisdicción en virtud del convenio aplicarán, en general, su propia ley (art. 15), aunque es posible reconocer los efectos de las leyes de otros Estados en determinados casos. En lo que respecta al reconocimiento y la ejecución de

34. Vea Moschen, V. R. B.; Lopes, I., «Migraciones internacionales y derecho internacional privado: su enfoque desde el desarrollo sostenible en Latinoamérica», *Direito.UnB, Brasília*, v. 7, p. 167-200, 2023.

medidas, el convenio garantiza que las decisiones adoptadas por las autoridades de un Estado parte deben ser reconocidas y ejecutadas en los demás Estados, sin nuevo examen del fondo (art. 23), siempre que se respeten los principios de orden público.

Además, el Convenio establece mecanismos de cooperación entre las Autoridades Centrales de los Estados partes, encargadas de facilitar el intercambio de información, coordinar acciones y ayudar en la localización de niños o en la protección de sus derechos (arts. 29 a 40). De este modo, el tratado promueve un sistema de gobernanza multinivel, que combina la soberanía nacional y la cooperación internacional para garantizar los derechos de los niños en contextos transfronterizos.

La adhesión de Brasil a la Convención de La Haya de 1996 fortalecería significativamente la protección de los niños brasileños involucrados en situaciones transnacionales, como el desplazamiento internacional, la custodia compartida, la tutela y otras medidas de protección, al proporcionar una mayor seguridad jurídica en el reconocimiento y la ejecución internacional de las decisiones dictadas por las autoridades brasileñas. Además, permitiría una cooperación más ágil y eficiente con los demás Estados partes, promoviendo una coordinación institucional más eficaz en la lucha contra los casos de sustracción, abandono o disputas parentales transfronterizas, en consonancia con el principio del interés superior del niño.

8. El principio del interés superior del niño en otras relaciones jurídicas transnacionales

8.1. Filiación

En el contexto transnacional y a la luz de la socioafectividad, la filiación adquiere contornos más amplios y complejos que los tradicionalmente vinculados únicamente al origen biológico. En escenarios internacionales, especialmente en el ámbito del Derecho Internacional Privado y la protección de niños y adolescentes, la filiación no se limita al vínculo genético, sino que puede ser reconocida jurídicamente sobre la base de vínculos socioafectivos y de decisiones judiciales o administrativas que respeten el principio del interés superior del niño.

En la jurisprudencia brasileña, se cita la decisión dictada por el Tribunal Superior de Justicia (STJ), relativa a la homologación de una sentencia extranjera impugnada (SEC 5726-EX) de 2008, cuyo mérito es el registro civil de filiación. En esta sentencia, el tribunal utilizó la dignidad de la persona humana como elemento argumentativo para homologar la decisión del Tribunal de Justicia de Baviera, en Alemania. La decisión permitió la modificación del nombre del progenitor en el registro de nacimiento de un menor, excluyendo el del padre biológico e incluyendo el nombre del padrastro, garantizando así el ejercicio de sus derechos de personalidad[35].

La Corte Especial del STJ, por unanimidad, aceptó la solicitud de homologación de la sentencia, en los términos del voto de la Ministra-Relatora, que destacó que, una vez más, se superó la rigidez de las normas jurídicas en favor de la preservación de la dignidad de la persona humana, debiendo esta lección prevalecer sobre cualquier otro derecho discordante, ya que el padre biológico no cumplió con sus obligaciones para con el familiar. Así, la decisión del STJ fue eficaz y funcional para los problemas de las familias posmodernas, con soluciones prácticas para cuestiones jurídicamente complejas[36].

35. Ver Lopes, Inez. Lopes, Inez. «As Famílias Transnacionais e as Decisões das Cortes de Direitos Humanos in» de Noronha, João Otávio; de Albuquerque, Paulo Pinto. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.

36. Vea Lopes, Inez. *A Família transnacional e a cooperação jurídica internacional In: Cooperação Jurídica Internacional*.1 Ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

8.2. Gestación por sustitución transnacional (Surrogacy)

La gestación subrogada transnacional —también conocida como «barriga de alquiler» en el contexto internacional— plantea complejos retos jurídicos y éticos, especialmente cuando implica el nacimiento de un niño en un país diferente al de residencia de los padres intencionales. En este contexto, el principio del interés superior del niño debe guiar todas las decisiones relacionadas con el reconocimiento de la filiación, la ciudadanía, el registro civil y la eventual nacionalidad del niño. Como se destaca en Santiago, este principio impone a los Estados la obligación de garantizar la protección integral del niño, incluso en situaciones que implican lagunas normativas, conflictos de leyes o la ausencia de reconocimiento automático de la filiación por parte de algunos países. Según la autora, «la protección integral del niño, que es un principio internacional, no puede ser descartada exclusivamente por la excepción de infracción de la ley interna de cada país»[37].

El tema de la filiación jurídica y la gestación subrogada en contextos transnacionales ha sido objeto de debate en el ámbito de la HCCH desde 2015, cuando el Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) decidió crear un Grupo de Expertos para evaluar la viabilidad de un instrumento internacional sobre el reconocimiento de la filiación en situaciones de reproducción asistida y acuerdos de gestación subrogada internacional[38].

En marzo de 2023, el CGAP autorizó la creación de un grupo de trabajo dedicado a examinar las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con la filiación jurídica, incluidas las derivadas de los acuerdos de gestación subrogada internacional. Las reuniones del Grupo de Trabajo se llevan a cabo desde 2023, con el objetivo de elaborar propuestas normativas e instrumentos internacionales que ofrezcan mayor seguridad jurídica, protección a las partes involucradas y respeto al interés superior del niño en el contexto de las familias transnacionales.

9. Conclusiones

Aunque los instrumentos internacionales buscan uniformizar los estándares de protección, este artículo propone una reflexión crítica sobre la aplicación de estas normas en contextos culturales diversos, especialmente cuando las prácticas familiares o comunitarias entran en conflicto con los parámetros establecidos internacionalmente.

El «diálogo de las fuentes» es, por lo tanto, esencial para responder a las complejidades de la vida en sociedad, tanto a nivel interno como internacional, ya sea entre normas de derecho público y privado, entre reglas de derecho vinculante y principios de derecho indicativo. Este diálogo significa la convivencia o coexistencia de paradigmas para buscar soluciones a los problemas jurídicos contemporáneos de la posmodernidad, marcada por una fuerte pluralidad de leyes o fuentes[39]. El «diálogo intercultural» de las fuentes y la dignidad de la persona humana como elemento argumentativo para fortalecer el sistema de cooperación jurídica internacional.

En este sentido, el diálogo intercultural, orientado por la primacía del interés superior del niño, de manera que se respeten las identidades locales sin relativizar los derechos fundamentales.

El principio del interés superior del niño debe ser el criterio rector de todas las decisiones jurídicas y administrativas que afecten a los niños y adolescentes a nivel internacional. Consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en diversos instrumentos regionales y nacionales, este principio impone un enfoque centrado en la dignidad y las necesidades del niño, que debe prevalecer sobre los intereses estatales, culturales o parentales que entren en conflicto con su protección efectiva.

---

37. Santiago, J., *Gestação por substituição, ordem pública internacional e o melhor interesse do menor*. p. 80.

38. The Hague Conference on Private International Law (HCCH). *Parentage / Surrogacy Project*. Disponível em: https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy

39. Marques, C. L., «Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002», p. 42-43.

La protección internacional de los niños y adolescentes cuenta con un sistema jurídico sólido, tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el del Derecho Internacional Privado, además de un sistema estructurado de cooperación jurídica internacional, basado en el principio del interés superior del niño.

10. Bibliografía

Araújo, **Nadia de**. «A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro de menores: algumas notas recentes», Disponível em https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/a-convencao-da-haia-sobre-os-aspectos-civis-do-sequestro-de-menores-nadia-de-araujo.pdf

Araújo, **Nadia de**; **de Nardi**, **Marcelo**; **Lopes**, **Inez**; **Polido**, **Fabrício**. «Private international law chronicles», *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, p. 18-34, 2019.

Contini, P., «The United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance», *St. John's Law Review*, Vol. 21, No. 1, 1956.

Del'olmo, F. S. «Subtração internacional de crianças à luz do caso Sean Goldman», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, v. XV, p. 739-772, 2015., p. 772.

Duncan, W. «The New Hague Child Support Convention: Goals and Outcomes of the Negotiations», *Family Law Quarterly*, Volume 43, Number 1, Spring, 2009.

Goicoechea García, **Ig**., **Castro, F**., «Construyendo un Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños en materia civil». *Seminário promovido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, 2014, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/actividades/docs/2014/goicoechea_sp.pdf.

Lopes, I. «An assessment of cross-border cooperation regarding maintenance: a Brazilian perspective», *Yearbook of Private International Law,* v. 20, p. 217-231, 2018/2019.

Lopes, I., «A família transnacional e a cooperação jurídica internacional», en Polido, F. B. P., *Cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 83-114.

Lopes, I. «A família entre pessoas do mesmo sexo e o direito internacional privado». In: Ramos, André de Carvalho (org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 197-218.

Lopes, I. «Maintenance obligations in the Brazilian law system: a path to Hague Convention on Maintenance Recovery and Protocol», en Beaumont, P.; Hess, Burkhard, H.; Walker, L.; Spancken, S. (org.). *The Recovery of maintenance in the EU and Worldwide*. London: Hart, 2015.

Lopes, I., Mediation in cross-border family maintenance and child support», *Direito.UnB*, Brasília, v. 4, p. 80, 2020.

Lopes, I., «El reconocimiento transnacional del matrimonio entre personas del mismo sexo o de la pareja homosexual y los recientes desarrollos en Brasil y en el Mercosur», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, v. XVI, p. 759-792, 2016.

Lopes, I., «iSupport e a cobrança internacional de alimentos na era digital», *Cooperação em Pauta*, Brasília, v. 21, p. 1, 2016.

Martinez, Fernando Rey. «Caso de La Corte Interamericna de Derechos Humanos "Atala Riffo y Niñas contra Chile"» (24 de febrero de 2012), *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,*. Num 30, enero-junio, 2014, pp. 237-249.

Meira, R.O.D. *O lugar de fala da criança e o seu melhor interesse: por uma escuta qualificada na jurisdição da infância e juventude.,* Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

Marqués, C. L., «Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002», *Revista da Esmese*, n.º 07, 2004, p. 42-43.

Marqués, C. L., «A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS.*

Moschen, V. R. B.; Lopes, I., «Migraciones internacionales y derecho internacional privado: su enfoque desde el desarrollo sostenible en Latinoamérica», *Direito.UnB*, Brasília, v. 7, p. 167-200, 2023.

Santiago, J.F., *Gestação por substituição, ordem pública internacional e o melhor interesse do menor*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

Ribeiro, G F; Farias, I L M C; Araujo, N. de; Nardi, M., «Crônicas de direito internacional privado», *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 13, n. 2, 2016 p. 2-20.

CAPÍTULO 14

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ARGENTINO

Luciana B. Scotti

Profesora Titular de Derecho internacional Privado
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL FENÓMENO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL Y LA FUENTE CONVENCIONAL. 2.1. Ámbito de aplicación espacial y temporal de las convenciones vigentes. 2.2. Soluciones ante el conflicto de convenciones. 2.3. Situaciones no cubiertas por los convenios internacionales en vigor. 2.4. Soluciones ante la inexistencia de convención aplicable. 3. LAS GUÍAS DE BUENAS PRÁCTICAS Y OTROS INSTRUMENTOS. 4. EL ALCANCE CONVENCIONAL DEL DERECHO DE CUSTODIA. 5. OTRAS CALIFICACIONES AUTÁRQUICAS. 6. PROCEDENCIA DEL PEDIDO DE RESTITUCIÓN: REQUISITOS Y EXCEPCIONES. 7. EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN. 8. LEGISLACIÓN ARGENTINA EN LA MATERIA: SU TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 8.1. La aplicación de los convenios en vigor. 8.2. Aplicación analógica de los principios en la materia. 8.3. Ejecución: retorno voluntario y seguro. 8.4. Medidas protectorias anticipadas o preventivas. 9. DERECHO COMPARADO. 9.1. Panorama en el MERCOSUR. 9. 2. La situación en la Unión Europea. 10. CONCLUSIONES. 11. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Los traslados y retenciones ilícitos de niños y adolescentes por parte de sus propios progenitores es un fenómeno que ha aumentado considerablemente por efecto de la dispersión internacional de la familia, de la multiplicación de matrimonios y parejas interculturales y multiculturales, del incremento de las comunicaciones, de la celeridad de los medios de transporte modernos, de las migraciones laborales internacionales, y en general, del debilitamiento, de la flexibilidad de las fronteras del Estado posmoderno. Todo ello en el marco, e incluso, motivado por la globalización y por los procesos de integración regional.

El análisis del flagelo de tales desplazamientos transfronterizos y retenciones ilícitas es un problema que corresponde al Derecho Internacional Privado, que en efecto se ha ocupado de su regulación principalmente a través de convenciones internacionales que atienden a un objetivo fundamental: el rápido reintegro del menor a su centro de vida a fin de evitar mayores perjuicios a los ya causados por el desarraigo ilegítimo y abrupto de su medio familiar y social.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, con jerarquía constitucional en la República Argentina (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional), prevé que los Estados deben adoptar medidas para luchar contra traslados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual, disponiendo a dichos efectos que los países promuevan acuerdos bilaterales o multilaterales o adhieran a los ya existentes (artículo 11).

Cabe destacar que esta realidad cotidiana no solamente afecta los intereses privados, precisamente el interés superior de los niños, sino que agrede los intereses públicos por constituir un verdadero flagelo que compromete al propio Estado y a la comunidad internacional en su conjunto. Por ello, se hace necesaria la conjunción de planes de acción que, desde la asunción de la política pública, el Estado asuma la necesidad de adoptar mecanismos de cooperación internacional tanto para prevenir como para concretar la pronta restitución del menor a su centro de vida.

Desde otro punto de vista, resulta imperiosa la necesidad de aprobar normas procedimentales adecuadas a este fenómeno. Ninguno de los tratados internacionales vigentes contiene normas procesales específicas que regulen el trámite que cabe otorgar al pedido de restitución, sino que existe una suerte de remisión a la legislación interna de cada Estado parte. En todo caso, deberá tratarse de un procedimiento sumario, rápido, urgente, que resulte idóneo para obtener el fin perseguido.

A continuación, analizaremos las disposiciones y alcance de las convenciones en la materia, así como su tratamiento en el derecho argentino en particular, sin perjuicio de un recorrido por el derecho comparado, focalizando nuestro estudio en otros Estados parte del MERCOSUR y en la situación en la Unión Europea (UE).

2. El fenómeno de la sustracción internacional y la fuente convencional

Dentro de la amplia y lamentable gama de las conductas perversas que, en muchos casos, asumen los progenitores, se encuentra, cada vez con más frecuencia, aquella que nos convoca en esta ocasión y que consiste en desplazar ilícitamente al menor desde el Estado donde éste tiene su residencia habitual a un país distinto o bien retenerlo ilegalmente en este último. Esta conducta claramente abusiva ha sido calificada, con razón, como una variante de «violencia doméstica»[1].

A nivel universal, se encuentra vigente el célebre Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980), aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). Por su parte, en el ámbito continental americano, el proceso de codificación llevado a cabo por las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la OEA, dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV).

Asimismo, algunos Estados celebraron acuerdos bilaterales. Entre ellos, cabe mencionar el Convenio uruguayo-argentino sobre Protección Internacional de Menores, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982[2].

En términos generales, tanto la Convención de La Haya de 1980 como la Interamericana regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de 16 años: prevén una

1. Herz, M., «El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional», *RDP*, 2010-1-177.

2. Véanse los casos citados por Tellechea Bergman, E. «La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento», *Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*, 12 y 13 de agosto de 2002, Montevideo, SIM/doc 11/02-1.

solicitud de restitución del menor y una solicitud para garantizar el efectivo derecho de visita, y contemplan la designación de una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio[3]. Establecen prácticamente los mismos requisitos para la procedencia del reclamo, así como sus excepciones. Las dos convenciones regulan un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases, una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

El tratamiento convencional de este fenómeno, más allá de la diversa denominación según el tratado (sustracción en el CH 1980 o restitución en la CIDIP IV, según el enfoque se ponga en la conducta ilícita o en la finalidad buscada), tiene como consecuencia que el incumplimiento de un Estado parte genera su responsabilidad internacional, circunstancia que suelen tomar muy en cuenta los tribunales judiciales nacionales a la hora de resolver estos casos y que, además, ha conllevado en varias oportunidades a la intervención de tribunales internacionales, en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos[4].

2.1. Ámbito de aplicación espacial y temporal de las convenciones vigentes

Las convenciones en vigor requieren que la residencia habitual del niño se localice en un Estado parte y que el niño haya sido trasladado a otro Estado parte. Sin embargo, no es necesario que el menor haya sido desplazado desde el lugar donde residía.

Limitaremos nuestro análisis al Convenio de La Haya de 1980 y a la CIDIP IV de 1989, de alcance universal y regional, respectivamente,

El Convenio de La Haya entró en vigor el 1/12/1983 y cuenta en la actualidad, con ciento tres Estados contratantes[5]. Según dispone el artículo 35, solo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados. Es un tratado abierto a la ratificación de Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y a la adhesión de cualquier otro Estado.

A su turno, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, el 15/7/1989, en oportunidad de la cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, entró en vigor el 4/11/1994. Al presente, cuenta con catorce Estados parte[6]. La CIDIP IV se encuentra abierta a la firma y ratificación de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (artículo 28) y a la adhesión de cualquier otro Estado (artículo 30).

2.2. Soluciones ante el conflicto de convenciones

La existencia de varios tratados vigentes en la misma materia nos lleva a preguntarnos cómo se resuelve el llamado conflicto de convenciones. En efecto, son múltiples los casos en los que se puede aplicar el Convenio de La Haya y la CIDIP IV, dado sus respectivos ámbitos de aplicación temporal, material y espacial.

---

3. La República Argentina designó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Dirección General de Asuntos Jurídicos) como autoridad central para ambos convenios.

4. Puede ampliarse en Scotti, L. B., «La aplicación e interpretación del Derecho internacional privado por los tribunales internacionales y regionales», en Scotti, L. B. y Godio, L. M. A. (dirs.), *Interacciones entre el Derecho internacional público y privado*, CARI – USI, 2025.

5. Puede consultarse el estado actual del Convenio de La Haya de 1980 en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24 (Consulta: 20/01/2025).

6. Puede consultarse el estado actual de la CIDIP IV en: https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html (Consulta: 20/01/2025).

Sin embargo, encontramos algunas pautas en los propios textos convencionales para solucionar estos eventuales conflictos. Así, el artículo 34 de la CIDIP IV establece que entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la CIDIP.

Sin embargo, los Estados parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25/10/1980. Tal es el caso de Venezuela que hizo uso de esta reserva.

La norma siguiente, a su turno, dispone que la CIDIP IV no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia. De esta manera, nos abre la posibilidad de aplicar siempre la norma que resulte más beneficiosa para el interés superior del niño.

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1980 resuelve que tendrá prioridad en las materias incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 5/10/1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores entre los Estados parte en ambos Convenios[7].

Sin embargo, en sintonía con lo dicho respecto de la CIDIP IV, el Convenio de La Haya manifiesta que no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.

Por otro lado, cabe señalar que 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, de 1996[8], dispone que no afecta al Convenio de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en las relaciones entre las partes en ambos Convenios. Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del Convenio de 1996 para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita (artículo 50).

En pocas palabras, el Convenio de 1996 refuerza el Convenio de 1980 porque subraya el papel primordial de las autoridades del lugar de residencia habitual del niño al decidir cualquier medida que podría ser necesaria para proteger al niño en el largo plazo. Aumenta también la eficacia de cualquier medida de protección temporal decidida por el juez ordenando el retorno del niño al país del cual ha sido sustraído, haciendo dichas órdenes ejecutables en ese país hasta en tanto las autoridades del mismo se encuentren en situación de tomar las medidas de protección necesarias.

2.3. Situaciones no cubiertas por los convenios internacionales en vigor

El Convenio de La Haya de 1980, ya en su denominación, manifiesta que su ámbito de aplicación material se restringe a los aspectos civiles de la restitución internacional de menores. A su turno, el artículo 26 de la CIDIP IV establece que sus disposiciones no serán obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

Más allá de esta cláusula, la CIDIP IV no se ocupa de los aspectos penales que pueden encontrarse involucrados, por oposición a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional

7. La Argentina nunca ratificó el Convenio de 1961. Cuenta con catorce Estados parte.

8. Argentina ha ratificado el Convenio de La Haya de 1996 en septiembre de 2025. Entrará en vigor el 1 de enero de 2026.

de Menores, adoptada en México en 1994 (CIDIP V) que se detiene tanto en los aspectos civiles como penales de este instituto[9].

Si bien los convenios vigentes sobre restitución consideran que el traslado o la retención ilícitos no configuran un delito sino un ejercicio abusivo de derechos por parte del progenitor que traslada o retiene al niño, la sustracción internacional de menores es considerada delito en muchos Estados. Sin embargo, el tratamiento que se le da a la figura de la sustracción parental varía de un Estado a otro, así como difiere la definición de menor y las penas que se imponen en cada uno de ellos.

Por ejemplo, en la República Argentina se encuentra vigente la ley 24.270, que tipifica el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Esta ley prevé una pena agravada para el progenitor que impide el contacto de su hijo con el padre no conviviente y lo traslada al extranjero.

No obstante, en general, la sanción penal no es eficaz. En efecto, «opera una vez que la sustracción se ha producido, es de difícil aplicación porque generalmente requiere de un proceso de extradición que por la gravedad de las penas impuestas no es encuadrable en los tratados internacionales, añade nuevas dificultades al contacto, produce efectos perniciosos sobre el psiquismo del niño-víctima y puede constituir un obstáculo al retorno seguro, al impedir el regreso del sustractor como acompañante del niño, en los supuestos en que se trate de su cuidador primario o una denegación de justicia si al prohibir el ingreso al territorio del sustractor para ejercer sus derechos en el proceso que sobre la custodia probablemente se siga»[10].

2.4. Soluciones ante la inexistencia de convención aplicable

Cabe señalar que fuera del ámbito multilateral del Convenio de La Haya y del marco interamericano de la CIDIP IV, existen diversos acuerdos bilaterales[11]. No obstante, si bien estas normas convencionales cubren una red de protección extensa, quedan muchos casos que no caen en el ámbito de aplicación de ningún tratado vigente.

Cuando los menores sustraídos no tienen residencia habitual en un Estado parte de alguno de los convenios o son ilícitamente sustraídos hacia Estados no partes o retenidos en ellos, la

9. En la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, vincula a la República Argentina con otros catorce Estados americanos), los países signatarios se comprometen, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, a prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, así como a regular los aspectos civiles y penales del mismo. El tráfico internacional de menores usualmente está ligado a conductas tan graves como el secuestro, pues implica que al menor que se lo separe por la fuerza de su familia, es una forma de violencia física y moral, y en la mayoría de los casos se realiza con el objeto de someter a la víctima a prácticas de abuso sexual, explotación laboral o económica y práctica de trabajos riesgosos. El texto de la convención se encuentra en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm (Consulta: 20/01/2025).
   En el ámbito universal, cabe mencionar al Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Es un acuerdo complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Es uno de los tres Protocolos de Palermo, los otros son Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, adoptados por las Naciones Unidas en Palermo, Italia en 2000. El texto completo está disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf (Consulta: 20/01/2025).

10. Herz, M., «El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional», *op. cit.*, p. 179.

11 Los principales acuerdos bilaterales pueden consultarse en: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=5215 (Consulta: 20/01/2025).

respuesta jurídica variará considerablemente según la jurisdicción que entienda en el caso. Para estos supuestos, las soluciones son mucho más complejas y dependen en gran medida de la buena voluntad de los progenitores y de la intervención diplomática de los Estados involucrados. Por ello, lo más recomendable es adoptar medidas preventivas, sobre todo en aquellos casos de matrimonios o parejas multiculturales.

En efecto, en caso de desavenencias de parejas o matrimonios mixtos, multiculturales, los conflictos en materia de la atribución del derecho de guarda y de visitas se incrementan, al punto que los riesgos de un desplazamiento o retención ilícitos del niño en un lugar distinto al de su residencia habitual se multiplican.

Resulta muy frecuente el caso de un padre musulmán que, en ejercicio del derecho de visitas del niño, lo lleva a su país de origen y lo retiene indefinidamente, amparado por el derecho islámico que le reconocerá el derecho de custodia exclusivo a los fines de que aquel crezca con la educación, principios y religión del islam, lo cual, en la mirada de un tribunal musulmán, resultaría imposible si el menor retornara al país de su residencia habitual, occidental y junto a una madre no musulmana[12].

En Argentina, desde la entrada en vigor del Código Civil y Comercial en 2015, contamos con pautas para solucionar estos casos ante la ausencia de fuente convencional que rija el pedido de restitución internacional de un niño. Lo veremos más adelante en detalle.

3. Las guías de buenas prácticas y otros instrumentos

A los fines de facilitar la aplicación del Convenio de 1980, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha elaborado una serie de documentos, entre los que destacan: la Guía de Buenas Prácticas sobre Práctica de las Autoridades centrales, (HCCH 2003); la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de aplicación (HCCH 2003); la Guía de Buenas Prácticas sobre Medidas de prevención (HCCH 2005); la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución (HCCH 2010); la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (HCCH 2012); la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) (excepción de grave riesgo) (HCCH 2021). Asimismo, la Conferencia aprobó otros instrumentos de *soft law* como los Principios generales y la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto transfronterizo relativo a los niños (HCCH 2008) y el documento Practitioners' Tool: Cross-Border Recognition and Enforcement of Agreements Reached in the Course of Family Matters Involving Children (HCCH 2022)[13].

Con similares finalidades, la Conferencia creó la Red Internacional de Jueces de La Haya. Sus miembros asesoran a sus colegas de jurisdicción sobre los convenios de protección de menores, en general, y sobre su aplicación y práctica, pueden contestar preguntas de jueces nacionales y extranjeros y de autoridades centrales sobre cuestiones generales concernientes a legislación, sobre sustracción de menores y las fuentes legales dentro de su jurisdicción, participan y representan a su país en seminarios y conferencias judiciales internacionales de derecho de familia, en la medida que ello sea relevante y posible, y en las reuniones de los jue-

12. Es el caso que tomó estado público de la señora Gabriela Arias Uriburu, quien contrajo matrimonio en Guatemala en 1991 con el empresario Imad Shaban, de origen jordano y nacionalizado guatemalteco; unión de la que nacieron tres hijos: Karim, Zahira y Sharif. Con posterioridad, los cónyuges solicitaron su divorcio ante un juez de familia guatemalteco, quien le otorgó a la madre la custodia de sus hijos. Sin embargo, en el año 1997, el padre sustrajo a los niños, desconociéndose su paradero por el lapso de tres meses. Merced a diversas gestiones diplomáticas y al trabajo de los medios de comunicación, se conoció que los niños se encontraban conviviendo con su padre, en la ciudad de Amman, Jordania. A partir de allí la madre reclamó el contacto con los menores habiéndose logrado un régimen de visitas restringido y bajo supervisión.

13. Estos documentos se *soft law* están disponibles en: https://www.hcch.net/es/instruments/specialised-sections/child-abduction (Consulta: 20/01/2025).

ces de la Red, y reciben y canalizan, cuando sea necesario, todas las comunicaciones judiciales internacionales entrantes e inician y facilitan las correspondientes comunicaciones judiciales salientes, y promueven, en términos generales, la colaboración en el ámbito del derecho de familia internacional. Además, son responsables de obtener información y novedades relevantes del Convenio de La Haya de 1980 y de garantizar que los fallos importantes sean incluidos en la base de datos sobre sustracción internacional de menores (INCADAT) de la Conferencia de La Haya[14]. Contribuyen también con publicaciones en *The Judges' Newsletter*[15], de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, y difunden su información, garantizando que otros jueces dentro de su jurisdicción, que entiendan en casos de sustracción, accedan a los ejemplares de tal publicación y a cualquier otra información que pueda contribuir al desarrollo del conocimiento de cada juez y a su especialización. En el marco de las comunicaciones judiciales directas, pueden intervenir en el logro de acuerdos entre los progenitores, ayudar a remover obstáculos que impidan el retorno del menor, asegurar que el rápido retorno sea efectivo y garantizado, y ayudar a que los procesos nacionales se desarrollen correctamente, colaborando, por ejemplo, incluso en casos de transferencia del proceso a tribunales mejor situados para conocer del mismo.

Por otro lado, el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IINNA) tiene a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de la CIDIP IV, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente, tiene a su cargo la tarea de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia (artículo 27, CIDIP IV).

Debemos destacar, asimismo, que un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el IINNA aprobaron en 2007 la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños[16].

4. El alcance convencional del derecho de custodia

El artículo 3.º del CH 1980 define los supuestos de traslado y retención ilícitos, determinando que estos se configuran cuando se realizaren en infracción de un derecho de custodia efectivamente ejercido, sea este exclusivo o compartido, atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención, ya sea de pleno derecho, por una decisión jurisdiccional o administrativa o por acuerdo de partes.

Debemos recordar al respecto, que el artículo 5.º, inc. a), prescribe que el derecho de custodia comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y por lo tanto del traslado del menor. El artículo 3.º, inc. a), de la CIDIP IV, lo define en idénticos términos.

Tal como podemos observar, si bien estos tratados aproximan una calificación de derecho de custodia, la ilicitud del traslado debe ser analizada a la luz de la ley del lugar de residencia habitual del niño.

---

14. La página de esta importante base de jurisprudencia es: https://www.incadat.com/es (Consulta: 20/01/2025).

15. Los Boletines de los Jueces están disponibles en: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/judges-newsletter (Consulta: 20/01/2025).

16. La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. El grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel Gonzalez (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Nuñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz María Capuñay Chavez (Perú).

En la mayoría de los casos nos encontraremos con supuestos de responsabilidad parental compartida y el traslado o retención, aunque son ilícitos, no configuran un delito en sí mismos, sino un ejercicio abusivo de los deberes-derechos de los progenitores.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que una autorización para salir del país de residencia habitual de los menores no implica, por sí sola, el consentimiento del progenitor otorgante para retener al menor y fijar su nueva residencia en otro país.

Efectivamente, «si en un Estado parte la legislación sustancial atribuye la "custodia" —o tenencia, o guarda, cualquiera sea el *nomen iuris* de la institución desde la óptica del derecho de fondo— a uno de los progenitores pero ese derecho no alcanza para que ese padre conviviente pueda decidir por sí la modificación de la residencia habitual del niño mediante el establecimiento de una nueva residencia en un país extranjero (pues para hacerlo necesariamente debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización de una autoridad judicial), entonces, debe concluirse que ese progenitor no tiene la custodia en el sentido uniforme de la Convención (art. 5.a), y si desplaza o retiene al niño con el intento de modificar su "centro de vida" comete la infracción que se califica de conducta ilícita, que da lugar al procedimiento de restitución»[17].

En similar inteligencia, podemos afirmar que el CH 1980 no define al derecho de custodia como concepto jurídico, sino que establece un contenido mínimo para lograr aproximarse a los fines del Convenio[18]. En efecto, «el progenitor que dispone de un derecho de custodia limitado territorialmente no dispone de un derecho de custodia en el sentido del Convenio, pues no tiene el derecho de decidir la residencia del menor»[19].

En este mismo sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha decidido en la célebre causa «Abbot v. Abbot» (08-645, decisión del 17/5/2010), en contra de lo sostenido por las dos instancias precedentes, que el traslado de un menor al extranjero (en la especie, de Chile a los Estados Unidos) en compañía del progenitor que detenta la custodia, sin la autorización del otro progenitor, a quien se le había reconocido un derecho de visita y un derecho de autorización para los traslados del menor al extranjero *(ne exeat)*, constituye una vulneración del derecho de custodia en los términos del CH 1980.

Al respecto, cabe tener presente la presentación que con fecha 17/12/2008 y en carácter de *amicus curiae* efectuó la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) ante la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso citado, en apoyo del *writ of certiorari* que impulsaba el peticionario. Sobre la interpretación del derecho de custodia advirtió que «a través de diferentes medios, los Estados partes han dejado en claro que ellos desean una exégesis uniforme de los conceptos centrales del Convenio, teniendo en cuenta su naturaleza autónoma, y de ninguna manera limitada a la comprensión que se daría a una determinada palabra o frase en los asuntos puramente domésticos. Los giros relevantes, deben apreciarse en el contexto en el que son utilizados en el tratado». Prosigue «la expresión convencional derechos de custodia no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980, pues la doctrina y la ley locales, no han de tenerse por decisivas en la determinación del alcance de los vocablos de los que se vale el tratado... La comunidad jurídica de Naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión *ne exeat (*prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción, sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal), cae dentro del dominio de la noción convencional derechos de custodia».

17. Najurieta, M. S., «La restitución internacional de menores y el principio del "interés superior del niño"», JA 2006-I-43.

18. Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Colección monografías de derecho civil, Dykinson, 2002.

19. Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 6.ª ed., Comares, 2005.

5. Otras calificaciones autárquicas

El artículo 5.º del CH 1980, además de calificar, a los fines de su aplicación, derecho de custodia, define en el apartado b) el «derecho de visita» como aquel que comprende el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. En idéntico sentido, encontramos una definición en el artículo 3.b de la CIDIP IV.

A su turno, el capítulo IV del CH 1980 se dedica al derecho de visita y en el artículo 21 establece que una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Esta norma ha sido objeto de diversas interpretaciones. Los Estados contratantes que favorecen una interpretación literal han concluido que la disposición no brinda un fundamento jurisdiccional según el cual los tribunales pueden intervenir en cuestiones de derecho de visita, sino que se concentra en la asistencia procesal por parte de la autoridad central pertinente. Otros Estados contratantes han permitido que se instituyan procesos sobre la base del artículo 21 a fin de hacer efectivos los derechos de visita existentes o incluso crear nuevos derechos de visita.

En cambio, ni el CH 1980 ni la CIDIP IV califican el punto de conexión residencia habitual, pese a que informa a ambos convenios. Se debe entender como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo, que en la aplicación de estas convenciones carece de relevancia, como tampoco la tiene la nacionalidad de los progenitores o la del menor.

Los expertos de los países que intervinieron en la elaboración del CH 1980 eligieron la residencia habitual del menor para atribuir la competencia, en razón de ser este un concepto que tiende a una mayor seguridad en lo que atañe a la restitución, ya que se supone que son los jueces en donde el menor desarrollaba su vida los que se encuentran en mejores condiciones para resolver la cuestión de fondo.

Por su parte, en la Reunión de Autoridades Centrales de 1993, se estableció que la residencia habitual a que de hace referencia en el Convenio es la del menor, independientemente de la voluntad de los padres de vivir en ese lugar.

Si bien para algunos autores la residencia habitual es un concepto que por su claridad no es necesario definir; en la aplicación práctica de las Convenciones se plantea la cuestión de las calificaciones: deberá determinarse qué ley definirá esta conexión. Cabe señalar que el artículo 4.º del Convenio argentino-uruguayo sobre la Protección Internacional de Menores de 1981 califica la residencia habitual como el lugar donde el menor tiene su centro de vida, poniendo la atención en el menor y no en el domicilio de sus representantes legales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) de la República Argentina en el famoso caso «Daniela» sostiene que la expresión residencia habitual utilizada por el CH 1980 «se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores», tal como lo define el Convenio argentino-uruguayo[20].

Sin embargo, la jurisprudencia comparada no es uniforme. En efecto, la interpretación del concepto central de residencia habitual ha demostrado ser cada vez más problemática con interpretaciones divergentes que surgen de distintas jurisdicciones. No hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la residencia habitual el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, prestando atención a las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor, o si debe estar primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor.

20. CSJN, 14/6/1995, «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c. Osswald, María Gabriela», *Fallos* 318:1269.

Finalmente, el artículo 4.º del CH 1980 brinda una calificación autárquica del menor, en tanto estipula que «dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis (16) años». En igual sentido, encontramos el artículo 2 de la CIDIP IV.

El texto es muy claro, una vez que el menor alcanza los dieciséis años, este deja de aplicarse, aun cuando el menor cumpla dicha edad mientras que la solicitud de restitución se encuentra en trámite ante el tribunal[21].

Cabe destacar que la calificación de menor de las convenciones no modifica el comienzo de la mayoría de edad, sino que se ha fijado a los específicos fines de la restitución del niño en los casos de traslados y retenciones indebidas, de allí que se previó una edad menor. En efecto, estos casos decrecen con el aumento de la edad del niño. A partir de los 16 años, se entiende que aquel es menos manipulable por sus familiares y está en mejores condiciones de elegir con cuál de sus padres quiere convivir y en qué lugar[22].

6. Procedencia del pedido de restitución: requisitos y excepciones

El pedido de restitución procede siempre que: 1) Exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor; 2) Ese derecho de custodia haya sido ejercido de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor; 3) El menor tenga la residencia habitual en el Estado requirente de la restitución; 4) El traslado o retención sean ilícitos por violar un derecho de custodia atribuido según la ley de residencia del menor (artículo 3, CH 1980 y artículo 4, CIDIP IV).

En general la finalidad del padre o madre que sustrae a su hijo lo hace con el propósito de privarlo de contacto con el otro progenitor y obtener, por vías de hecho, un ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental o la patria potestad. Esta es una distinción clara con el tráfico internacional de niños en el cual la finalidad de quien realiza la conducta es delictiva[23].

Mientras que el traslado indebido o ilícito consiste en un desplazamiento del menor desde el Estado donde tiene su lugar de residencia habitual a un Estado distinto, la retención se produce cuando el traslado es lícito, en la generalidad de los casos en ejercicio del derecho de visitas, se transforma en ilícito ante la falta de retorno del niño una vez vencido el plazo convenido para su estadía en el extranjero.

Las convenciones que analizamos, tal como vimos, sientan como principio general la procedencia de la restitución inmediata de los menores desplazados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes, para lo cual deben darse los requisitos previstos (derecho de custodia atribuido de acuerdo con la residencia habitual del menor; derecho de custodia ejercido en forma efectiva en el momento del traslado o de la retención del menor), y que el menor no debe haber cumplido los 16 años.

---

21. Véase, entre otros, el caso «Re H.» (Abduction: Child of 16) [2000] 2 FLR 51 [INCADAT cita: HC/E/UKe 476]. Disponible en: https://www.incadat.com/es (Consulta: 20/01/2025).

22. Santos Belandro, R., *Minoridad y ancianidad en el mundo actual*, Asociación de Escribanos de Uruguay, 2007, p. 193 y ss.

23. La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V), en vigor en la Argentina desde el 28/2/2000, lo define como la substracción, el traslado o la retención, o la tentativa de substracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos. Los «Propósitos ilícitos» incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado.
Los «Medios ilícitos» incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre (art. 2.º, incs. b], c] y d]).

Ahora bien, además, para que la restitución sea viable, no deben concurrir las excepciones que taxativamente prevén las mismas convenciones.

Ellas son las siguientes:

a) Falta de ejercicio efectivo de los derechos de custodia o consentimiento del traslado o retención (artículo 13, inc. a], CH 1980, y artículo 11, inc. a], CIDIP IV). Tal como podemos apreciar de estas disposiciones se desprenden tres supuestos diferentes: 1) cuando el requirente de la restitución no estaba ejerciendo la custodia efectiva antes del traslado o retención; 2) cuando el requirente consintió la situación que ahora pretende atacar, es decir que se trata de un consentimiento prestado con antelación al traslado (consiente el viaje) o la retención (consiente el cambio de residencia habitual); y 3) cuando el requirente, ante los hechos consumados, acepta con posterioridad, el traslado o la retención, admitiendo entonces una modificación del lugar de residencia.

En primer lugar, es necesario distinguir el momento cuando se presta el consentimiento, si el progenitor presta aquiescencia al traslado o al cambio de centro de vida con antelación, o si lo hace ante los hechos consumados, es decir cuando el niño ya se encuentra ilícitamente fuera del lugar de su residencia habitual, pero esa ilicitud se purga, en alguna medida, ante la aceptación *ex post facto* por el progenitor.

A su vez, también es importante diferenciar la autorización para el traslado, para un viaje por un tiempo limitado, de la autorización para mudar la residencia habitual de un hijo al extranjero, ya sea que la misma haya sido otorgada en cualquiera de los dos casos por el progenitor o por la intervención del juez competente (o sea el juez de la residencia habitual del niño dado que ello atañe a la responsabilidad parental).

b) Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico, o a una situación intolerable (artículo 13, inc. b], CH 1980; artículo 11, inc. b], CIDIP IV, que se limita a la existencia de un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico). El niño, entonces, no será restituido si se comprueba que ello le provocará un grave riesgo físico o psíquico o lo exponga a una situación intolerable ya que siempre debe primar el interés superior del menor. En tal supuesto será muy importante la prueba de esta excepción. La mera invocación del grave riesgo no basta para configurar su existencia. Quien se oponga a la restitución tendrá que aportar prueba contundente, clara y convincente al respecto. Se configurará esta excepción, por ejemplo, cuando existen problemas internos en el país de la residencia habitual. Se deben delimitar los argumentos que por su trascendencia hagan inviable el pedido de restitución de aquellos argumentos propios del juicio sobre el cuidado personal y el régimen de comunicación que solo podrán ser merituados por el juez del lugar de residencia habitual del menor.

Debemos señalar que esta es la excepción más invocada por quien ha sustraído al niño y no desea su retorno. En múltiples oportunidades se invoca violencia familia, doméstica o de género, abusos sexuales, antecedentes penales del progenitor, entre otras circunstancias. En cualquier caso, estás alegaciones deben ser probadas acabadamente.

Tal como lo expresa Graiewski, «el supuesto contemplado en el inciso b) del art. 13 de la Convención se trata de un tema muy sensible, puesto que en cada vez más oportunidades los padres sustractores alegan esta causal para oponerse a las restituciones, y se refieren al padre que solicita el reintegro como posible fuente del daño. Concretamente, denuncian al padre postergado de ser violento en un plano físico, psíquico y hasta sexual, y alegan que —en consecuencia— reintegrar a los menores los pondría a merced de una esta persona que podría generarles un daño. En muchos casos, manifiestan que éste fue el motivo que los llevó a trasladar a sus hijos, como una manera de protegerlos del otro progenitor (...) Esto pone a los jueces a quienes se requiere la restitución, en una situación muy delicada a la hora de decidir si reintegran a los menores, y aquí es donde se plantean las desinteligencias a la hora de interpretar el artículo 13 b)»[24].

24. Graiewski, M., «Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980», *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. Año II, N° 2, 2014, pp. 123 – 124. Disponible en: http://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/163/178 (Consulta: 20/01/2025).

Lamentablemente, tal como destaca la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, algunas prácticas en la aplicación del artículo 13(1)(b) pueden causar demoras indebidas en la resolución del caso, lo cual es contrario a la obligación que establece el Convenio de utilizar procedimientos de urgencia[25].

c) Oposición del menor que ha alcanzado un cierto grado de madurez a la restitución (artículo 13, párr. 4.º, CH 1980, y artículo 11, última parte, CIDIP IV). Por esta excepción, las autoridades judiciales o administrativas podrán denegar la restitución si el propio menor se opone. La doctrina se ha preguntado al respecto quién califica que el menor posee un grado de madurez que permite tener en cuenta su oposición. Las Convenciones no lo hacen, por ende, será el juez o autoridad administrativa competente quien lo determinará, de acuerdo con cada caso en particular. Esta excepción es una aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que prevé que los menores deben ser escuchados, condicionado ello a su edad y madurez.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que «el derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio». Según la CIDH, la Convención sobre los Derechos del Niño reclama el reconocimiento de la autonomía y subjetividad del niño y establece el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos»[26].

Respecto de las nociones de edad y madurez suficiente, la Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño señala: «...Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio»[27].

En la jurisprudencia comparada, se observa que la opinión del menor es contemplada para rechazar el pedido de restitución siempre que sea muy clara y coherente, bien formada y fundada, y en tanto no esté indebidamente influenciada por algunos de los progenitores[28].

d) Integración del menor al medio al que fuera llevado luego de vencido el plazo de un año del acto de traslado o retención sin haberse requerido la restitución (artículo 12, párr. 2.º, CH 1980, y artículo 14, última parte, CIDIP IV). Aquí nuevamente se trata de preservar el interés superior del menor que se ha integrado a su nuevo centro de vida. Pero para que ello ocurra deberá concurrir simultáneamente la inacción de la persona que vio menoscabado su derecho de custodia, durante un año a partir de su conocimiento de la sustracción o retención ilícitas. Debe quedar claro que para que se configure esta excepción deben darse conjuntamente los factores mencionados: 1) integración del menor en su nuevo medio, y 2) iniciación de los procedimientos

25. *Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13*(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, 2021. Disponible en: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=7059 (Consulta: 20/01/2025).

26. CIDH, Intervenciones escritas y orales respecto de la Opinión Consultiva 17/02. En Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, p. 25.

27. CDN, Observación General 12/2009: El derecho del niño a ser escuchado, 51.º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009

28. Véase, entre otros, Re J. (Children) (Abduction: Child's Objections to Return) [2004 - Reino Unido] EWCA CIV 428 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 579]. En este caso, se informó al tribunal que el niño consideraba que la restitución a Croacia constituía un regreso tanto al cuidado y control de su padre como así también un regreso a una situación en la que él creía que su padre continuaría siendo abusivo y violento con su madre y ambos hijos. El tribunal, además, observó que el menor había estado viviendo en la jurisdicción por más de dos años y que se había llegado a establecer en la misma. Disponible en: https://www.incadat.com/es (Consulta: 20/01/2025).

de restitución después de la expiración del plazo de un año desde el momento en que se produjo la sustracción o que fue localizado el menor si tenía paradero desconocido.

e) Derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 20, CH 1980, y artículo 25, CIDIP IV). La restitución podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esta norma es consecuencia de la conciliación entre dos posiciones contrapuestas dentro de la Conferencia de La Haya. Algunos delegados eran partidarios de incluir una cláusula de orden público internacional, que funcionara como límite a la aplicación del derecho extranjero, mientras que otros entendían que un instituto como este no debía incorporarse a una Convención de esta naturaleza.

Esta excepción puede resultar contraproducente si no es interpretada restrictivamente, ya que su invocación sistemática vulneraría los principios que sienta la Convención como su propia razón de ser. Por otra parte, las excepciones que hemos explicado sucintamente como los principios que inspiran a la Convención son, en general, suficientes para proteger los derechos y libertades fundamentales de las partes interesadas en la restitución.

El artículo 25 de la CIDIP IV es más concreto al momento de circunscribir el orden público internacional a los principios reconocidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos: «La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño».

Son pocos los casos en los cuales se rechaza un pedido de restitución exclusivamente en virtud de esta excepción. Sin embargo, un sector importante de la doctrina señala que esta excepción podría invocarse en caso de violación de derechos fundamentales en el marco de supuestos de violencia de género.

7. El procedimiento de restitución

Tanto el CH 1980, como la CIDIP IV, crean un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases, una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, quienes deberán actuar con urgencia y disponer la restitución salvo en los casos de excepción previstos.

El CH 1980 permite que la solicitud de restitución se efectúe ante la autoridad central del Estado de residencia habitual del niño, o ante la de cualquier otro Estado parte, o bien directamente ante las autoridades judiciales o administrativas, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio (artículo 29). En el caso de la CIDIP IV, los titulares de la acción de restitución podrán ejercitarla: a) a través de exhorto o carta rogatoria, o b) mediante solicitud a la autoridad central, o c) directamente, o por la vía diplomática o consular (artículo 8).

Una vez localizado el niño, la autoridad central debe verificar que se cumplan todos los requisitos que establece el Convenio, con el objeto de que su aplicación sea viable ante la justicia respectiva.

Independientemente de ello, si el padre requirente lo autoriza, tomará contacto con el otro progenitor para lograr una solución amistosa entre las partes. Incluso antes de iniciar el proceso contencioso, se puede recurrir a la mediación, ya sea en sede administrativa, incluso ante la autoridad central, como instancia prejudicial o bien en el ámbito judicial[29].

29. La Conferencia de La Haya ha estado trabajando en la mediación como método para solucionar amigablemente los pedidos de restitución internacional de menores. Véase: Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Quinta Parte —Mediación, redactado por la Oficina Permanente— Documento Preliminar nro. 5 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños Oficina Permanente. Disponible en: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6475&dtid=52 (Consulta: 20/01/2025).

Hay que diferenciar entre un retorno voluntario, totalmente espontáneo de un retorno amistoso o amigable en el cual operó una cuota de mediación o conciliación gracias a la intervención de otra persona, normalmente experta.

Si ningún acuerdo fuera posible, se procederá a remitir la documentación al juez competente[30] para que dé cumplimiento a la solicitud de restitución efectuada por la autoridad central requirente, para que resuelva en un plazo de seis semanas.

Entramos entonces en la fase contenciosa o judicial. En efecto, se encuentra exclusivamente en manos del Poder Judicial la decisión sobre la procedencia o no del pedido de restitución. Sin perjuicio de ello, la autoridad central estará a disposición del tribunal judicial y de las partes para brindar cualquier tipo de información o cooperación necesaria para el correcto funcionamiento de los Convenios, teniendo siempre en miras el interés superior del niño.

Cabe recordar que, en todos estos casos, es necesario deslindar, por un lado, la cuestión de fondo, es decir, el cuidado personal del niño y la comunicación o contacto—objeto de debate en otros procedimientos— y los cambios de régimen que pudieran solicitarse; y, por otro lado, el pedido de restitución efectuado ya sea ante las autoridades centrales como ante los tribunales judiciales.

En este sentido, según Opperti Badán, la acción restitutoria es autónoma por su objeto, en cuanto puede agotarse con la propia restitución, evitando un abuso de derecho de una de las partes vinculada al menor y la innovación inconsulta del derecho de la otra parte, y específica por su perfil procesal, ya que participa de la naturaleza del recurso de no innovar, aunque en referencia a las partes y no al juez. Si bien participa del género cautelar, en tanto protege un derecho violado o afectado, difiere de la especie «medida cautelar» en un sentido estricto porque no está previsto para asegurar un cierto resultado, ni para impedir que este sea ilusorio[31].

En igual sentido, Rubén Santos Belandro sostiene: «El proceso de restitución de menores es un proceso autónomo de carácter sumario diseñado con la única finalidad de devolver al menor al entorno natural...»[32].

Sin embargo, y sin perjuicio del objetivo central de los convenios en materia de restitución, «cabe hacer hincapié en que lo resuelto no constituye impedimento para que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la tenencia de la menor, desde que la propia Convención prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilegal, y ello no se extiende al derecho de fondo de la guarda o custodia del menor, materia principal que hace a las potestades del órgano con competencia en la esfera internacional»[33].

En esta inteligencia, el artículo 16 del CH 1980, estatuye: «Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3.º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio».

A su turno, el art. 19 refleja el principio rector sobre el cual se sustenta la Convención: la decisión adoptada sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

---

30. En la República Argentina el procedimiento tramita ante los juzgados o tribunales con competencia en materia de familia. Si no hubiera juzgados de ese fuero en la jurisdicción, intervendrán los juzgados con competencia en materia civil.

31. Opertti Badán, D., *Secuestro y restitución de menores*, Documento de antecedentes del Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores elaborado por el Comité Jurídico Interamericano. Preparado por la Secretaria General, CIDIP IV. OEA/Sec-K/XXI.4.CIDIP-IV/Doc.4/88, 14/6/1988, p. 8 y ss.

32. Santos Belandro, Rubén, Minoridad *y ancianidad en el mundo actual*, op. cit., p. 213.

33. CS, 20/12/2005, «S. A. G. s/restitución internacional solicita restitución de la menor», LL 2005-A-302; JA 2005-I-57.

En similar sentido, encontramos los artículos 15 y 16 de la Convención Interamericana.

En suma, tal como se pronuncian Dreyzin de Klor y Uriondo de Martinoli con palabras esclarecedoras: «Piénsese que el progenitor que sustrae o retiene ilícitamente al menor, con frecuencia actúa con la esperanza de obtener el acogimiento a sus pretensiones por los tribunales del país en el cual se radica. Es por ello que a la hora de establecer cuál es la ley aplicable y la jurisdicción que reúnen los requisitos para ser consideradas las más idóneas y las que brindan mayor certeza de protección al menor, debe tenerse presente que el objetivo en miras es devolver el niño a quien ejerce y conserva su tenencia o guarda legal. Es en este sentido que señalamos la restitución internacional de menores como un procedimiento autónomo respecto del litigio de fondo»[34].

8. Legislación argentina en la materia: su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), en vigor desde el 1 de agosto de 2015, incorporó a la legislación nacional de fuente interna una única disposición relativa a la restitución internacional de niños: el artículo 2642. Sin embargo, esta disposición debe analizarse en sintonía con el artículo 2614 que especialmente indica que, sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio[35] en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

A su turno, el artículo 645, inc. 3°, CCyCN, requiere autorización de ambos progenitores, no sólo para salir del país, como lo establecía el artículo 264 *quater* del Código Civil derogado, sino también para el cambio de residencia permanente en el extranjero.

En la República Argentina, no existe aún un procedimiento diseñado que sea apto para tramitar los pedidos de restitución internacional de menores y, en consecuencia, la jurisprudencia nacional no tiene un criterio uniforme al respecto.

Sin embargo, se han sancionado leyes procesales provinciales en la materia. En tal sentido, destacan la Ley N.° 10.419 de procedimiento para la aplicación a los casos de restitución internacional de niños y régimen de visitas o contacto internacional de la Provincia de Córdoba; la Ley N° 3134 del 25 de julio de 2018 sancionada por Neuquén, que establece un procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional. También Entre Ríos cuenta con una acordada que establece el proceso de restitución internacional de menores, aprobado por Acuerdo General N.° 13/15 del 19/05/15, con entrada en vigencia desde el 1 de junio de 2015; la provincia de Misiones regula el proceso de restitución de menores y restauración del régimen de visitas en los artículos 679 a 695 del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar; Mendoza incluye en su Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (Ley N° 9. 20), publicado el 21 de noviembre de 2018, el proceso para la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, y demás cuestiones de Derecho Internacional Privado en las relaciones de familia (artículos 208 y 227). A nivel nacional, el Poder Ejecutivo había presentado un proyecto de ley (EXP PE N.° 366/18), del cual son antecedentes los proyectos del año 2014 (EXP 5903 –D -2014) y del año 2016 (EXP 4738-S-2016), que fue aprobado por el Senado el 17 de julio de 2019. Sin embargo, con posterioridad perdió trámite parlamentario, sin haber alcanzado la aprobación de la Cámara de Diputados. En la actualidad, otros proyectos han sido diseñados.

---

34. Dreyzin de Klor, A. y Uriondo de Martinoli, A., «Sustracción, restitución y tráfico internacional de menores», en Fernández Arroyo, D. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, 2003, p. 617.

35. Nótese que las convenciones en vigor no se refieren a «domicilio» sino a un criterio más moderno, como es el de la «residencia habitual» del niño, entendida como el lugar donde tiene su centro de vida.

Es destacable la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha elaborado el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, ante la ausencia de norma procedimental de alcance nacional. Estas reglas de *soft law,* en tanto no son vinculantes, fueron aprobadas por la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia[36] el 12 de diciembre del 2016 para «brindar a los operadores un instrumento de aplicación directa, para dar respuesta a los casos de sustracción internacional de niños y, en la medida de lo posible, restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida y que fuera turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante».

La aplicación de este Protocolo ha permitido una considerable reducción de los plazos de duración de tales procesos a nivel local, en el orden de «entre seis y ocho meses, incluyendo, según el caso, las vías recursivas y la ejecución de la sentencia»[37].

Diversas provincias han adherido a este Protocolo mediante Acordadas de sus superiores tribunales (entre otras, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Tucumán, Río Negro, Salta).

En agosto de 2020, la Comisión Nacional de Acceso a Justicia, con el apoyo de la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya para América Latina y el Caribe, coordinó la redacción del Proyecto Piloto para la Implementación de la Mediación a la Aplicación de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. Buscando garantizar el acceso a la justicia, se posiciona a la mediación como un mecanismo susceptible de evitar demoras y padecimientos a las familias promoviendo, al mismo tiempo, soluciones amigables a los conflictos familiares[38].

Ahora bien, volviendo al artículo 2642 CCyCN, para su análisis, debemos distinguir varias partes.

8.1. La aplicación de los convenios en vigor

La aplicación de los Convenios vigentes en la República Argentina en materia de restitución internacional de menores, es decir, principalmente el CH 1980 y la CIDIP IV de 1989, siempre que el caso que se presente caiga en el ámbito de aplicación territorial y temporal de tales tratados. Hasta aquí, observamos simplemente una confirmación de la obligación que asumió internacionalmente la República Argentina al momento de ratificar ambos convenios.

---

36. La CNAJ fue creada en septiembre de 2007, a través de la acordada 37/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los objetivos contenidos en el Plan de Políticas de Estado del Poder Judicial y de las conclusiones alcanzadas en la Segunda Conferencia Nacional de Jueces, realizada ese mismo año en la Provincia de Salta, República Argentina. Las conferencias de jueces consisten en reuniones bianuales en las cuales los magistrados de todo el país debaten y diseñan las políticas públicas destinadas a mejorar el servicio de Justicia. Son organizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación junto con las tres entidades que agrupan a funcionarios y magistrados (Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional [AMFJN], Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires [JUFEJUS] y Federación Argentina de la Magistratura [FAM]). Su sitio web es: http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/ (Consulta: 20/01/2025).

37. Panatti, M. V. y Pennise Iantorno, M. S., «Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de niños. Balance a dos años de su aprobación», *Revista Jurídica,* Número 4, agosto 2019. Disponible en http://www.amfjn.org.ar/2019/08/05/protocolo-de-actuacion-para-el-funcionamiento-de-los-convenios-sobre-sustraccion-internacional-de-ninos-balance-a-dos-anos-de-su-aprobacion/ (Consulta: 20/01/2025).

38. Este Proyecto Piloto ya ha sido utilizado por la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), en el caso de un niño de cinco años que se encontraba en Argentina para vacacionar con su padre, pero no regresó a Venezuela en el plazo convenido. La madre inició un pedido de restitución internacional y el juzgado a cargo propuso iniciar una mediación en el Centro de Prevención y Resolución de Conflictos. Los mediadores designados condujeron a las partes hacia la firma de un acuerdo, que finalizó con el regreso del niño a su país de residencia habitual.

8.2. Aplicación analógica de los principios en la materia

La norma prevé la aplicación analógica de los principios contenidos en tales convenios en aquellos casos que queden fuera de su ámbito de validez. Es decir, en estos supuestos, los jueces argentinos deberán tener en cuenta principalmente todo el entramado de las reglas de *soft law* que se fueron creando en torno a los textos convencionales. En todo caso, la decisión judicial estará guiada, en última instancia, por la protección del interés superior del niño.

Al respeto, señala Rubaja: «se brinda una línea de solución a todos los casos que se presentan en la materia en nuestro país. Para los supuestos que excedan el marco de aplicación de estas Convenciones se asienta el deber de procurar la adaptación del caso a los principios contenidos en tales convenios, lo que, sin lugar a dudas, hace referencia tanto al *hard law* como al *soft law* emergente en la especie y resulta concordante con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en relación a las pautas interpretativas de aquellos»[39].

De acuerdo con Pennise y Panatti, los principios a los que alude el artículo 2642 en su primer párrafo «son centralmente el carácter autónomo y urgente de este tipo de procesos, a efectos de evitar frustrar el objetivo y la finalidad de los convenios que son: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita y b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados se respeten en los demás Estados contratantes»[40].

No obstante, téngase presente, que, sin perjuicio de la mencionada aplicación analógica, en los casos en que no resulten aplicables los convenios vigentes, las autoridades centrales no están habilitadas para prestar cooperación, una de las claves de las fuentes convencionales.

8.3. Ejecución: retorno voluntario y seguro

Asimismo, la norma en análisis contempla medidas tendientes a la ejecución eficaz de una orden judicial de restitución, privilegiando el cumplimiento voluntario y el retorno seguro.

En efecto, tal como manifiesta Paula All, «el segundo párrafo contiene una norma material atinente a la seguridad con que debería efectuarse el regreso del niño o adolescente, estableciendo que el juez competente para decidir la restitución no sólo debe supervisar dicho regreso seguro tras una orden judicial de restitución, sino que debe fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión»[41].

El CH 1980 no contiene normas sobre la ejecución de la sentencia restitutoria. En cambio, la CIDIP IV se limita a establecer en el artículo 13 que: «Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas».

Ninguno de los tratados vigentes ha previsto normas sobre los recursos admisibles. En la Argentina, se suelen admitir todos los recursos previstos en los códigos de forma, y por ende un caso puede ser ventilado ante los juzgados de primera instancia, las cámaras de apelaciones, los tribunales superiores de provincia hasta finalmente obtener una decisión definitiva en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

39. Rubaja, N., «Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo Código Civil y Comercial y de la jurisprudencia reciente», *Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Internacional Privado*, año 41, número 93, 2016, p. 174 y ss. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-ii-2016.pdf (Consulta: 20/01/2025).

40. Pennise Iantorno, M. S. y Panatti, M. V., «La restitución internacional y su incorporación en el Código Civil y Comercial», DFyP 2015 (agosto), 20/08/2015, 49. Cita Online: AR/DOC/2053/2015.

41. All, P., «Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: art. 2642», en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, 2014, p. 914.

En cambio, algunos países han limitado tal posibilidad. Por ejemplo, la Ley Federal sobre Sustracción Internacional de Niños de Suiza, en vigor desde el 1 de julio de 2009, contempla que las sentencias restitutorias de la Suprema Corte del cantón donde tiene residencia el menor al momento del pedido (única jurisdicción competente), solo pueden ser recurridas ante la Corte Federal.

Al margen de los recursos que resulten admisibles y de sus efectos, cuando un padre sustractor no cumple voluntariamente, la implementación de la orden de restitución requiere medidas coercitivas. La adopción de dichas medidas suele conllevar complicaciones jurídicas y prácticas para el solicitante. En efecto, pueden dar lugar a demoras significativas antes de que se pueda determinar el futuro del menor en su Estado de residencia habitual. En algunos casos extremos, es posible que las dilaciones acontecidas sean tan prolongadas que ya no resulte adecuado ejecutar una orden de restitución.

Por otro lado, ha surgido una práctica en una serie de Estados Contratantes del CH 1980 para que las órdenes de restitución estén sujetas al cumplimiento de determinados requisitos o compromisos específicos. A fin de asegurar que tales medidas de protección sean ejecutables, se le puede exigir al solicitante que registre estas medidas en términos idénticos o equivalentes en el Estado de residencia habitual del menor. Por lo general se hace referencia a estas órdenes replicadas como «restitución segura» u «órdenes espejo»[42].

En esta inteligencia, la Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños dispone en el artículo 18.2 sobre restitución segura que: «El tribunal no podrá denegar la restitución de un niño basándose en lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 y literal b) del artículo 11 de la Convención Interamericana de 1989, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del mismo tras la restitución».

Por otro lado, el rol de las Autoridades Centrales es fundamental en la etapa de ejecución de la orden de restitución. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.

Desde otro punto de vista existen herramientas para que el retorno sea voluntario, además de seguro. Una de ellas es alcanzar a través de una mediación, un acuerdo voluntario, para instrumentar la ejecución de la orden de restitución sin ocasionar nuevos daños para el bienestar del propio niño. Este acuerdo podría contemplar cuestiones diversas, tales como el traslado, sus costos, posibles acompañantes, el momento más oportuno para el retorno, sobre todo si es un niño escolarizado, las condiciones de vivienda, el régimen de visitas, etcétera[43].

Otro recurso son las comunicaciones judiciales directas que pueden implementar las autoridades involucradas. En efecto, desde la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para revisar la operatividad del CH 1980 (22-28 de marzo de 2001), la Conferencia de La Haya ha explorado la posibilidad y factibilidad, así como los límites, las salvaguardias y las garantías de las comunicaciones judiciales directas, vinculadas inicialmente al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya para obtener el retorno rápido y seguro del niño.

---

42. Véase, entre otros, Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane), [Cita INCADAT: HC/E/AU 294]; Re W. (Abduction: Domestic Violence) [2004 – Reino Unido] EWHC 1247, [2004] 2 FLR 499 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 599]; Re F. (Children) (Abduction: Removal Outside Jurisdiction) EWCA Civ. 842, [2008 – Reino Unido] 2 F.L.R. 1649, [Cita INCADAT: HC/E/UKe 982]; Sonderup v. Tondelli 2001 - Sudáfrica (1) SA 1171 (CC), [Cita INCADAT: HC/E/ZA 309]; Central Authority v. H. 2008 - Sudáfrica (1) SA 49 (SCA) [Cita INCADAT: HC/E/ZA 900]. Disponibles en: https://www.incadat.com/es (Consulta: 20/01/2025).

43. Puede ampliarse en Scotti, L. B., «La mediación transfronteriza: un mecanismo idóneo para la solución de controversias familiares, en particular en los casos de restitución internacional de niños», *DFyP* 2018 (abril), 04/04/2018, 133. Cita Online: AR/DOC/3351/2017.

En este contexto, con el fin de proveer transparencia, certeza y previsibilidad a las comunicaciones, tanto para los dos jueces involucrados como para las partes y sus representantes, en 2013, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya publicó el folleto «Comunicaciones judiciales directas - Lineamientos emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya»[44].

De acuerdo con estos Lineamientos, se deben respetar los estándares y salvaguardias procesales del foro, y en particular: a) Todo juez que intervenga en una comunicación judicial directa debe respetar las leyes de su jurisdicción, b) Al momento de establecer la comunicación, cada juez que conoce del caso deberá mantener la independencia para arribar a su propia decisión en el asunto en cuestión, c) Las comunicaciones no deben comprometer la independencia del juez que conoce del caso para llegar a su propia decisión en el asunto en cuestión.

8.4. Medidas protectorias anticipadas o preventivas

Por último, el artículo 2642 CCyCN procura la cooperación de los jueces argentinos ante pedidos de autoridades competentes extranjeras en miras a tomar medidas anticipadas protectorias ante el inminente ingreso al país de un niño, y eventualmente del adulto que lo acompaña, cuando corran algún tipo de riesgo o pudieran sufrir una amenaza en sus derechos.

Estas medidas anticipadas podrían comprender: a) la prohibición de salida del territorio argentino, hasta tanto se resuelva el conflicto familiar internacional, incluyendo a tal fin la retención de los pasaportes, b) la adopción de las medidas que resulten adecuadas para garantizar la integridad psicofísica del niño/a, su situación de vivienda, alimentaria, cobertura sanitaria y de bienestar, c) la garantía del debido contacto con el progenitor no conviviente, d) la garantía del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta, conforme a su edad y grado de madurez, e) en situaciones de violencia intrafamiliar, doméstica o de género, la adopción adicional de medidas especiales para evitar que tales hechos se susciten en territorio argentino, extendiéndose las medidas de protección al adulto que lo acompaña si el caso así lo requiere[45].

9. Derecho comparado

9.1. Panorama en el MERCOSUR

En el MERCOSUR no existe un instrumento autónomo sobre restitución internacional de niños. Sin embargo, la CIDIP IV ha sido ratificada por los cuatro Estados parte originarios del bloque: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. También Venezuela (Estado parte suspendido) y Bolivia (Estado en proceso avanzado de adhesión) son parte.

Asimismo, en el nivel convencional de alcance universal, todos los socios de nuestro esquema se encuentran vinculados por el CH 1980.

---

44. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, «Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y proyecto de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya», 2013. Disponibles en: https://assets.hcch.net/docs/3b5e76ee-b983-4bd6-89cd-680b678fcf37.pdf (Consulta: 20/01/2025).

45. Pennise Iantorno, M. S. y Panatti, M. V., «La restitución internacional y su incorporación en el Código Civil y Comercial», *DFyP* 2015 (agosto), 20/08/2015, 49. Cita Online: AR/DOC/2053/2015.

En efecto, no se configura, en nuestro espacio subregional una de las circunstancias que dificultan la resolución de la cuestión que nos ocupa: «la existencia de niños atrapados en regímenes jurídicos no compatibles entre los diferentes Estados, que no comparten principios legales ni acuerdos internacionales»[46].

Por otro lado, los Estados partes del bloque comparten, en líneas generales, los mismos o semejantes principios jurídicos en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. Efectivamente, los Estados miembros del MERCOSUR adoptan en sus legislaciones internas el principio de la equiparación jurídica de todas las filiaciones, el derecho igualitario de ambos progenitores a la titularidad y al ejercicio de la responsabilidad parental, el derecho de custodia (cuidado) y de visita (comunicación o contacto) en el caso de padres separados. Además, en ninguno de los países del esquema, uno de los progenitores posee unilateralmente el derecho de fijar la residencia habitual del niño en un país extranjero.

Podemos añadir que el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares de 1994 se ocupó tangencialmente del tema. En el artículo 12 contempla el caso de las medidas cautelares en materia de custodia de menores, y en el artículo 25 establece que quedan exceptuados del pago de las costas judiciales y demás gastos, las medidas cautelares solicitadas en materia de restitución de menores, entre otros supuestos de excepción previstos.

A nivel interno, algunos Estados han optado por regular el fenómeno. Hemos ya analizado la situación de Argentina. A su turno, en Paraguay, la Corte Suprema ha aprobado en octubre de 2019 la implementación del «Instructivo de procedimiento para la aplicación de los instrumentos internacionales ratificados por la República del Paraguay en materia de restitución internacional de menores». Estas disposiciones no vinculantes han tomado como base el Protocolo de Actuación aprobado por la CSJN de la República Argentina.

La República Oriental del Uruguay es la que más ha avanzado en la materia ya que cuenta con la Ley N.° 18.895 sobre Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente, publicada el 22 de mayo de 2012. Conjuntamente con la concentración en la competencia y la implementación de las notificaciones electrónicas, el procedimiento legal previsto ha contribuido a una muy significativa reducción de los tiempos procesales, que actualmente, en general, no superan los sesenta días. Asimismo, la Ley General de Derecho Internacional Privado, de 2020, establece en su artículo 59 inc. b) como juez competente al uruguayo para casos de restitución internacional de niños domiciliados en la República para reclamar su reintegro a dicho país.

Cabe señalar que tanto la ley uruguaya, como las legislaciones provinciales argentinas, así como los proyectos de ley de alcance nacional, y en gran medida los protocolos de actuación de Argentina y Paraguay, toman de base a la «Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños».

Por el contrario, Brasil no cuenta con legislación procesal ni ha avanzado en la elaboración de protocolos de actuación en la materia. Además, se advierte una pronunciada tendencia de la jurisprudencia que se inclina por denegar la restitución de los niños que han sido trasladados o retenidos ilícitamente en su territorio.

De hecho, un caso argentino–brasileño llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que admitió en el año 2011 una petición presentada por el padre de dos niños por la presunta violación al debido proceso y la retención ilegal de los menores de edad en Brasil. La justicia brasileña, en dicha ocasión, rechazó el pedido de restitución con motivo de que habían pasado cinco años desde que los niños habían sido trasladados y que, por ello, sería perjudicial su retorno a Argentina.

En suma, en el caso del MERCOSUR, encontramos fuentes convencionales comunes que vinculan a los Estados partes, pero aún contamos con una armonización incompleta en cuanto a su interpretación y a la implementación procedimental.

46 Considerandos del Programa Nacional sobre prevención, sustracción y restitución de menores - MERCOSUR/CPC/REC. N° 21/2000.

9.2. La situación en la Unión Europea

En la Unión Europea, con el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997 adquieren importancia aquellas cuestiones de índole material del Derecho de Familia, debido a la incorporación de un nuevo Título IV en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) dedicado a visados, asilos e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, insertado, a su vez, en la creación de un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia.

La vigencia del Tratado de Lisboa no ha modificado esta situación. A grandes rasgos, el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que es el único que integra el Capítulo: «Cooperación judicial en material civil», del Título V («Espacio de libertad, seguridad y justicia») de la Tercera Parte del TFUE, reproduce el artículo 65 del TCE.

En relación con el tema que nos ocupa, el Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, adoptado por el Consejo con el N.º 2201/2003 el 27 de noviembre de ese año introdujo oportunamente importantes cambios en materia de restitución de menores y derecho de visitas, reforzando la aplicación del CH 1980.

Ahora bien, el 2 de julio de 2019 fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores. Este texto comunitario se aplica a partir del 22 de agosto de 2022 y sustituye al Reglamento 2201/2003.

Dentro de las modificaciones sustanciales, se insiste en la celeridad en la actuación de las Autoridades Centrales, acortando los plazos en la tramitación de las solicitudes e, indicando, que se debe dar acuse de recibo de dichas solicitudes dentro del plazo de 5 días desde su recepción (artículo 23).

Se prevén plazos que han sido considerados «más realistas» y razonables para resguardar las garantías procesales en el curso del procedimiento judicial. En efecto, se contemplan dos plazos de seis semanas: uno desde que empieza el procedimiento judicial tras la actuación de la Autoridad Central (en los casos en los que el progenitor afectado acuda a ella), y otro de seis semanas para el recurso ante el tribunal de apelación.

Por otro lado, se incluye expresamente la posibilidad del recurso a la mediación transfronteriza, pero siempre que no dé lugar a retrasos indebidos en el procedimiento (artículo 25).

De notable importancia, es la exigencia impuesta a los Estados miembros para realicen su mayor esfuerzo para garantizar lo antes posible el contacto del niño sustraído con el padre que ha sufrido la sustracción mientras dura el proceso (artículo 27.1).

También reviste interés, con el fin de la celeridad y el pronto retorno del niño, la previsión de la ejecución provisional de las resoluciones de restitución cuando las circunstancias lo aconsejen (artículo 27.6).

A su turno, el artículo 28 establece que las órdenes de restitución se deberán ejecutar con toda urgencia. En tanto que la disposición siguiente, aclara que serán los jueces que estén conociendo sobre el fondo, si todavía no conoce ningún tribunal, el competente cuando el progenitor afectado por la sustracción interponga, posteriormente, un procedimiento nuevo. En dicho procedimiento, se introducirá la denegación de restitución para que sea considerada por ese tribunal. En todo caso, sobre la decisión de denegación de restitución del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el niño, prevalece la resolución del Estado miembro de residencia habitual de éste antes de la sustracción (artículo 29. 6).

Por otro lado, es dable recordar que, en Europa, en materia de restitución internacional de menores, tiene un rol destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, en un cuerpo creciente de jurisprudencia, dicho Tribunal ha acentuado las obligaciones positivas de los Estados Miembros del Consejo de Europa que surgen del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) tanto en los casos de sustracción de menores como en los de contacto transfronterizo. Esta obligación existe independientemente del CH 1980. Este último

instrumento ha sido igualmente respaldado como estándar internacional para aquellos Estados Miembros del Consejo de Europa que todavía no son partes.

En esta inteligencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha respaldado impugnaciones contra los Estados que no habían tomado todas las medidas necesarias para facilitar la ejecución de las órdenes de restitución del Convenio de la Haya. Asimismo, ha apoyado impugnaciones contra Estados al considerar que no habían tomado las medidas adecuadas ni empleado esfuerzos efectivos para hacer valer el derecho de un progenitor a la restitución de su hijo. Por otra parte, el TEDH ha evaluado y realizado comentarios acerca de la interpretación de los artículos del Convenio[47].

Advertimos, entonces, un *corpus iuris* a escala europea, que complementa adecuadamente los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996.

10. Conclusiones

Tal como destacan Calvo Caravaca y Carrascosa González, «los supuestos de sustracción internacional de menores revisten una extraordinaria complejidad. Por ello, en ocasiones cualquier solución —de retorno del menor o denegación de dicho retorno— es una solución de baja calidad. Se trata, entonces, de elegir la vía menos detestable. Por ello, la jurisprudencia (que puede exponerse respecto de la restitución internacional de menores) resultará siempre contestable, inestable, discutible»[48].

Sin perjuicio de los avances realizados a partir de los convenios vigentes, la búsqueda permanente para ampliar su ámbito de aplicación territorial y los trabajos realizados por los organismos internacionales con el fin de alcanzar la mejor y más uniforme interpretación de sus disposiciones, queda aún muchas asignaturas pendientes.

Entre los desafíos, destaca la implementación en todos los Estados parte de los convenios de procedimientos autónomos y ágiles. Los procesos prolongados en el tiempo generan un alto grado de incertidumbre para todos los protagonistas y configuran un supuesto de incumplimiento del Estado por la no adopción de las medidas necesarias para la observancia de la finalidad de los convenios. Esta situación constituye, a no dudarlo, un caso de responsabilidad internacional.

Por otro lado, en este especial procedimiento, destacamos el rol protagónico de las Autoridades Centrales y de los tribunales judiciales para dar cumplimiento a las obligaciones que los Estados han asumido en pos de la cooperación. Para ello resulta esencial que exista entre autoridades administrativas y judiciales una comunicación ágil, segura y eficaz.

En consecuencia, las distintas autoridades de aplicación de las convenciones en la materia deben mantener entre ellas un intercambio fluido y expedito con relación a la promoción, el avance y los resultados de los procesos de restitución, desde el momento en que se inicia el proceso de reintegro hasta la decisión definitiva y mantenerse, desde luego, en los supuestos en que se susciten instancias de apelación y según sea el caso, a fin de garantizar un retorno seguro.

Por todo ello, es imperioso que los Estados inviertan y dispongan los recursos necesarios para instituir adecuados canales de información y comunicación o para mejorar los existentes.

---

47. Ver, entre otros, Celis Aguilar, M. M., «El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional,* Vol. 13, 2020, pp. 209-249; Herranz Ballesteros, M, «Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores», *Revista de Derecho Europeo* 44, octubre-diciembre 2012, pp. 41-60.

48. Calvo Caravaca, A. y Carrascosa Gonzalez, J., «Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)», en Calvo Caravaca, A. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales,* Ed. Colex, 2004, p. 172.

Por otro lado, deseamos insistir en la búsqueda de un necesario equilibrio entre la celeridad y urgencia de este tipo de trámite judicial y las garantías del debido proceso. En efecto, un procedimiento rápido no es obstáculo para garantizar el derecho de defensa de las partes, la producción de prueba necesaria y la preservación del derecho del niño a ser oído

Por último, queremos resaltar que, a nuestro criterio, la correcta y amplia difusión de los convenios y una adecuada formación judicial en el tema pueden mejorar ampliamente y agilizar la tramitación de los casos de restitución internacional de niños.

Empezar por conocer en profundidad el fenómeno y las herramientas jurídicas existentes es sólo un primer paso, pero resulta indispensable. Anhelamos que este trabajo sea una contribución en ese camino.

11. Bibliografía

All, P. M. y **Rubaja, N**., «El Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños», *La Ley* 2017-C, 950. Cita Online: AR/DOC/1426/2017.

Baltar, L., «La violencia familiar en la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes: ¿Un "grave riesgo" como excepción?», *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración,* Número 13, 2020. Cita: IJ-CMXXXIV-320.

Boggiano, A., *Tratado de Derecho Internacional Privado,* 6.ª edición, La Ley, 2017.

Calvo Caravaca, A. y **Carrascosa Gonzalez, J**., «Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)», en Calvo Caravaca, A. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales,* Ed. Colex, 2004, p. 172.

Calvo Caravaca, A. **y Carrascosa González, J**., *Derecho internacional privado*, vol. II, 6.ª ed., Comares, 2005.

Castro, F. y **Rubaja, N**., «Las demoras en la etapa de ejecución de las órdenes de restitución internacional de niños: su impacto en el interés superior del niño», *RDF* 84, 17/05/2018, 235. Cita Online: AR/DOC/3006/2018.

Dreyzin de **Klor, A**. *El Derecho Internacional Privado Actual*, tomo 2, Zavalía, 2017.

Goicoechea, I. y **Rubaja, N**., «Procedimiento de restitución internacional de niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional», *La Ley. Revista Jurídica Argentina*, Volumen 2015-D, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 515 - 516.

Goicoechea, I., «Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales: El caso del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores», en Dreyzin de Klor, A. (dir.), *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Advocatus, 2011, pp. 183-205.

Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Colección monografías de derecho civil, Dykinson, 2002.

Graiewski, M., «Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980», *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. Año II, N° 2, 2014, pp. 123 – 124. Disponible en: http://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/163/178

Herz, M., «El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de la sustracción parental internacional», *RDP*, 2010-1-177.

Najurieta, M. S., «La restitución internacional de menores y el principio del "interés superior del niño"», *JA* 2006-I-43.

Najurieta, M. S., «Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación», *Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Internacional Privado*, año 41, número 93, 2016. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-ii-2016.pdf

Najurieta, M. S., «La escucha del niño y su importancia desde la óptica del acceso a la justicia en el marco de las convenciones internacionales relativas a la infancia», en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia,* Volumen 84, Abeledo Perrot, 2018, pp. 217-234.

Najurieta, M. S., «La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, Número 23, 2019. Disponible en http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja

Panatti, M. V. y **Pennise Iantorno, S**., «Adiós a las demoras: los resultados que arroja la aplicación del Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños», *DFyP* 2018 (octubre), 12/10/2018, 233. Cita Online: AR/DOC/1894/2018.

Pennise Iantorno, M. S. y **Panatti, M. V**., «La restitución internacional y su incorporación en el Código Civil y Comercial», *DFyP* 2015 (agosto), 20/08/2015, 49. Cita Online: AR/DOC/2053/2015.

Pennise Iantorno, M. S. y **Panatti, M. V**., *Procesos de restitución internacional de niños: interés superior del niño en la cooperación internacional*, Hammurabi, 2017.

Rubaja, N., «Lineamientos de la restitución internacional de niños a partir del nuevo Código Civil y Comercial y de la jurisprudencia reciente», *Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Internacional Privado*, año 41, número 93, 2016. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-ii-2016.pdf

Santos Belandro, R., *Minoridad y ancianidad en el mundo actual*, Asociación de Escribanos de Uruguay, 2007, p. 193 y ss.

Scotti, L. B. y **Baltar, L.,** «Primeros pasos hacia la recepción de la mediación para los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito del Proyecto Piloto de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia», *La Ley* 30/09/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/3031/2020.

Scotti, L. B. (dir.), *Restitución internacional de menores: aspectos procesales y prácticos,* BdeF, 2014.

Scotti, L. B., «La mediación transfronteriza: un mecanismo idóneo para la solución de controversias familiares, en particular en los casos de restitución internacional de niños», *DFyP* 2018 (abril), 04/04/2018, 133. Cita Online: AR/DOC/3351/2017.

Scotti, L. B., «Nuevos paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños», *RCCyC* 2018 (marzo), 05/03/2018, 88. Cita Online: AR/DOC/2669/2017.

Scotti, L. B., «Los alcances del derecho a ser oído en los procesos de restitución internacional de niños», *RDF* 2018-II, 09/04/2018, 48. Cita Online: AR/DOC/2948/2018.

Scotti, L. B., «El consentimiento o la aceptación del progenitor como excepción a la restitución internacional de niños», *La Ley* 2018-E, 440. Cita Online: AR/DOC/2081/2018.

Scotti, L. B., «La excepción de ´grave riesgo´ en la restitución internacional de niños», *El Derecho,* Tomo 280, 23-10-2018 (parte 1) y 24-10-2018 (parte 2).

Scotti, L. B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2.ª edición ampliada y actualizada, Ed. La Ley, 2019.

Scotti, L. B., «La implementación de las comunicaciones judiciales directas y la videoconferencia en asuntos transfronterizos de familia», *DFyP* 2020 (abril), 14/04/2020, 30. Cita Online: AR/DOC/684/2020.

Tenorio Godínez, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Porrúa, 2017.

Uriondo de **Martinoli, A**., *Lecciones de derecho internacional privado. Relaciones de familia. Código civil y comercial de la Nación*, Lerner, 2017.

CAPÍTULO 15

EL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE VISITAS EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Daniel Trecca[1]

Profesor Adjunto de Derecho internacional Privado
Universidad de la República - URUGUAY

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY N.º 18.895. 3.1. Subsidiariedad en la aplicación de las excepciones previstas por la ley N.º 18.895 frente a las establecidas por normas convencionales, como el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana. 3.2. Ámbito de aplicación material. 3.3. Ámbito de aplicación espacial. 3.4. Ámbito de aplicación personal. 4. NORMAS PROCESALES Y PRINCIPIO INTERPRETATIVO. 5. COMPETENCIA. 6. LEGITIMACIÓN. 6.1. Activa. 6.2. Pasiva. 7. REPRESENTACIÓN DEL SOLICITANTE. 8. ASISTENCIA O REPRESENTACIÓN DEL NNA TRASLADADO/A O RETENIDO/A ILÍCITAMENTE O POR EL/LA CUAL SE SOLICITA UN RÉGIMEN DE VISITAS INTERNACIONALES. 9. INTERVENCIÓN DE OTRAS AUTORIDADES. 9.1. Ministerio Público. 9.2. Autoridad policial. 9.3. Autoridad Central. 10. PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NNA. 10.1. Análisis liminar de la solicitud. 10.2. Localización. 10.3. Rechazo liminar de la solicitud. 10.4. Primer mandamiento de restitución. 10.5. Oposición de excepciones. 10.5.1. No ejercicio efectivo del derecho de custodia por parte del solicitante. 10.5.2. Consentimiento del solicitante para el traslado del NNA. 10.5.3. Grave riesgo de que el retorno del NNA lo/la exponga a un peligro físico, psíquico, o a una situación intolerable. 10.5.4. Oposición del NNA. 10.5.5. Integración del NNA en el país en solicitudes presentadas luego de un año contados desde su traslado o retención ilegal 10.5.6. Violación de los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. 10.6. Firmeza del primer mandamiento de restitución en caso de no oposición del demandado en el plazo establecido. 10.7. Traslado de las oposiciones interpuestas. 10.8. Audiencia. 10.9. Restitución segura. 10.10 Segunda Instancia. 11. PROCESO DE SOLICITUD DE RÉGIMEN INTERNACIONAL DE VISITAS. 11.1. Presentación

1. Dr. En Derecho y Ciencias Sociales. Escribano Público. Director (E) de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay. Copresidente de la 8.ª Comisión Especial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 y del Convenio sobre Protección de Niños de 1996.

de la solicitud. 11.2. Procedimiento en caso de existencia de régimen de visitas fijado por sentencia judicial. 11.3. Procedimiento en caso de que no exista un régimen de visitas previo. 12. COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS. 13. CONCLUSIÓN. 14. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Tanto el Convenio La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, el «Convenio de La Haya») como la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, la «Convención Interamericana») —ambas ratificadas y en vigor para Uruguay[2]— descansan sobre tres presunciones: 1) resulta ilícito el traslado o retención de un niño, niña y/o adolescente menor de dieciséis años de edad (en adelante «NNA») a un Estado distinto al de su residencia habitual, cuando ha sido realizado en trasgresión a un derecho de custodia preexistente (de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual) que se ejercía en forma efectiva o se hubiera ejercido de ese modo, de no haber mediado el mismo; 2) el referido traslado o retención ilícito resulta *«per se»* perjudicial para el bienestar del NNA, al provocarle el desarraigo de su centro de vida y la separación —generalmente abrupta y sin preparación alguna— de las personas con quien mantenía hasta ese momento un vínculo estrecho (entre ellas, el solicitante, quien es generalmente uno de sus progenitores) y 3) las autoridades del Estado de la residencia habitual del NNA, se encuentran en mejores condiciones para resolver todas las cuestiones de fondo sobre el derecho de custodia, que la de aquél que en forma ilícita y arbitraria, la parte sustractora ha decidido trasladarlos o mantenerlos retenidos.

Por lo antedicho, dadas las circunstancias de hecho y de derecho previstas por los Convenios citados, la regla es la inmediata restitución del NNA al Estado de su residencia habitual. De esa forma, retornándolos al *«status quo ante»*, el derecho de custodia del solicitante deja de ser vulnerado, el NNA retorna a su centro de vida interrumpiéndose de esa forma el desarraigo que venía padeciendo y las autoridades competentes del Estado de su residencia habitual podrán asumir su competencia natural y decidir sobre qué es lo mejor para atender su superior interés.

Si bien en todos los procesos, el principio de celeridad resulta muy relevante, es claro que, en estos procesos, adquiere aún una mayor importancia.

El sustractor, al trasladar o retener al NNA fuera de su centro de vida, busca que el transcurso del tiempo consolide la situación irregular generada únicamente por su voluntad. Asimismo, confía en que, si el progenitor afectado inicie una acción de restitución, las demoras inherentes al proceso judicial jueguen a su favor, otorgando apariencia de legalidad a una situación que, en su origen, fue ilícita. Cabe destacar, además, que es el sustractor quien elige la jurisdicción que habrá de resolver el conflicto, al decidir unilateralmente a qué Estado trasladará o retendrá al NNA.

El tiempo constituye, pues, el principal enemigo en los procesos de sustracción internacional de NNA, ya que, si se procura evitar el daño que le provoca su abrupto desarraigo de su centro de vida y la ruptura injustificada del vínculo afectivo y emocional con uno o ambos progenitores —así como, eventualmente, con su familia extendida y entorno afectivo— ello no puede lograrse mediante procedimientos dilatados en el tiempo.

Una sentencia dictada de manera tardía, por más fundada que ésta se encuentre, jamás podrá considerarse una sentencia justa, con independencia del resultado al que arribe. Ello es así, pues si dispusiera la restitución del NNA al Estado de su residencia habitual previa a su sustracción, luego de haber transcurrido un prolongado lapso de tiempo en el que el caso fue tramitado ante la Justicia, el órgano jurisdiccional no habría logrado evitar el daño provocado al NNA

2. Uruguay se adhiere al Convenio de la Haya por Ley N.º 17.109 del 21/05/1999, vinculándolo —al momento de la redacción del presente artículo— con 94 Estados. Asimismo, ratifica la Convención Interamericana por Ley N.º 17.335 del 17/05/2001, encontrándose en vigor al momento de la redacción del presente artículo con 13 Estados.

por el desarraigo ilícito de su centro de vida, ya que éste se habría consumado en los hechos. En tal supuesto, únicamente se le impondría al NNA un nuevo desarraigo —esta vez de carácter legal— retornándolo a un Estado que, de hecho y no por derecho, habría dejado de constituir su residencia habitual. En un intento por llevar adelante un proceso «garantista», más atento a los aspectos formales que a las cuestiones sustantivas, se terminaría por duplicar el sufrimiento de la principal víctima en estos casos: el propio NNA.

Mas si por el contrario, y atendiendo al tiempo ya transcurrido durante todo el proceso, la sentencia decide no retornar al NNA al Estado de su anterior residencia habitual, con la finalidad de evitarle el daño que le puede provocar un nuevo desarraigo, no sólo no habrá podido evitarle el daño injusto que le generó el primer desarraigo, sino que además, se estará condenando a quien litigó de buena fe, premiando al sustractor y fomentando que en su país se repliquen estas conductas ilícitas, violando los acuerdos internacionales de Derechos Humanos que los Estados se han comprometido a respetar[3] [4].

Por ello, si todos los Estados adoptasen procedimientos ágiles que permitan resolver la restitución en un plazo no mayor a 6-8 semanas, el Convenio podrá cumplir su objetivo: desalentar y erradicar los traslados ilícitos de los NNA y —por, sobre todo— protegerlos en forma efectiva de los daños que tales situaciones les ocasionan.

Sin perjuicio que la Convención Interamericana posee algunas normas de carácter procesal (las que lamentablemente no suelen ser respetadas en la práctica), el Convenio de La Haya confía la regulación del proceso, a lo dispuesto por las leyes procesales nacionales.

Es por ello que —como concluíamos junto a la Prof. Dra. Adriana Fernandez Pereiro[5]— resulta muy importante que los países adopten leyes de implementación de los Convenios citados, a efectos de brindar un proceso adecuado y especial a los pedidos de restitución internacional de NNA y de régimen internacional de visitas, toda vez que los tiempos que insumen los procesos ordinarios, no se ajustan a las particulares necesidades de estos procedimientos. Uruguay lo hace sancionando la ley N.º 18.895, aprobada el 11 de abril de 2012 y publicada en el Diario Oficial el día 22 de mayo del mismo año.

2. Antecedentes

Previo a la sanción de la Ley N° 18.895, la situación de la demora en los procesos de restitución en el Uruguay era preocupante, a tal punto, que difícilmente se arribaba a una sentencia de primera instancia dentro del plazo de un año. A ello se le sumaba el plazo de la segunda instancia y un eventual recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

Hubo casos que los procesos demoraron más de 4 años, y aún en los casos en que se terminaba ordenando la restitución, fruto de esta demora, resultaban luego de imposible ejecución, ya sea porque algunos de los NNA ya habían cumplido la mayoría de edad, o porque otros —ya adolescentes y próximos a los 16 años de edad— se negaban a retornar, tras no sólo haberse arraigado en el Uruguay, sino que también, habérseles destruido la relación con el/la solicitante luego de años de alejamiento y ruptura de su vínculo.

---

3. Art. 11.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: *«Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero».*

4. Trecca, D., «Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores —Parte V— Artículo 13(1)(B)» en Fresendo de Aguirre, C. y Lorenzo Idiarte, G. *Jornadas 130 Aniversario Tratados De Montevideo 1889 – Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*; F.C.U., 2019, pp. 541-561.

5. Fernández Pereiro, A, Trecca, D, «La necesidad de una reglamentación procesal para la resolución de los casos de sustracción internacional de niños», en Tenorio, L, Rubaja, N, Castro, F., *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Porrúa, 2017, pp. 163-181.

Es así como el entonces Juez de enlace por Uruguay para la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado —hoy Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— Dr. Ricardo Pérez Manrique, junto a los Magistrados Dra. María Lilian Bendahan y Dr. Eduardo Cavalli, comienzan a trabajar con miras a elaborar un proyecto de ley con la finalidad de estructurar un proceso especial para estas causas, el cual —luego de realizar diversas consultas con diferentes instituciones involucradas— fue presentado al parlamento, y aprobado por ley 18.895[6].

3. Ámbito de aplicación de la Ley n.º 18.895

3.1. Subsidiariedad en la aplicación de las excepciones previstas por la Ley N.º 18.895 frente a las establecidas por normas convencionales, como el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana

En primer lugar, es importante destacar el carácter subsidiario de la regulación nacional frente a lo regulado por las normas de fuente convencional.

Es pacífico en doctrina y jurisprudencia, que el derecho nacional resulta aplicable en defecto o ausencia de norma de fuente convencional o internacional, que se encuentre en vigor entre los países con los cuales la relación jurídica se encuentre relacionada.

Así está expresamente establecido, tanto en normas de fuente internacional como nacional.

El art. 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados —en vigor para Uruguay[7]— recoge el inveterado principio del *«Pacta sunt servanda»*, estableciendo que *«Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».* Un Estado soberano es pues, libre de ratificar o adherirse a un Convenio internacional o no, pero una vez hecho, se encuentra obligado a cumplirlo de buena fe, so pena de incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de éste. Si luego que un Estado se comprometiese a través de un Convenio internacional, bastaría con que éste aprobase una ley nacional con contenido diferente o contrapuesto, para así de esa forma unilateral, pretender desaplicar lo expresamente dispuesto por el Convenio, no se estaría pues, cumpliendo de buena fe con las obligaciones internacionales contraídas.

Pero más específico es aún el art. 27 del mismo Convenio de Viena, el cual establece:

> «El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».

Los Prof. Dres. Heber Arbuet-Vignali y Roberto Puceiro[8], expresan con relación a este artículo:

> «De esta forma se puso punto final a un largo debate…»; «No fue necesario esperar estas consagraciones expresas del principio de superioridad del Derecho Internacional por el propio orden jurídico internacional para que este principio ya fuese íntegramente recogido por la jurisprudencia internacionales»; «Cortes Internacionales —universales y regionales— y Tribunales arbitrales, siempre han sostenido la superioridad del derecho internacional sobre disposiciones constitucionales, leyes, actos administrativos o fallos judiciales interno».

---

6. Bendahan Silvera, L., «Comentarios sobre la nueva ley N.º 18.895 de restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente» en Rivero de Arhancet, M – Ramos Cabanellas, B., *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones I*; FCU, 2013, pp. 115-124.

7. Aprobada por Uruguay por Ley N.º 15195 de 19/10/1981.

8. Arbuet-Vignali, H., Puceiro, R., «Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y otros sistemas» en Jimenez de Arechaga, E., Arbuet-Vignali, H., Puceiro, R., *Derecho Internacional Público T.I. Principios – Normas – Estructuras*; FCU, 2005, p. 396.

Por su parte, el art. 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (en adelante CING), en vigor para Uruguay[9], establece:

> «La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno».

Queda claro entonces, que un Estado no puede invocar su propio derecho interno como justificativo para no aplicar las disposiciones establecidas por un Convenio en vigor entre los Estados involucrados. Existiendo Tratado o Convención, corresponde aplicar éstos y NO su DIPr. interno, nacional o autónomo.

La Prof. Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre[10], expresa en relación con el art. 1 de la CING que

> «Lo que se desprende inequívocamente de esta norma es que los Estados Parte sólo podrán aplicar su DIPr interno o nacional cuando no exista DIPr internacional que los vincule sobre la materia de que se trate. En otras palabras, lo que la norma ordena es que califiquemos adecuadamente la relación jurídica a regular, teniendo en cuenta los ámbitos de aplicación material, espacial y temporal de las normas de DIPr existentes. Si existe tratado vigente que vincule a los Estados involucrados y que regule la materia en cuestión, deberá aplicarse éste. Sólo en su defecto se podrá aplicar el DIPr de fuente interna o nacional».

Por su Parte, el Prof. Dr. Gonzalo Lorenzo Idiarte[11], expresa que:

> «Las normas de Dipr. autónomas se aplican solamente cuando no existe tratado que vincule a los países con los cuales la relación privada está relacionada. Esta solución deriva claramente del Artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (aprobada en la Segunda Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979), que establece en su inciso 2...»;
>
> «El mismo principio está consagrado en el artículo 27 de la C. Viena 1969 (Derecho de los Tratados) y en los artículos 13 y 524 del CGP.
>
> No me pronuncio sobre la razón de esta solución. Ya sea por el carácter superior de los tratados en base al principio monista internacional (De Maekelt, 2002: 775; Santos, 2015: 23; Tálice, 2016: 111), o bien por tratarse de la norma especial, competente en mérito a su específico ámbito de aplicación en relación a las autónomas, que serían las generales (Parra Aranguren apud Tálice, 2016: 111; Opertti apud Fresnedo, 2001:180 quien comparte esta posición). Lo cierto es que si existe tratado vigente se aplicará el mismo y sólo en ausencia de tratados se aplicará la norma de conflicto interna».

Queda meridianamente claro pues, que —conforme a las disposiciones establecidas por Convenciones Internacionales en vigor para el Uruguay— el derecho internacional privado interno o autónomo de un país sólo resulta aplicable en defecto de norma convencional o internacional; pero ¿qué establece el derecho internacional privado uruguayo al respecto?

Para conocerlo, debemos acudir al art. 1 inc. 1° de la Ley N° 19.920 (Ley General de Derecho Internacional Privado, en adelante LGDIPr). El mismo establece:

> «Artículo 1 (Normas nacionales y convencionales de derecho internacional privado)
>
> Las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de estas, por las normas de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional».

---

9. Aprobado por Uruguay por Decreto-Ley N.° 14.953 de 12/11/1979.

10. Fresnedo de Aguirre, C.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, T.I., FCU, 2022, p.45.

11. Lorenzo Idiarte, G.: *Derecho Internacional Privado Uruguayo codificado*, FCU, 2014, pp. 24-25.

La redacción del art. 1 de la LGDIPr no deja lugar a equívocos. Su aplicación a efectos de regular situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos, así como la aplicación de toda otra norma de derecho internacional privado de fuente nacional —incluida la ley N.º 18.895— sólo podrá realizarse, en defecto de convenciones internacionales.

El Prof. Esc. Ruben Santos Belandro[12] expresa con relación a este artículo

> «... o sea que basta con que el caso sea objetivamente internacional, para que se le apliquen las normas convencionales con preferencia a las nacionales, cualquiera sea el contenido de las primeras, sean éstas, normas de conflicto o normas de Derecho material uniforme internacional».

Por su parte, la Prof. Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre[13] expresa:

> «De igual modo, el art. 1.1 de la LGDIPr, que tiene entre sus fuentes el art. 1 de la CNG, en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, y en los arts. 13 y 524 del Código General del Proceso, reafirma la prioridad de las Convenciones internacionales para la regulación de «situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos», y en defecto de ellas, dispone que se aplicarán las normas de la LGDIPr y las demás normas de DIPr de fuente nacional. La norma dilucida así claramente la relación entre normas nacionales y convencionales de DIPr». «En suma, si existe Convención o Tratado en cuyos ámbitos de aplicación (material, espacial, temporal y personal) encuadre la situación planteada, se aplicará dicha fuente convencional. En caso contrario, se aplicará la LGDIPr y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional».

De igual forma, los artículos 13[14] y 524[15] del Código General del Proceso y, por su parte, el art. 149[16] del Código de la Niñez y la Adolescencia —al regular la Adopción Internacional de NNA— establecen el mismo principio de subsidiaridad.

Es claro entonces, que tanto la normativa de fuente internacional como nacional, establecen que, si existe una relación privada que se encuentra relacionada con un país con el que nos vincula un tratado o convención internacional, prima su aplicación frente a lo dispuesto por el derecho internacional privado nacional o autónomo.

Es por ello, que si se tramita en Uruguay un proceso de restitución internacional de un NNA cuya residencia habitual se encontraba en un Estado Parte de un Convenio internacional en vigor para Uruguay, corresponde aplicar las disposiciones del Convenio internacional y no las de nuestro derecho interno. En estos casos, sólo aplicaríamos aquellas disposiciones de la ley N.º 18.895 sobre aquellos aspectos no regulados por los Convenios Internacionales, como las estrictamente procesales contenidas en la ley (plazos, recursos procesales, estructura del proceso, etc.).

3.2. Ámbito de aplicación material

Como venimos de explicitar, la ley N.º 18.895 constituye la ley nacional de implementación de los Convenios citados, estableciendo un proceso especial para tramitar tanto los pedidos de restitución internacional de los NNA, como las solicitudes de régimen internacional de visitas.

---

12. Santos Belandro, R.: *Ley General de Derecho Internacional privado de la República Oriental del Uruguay* 19.920 de 17 de noviembre de 2020, El texto y su contexto americano. Curso General, AEU,2021 p 255.

13. Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado*. T.I., Parte General. Jurisdicción Estatal y arbitral, *op. cit.*, pp. 356-357.

14. Art.13 C.G.P.: *«Aplicación de la norma procesal en el espacio. - Este Código regirá en todo el territorio nacional sin perjuicio de lo dispuesto por las convenciones internacionales suscriptas y ratificadas por el Estado».*

15. Art. 524 C.G.P.: *«Normas aplicables.- En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título».*

16. Art. 149 del C.N.A.: *«En defecto de convenios internacionales ratificados por la República, las adopciones internacionales se regularán por las disposiciones de este capítulo».*

De esta forma, es instrumental a los referidos convenios, estableciendo un proceso abreviado, con la finalidad de poder cumplir con el objeto de estos.

No obstante, posee además normas sustantivas —similares a las existentes en los Convenios— por la cuales determina cuándo un traslado o retención se torna ilícita, definiciones de derecho de guarda o de custodia, la legitimación activa y pasiva de las partes y las excepciones taxativamente enumeradas que habilita no retornar al NNA al Estado de su residencia habitual, regulaciones que —como venimos de decir *supra* (3.1)— no resultan aplicables en los casos que nos vinculan con Estados parte de alguno de los Instrumentos internacionales citados, pero sí con el resto de los Estados.

3.3. Ámbito de aplicación espacial

La ley N.º 18.895 sólo resulta aplicable en los casos donde el NNA ha sido traslado o retenido en el Uruguay o en las solicitudes de régimen internacional de visitas donde éstos tengan en Uruguay su residencia habitual, ya que sólo en estos casos, las autoridades uruguayas resultan competentes y el proceso se tramita en el Uruguay.

3.4. Ámbito de aplicación personal

Acorde a lo dispuesto por los Convenios citados, la ley N.º 18.895 se aplica también a toda persona menor de dieciséis años. Al igual que los Convenios, no establece el momento en que debe apreciarse su edad, aunque de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, basta que el NNA adquiera la edad establecida durante el proceso, o aún en fase de ejecución, para entenderse inaplicable la ley a dicha persona[17].

Tampoco establece si se requiere una edad mínima para resultar aplicable, o si se aplica también a los NNA concebidos, pero aún no nacidos, al momento de traslado, y que hayan nacido posteriormente en el Estado de refugio.

4. Normas procesales y principio interpretativo

El art. 3 de la ley establece, por un lado, que el procedimiento estará regido —además de lo establecido por la misma— por lo dispuesto por la Constitución de la República, los Convenios internacionales citados, el Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código General del Proceso.

Pero establece —además— como principio rector de interpretación y, en su caso, de integración, el del interés superior del NNA. Este principio, si bien no se encuentra expresado a texto expreso en los artículos del Convenio de La Haya, si lo encontramos en su preámbulo, y sin dudas, inspiran todas las soluciones allí establecidas.

Como lo expresa la Prof. Elisa Pérez-Vera en el informe explicativo del Convenio:

> «... no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan»., «Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona»[18].

Por su parte, el Dr. Ricardo Pérez Manrique expresa que:

> «El Interés superior del niño consiste en que se respete y garantice de manera prioritaria el pleno ejercicio de sus derechos, que en el Convenio de 1980 es el derecho a no ser trasladado ilícitamente, a visitar al padre no conviviente y a un debido acceso a la justicia,

17. Santos Belandro, R.: «La restitución Internacional de Menores a la luz de la Ley 18.895 de 11 de abril de 2012», en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N.º 23, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 188.

18. Pérez-Vera, E., «Informe explicativo del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores» https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf

comenzando por el juez competente para determinar cuál es su interés superior en casos de conflictos interparentales»[19].

En línea con lo antedicho, el segundo párrafo del art. 3 de la ley, interpreta el interés superior del NNA —a los efectos de la ley— como el

«derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional».

5. Competencia

El art. 4 de la ley N.º 18.895 establece la competencia jurisdiccional interna (la internacional surge de los Convenios internacionales), habilitando a la Suprema Corte de Justicia a establecer los Juzgados competentes en estos procesos, procurando su especialización. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia, por Acordada N.º 7758 de fecha 21/Dic/2012 y su reglamentación, concentró la competencia, estableciendo dos juzgados letrados competentes en materia de familia en la Capital[20], y en el resto del país, en aquellas ciudades donde existan más de un juzgado letrado con dicha competencia, sólo uno resulta competente.

La concentración de los casos de sustracción internacional de NNA en pocos jueces especializados, ha demostrado ser una herramienta útil, no sólo para obtener sentencias más ajustadas en el tiempo, sino también, más ajustadas a derecho, ya que permitió una mayor y mejor capacitación de éstos. Asimismo, al tener que estar resolviendo estos casos en forma más frecuente, le permite al magistrado ir adquiriendo, no sólo un mayor conocimiento teórico, sino también, la experiencia práctica necesaria para llevar adelante un proceso de restitución internacional de NNA, que —sin abandonar el respeto a las garantías del debido proceso— debe transcurrir en el menor tiempo posible.

Asimismo, permite también realizar una mayor capacitación de la oficina judicial, a través de los actuarios o secretarios judiciales y demás personal administrativo del juzgado. Este personal, debe estar informado y capacitado para identificar rápidamente que el expediente que está manejando, debe trabajarse con celeridad, otorgándole prioridad, y así evitar «tiempos muertos», en esperas administrativas inútiles, que conspiran con un proceso ágil.

6. Legitimación

6.1. Activa

En consonancia con lo dispuesto por los Convenios internacionales, el art. 5 de la ley N.º 18.895 le atribuye la titularidad de la acción de restitución internacional a *«aquel padre, madre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que fuere titular del derecho de guarda o de custodia, conforme al régimen jurídico del país de residencia habitual de la persona de menos de dieciséis años de edad, inmediatamente antes de su traslado o retención».*

Si bien su art. 5 hace referencia únicamente a la legitimación activa para los casos de restitución internacional, para los casos de solicitudes de visitas internacionales, esta disposición debe complementarse con lo dispuesto por el art. 38 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual establece la legitimación activa a los padres, abuelos y demás familiares, como así también de otras personas con las que el NNA haya mantenido vínculos afectivos estables, a juicio del Juez competente basado en el interés superior del NNA.

19. Pérez Manrique, R., «El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación», en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N.º 23, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 124-125.

20. Juzgado Letrado de Familia de 1° Turno y de 8° Turno.

6.2. Pasiva

Por su parte, el art. 6 de la ley N.º 18.895 legitima pasivamente, a toda aquella persona que ha sido denunciado por quien es titular de la legitimación activa, por ser quien presuntamente ha sustraído o retenido ilícitamente al NNA.

Nuevamente, el art. 6 no hace mención alguna a la legitimación pasiva en casos de visitas internacionales, aunque ésta se deprende del art. 27, resultando aquella persona o personas que tuvieran en Uruguay la tenencia (guarda material) circunstancial del NNA menor de 16 años.

7. Representación del solicitante

El art. 26 del Convenio de La Haya establece que no se le impondrá cantidad alguna al solicitante por las costas y costos del proceso, ni por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico.

Algunos países, han hecho expresa reserva al artículo citado y, por tanto, no le proporcionan al solicitante representación o asistencia judicial alguna, obligándoles a tener que contratar un abogado privado. No es el caso de Uruguay, que no ha hecho tal reserva.

Pero aún en países que no han hecho la reserva al referido artículo, tampoco le aseguran al solicitante una representación judicial. En algunos casos, quien presenta el caso ante la Justicia, lo hace en representación de la autoridad central de su país, y no del solicitante. Ergo, jamás se ponen en contacto con éste, ni siquiera para obtener información o prueba que contradiga las excepciones presentadas por la parte sustractora. Tampoco se le permite al solicitante participar en las audiencias, aunque sea en forma telemática o se le imponen barreras migratorias para poder hacerlo en forma presencial, condenándolo a seguir su proceso a ciegas, a la espera de una sentencia de un proceso en la que no pudo tener intervención alguna, posterior a la presentación de su solicitud. Si a todo ello le sumamos barreras idiomáticas que pudieran existir —cuando el idioma del Estado de refugio resulta diferente al del Estado de la residencia habitual del NNA— los impedimentos para acceder a una debida defensa de sus derechos en el proceso se agravan a tal punto que —en muchos casos— nos encontramos frente a situaciones de verdadera indefensión.

Se genera pues una limitación al acceso a la justicia al solicitante, otorgándose mayor protección y garantías a quien ha actuado en contravención al derecho, mientras que a quien no ha tenido responsabilidad alguna en la situación creada —y a quien, *prima facie*, se le habría vulnerado su derecho de custodia— se le niegan muchas de las garantías procesales básicas, colocándolo en una posición sustancialmente más gravosa que la del sustractor.

Es por ello, que consideramos acertada lo dispuesto por el art. 14 de la ley N.º 18.895, el cual establece que en el primer decreto que dicta el juez —cuyo contenido será analizado con mayor profundidad más adelante— el juez designa siempre un defensor público gratuito que representará exclusivamente los intereses del solicitante, y quien deberá mantener contacto permanente con su representado a lo largo de todo el proceso, salvo —claro está— que éste haya optado por ser representado por un abogado privado de su confianza.

8. Asistencia o representación del NNA trasladado/a o retenido/a ilícitamente o por el/la cual se solicita un régimen de visitas internacionales

Al encontrarse enfrentados —generalmente— los progenitores del NNA en estos procesos, éstos no pueden ejercer su representación procesal, ya que ambos tienen intereses contrapuestos.

Ahora bien, el NNA es el sujeto de derecho que este proceso busca proteger. Su opinión e intereses deben ser escuchados y tiene el derecho a un asesoramiento independiente, que le ayude —teniendo presente su edad y madurez— a tomar posición sobre lo que considera mejor para su realidad de vida. Como veremos más adelante, su opinión puede resultar clave para que

el juez competente decida no retornarlo al Estado de su residencia habitual, ya sea porque se opone a ello (y tenga una edad y madurez suficiente como para entender las consecuencias de su decisión y para poder adoptar una posición autónoma, no contaminada por la voluntad de la parte sustractora); ya sea para probar la existencia de un peligro grave que pueda producirle un daño físico o psicológico tras su retorno.

En consecuencia, el art. 7 de la ley N.º 18.895, dispone que también se designará preceptivamente un defensor público que le asista y represente según la evolución de sus facultades. Su designación es realizada concomitantemente con la designación del defensor del solicitante, al momento de dictar el juez competente su primer decreto (art. 14).

9. Intervención de otras autoridades

9.1. Ministerio Público

El artículo 8 preveía la intervención del Ministerio Público en el proceso, dado que, al momento de la sanción de la ley, ésta resultaba preceptiva en mérito a que el proceso involucraba a un NNA. Actualmente, y en virtud de la nueva Ley orgánica de la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público ya no participa del proceso.

9.2. Autoridad Policial

El artículo 9 establece en forma expresa, la colaboración que deberá prestar la autoridad policial ya sea a la hora de realizar notificaciones, conducciones, localizaciones y ejecuciones forzosas, entre otras diligencias, cuando éstas les fuera requeridas por el juez competente.

9.3. Autoridad Central

La Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, es la autoridad central de aplicación para los convenios citados.

Generalmente, los casos son recibidos por ésta desde otra autoridad central de un Estado Parte (generalmente la del Estado de la residencia habitual del NNA), o bien las solicitudes son presentadas directamente ante ésta. Ello, sin perjuicio de la posibilidad del solicitante de presentar su solicitud directamente ante el juez competente, lo que no resulta muy común en la práctica.

Recibida la solicitud, la autoridad central del Uruguay la analiza, a efectos de evaluar que ésta cumpla con todos los requisitos formales establecidos por los Convenios. Si advirtiera que la misma no cumpla con algún requisito que pudiera ser subsanable, lo comunicará inmediatamente a la autoridad central requirente, a los efectos de poder levantar la observación a la brevedad.

Sin perjuicio que el art. 27 del Convenio de La Haya le otorga a la autoridad central la prerrogativa de rechazar *in limine* una solicitud cuando entienda que la misma carece de fundamento o que no ha cumplido con las condiciones requeridas por el Convenio, en la práctica, la autoridad central del Uruguay rara vez la ejerce. Sólo ha rechazado solicitudes en casos donde en forma manifiesta y objetiva, el caso no se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación personal del Convenio, como en el caso donde el NNA tenga 16 años o más al momento de la presentación de la solicitud.

Si la solicitud cumple con todos los requisitos, la autoridad central contacta a la parte sustractora, a efectos de poder arribar a un acuerdo amistoso extrajudicial. No obstante, ello se realiza a petición de la parte solicitante, toda vez que ello pudiera resultar perjudicial para algún caso en concreto, debido a que, al no haberse aún iniciado el trámite judicial, no se han adoptado aún la medida cautelar de cierre de fronteras, tanto del NNA como de la parte sustractora, lo que podría provocar su fuga del país antes que estas medidas puedan ponerse en práctica.

En caso de arribarse a un acuerdo amistoso extrajudicial, el mismo se plasma en un escrito firmado por las partes con asistencia letrada, y se procede posteriormente a su homologación judicial.

De no arribarse a un acuerdo amistoso —o no haberse tentado la mediación administrativa— la autoridad central ingresa el caso a la Justicia, presentándolo ante el Juzgado competente.

Téngase presente, que si bien es la autoridad central quien presenta el caso ante el Juez, no es quien representa al solicitante en el proceso, siendo el defensor público designado posteriormente por el Juez competente (o el abogado privado designado por el solicitante), tal como fuera expresado *ut-supra* (Núm. 7).

La autoridad central se mantendrá imparcial durante todo el proceso, siendo convocada a las audiencias a las cual podrá participar, aportando al Juez competente toda información o cooperación necesaria que pudiera obtenerse de la autoridad central del Estado requirente, a quien mantendrá informada a lo largo del proceso. El juez competente la mantendrá informada de todas las actuaciones, y tendrá libre acceso al expediente.

10. Proceso de restitución internacional de NNA

10.1. Análisis liminar de la solicitud

Recibida la solicitud por el Juez competente, esté hará un análisis liminar de la misma, y si entendiera que carece de los requisitos necesarios o los recaudos resultaren insuficientes para su validez, se lo requerirá al solicitante su subsanación —a través de las autoridades centrales intervinientes— otorgándole un plazo para hacerlo.

De cumplir con los requisitos mínimos establecidos, el juez procederá a la calificación de las condiciones de admisibilidad y legitimación activa del solicitante. La presentación de la solicitud de restitución ante el Juez competente marcará la fecha de iniciación de los procedimientos a los efectos establecidos en el artículo 12 incisos primero y segundo de la Convención de La Haya, y por el artículo 14 de la Convención Interamericana, que se analizarán más adelante.

10.2. Localización

En los casos en que el solicitante desconozca el paradero del NNA y de la parte sustractora, el Juez competente de Montevideo ordenará su localización, contando con la asistencia tanto de la autoridad policial, como de organismos públicos. Localizados que sean, si se encontraran dentro de su jurisdicción, continuará con el proceso de restitución. Por el contrario, si se encuentran radicados en un Departamento distinto a Montevideo, remitirá el expediente de oficio y sin más trámite al Juzgado letrado competente en la localidad donde se encuentre el NNA, quien asumirá competencia y llevará adelante el proceso.

10.3. Rechazo liminar de la solicitud

Si tras el análisis del caso, el Juez competente entiende que la solicitud no cumple con los requisitos mínimos establecidos por los Convenios citados (o por la ley, si el caso se relaciona con un Estado con el cual Uruguay no se encuentra vinculado por Convenio internacional alguno), podrá rechazarlo en forma liminar. Esta decisión es pasible de recurso de apelación interpuesto dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación.

10.4. Primer mandamiento de restitución

Si la demanda es admitida, el Juez despachará mandamiento de restitución, por la cual se ordena —*inaudita altera pars*— la restitución del NNA al Estado de su residencia habitual. Ello en virtud de la estructura monitoria que tiene este proceso, y tras haber dado cumplimiento el solicitante de los requisitos mínimos establecidos por los Convenios, probando sumariamente encontrarse en el ejercicio efectivo de la custodia del NNA de conformidad con la ley de su residencia habitual.

Asimismo, dispondrá el cierre de fronteras, tanto para el NNA como para la parte sustractora, y la retención de la documentación de viaje de ambos, al momento de la notificación de la resolución.

Como se adelantó *supra* (núm. 7), designará un defensor público para el solicitante —siempre que éste no hubiera optado por contratar los servicios de un abogado particular— y otro que representará o asistirá al NNA (núm. 8).

Por último, dará traslado de la demanda a la parte sustractora, la cual contará con un plazo de diez días hábiles[21] para interponer alguna de las excepciones taxativamente previstas por los Convenios internacionales citados —si el caso se encuentra relacionado con un Estado parte de los mismos— o las establecidas por la ley, si el mismo se encuentra relacionado con un Estado con el cual Uruguay no cuenta con Convenio Internacional alguno en vigor en la materia.

Si la parte sustractora no opusiese excepción alguna dentro del plazo previsto, esta sentencia preliminar quedará firme y pasible de ejecución.

10.5. Oposición de excepciones

Tanto los convenios internacionales citados como la ley N.º 18.895, establecen un elenco limitado y taxativo de excepciones que puede interponer la parte sustractora, para evitar la restitución internacional del NNA al Estado de residencia habitual que, por regla, corresponde.

En consonancia con la máxima jurídica que establece que todo aquél que alega un hecho tiene la carga de probarlo, le corresponde a la parte sustractora la carga procesal de probar las excepciones que interponga.

Muchas veces, resultará necesario el auxilio de las autoridades centrales, a efectos de recabar la prueba que se encuentre en el Estado de la residencia habitual del NNA o en otro Estado.

A continuación, procederemos a realizar un breve análisis de las excepciones previstas por la ley nacional, señalando en especial, aquellas diferencias existentes con las previstas por las normas convencionales ya citadas, teniendo presente el carácter subsidiario de las mismas, como ya fuera analizado *supra* (núm. 3.1).

10.5.1. No ejercicio efectivo del derecho de custodia por parte del solicitante

Similar a lo establecido por el art. 13(1)a) del Convenio de La Haya y el art. 11(1)a) de la Convención Interamericana, el art. 15(1)a) de la ley N.º 18.895 establece que la oposición resultará valida cuando se demuestre que *«La persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona de menos de dieciséis años de edad, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladada».*

Conforme lo establece el art. 1 de la ley N.º 18.895,

> «...se entiende por derecho de guarda o de custodia aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia de la persona de menos de dieciséis años de edad —incluyendo su traslado al extranjero— de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual. Tal derecho puede resultar de la aplicación de pleno derecho de una norma legal, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado».

Este *«derecho de custodia»* guarda relación con lo que en el Derecho uruguayo se le denomina *«patria potestad»* o *«guardia jurídica»* del NNA. Es decir, no se requiere que el solicitante haya sido el progenitor con el cual el NNA convivía en forma previa al traslado o retención ilícita (tenedor o guardador material), basta con que tenga el derecho del cuidado del NNA y —en especial— el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

21. Si el caso vinculase un Estado Parte de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, de conformidad con su art. 12, el término del traslado es de 8 días hábiles.

Pero no resulta suficiente con poseer teóricamente ese derecho, sino que el mismo debe ser ejercido en forma efectiva, con anterioridad al traslado o retención, o lo hubiese sido, de no haber operado la maniobra realizada por la parte sustractora. Si la parte sustractora puede probar que ese derecho de custodia no era ejercido en forma efectiva por el solicitante, el Juez competente podrá dejar sin efecto la orden liminar de restitución, y el NNA no retornará.

10.5.2. Consentimiento del solicitante para el traslado del NNA

Asimismo, el art. 15(1)a) de la ley N.º 18.895 —al igual que el art. 13(1)a) del Convenio de La Haya y el art. 11(1)a) de la Convención Interamericana— establece que, si la parte sustractora prueba que el solicitante hubiere consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención del NNA, el juez podrá rechazar la solicitud de restitución, dejando sin efecto la orden liminar de restitución.

Ello, porque el supuesto para que opere la restitución internacional del NNA, es que éste ha sido trasladado o retenido en forma ilícita. Por su parte, resulta ilícita su traslado o retención, cuando sea realizado en trasgresión a un derecho de custodia ejercido en forma efectiva con anterioridad de este. Si el solicitante había consentido —o posteriormente aceptado— la nueva radicación del NNA, el traslado deviene pues en lícito, ya que no existió transgresión alguna a su derecho de custodia, ya que contó con su expreso consentimiento.

10.5.3. Grave riesgo de que el retorno del NNA lo/la exponga a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable

La redacción originaria del art. 15(1) b) de la ley N.º 18.895, guardaba estrecha relación con lo establecido por el art. 13(1) b) del Convenio de la Haya y el art. 11(1)b) de la Convención Interamericana, estableciendo como excepción al retorno del NNA al Estado de su residencia habitual, la demostración de la existencia de un grave riesgo que *«exponga a un peligro físico, psíquico o que de cualquier otra manera ponga a la persona en una situación intolerable».*

No obstante, posteriormente se sanciona la Ley N° 19.580 (Ley de Violencia hacia las Mujeres basada en Género. Fecha: 22/dic/2017), la cual en su art. 44, modifica el art. 15 de la Ley 18.895, agregando como último párrafo, el siguiente:

> «Siempre que se acredite que exista o haya existido violencia basada en género del demandante contra los hijos cuya restitución se solicita, **«o contra la persona a cuyo cargo se encuentren»**, se considera configurado el grave riesgo a que hace referencia el inciso anterior» **(Destacado nuestro)**.

Es claro pues, que con la nueva redacción del art. 15, se amplía el elenco de excepciones al retorno del NNA al Estado de su residencia habitual, ya que el juez competente uruguayo, no sólo podría acoger la excepción de grave riesgo cuando ésta se configura —directa o indirectamente— contra el NNA, sino que también, en los casos en que el sustractor sea la madre, y haya existido violencia basada en género del demandante contra ella, con independencia de que el NNA lo haya sufrido también.

No obstante, como ya señaláramos ut-*supra (núm. 3.1.)*, el art. 15 de la ley 18.895 —con la redacción dada por el art. 44 de la ley 19.580— no resulta aplicable en aquellos casos que se vinculan con Estados parte del Convenio de La Haya, o la Convención Interamericana, debiéndose estar en estos casos, a lo establecido por las normas convencionales (art. 13 y 11, respectivamente). Por el contrario, el artículo sí resulta aplicable para los casos que vincule Estados con el que Uruguay no cuenta con normativa de fuente convencional alguna en vigor[22].

22. Bendahan, L., «La reforma introducida por la Ley N° 19.580 de 13 de diciembre de 2017 "De violencia hacia las mujeres basada en género" al art. 15 de la ley N° 18.895 "De restitución de personas menores de dieciséis años, trasladadas o retenidas ilícitamente" y la excepción 13.1.b) "grave riesgo", del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores», en *Libro homenaje al Dr. Ricardo Pérez Manrique*, AUMOFIA, 2018.

10.5.4. Oposición del NNA

El art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establece la obligación a los Estados Parte, de garantizar a los NNA el «...derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

Por su parte, el Convenio de La Haya en su art. 13(2) y la Convención Interamericana en su art. 11(2), establecen que la autoridad competente podrá rechazar la solicitud de restitución internacional del NNA, si comprobare que éste se opone al retorno y —a su juicio— tiene una edad y madurez suficiente que justifique tomar en cuenta su opinión.

En la misma línea, el art. 16(1)a) de la ley N.° 18.895 prevé la escucha del NNA, estableciendo la posibilidad del rechazo de la solicitud, si éste se opone por motivos fundados a regresar, y posea una edad y madurez que justificare tomar en cuenta su opinión.

No obstante, la Ley N.° 18.895 no especifica el modo en que debe recabarse la opinión del NNA, por lo que corresponde aplicar la normativa general vigente en la materia. En la práctica, esto dependerá de la edad del NNA y de las circunstancias particulares del caso. En algunos casos, su opinión es escuchada directamente por el juez, quien suele disponer que las partes y sus abogados se retiren de la sala, quedando el NNA únicamente acompañado por su defensor público. Esta medida tiene por finalidad garantizar que el menor pueda expresarse libremente ante el juez, sin la influencia que podría generar la presencia en sala de sus progenitores.

En otros casos, y en atención a la edad o la madurez del NNA, su escucha se realiza en forma indirecta, ya sea a través de su abogado defensor designado, o a través de un grupo interdisciplinario, integrado por psicólogos infantiles.

10.5.5. Integración del NNA en el país, en solicitudes presentadas luego de un año contados desde su traslado o retención ilegal

El art. 16(1)b prevé también como excepción del retorno del NNA al Estado de su residencia habitual, el hecho que la solicitud fuera presentada más allá del plazo de un año, contados desde la sustracción o retención ilícita, hasta el momento de la presentación de la demanda o solicitud de restitución ante el juez competente.

Con respecto al momento de inicio del plazo referido, se alinea a lo dispuesto por el art. 12 del Convenio de La Haya, haciéndolo desde el momento del traslado o retención, y no a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados, en aquellos casos donde ocurrió un previo tramite de localización de los NNA, por desconocerse su paradero, como lo hace el art. 14(2) de la Convención Interamericana.

Con relación al momento en que se interrumpe este plazo, el art. 12(2) de la Ley N° 18.895 lo clarifica, indicando que el mismo se interrumpe con la iniciación del procedimiento judicial y no con la mera presentación del caso ante la autoridad central.

Ahora bien, el hecho que haya transcurrido un año desde el traslado o retención hasta la presentación judicial del caso no implica —*per se*— que el juez competente debe rechazar *in limine* la solicitud de restitución. Lo que sí habilita, a que la parte sustractora pueda presentar como defensa, la integración del NNA a un nuevo centro de vida. Ello también surge refrendado por el art. 23 de la Ley 18.895. Será entonces el juez que —constatados los elementos de hecho referidos— resolverá en definitiva lo que resulta más favorable para el NNA atendiendo a su superior interés.

10.5.6. Violación de los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales

Por último, el art. 16(1)c) establece como motivo para el rechazo de la solicitud de restitución, cuando sea «*manifiestamente violatoria de los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales*», idéntica solución a la establecida

por el art. 20 del Convenio de La Haya y similar a la establecida por el art. 25 de la Convención Interamericana.

10.6. Firmeza del primer mandamiento de restitución en caso de no oposición del demandado en el plazo establecido

Si transcurre el plazo de los 10 días hábiles que cuenta la parte demandada sin interponer algunas de las excepciones taxativamente previstas en los Convenios citados o —en caso de no existir Convenio en vigor con el Estado con el que se encuentra relacionado el caso— con las dispuestas por la ley N° 18.895, el primer mandamiento de restitución queda firme, y pasible de ejecución.

El art. 17 de la Ley N° 18.895 establece que, en ese caso, se le comunicara al Estado requirente —vía autoridad central— que el interesado dispone de un plazo de 30 días calendario contados desde que se le notificó la sentencia, para que adopte las medidas necesarias a efectos del traslado del NNA al Estado de su residencia habitual. Nótese que ello no quiere decir que efectivamente el traslado debe realizarse dentro de ese período, pero si dentro del mismo, debe —al menos— iniciarse el trámite de ejecución de la sentencia, con miras al efectivo retorno del NNA.

10.7. Traslado de las oposiciones interpuestas

Si la parte demanda interpone alguna de las excepciones previstas, las mismas se sustanciarán con un traslado de éstas para el solicitante —en la figura de su representante legal, ya sea defensor público o privado— por el término de 6 días hábiles.

El plazo para evacuarlas —como todos de la ley— es muy breve, por lo que resulta vital que el solicitante se encuentre en contacto fluido con su defensor, para poder presentar la prueba que permita contrarrestar o desestimar las excepciones presentadas por la parte demandada.

Evacuada que sea el traslado de las excepciones —o vencido el término— el expediente sube al despacho del juez competente, para la fijación de la audiencia, la que se deberá convocar a más tardar dentro de los 3 días hábiles siguientes.

Conforme lo establece el art. 18 de la Ley N° 18.895. en la providencia que fija la fecha de audiencia, el Juez competente se expedirá *«sobre los medios probatorios ofrecidos por las partes, rechazando in limine toda aquella prueba inadmisible, inconducente o manifiestamente impertinente»*. Dicha resolución es pasible de apelación, aunque con efecto diferido. El referido artículo también limita a tres el número de testigos ofrecidos por parte. Asimismo, ordenará diligenciar toda la prueba que pueda diligenciarse antes de la audiencia —como las pericias que se hubieran solicitado— a efectos de procurar contar con el resultado de estas al momento de la audiencia, o en un momento inmediato posterior.

10.8. Audiencia

La audiencia es presidida por el Juez competente, y no dejará de celebrarse por ausencia de algunos de los citados.

En ella participarán el solicitante, ya sea en forma personal o representado por su defensor. Actualmente, en el caso que el solicitante no pudiera concurrir personalmente a la audiencia, es común que participe por videoconferencia.

La parte demandada participará acompañada de su defensor, que puede ser —según el caso— público o privado.

El NNA participará a través de su defensor público asignado, y —dependiendo de su edad y madurez— podrá ser convocado personalmente a la audiencia a efectos de escuchar su opinión, en las condiciones ya referenciadas supra (10.5.4).

Por último, participa también la autoridad central del Uruguay. Lo hace asistiendo al Juez en caso de requerir evidencias o información proveniente del Estado de la residencia habitual.

En primer término, el juez procura promover la conciliación entre las partes. Si se arriba a un acuerdo amistoso entre ellas, se hace constar en acta y se homologa por el juez.

Si fracasa los medios conciliatorios, se procede a la fijación del objeto del proceso y de la prueba, y se pasa a diligenciar los medios probatorios dispuestos. Con la finalidad de agotar su diligenciamiento, la audiencia puede ser prorrogada hasta por 72 horas hábiles siguientes.

Como ya se expresó, se procede luego a escuchar al NNA —ya sea directamente o a través de su defensor público o de un grupo interdisciplinario designados por el Juez— solicitándose —generalmente— el retiro de sala de las partes y sus defensores, con la finalidad que el NNA pueda expresarse libremente sin sentirse cohibido por la presencia de sus progenitores.

Una vez diligenciada toda la prueba y oída la opinión del NNA, las partes presentan sus alegatos. Concluida esta etapa, el juez interviniente dicta de inmediato la sentencia definitiva, pudiendo prorrogar dicho pronunciamiento por un plazo máximo de 24 horas hábiles.

10.9. Restitución segura

Similar a lo establecido por el art. 27 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de la Unión Europea (Reglamento Bruselas II ter), el art. 22 de la Ley N° 18.895 establece que el Juez competente no podrá rechazar una solicitud de restitución basado en lo dispuesto por el art. 13(2)b) del Convenio de La Haya o el art. 11(2)b) de la Convención interamericana, si se demuestra que *«que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección de»* el NNA *«tras la restitución».*

Es por ello, que aún frente a la hipótesis de haberse acreditado judicialmente la existencia del grave riesgo, el juez uruguayo deberá ordenar el retorno del NNA al Estado de su residencia habitual, siempre y cuando, haya también quedado suficientemente acreditada, la existencia de medidas de protección suficientes en dicho Estado, que garanticen una restitución segura del NNA, toda vez que dichas medidas conjuran el peligro, o al menos lo reduzca de tal forma, que deje de ser grave.

Entiendo —al igual que la Prof. Dra. Adriana Fernández[23] y la Dra. Lilian Bendahan[24]— que para que ello ocurra, no bastan formulaciones genéricas determinadas por la ley del Estado de su residencia habitual, o servicios hipotéticamente accesibles en situaciones ideales. Es necesario que, para el caso específico, para ese NNA en concreto, y para el lugar y situación adonde retornaría, esas medidas puedan efectivamente aplicarse, y que desplieguen la protección necesaria al NNA tras su retorno al Estado de su residencia habitual.

A esos efectos, resulta necesario, en primer lugar, el auxilio de las autoridades centrales. La autoridad central del Estado de la residencia habitual del NNA, deberá comunicar al Estado requerido —en este caso, Uruguay— las medidas de protección disponibles en su país, teniendo presente las circunstancias de hecho del caso en concreto.

Asimismo, en caso de que el juez uruguayo decida retornar al NNA al Estado de su residencia habitual —a pesar de la existencia de un riesgo— condicionando su retorno a la implementación de medidas de protección en el Estado requirente, las autoridades centrales deben procurar realizar los contactos con las autoridades competentes de sus países, para poder implementarlas lo más rápido posible.

La situación resulta distinta, si entre los Estados vinculados en el caso, se encuentre en vigor o no el Convenio de La Haya de 1996 *relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconoci-*

23. Fernández Pereiro, A., «Interpretación y Aplicación de la Excepción del art. 13 lit b del Convenio de La Haya de la Sustracción Internacional de Menores» en Fresendo de Aguirre, C. y Lorenzo Idiarte, G. *Jornadas 130 Aniversario Tratados de Montevideo 1889 – Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*; F.C.U., 2019, p. 574.

24. Bendahan, L., «Perspectiva del juez y herramientas para dilucidad la violencia», en Tenorio Dodíñez, L, Rubaja, N, Castro, F., *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Porrúa, 2017, pp. 299-300.

miento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niño (en adelante, el Convenio de La Haya de 1996).

En efecto, el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996, le atribuye al juez donde el NNA se encuentre, una competencia de urgencia —concurrente a la que posee el juez de su residencia habitual— la cual le permite adoptar medidas urgentes de protección del NNA.

Adoptadas que fueran, y reconocidas éstas de pleno derecho por el Estado de la residencia habitual del NNA (salvo que opere alguna de las excepciones taxativas previstas por el artículo 23 del Convenio de La Haya de 1996), el juez uruguayo deberá pues, ordenar la inmediata restitución del NNA a dicho Estado, para que sea ante las autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del NNA donde se ventilen —como corresponde— los temas de fondo sobre derecho de custodia, así como también se analice, si resultan fundadas las medidas de protección adoptadas, con la finalidad de mantenerlas, aumentarlas, reducirlas o dejarlas sin efecto.

Ahora bien, ello es posible, siempre y cuando el Estado de la residencia habitual del NNA cuente con procedimientos internos ágiles, no burocráticos, y que no requieran necesariamente la presencia personal de las partes, para lograr el reconocimiento y eficacia de las medidas de protección de urgencia dispuestas.

En la práctica, se ha constatado que para lograr el reconocimiento de la medida de protección de urgencia en el exterior, se le hace tramitar un burocrático procedimiento de exequátur, que tira por tierra la necesaria urgencia de las medidas de protección, lo que redunda en la frustración de la misma, y como consecuencia, en la no restitución del NNA al Estado de su residencia habitual, toda vez que el peligro había sido acreditado, y no se pudo obtener en plazos razonables, la confirmación de su reconocimiento.

Dado el carácter cautelar que suelen tener las medidas adoptadas en el marco del artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996, así como su vigencia particular conforme a lo allí dispuesto —vigencia que no impide su posterior modificación, ampliación, reducción o supresión por parte del juez del Estado de residencia habitual, una vez realizado un análisis más profundo de la situación de fondo y del peligro alegado— no resulta comprensible ni deseable, que su reconocimiento quede sujeto a un procedimiento de exequátur equivalente al exigido para una sentencia definitiva de condena.

Si no se armoniza la celeridad requerida para el reconocimiento de una medida de protección adoptada en virtud del artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996, con la urgencia que impone el objeto del Convenio de La Haya de 1980, dichas medidas están condenadas al fracaso. Por esta razón, el artículo 26.2 del Convenio de La Haya de 1996 establece que cada Estado debe aplicar *«un procedimiento simple y rápido para la declaración de exequátur o el registro»*, independientemente del tipo de resolución cuya eficacia se pretende reconocer, y con mayor razón tratándose de medidas de protección urgentes[25].

No obstante, la situación se complica aún más con aquellos países con los que no nos vincula el Convenio de La Haya de 1996, ya que conforme lo dispuesto por el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención Interamericana, el juez de la restitución no tiene competencia alguna para decidir sobre el fondo de derecho de custodia. Ergo, cualquier medida dispuesta por dicho juez que afecte el derecho de custodia —como, por ejemplo, una medida cautelar de no acercamiento del solicitante al NNA— sólo tendrá efecto territorial, dejando de tener efecto una vez ingrese al territorio del Estado de su residencia habitual.

Para que estas medidas de protección dispuestas por el juez de la restitución mantengan sus efectos en el Estado de su residencia habitual, usualmente se condiciona el efectivo retorno del NNA, a que las autoridades competentes del Estado requirente adopten una orden espejo, decretando una idéntica medida dentro del ámbito de su jurisdicción. Ello —en algunos casos—

25. Tellechea Bergman, E. – Trecca, D., «Convenio relativo a la Competencia, Ley aplicable, Reconocimiento, Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de Niños (Ley 18.535)» en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado* N.ª 9; F.C.U., 2017, p. 176.

ha resultado muy dificultoso, porque las autoridades del Estado de la residencia habitual se niegan a adoptar medidas —aunque sea de naturaleza cautelar— sin haber tenido la oportunidad de analizar directamente el caso.

10.10. Segunda Instancia

El art. 20 de la Ley 18.895, establece que la sentencia de primera instancia será pasible del recurso de apelación, interpuesto dentro del plazo de 3 días hábiles contados desde el día siguiente a su notificación. Presentado que sea, se le da traslado a la otra parte, como así también al defensor del NNA, por idéntico plazo.

Cumplido, el expediente se eleva a un Tribunal de Apelaciones de Familia que por turno corresponda, situado en la ciudad de Montevideo. El Tribunal contará con tan sólo 4 días hábiles para analizar el caso, y arribar a una sentencia definitiva. Teniendo presente la brevedad del proceso en segunda instancia, lógicamente el recurso tiene efecto suspensivo sobre la sentencia de primera instancia.

La ley N.º 18.895 en su art. 24, limita el elenco de recursos procesales disponibles, estableciendo que, contra la sentencia de segunda instancia, sólo cabe deducir el recurso de aclaración y ampliación, presentado dentro del plazo de 48hs hábiles, debiéndose decidir dentro de idéntico plazo. De esta manera, impide la presentación del recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia, extremo que le valió que se presentasen —infructuosamente en todos los casos— sendos recursos de inconstitucionalidad por limitación de la vía recursiva.

De esta forma, la sentencia de segunda instancia queda firme y pasible de ejecución.

11. Proceso de solicitud de régimen internacional de visitas

11.1. Presentación de la solicitud

De conformidad a lo dispuesto por el art. 21 del Convenio de La Haya y la Convención Interamericana, la ley N.º 18.895 en los artículos 25 a 27, regula el procedimiento para hacer efectivo el derecho de visita con el NNA.

Establece expresamente, que no es condición necesaria para la procedencia de la solicitud de visitas, la existencia de un previo traslado o retención ilícita del NNA.

Coincido con el Prof. Dr. Eduardo Véscovi[26], que si bien el art. 25 se refiere a los *«casos previstos en los Convenios Internacionales de Restitución»,* las soluciones establecidas en estos artículos deben ser aplicados analógicamente para los casos que no se encuentren vinculados con convenio internacional alguno.

La presentación de la solicitud se realiza por las mismas vías que la solicitud de restitución internacional de NNA. Con respecto a la legitimación activa y pasiva, nos remitimos a lo mencionado *ut-supra* en núm. 6.1 y 6.2.

11.2. Procedimiento en caso de existencia de régimen de visitas fijado por sentencia judicial

Si ya existe una sentencia —nacional o extranjera— que haya fijado un régimen de visitas, y lo que se solicita es simplemente su cumplimiento, recibida la solicitud —en la que debe acompañarse la sentencia a ejecutar— se le dará traslado a la parte demandada por el plazo de 6 días

26. Véscovi, E., «Aproximación al nuevo proceso de restitución internacional de menores y visitas. Ley N.º 18895 del 11 de abril de 2012», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal – Procesos de Familia – T.II*, Fundación de Cultura Universitaria, 2021, p. 67.

hábiles, convocándose a una audiencia, donde se escucharán a las partes y al NNA, dictándose posteriormente sentencia.

El art. 26 establece que, al disponer sobre el régimen de visitas en su sentencia, lo hará bajo apercibimiento a las partes de que el incumplimiento hará incurrir al trasgresor en traslado o retención ilícitos, de conformidad a lo establecido en los Convenios internacionales citados.

11.3. Procedimiento en caso de que no exista un régimen de visitas previo

El art. 27 regula el caso en que no hubiere un régimen de vistas previsto por una sentencia anterior, solicitando al juez uruguayo la adopción de uno, en virtud de su competencia por ser el juez de la residencia habitual del NNA. En estos casos, la solicitud incluirá una propuesta de régimen de visitas peticionada por la parte solicitante.

Recibida la solicitud, se le confiere traslado a la parte demandada por el plazo de 6 días hábiles, convocándose a una audiencia. En la misma, se tentará la conciliación entre las partes, y si ello fracasara, se diligenciará la prueba, se escuchará a las partes y al NNA, y se dictará sentencia en audiencia, o a más tardar 24 horas más tarde.

12. Comunicaciones judiciales directas

Finalmente, el art. 28 de la ley N.º 18.895 establece que la Suprema Corte de Justicia designará un Juez de Enlace, con la finalidad de facilitar las eventuales comunicaciones directas entre los jueces nacionales con los jueces extranjeros, en especial los del Estado de residencia habitual del NNA.

Este Juez de Enlace, es quien integra la Red Internacional de Jueces de la Haya.

13. Conclusión

La sanción de la Ley N.º 18.895 marcó, sin lugar a duda, un punto de inflexión en los procesos de restitución internacional de los NNA en Uruguay. Esta norma permitió adecuar el trámite de dichos procesos a los plazos que exige su especial naturaleza, posibilitando no solo el cumplimiento efectivo de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos por el país al ratificar los convenios en la materia, sino —fundamentalmente— garantizando la protección del derecho de los NNA a no ser ilícitamente sustraídos ni retenidos fuera de su centro de vida.

14. Bibliografía

Arbuet-Vignali, H., Puceiro, R., «Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y otros sistemas» en Jimenez de Arechaga, E., Arbuet-Vignali, H., Puceiro, R., *Derecho Internacional Público T.I. Principios – Normas – Estructuras*; FCU, 2005, p. 396.

Bendahan Silvera, L., «Comentarios sobre la nueva ley N.º 18.895 de restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente» en Rivero de Arhancet, M – Ramos Cabanellas, B., *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones* I; FCU, 2013, pp. 115-124.

Bendahan, L., «Perspectiva del juez y herramientas para dilucidad la violencia», en Tenorio Dodíñez, L, Rubaja, N, Castro, F., *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Porrúa, 2017, pp. 299-300

Bendahan, L., «La reforma introducida por la Ley N° 19.580 de 13 de diciembre de 2017 "De violencia hacia las mujeres basada en género" al art. 15 de la ley N° 18.895 "De restitución de personas menores de dieciséis años, trasladadas o retenidas ilícitamente" y la excepción

13.1.b) "grave riesgo", del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores»., en *Libro homenaje al Dr. Ricardo Pérez Manrique*, AUMOFIA, 2018.

Fernández Pereiro, A, Trecca, D, «La necesidad de una reglamentación procesal para la resolución de los casos de sustracción internacional de niños», en Tenorio Dodíñez, L, Rubaja, N, Castro, F., *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, Porrúa, 2017, pp. 163-181.

Fernández Pereiro, A., «Interpretación y Aplicación de la Excepción del art. 13 lit b del Convenio de La Haya de la Sustracción Internacional de Menores» en Fresendo de Aguirre, C. y Lorenzo Idiarte, G. *Jornadas 130 Aniversario Tratados De Montevideo 1889 – Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*; F.C.U., 2019, p. 574

Fresnedo de Aguirre, C.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, T.I., FCU, 2022, p.45.

Lorenzo Idiarte, G.: *Derecho Internacional Privado Uruguayo codificado*, FCU, 2014, pp. 24-25.

Pérez Manrique, R., «El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación», en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N.° 23, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 124-125

Pérez-Vera, E., «Informe explicativo del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores» https://assets.hcch.net/docs/43df-3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf

Santos Belandro, R.: La restitución Internacional de Menores a la luz de la Ley 18.895 de 11 de abril de 2012, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N.° 23, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 188.

Santos Belandro, R.: Ley General de Derecho Internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920 de 17 de noviembre de 2020, El texto y su contexto americano. *Curso General*, AEU,2021 p 255.

Tellechea Bergman, E. – **Trecca, D**., «Convenio relativo a la Competencia, Ley aplicable, Reconocimiento, Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de Niños (Ley 18.535)» en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado* N.ª 9; F.C.U., 2017, p. 176.

Trecca, D., «Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Parte V – Artículo 13(1)(B)» en Fresendo de Aguirre, C. y Lorenzo Idiarte, G. *Jornadas 130 Aniversario Tratados De Montevideo 1889 – Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*; F.C.U., 2019, pp. 541-561.

Véscovi, E., «Aproximación al nuevo proceso de restitución internacional de menores y visitas. Ley N.° 18895 del 11 de abril de 2012», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal – Procesos de Familia – T.II*, Fundación de Cultura Universitaria, 2021, p. 67.

CAPÍTULO 16

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra

Abogada, notaria, profesora titular de derecho internacional, Embajadora de Carrera del Servicio Diplomático de El Salvador, Máster en comercio internacional, miembro del IHLADI, miembro de ASADIP, miembro de AMEDIP, miembro de la lista nacional de El Salvador ante la Corte Permanente de Arbitraje, miembro del Comité Jurídico Interamericano de 2002 a 2017

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ORÍGENES DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL. 3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES. 4. LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, tuvo su origen en 1893 a iniciativa del jurista holandés Tobías Asser, cuando reunió en dicha ciudad a delegados de 13 Estados, para tratar de resolver cuestiones sobre procedimiento civil y jurisdicción, convirtiéndose esta en la primera sesión de dicha Conferencia.

En esta sesión se elaboró el primer «Convenio de La Haya», denominado el Convenio sobre Procedimiento Civil, el cual se adoptó formalmente en 1894, y se suscribió el 14 de noviembre de 1896.

Esto dio pie para que la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado se reuniera constantemente entre 1893 y 1928. Esta situación permitió que en sus cuatro primeras reuniones se adoptaran por lo menos seis convenios, la mayoría en materia de derecho de familia.

Esta labor de codificación se vio interrumpido por la presencia de las dos guerras mundiales, por lo que esta labor arrancó nuevamente a partir de 1951 en la redacción de su Estatuto el cual entró en vigor el 15 de julio de 1955, por el cual se estableció la Conferencia de La Haya como una Organización Intergubernamental Permanente, con una Secretaría bajo una Oficina Permanente y regida por todos sus miembros, cuyo propósito es trabajar para la unificación progresiva de las reglas de derecho internacional privado, de conformidad al artículo 1 de sus Estatutos.

A partir de entonces, la HCCH celebra con regularidad Sesiones Plenarias, acompañadas de una importante labor preparatoria y reuniones paralelas. Gracias a estas, se han adoptado e implementado más de 40 Convenios e instrumentos.

El Estatuto consagró la práctica de designar Órganos Nacionales para facilitar las comunicaciones con la Oficina Permanente y otros Miembros. Posteriormente se complementarían con Autoridades Centrales, las entidades designadas por las Partes Contratantes para coordinar la implementación nacional de su respectiva Convención.

En sus inicios, el idioma oficial de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado era el francés es hasta en 1964, cuando se adoptó el inglés como segundo idioma oficial. Esto facilitó la incorporación de más Estados con una tradición de derecho consuetudinario, como los Estados Unidos, Canadá, Australia, entre otros.

En esta época es que se adopta uno de los Convenios que mayor éxito ha tenido y que ha sido adoptado por una gran cantidad de Estados, que ha sido El Convenio de La Haya sobre Eliminación de Auténticas de 1961, conocido como el Convenio sobre la Apostilla.

Entre 1980 y 1990 se incorporaron nuevos miembros a la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, de la Europa Oriental, de América Latina, del Medio Oriente y de Asia.

A partir de 1980, se negociaron en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado cuatro Convenios sobre tema de menores, que le dio mucha relevancia a la Conferencia, estos fueron: El Convenio sobre sustracción de menores de 1980; el Convenio sobre adopción internacional de 1993; el Convenio sobre protección de menores de1996 y el Convenio sobre manutención o alimentos de menores y su protocolo de 2007.

En 1998, se estableció la Red Internacional de Jueces de La Haya para promover la cooperación y comunicación judicial directa en la interpretación e implementación efectiva de las Convenciones sobre la Infancia (menores).

Actualmente los medios de comunicación, las nuevas tecnologías, los medios de transporte, los procesos de integración, el comercio electrónico, entre otros, hacen que los particulares y las empresas interactúan constantemente con otros países, y con ellos mismos, ocurren cada vez más en múltiples países. Estas actividades requieren un alto grado de seguridad y certeza jurídica. Sin embargo, cuando trascienden las fronteras, las diferencias entre los sistemas jurídicos de los países a menudo dejan vacíos legales (common law y Civil law).

Estos generan incertidumbre acerca de qué autoridad es competente, qué derecho es aplicable, cómo se reconocen y se ejecutan las decisiones y qué mecanismos de cooperación están disponibles para superar los desafíos de los procedimientos judiciales o administrativos internacionales.

La misión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, es resolver estas cuestiones a través de soluciones acordadas internacionalmente, mediante la negociación, adopción y ejecución de tratados internacionales *(Hard Law)* e instrumentos jurídicos no vinculantes (Soft Law), que pueden guiar a los Estados en la elaboración de sus propias soluciones legislativas.

La Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado, cuenta actualmente 91 Miembros (90 Estados y la Unión Europea) representativos de todas las regiones del mundo, y muchos países que no son miembros se han hecho Parte de varios de sus Tratados, lo que representa un éxito de la Conferencia.

La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, funciona con el nombramiento de Órganos Nacionales por parte de los Miembros para dirigir los trabajos de la Conferencia y las Partes de los Convenios que lo requieran designan a sus Autoridades Centrales o Competentes.

La Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado, cuenta con la siguiente institucionalidad:

- El **Consejo de Asuntos Generales y Políticos,** que se reúne anualmente para examinar los progresos y establecer el plan de trabajo de la Organización.
- El **Consejo de Representantes Diplomáticos,** que es la mayor autoridad financiera y presupuestaria de la Organización, se reúne anualmente para aprobar el presupuesto

de la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado y repartir los costes entre los Miembros.

- La **Oficina Permanente** es la secretaría multinacional de la Organización; es la responsable de la organización de las Sesiones Plenarias y otras reuniones, la realización de investigaciones preparatorias y el apoyo al funcionamiento adecuado de los Convenios, entre otros.
  - La sede de la Oficina Permanente se encuentra en La Haya (Países Bajos) y cuenta con una Oficina Regional para América Latina y el Caribe en Buenos Aires (Argentina) y una Oficina Regional para Asia y el Pacífico en Hong Kong (China).
- Actualmente la Conferencia de La Haya ha adoptado también el español como idioma oficial.

En materia de menores, son 4 los Convenios de la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado que tratan este tema, siendo estos:

- El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980.
- El Convenio de La Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993.
- El Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños de 1996.
- Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia de 2007.

En el presente trabajo nos limitaremos al Convenio de La Hay sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional.

2. Orígenes de la adopción internacional

Es relevante, la profunda transformación que ha experimentado en el ámbito mundial el derecho civil y particularmente en lo que se refiere a materia de derecho de familia, no solamente juridico sino también del social.

Este proceso ha culminado en varios Estados con la segregación de los Códigos Civiles de las normas de familia, las cuales llevan incluidas las regulaciones de la Filiación Adoptiva.

La institución adoptiva es de una tradición tan antigua como la que le corresponde a la propia especie humana, y así tenemos que el Código de Hammurabi, contaba con disposiciones sobre la adopción de menores referidas especialmente a niños encontrados, las cuales se encontraban señaladas en el párrafo 106 de dicho Código que literalmente expresaba:

> «Antes de que un hombre pueda adoptar un niño encontrado debe buscar a los padres del niño y si los encuentra devolvérselos».

Esta regla está contemplada de manera similar en la Declaración de las Naciones Unidas de de 3 de diciembre de 1986 en su artículo 3, que dice:

> «el interés prioritario del niño es de ser criado por sus padres naturales»(1)[1].

En la antigua Roma, el propósito principal de la adopción era el de procurar un heredero a un hombre sin hijos para evitar la extinción del linaje familiar. En la tradición Hindù, el fin principal de la adopción era proporcionar ventajas espirituales al adoptante y a sus ascendientes especialmente en los ritos funerarios.

1. Declaración de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986.

El Código de Napoleón de 1804, marca el Principio de la Modernidad Legislativa en materia de adopción, siendo ésta un Contrato que debía de ser avalado por un Tribunal que contralara las condiciones sustantivas de la adopción y la reputación de los adoptantes.

El adoptado conservaba todos los derechos en su familia natural y solamente adquiría derechos en la sucesión y el nombre del adoptante, es lo que se conoció como Adopción Minus Plena o Simple. El Código de Napoleón inspiró al legislador civil español en materia de adopción y posteriormente a los legisladores latinoamericanos.

La Adopción Plena que conduce a una integración total o casi total del adoptado en la nueva familia, se reguló en los Estados Unidos de América en el Estado de Massachusetts, que, en su Ley de 1851, expresaba:

> «El efecto de la adopción es hacer del adoptado, el hijo legal de los adoptantes, a todos los efectos útiles y privar a los padres biológicos de todos los derechos y obligaciones respecto a sus hijos»[2].

Es hasta después de la Primera Guerra Mundial (1914-1919), que la adopción adquirió inusitada relevancia, al grado que expertos en la materia consideran al instituto adoptivo como el más importante del Derecho de Menores y del Derecho Familiar.

En esta época empieza a vislumbrarse la Adopción Internacional y sobre todo para regular las adopciones de facto de huérfanos de guerra, por lo que muchos Estados se vieron en la necesidad de promulgar sus primeras leyes de adopción o de revisar las ya existentes.

La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) y sus consecuencias agravaron mucho el problema de niños sin familia, haciéndose necesario el reforzar el concepto de adopción como «el medio que permite beneficiarse de relaciones familiares a los niños privados de sus padres naturales», empezando a extenderse la figura de la Adopción Internacional debido a que se producen adopciones por familias de Estados Unidos de niños originarios de Europa, especialmente de Alemania, Italia, Grecia, Japón y China. La Guerra de Corea aumenta el número de niños dados en adopción internacional y surge un nuevo fenómeno la intervención de las Agencias Privadas en la Adopción Internacional.

En 1960, la adopción es prácticamente un fenómeno europeo y empieza a ser considerada en el marco de la familia, de la protección y del bienestar del niño. Es en este mismo año que la Novena Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado decide elaborar un Convenio sobre los aspectos de la adopción que afectan al derecho internacional privado, por ejemplo, lo relativo a: competencia, nacionalidad, ley aplicable, migraciones de niños, entre otros.

Es en este ámbito esencialmente Europeo que la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado que, en su Décima Sesión en 1964, adopta el Convenio relativo a la competencia de las autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, suscrito el 15 de noviembre de 1965 y conocido como Convenio de La Haya de 1965 y el Consejo de Europa redacta la Convención Europea sobre Adopción de Menores de 1967.

A finales de la década de los años de 1960, la Adopción Internacional en vez de reducirse comenzó a revestir el carácter de fenómeno mundial. En 1970, comienza a descender fuertemente en los Estados industrializados el número de niños susceptibles de ser adoptados, debido a cambios sociales y demográficos, así tenemos que las tasas de natalidad decrecen, por planificación familiar y por legalización del aborto.

Esto trajo como consecuencia que la Adopción Internacional de menores se dirigiera a los países en vías de desarrollo y comienza a darse la adopción de niños del Sudeste asiático a Europa, Estados Unidos, Australia y Canadá, resultando un aumento considerable de adopciones internacionales provenientes de países con una alta tasa de natalidad y problemas socioeconómicos (Estados de Origen), hacia países industrializados donde las tasas de natalidad son bajas y en donde es difícil encontrar niños para la adopción (Estados de Recibo).

2. Ley de Massachusetts de 1851.

En 1975 empieza a producirse fuertemente la adopción internacional de niños latinoamericanos, la cual aumenta sensiblemente en la década de los 80 hacia Estados Unidos, Europa, Canadá, Israel y Australia. Esto hace que la existencia de adopciones internacionales sea una realidad y que se haga necesaria su legislación a nivel internacional. Esto trae como consecuencia, la negociación de Instrumentos Internacionales y Regionales sobre la materia.

3. Instrumentos jurídicos internacionales

Este fenómeno de la Adopción Internacional provocó la creación de diversos instrumentos jurídicos internacionales y regionales relativos a la protección de menores en materia de adopción, entre ellos se destacan los siguientes:

a) El Código de Bustamante de 1928 resultado de la VI Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana, Cuba que en sus artículos 328 y siguientes regula la adopción internacional.

b) Los Tratados de Montevideo de 1939-1940. Estas dos Convenciones americanas son elaboradas en una época en la que todavía no se regulaba la adopción plena en América Latina.

c) El Convenio Nórdico de 6 de febrero de 1931, suscrito en Estocolmo, Suecia, el cual establece que en materia de adopción la competencia les corresponde a las autoridades del país del domicilio de los adoptantes.

d) La Convención de La Haya sobre Competencia y Ley Aplicable en materia de Protección del Menor de 1961.

e) La Convención de La Haya de 1965 sobre Adopción, es el primero que se ocupa de una manera específica de la adopción de menores, siendo uno de sus principales objetivos el de asegurar en la medida de lo posible la protección del niño, así como establecer procedimientos para la cooperación internacional.

f) El Convenio Europeo de Adopción del 24 de abril de 1967 celebrado en Estrasburgo.

g) La Convención sobre aspectos civiles del Secuestro Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.

h) La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores de 1984, conocida como la «Convención de La Paz», por haber sido celebrada en La Paz, Bolivia, el 24 de marzo de 1984, constituyendo su principal preocupación el bienestar y el interés superior del menor en el contexto de la Adopción Internacional (artículo 9 de la Convención)[3].

   El problema fundamental de todas estas Convenciones es que fueron negociadas bajo un esquema de tipo regional y no universal, por lo que los problemas en relación a la adopción internacional no son contemplados suficientemente.

i) La Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Sociales y Legales relativos a la protección, bienestar de los niños, con especial referencia a la crianza, colocación y adopción nacional e internacional de menores de 1986.

j) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, que en su artículo 21 establece:

> «Los Estados Partes que admitan y/o autoricen la adopción se aseguraran de que el interés superior del niño es la consideración primordial en la materia...»[4].

   Tanto la Declaración a que hace referencia el literal i. como la Convención en el literal j. reconocen el «interés superior del niño» como Principio Fundamental en materia

3. Convención de La Paz de 1984.

4. Convención de Las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

de adopción tanto nacional como internacional (la Declaración en su artículo 5 y la Convención en su artículo 21); ambas coinciden en el carácter subsidiario de la Adopción Internacional en relación a las medidas de protección en el Estado de Origen (Artículo 17 de la Declaración y artículo 21 literal b de la Convención); ambas protegen en forma especial al niño en caso de adopción en el extranjero (Artículos 18 al 20 en la Declaración y artículo 21 literales a y c de la Convención); ambas establecen medidas para luchar contra los secuestros y las colocaciones ilícitas de niños (Artículo 19 de la Declaración y artículo 35 de la Convención); ambas condenan las colocaciones de menores que impliquen un beneficio material indebido para las personas implicadas en la adopción (artículo 20 de la Declaración y artículo 21 literal d de la Convención).

k) La Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 29 de mayo de 1993. Esta Convención surgió en vista de que la Adopción Internacional se hizo realidad actual a nivel mundial, dándose un aumento considerable de adopciones de niños provenientes de países en vías de desarrollo (Estados de Origen), hacia países desarrollados o industrializados (Estados de Recibo), lo que ha provocado una gran cantidad de problemas humanos entre ellos el Tráfico Ilegal de Menores por la insuficiencia de los Instrumentos nacionales e internacionales existentes, lo que hizo necesario la negociación de un Instrumento Legal Multilateral apropiado que unifique las normas de derecho internacional privado en esta materia, a través de la cooperación judicial y administrativa internacional, que resuelva los problemas de fondo y que tenga como finalidad primordial «el Interés Superior de los Menores», y es de esta manera que se empezó a negociar la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993.

4. La Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional

En cuanto a la problemática de la «Adopción Internacional», lo que decidió a la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en su Décima Sexta Sesión celebrada en octubre de 1988, fue incluir en la misma, la elaboración de un «Convenio sobre la Adopción de niños procedentes del extranjero (adopción internacional)», pero con la participación por primera vez de Estados de Origen y Estados de Recibo, es decir, los Estados Miembros de la Conferencia (Estados de Recibo Desarrollados) y los Estados No Miembros de la Conferencia, pero de donde provienen los menores para la adopción internacional (Estados de Origen en vías de desarrollo) los que tuvieron la calidad de Miembros Ad-Hoc en la Conferencia (con derecho a voz y voto).

Esta labor de preparación se le encomendó al Secretario General de la Conferencia de La Haya, a efecto de contar con un Instrumento Internacional que no fuera solamente un Convenio de tipo tradicional, que unifique normas de derecho internacional privado, sino que resolviese problemas de fondo y que estableciera un marco jurídico para la cooperación internacional y judicial entre las Autoridades de los Estados de Origen de los niños y de los Estados de Recibo a fin de asegurar la protección efectiva de los menores.

Asimismo, se consideró conveniente contar con opiniones y recomendaciones de Organizaciones Internacionales, Intergubernamentales y no Gubernamentales relacionadas con la adopción; así como de Organizaciones Privadas que ejercen una actividad en el ámbito de protección de la infancia y de la adopción de menores procedentes del extranjero.

Ahora bien, entre las razones más importantes que inspiraron a la Conferencia de La Haya para la elaboración de un Convenio sobre Adopción Internacional, tenemos las siguientes:

1. El aumento espectacular del número de adopciones internacionales realizadas en numerosos países desde finales de la década de los años 60, en tal medida la adopción internacional se volvió un fenómeno mundial caracterizado por la migración de menores procedentes de grandes distancias geográficas y de sociedades particulares a otros medios muy diferentes.

2. La insuficiencia de los Instrumentos Jurídicos Internacionales y Regionales que no contaban con la participación de los Estados de Origen y de Recibo, provocando inseguridad jurídica en los procedimientos.
3. La presencia de problemas humanos serios como el tráfico ilegal y el secuestro de menores.
4. La necesidad de la unificación de las Normas y Principios de Derecho Internacional Privado (competencia internacional, ley aplicable, ejecución y reconocimientos de sentencias extranjeras, entre otros).
5. La urgencia de establecer normas jurídicas obligatorias que deberán ser observadas en caso de una Adopción Internacional y, por otro lado, de crear un Sistema de Vigilancia que asegure que estas normas sean observadas, a fin de evitar que se lleven a cabo Adopciones Internacionales que no velen por el Interés Superior del Niño.
6. La conveniencia de establecer una cooperación judicial y administrativa internacional entre las autoridades de los Estados de Origen y de Recibo.

   Por la importancia de esta temática y por una necesidad sentida y compartida de contar con un Instrumento Internacional sobre Adopciones Internacionales, que tenga como resultado soluciones conjuntas para estos problemas, es que se hizo realidad el objetivo de la Décima Sexta Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de reunir en una «Comisión Especial» a Delegados Expertos, tanto de los Estados de Origen y de Recibo, con la finalidad de elaborar un «Anteproyecto de Convención sobre Protección de Menores y Cooperación Internacional en materia de Adopción Internacional».

   Este anteproyecto en la actualidad fue el resultado de tres Reuniones celebradas por la Comisión Especial de Expertos en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en los siguientes Períodos de Sesiones:

   El Primero: se celebró del 11 al 21 de junio de 1990. El Segundo: del 22 de abril al 3 de mayo de 1991. El Tercero: del 3 al 14 de febrero de 1992. Todos celebrados en la ciudad de La Haya.

   En mayo de 1993, tuvo lugar la Conferencia Diplomática que aprobó el texto final denominado» Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional», la que coincidió con el Centenario de la fundación de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1893.

En la negociación de esta Convención para que pudiera ser un instrumento jurídico eficaz se tuvo en mente cumplir con este triple objetivo:

1. Asegurar que no se adoptará a ningún niño en el extranjero salvo que se haya comprobado que la familia originaria no puede ocuparse de él y que no existe ninguna otra forma aceptable de cuidado alternativo en su país de origen (Principio de Subsidiaridad).
2. Definir los criterios y mejorar las prácticas y procedimientos de la adopción internacional una vez que se haya comprobado que ésta constituye la única alternativa viable para el niño.
3. Contribuir a eliminar los abusos de la adopción internacional, en particular el secuestro y/ o la venta de niños.

Las principales bases que se tomaron en cuenta para negociar esta Convención fueron las siguientes:

a) El establecimiento de los principios filosóficos que inspirarían la Convención, siendo éstos, el interés superior del niño, el respeto a sus derechos fundamentales y las medidas que garanticen prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, los cuales están contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas de 1986 y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

b) La creación de un marco jurídico que permita la cooperación internacional judicial y administrativa entre los Estados Contratantes de la Convención cuya finalidad principal sea la de encontrar soluciones prácticas y evitar los problemas burocráticos.

c) La unificación y uniformidad de las normas de Derecho Internacional Privado, evitando así los conflictos de leyes, ya que se establecería la ley aplicable según el caso.

d) El establecimiento de una supervisión a nivel internacional que permita mediante la legislación adecuada, la prevención de irregularidades en los trámites de las adopciones.

e) La necesidad de una comunicación permanente entre las Autoridades del Estado de Origen y del Estado de Recibo, con el objeto de brindarle protección a los menores que han sido objeto de Adopciones Internacionales.

f) Prever que las adopciones internacionales solo podrán llevarse a cabo si todas las personas interesadas han dado su consentimiento en debida forma.

g) La Adopción Internacional se debe efectuar una vez que no exista la posibilidad de adopción local (Principio de Subsidiaridad).

h) La conveniencia de que en la Adopción Internacional se tome en cuenta la Adopción Plena.

i) Regular que las adopciones internacionales sean canalizadas y autorizadas por las Autoridades de los Estados de Origen y de Recibo, desarrollando una adecuada cooperación internacional judicial y administrativa, evitando así las adopciones irregulares o fraudulentas.

j) Las Autoridades del Estado de Origen velarán porque el menor adoptado reciba la autorización de salida de su Estado, una vez concluido el proceso de adopción, y coordinar el ingreso y su residencia con las Autoridades del Estado de Recibo.

k) Las Adopciones Internacionales deben ser reconocidas y aceptadas por los países, en ese sentido, los Estados de los Adoptantes deben aceptar la adopción realizada en el Estado de Origen del adoptado sin necesidad de realizar nuevos procedimientos (reconocimiento pleno de las sentencias extranjeras).

l) El Período de Prueba no debería existir en las adopciones internacionales, debido a los efectos plenos de la adopción, por el interés superior del menor a quien se le debe brindar protección y seguridad y por los efectos psicológicos que se le ocasionarían al menor al ser rechazado por la familia adoptiva, además si se trata de hacerla lo más parecida a la familia natural, cuando una pareja procrea ésta no tiene periodo probatorio.

m) En relación a los efectos de la adopción se debe de establecer que los menores adoptados se les reconocerá legalmente en los países de los padres adoptantes, los mismos derechos que tiene un hijo biológico.

n) El establecimiento de Autoridades en el Estado de Origen y en el Estado de Recibo que tengan por finalidad el mantener la comunicación y la cooperación judicial internacional judicial y administrativa entre ambas, a efecto de darle un seguimiento a las adopciones internacionales.

La suscripción de la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional provocó que los Estados partes de la misma cuenten con una Política General en materia de adopciones, la cual debe tomar en cuenta las siguientes prácticas:

1. La adopción internacional debe ser una alternativa para el estado de abandono, una vez que se han agotado todos los esfuerzos de la ubicación de los menores en el seno familiar.
2. La necesidad de establecer un mecanismo gubernamental de asignación de menores. Establecer una Autoridad Competente (Autoridad Central) por medio de la cual se canalizarán todos los procedimientos y gestiones relativas en las adopciones internacionales.

Estas Autoridades deberán tener como funciones las siguientes:

a) Ser un Organismo de control de las Adopciones Internacionales tanto en las etapas pre y post adoptivas.
b) Agilizar los procedimientos de adopción conforme a derecho, evitando el exceso de medidas burocráticas y la institucionalización de los menores por mucho tiempo.
c) Llevar un registro de todos los menores adoptados.
d) Coordinar las prácticas y procedimientos administrativos con los otros Organismos Competentes en materia de adopción.
e) Supervisar las actividades de las instituciones intermediarias establecidas en su país.
f) Velar porque el consentimiento para la adopción del menor se haga conforme a la ley.
g) Recibir las peticiones de adopciones y exigir los requisitos para la misma y declarar la adaptabilidad del menor.
h) Elaborar informes sobre la situación del menor y en caso necesario, auxiliar al menor para encontrar sus raíces.
i) Guardar el sigilo profesional en el trámite de adopción y en el respectivo expediente.
j) Establecer una comunicación entre las autoridades competentes del Estado de Origen y del Estado de Recibo con la finalidad de proteger a los menores que han sido objeto de adopciones internacionales.
k) Seleccionar una familia adoptiva para un niño y no un niño para una familia.

En estas reuniones en la Conferencia de La Haya sobre Adopción Internacional se determinó que los países deberían tipificar como delitos el secuestro y el tráfico ilegal de menores.

Los Estados deberán además de disponer de una Red Internacional de Comunicación para coordinar esfuerzos y detectar cualquier anomalía en las adopciones internacionales.

La necesidad de establecer la conveniencia de que la entrega de los menores en adopción se haga a través de la Autoridad Competente y que los menores salgan del Estado de Origen hacia el Estado de Recibo en compañía de los padres adoptantes.

La necesidad de darle cumplimiento al artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

5. A modo de conclusión

Para responder a este gran desafío de la Adopción Internacional era necesario contar con un Instrumento Jurídico Internacional claro y eficaz, que asegure la coordinación entre las Autoridades competentes de los Estados de Origen y de Recibo, que facilite el entendimiento y la cooperación internacional judicial y administrativa con la finalidad de asegurar el interés superior del menor, protegiendo y respetando sus derechos fundamentales

Este Instrumento hasta hoy en día es la Convención de La Haya sobre la protección de menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, la cual cuenta además con un mecanismo de seguimiento impulsado por el Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado quien convocará periódicamente a una Comisión Especial para examinar el funcionamiento practico de dicha Convención.

Las convenciones que se negocian en el seno de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, cuentan con este mecanismo de seguimiento para que los delegados de los países que son parte de los mismos y las autoridades centrales puedan dar sus comentarios y observaciones sobre su implementación y funcionamiento.

En la Convención relativa a la adopción internacional, es necesario que las Autoridades Centrales le den el adecuado seguimiento a la adopción para constatar que los menores están

siendo tratados como hijos de los adoptantes, que no son objeto de ninguna clase de explotación por lo que se deben implementar los adecuados mecanismos de protección a los menores que han sido objeto de adopción y si es necesario revisar artículos del Convenio en aras del interés superior del menor debe hacerse y crear reglamentación que salvaguarde dicho Principio.

6. Bibliografía

- Declaración de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.
- Ley de Massachusetts de 1851.
- Convención de La Paz de 1984.
- Página Web de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.
- La Convención de La Haya sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.
- Diario Oficial de El Salvador.

TERCERA PARTE

SUCESIONES INTERNACIONALES

CAPÍTULO 17

LA SUCESIÓN INTERNACIONAL DE ACTIVOS DIGITALES CON PROTECCIÓN DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: ANÁLISIS DESDE EL DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL

Héctor Loyola Novoa
Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Chile

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ACTIVOS DIGITALES PROTEGIDOS POR PROPIEDAD INDUSTRIAL: CATEGORÍAS Y DIFICULTADES SUCESORIAS. 2.1 Delimitación conceptual e implicaciones sucesorias iniciales. 2.2. Criterios de inclusión y exclusión en la propiedad industrial. 2.3. Características comunes relevantes. 2.4. Condiciones para la transmisibilidad sucesoria de activos digitales protegidos. 2.5. Problemas particulares que se presentan en la sucesión. 3. INCIDENCIA DEL DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL Y EUROPEO EN LA TRANSMISIÓN DE ESTOS ACTIVOS. 3.1. Determinación de la ley aplicable. 3.2. Impacto de la legítima en la disposición de activos digitales. 3.3. Interacción entre *lex successionis* y *lex protectionis*. 3.4. Instrumentos de planificación sucesoria aplicables. 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. 4.1. Desajustes normativos en la sucesión internacional. 4.2. Estrategias jurídicas para una sucesión eficaz. 4.3. Proyecciones regulatorias y profesionales en la transmisión hereditaria. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

En los últimos años, la progresiva digitalización del entorno económico ha incorporado al patrimonio individual una nueva categoría de bienes: los activos digitales amparados por derechos de propiedad industrial. Marcas utilizadas exclusivamente en entornos digitales, diseños industriales digitalizados, nombres de dominio y determinados *tokens* no fungibles con función distintiva constituyen ejemplos paradigmáticos de activos intangibles —a menudo transfronterizos— que forman parte del caudal económico de particulares y empresas.

La transmisión *mortis causa* de estos bienes plantea desafíos relevantes para el Derecho sucesorio, tanto en su dimensión sustantiva como desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Su carácter inmaterial, su dependencia de registros territoriales o plataformas digitales, y la complejidad para acceder, valorar o localizar estos activos dificultan su integración armónica en los esquemas jurídicos tradicionales de sucesión.

A ello se añade la fragmentación normativa entre los ordenamientos nacionales de propiedad industrial y las reglas sucesorias aplicables, lo que genera incertidumbre en la determinación de la ley rectora y en la eficacia transnacional de la transmisión hereditaria.

Resulta, pues, necesario analizar la sucesión internacional de activos digitales protegidos por propiedad industrial, con especial atención a los criterios de ley aplicable en el Derecho internacional privado europeo y español, así como a las posibles fricciones entre la *lex successionis* y la *lex protectionis*.

Con tal propósito, se examinarán las principales cuestiones críticas que afectan a esta categoría de bienes, la eventual afectación de los derechos legitimarios por actos patrimoniales realizados en vida, y la necesidad de una planificación sucesoria precisa, capaz de garantizar la transmisión hereditaria conforme a Derecho en presencia de distintos sistemas normativos.

2. Activos digitales protegidos por propiedad industrial: categorías y dificultades sucesorias

2.1. Delimitación conceptual e implicaciones sucesorias iniciales

La expresión activos digitales protegidos por propiedad industrial no responde a una categoría legal explícita, sino que constituye una construcción doctrinal derivada de la confluencia entre las tecnologías digitales y los sistemas tradicionales de protección jurídica de los signos distintivos, las creaciones de forma y, en ciertos casos, las invenciones técnicas. En tanto bienes inmateriales con reconocimiento patrimonial, estos activos son, en principio, susceptibles de transmisión *mortis causa* conforme a las reglas generales del Derecho sucesorio.

Entre los activos que pueden formar parte de esta categoría se encuentran, por ejemplo, las marcas explotadas en plataformas digitales (como aplicaciones móviles, *marketplaces* o entornos virtuales), los diseños industriales digitalizados, aplicables a productos, interfaces o presentaciones gráficas en línea; las patentes vinculadas a tecnologías emergentes, especialmente aquellas integradas en soluciones automatizadas o sistemas de inteligencia artificial; los nombres de dominio jurídicamente asociados a signos distintivos; y determinados *tokens* no fungibles *(non-fungible tokens, NFTs)*, en la medida en que incorporen o representen derechos efectivamente protegidos por propiedad industrial, como diseños registrados o signos distintivos utilizados en el entorno digital.

La dificultad principal en su tratamiento sucesorio no reside en su transmisibilidad jurídica (reconocida, en principio, tanto por las leyes de propiedad industrial como por el régimen civil), sino en la identificación, localización, acceso y registro de estos activos una vez fallecido el titular.

Además, muchos de ellos se encuentran vinculados a plataformas privadas (como registradores, *marketplaces* o gestores de *blockchain*), en las cuales el heredero, por su sola condición, carece habitualmente de legitimación para operar. Ello genera barreras prácticas adicionales que dificultan su incorporación al caudal relicto.

Por otra parte, el carácter territorial que rige la protección jurídica de los derechos de propiedad industrial dificulta su integración sucesoria. A diferencia de los bienes inmuebles —cuyo régimen hereditario se determina por la ley del lugar de situación— o de las participaciones sociales inscritas en un único Estado conforme a su legislación societaria, estos derechos —especialmente aquellos con manifestación digital o uso transfronterizo— pueden estar registrados o amparados en diversas jurisdicciones.

Esta circunstancia plantea conflictos entre la ley aplicable a la sucesión *(lex successionis)* y la ley nacional que rige la validez, eficacia y oponibilidad de los derechos industriales *(lex protectionis)*[1].

1. *Vid.* Sáenz Cardenal, M. B., «El lugar del daño en el caso de infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual en Internet», *RJUAM*, n.º 34, 2016-II, p. 443.

Tales complejidades justifican un análisis específico desde la perspectiva del Derecho internacional privado, particularmente en lo relativo a la determinación de la ley aplicable a la sucesión y a la legitimación de los herederos. De igual modo, resulta necesario precisar las condiciones que deben cumplirse para que la transmisión de estos activos produzca efectos jurídicos válidos en los países en que se encuentren registrados o reconocidos.

2.2. Criterios de inclusión y exclusión en la propiedad industrial

Como se ha expuesto, los activos digitales protegidos por propiedad industrial no constituyen una categoría legalmente definida, pero responden a una realidad patrimonial en expansión. Su creciente relevancia en la economía digital —ya sea como instrumentos de identificación, explotación tecnológica o posicionamiento de marca— plantea interrogantes específicos sobre su calificación jurídica y su tratamiento sucesorio. La naturaleza intangible, la fragmentación registral transnacional y la articulación con plataformas privadas exigen una delimitación rigurosa del alcance normativo de la propiedad industrial en relación con estos bienes inmateriales.

Estas dificultades se manifiestan con particular intensidad en activos como los nombres de dominio jurídicamente vinculados a marcas, los diseños digitalizados representados en formatos técnicos específicos o los *tokens* no fungibles que forman parte de estrategias comerciales. En todos estos casos, la protección efectiva tras la muerte del titular depende tanto de la ley sucesoria aplicable como del cumplimiento de los requisitos exigidos por los registros o sistemas técnicos correspondientes.

Aunque la naturaleza intangible y el entorno digital de estos activos podrían sugerir su inclusión genérica en el ámbito de la propiedad intelectual, su tratamiento en este estudio se justifica en función de los criterios estructurales que caracterizan la propiedad industrial: registrabilidad, función distintiva o formal, y vinculación con la actividad económica organizada.

Desde esta perspectiva, no todos los activos digitales forman parte de esta categoría. Quedan excluidas, por ejemplo, las obras literarias, audiovisuales o musicales alojadas en la nube o en soportes digitales, que pertenecen al campo del derecho de autor, salvo que integren productos con diseño industrial registrado. A este respecto, la doctrina ha advertido las dificultades que plantean ciertas obras digitales para ser integradas en las categorías clásicas del derecho de autor, lo que ha motivado la introducción de tratamientos normativos diferenciados[2].

La delimitación operativa aquí adoptada se funda, por tanto, en un criterio funcional: solo se incluyen aquellos activos inmateriales dotados de protección jurídica específica y transmisibles conforme a la normativa de propiedad industrial[3].

2.3. Características comunes relevantes

Los activos digitales protegidos por propiedad industrial comparten una serie de rasgos que los distinguen de los bienes sucesorios tradicionales y que explican, en gran medida, las dificultades que plantea su transmisión *mortis causa*.

En primer lugar, se trata de bienes intangibles, desprovistos de soporte físico, cuya existencia muchas veces depende del conocimiento de claves de acceso, registros remotos o plataformas privadas. Esta falta de corporeidad complica su identificación y localización al momento de la apertura de la sucesión, a diferencia de los bienes patrimoniales tradicionales, caracterizados por su localización física o registral definida.

---

2. *Vid.* Evangelio Llorca, R. y López Richart, J., «El derecho de autor en el entorno digital», en López-Tarruella Martínez, A. (dir.), *Derecho TIC. Derechos de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 165 y ss.

3. *Vid.* Cucurull Poblet, T., «La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)», en *La sucesión mortis causa de bienes digitales. Régimen jurídico y propuestas de mejora*, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2, 2022, pp. 316-317.

En segundo término, su protección jurídica se encuentra condicionada por el principio de territorialidad propio del sistema de propiedad industrial. Por ello, un mismo activo —como una marca, un diseño o un nombre de dominio— puede encontrarse tutelado en múltiples jurisdicciones, lo que genera una fragmentación normativa y procedimental con consecuencias sucesorias apreciables. La inscripción en registros nacionales o regionales, con exigencias propias en cada caso, dificulta su integración coherente en un único caudal hereditario.

En tercer lugar, el acceso y la gestión efectiva de estos activos están sometidos con frecuencia a condiciones técnicas o contractuales específicas. El heredero puede carecer no solo de control sobre las plataformas que los alojan, sino también de las credenciales necesarias para intervenir jurídicamente sobre ellos. Aun cuando su derecho esté reconocido en abstracto, puede encontrar obstáculos prácticos que impidan su ejercicio real[4].

Finalmente, su valoración económica suele ser incierta. En mercados aún inestables —como los de *NFTs*, metaversos o sistemas de licencias digitales— no existen criterios consolidados para determinar el valor patrimonial de estos bienes. Esta indeterminación dificulta su incorporación precisa al inventario hereditario, así como su partición o eventual consideración en acciones de reducción o colación, especialmente cuando está en juego el respeto a derechos legitimarios o la equidad entre coherederos.

Tales características, más que meras notas técnicas, evidencian una tensión estructural entre la configuración normativa de estos activos y los instrumentos clásicos del derecho sucesorio[5]. Comprender su naturaleza y régimen aplicable resulta indispensable para abordar la transmisión eficaz de estos bienes y evitar su marginación del caudal relicto, con el consiguiente menoscabo a la coherencia y operatividad del sistema jurídico aplicable a la herencia[6].

2.4. Condiciones para la transmisibilidad sucesoria de activos digitales protegidos

No todos los activos digitales que pueden formar parte del haber hereditario reúnen los requisitos necesarios para ser válidamente incorporados al tráfico sucesorio conforme a las reglas de la propiedad industrial. La identificación precisa de qué bienes constituyen efectivamente derechos patrimoniales amparados por registros marcarios, de diseños o de patentes resulta determinante, tanto para establecer su aptitud para ser objeto de transmisión por causa de muerte como para delimitar el régimen aplicable en una sucesión internacional.

El criterio decisivo no radica en su forma digital ni en su valor de mercado, sino en la concurrencia de los elementos sustantivos y formales que exige la normativa de propiedad industrial. Solo aquellos activos que han accedido válidamente al sistema de protección —por ejemplo, una marca que cumple los criterios de distintividad y posee aptitud registral, o un diseño representado de manera adecuada e inscrito ante la autoridad competente, previa verificación de su visibilidad, novedad y carácter singular— pueden considerarse integrados al ámbito regulado por esta disciplina.

Por el contrario, ciertos activos digitales, aunque puedan tener un uso económico relevante, no constituyen en sí mismos un derecho de propiedad industrial. Tal es el caso de los nombres de dominio, cuya inscripción otorga al titular un uso exclusivo operativo, pero no una exclusividad comparable a la derivada de un registro marcario o de diseño. No obstante, el nombre de dominio

4. *Vid.* Ferrero Guillén, R. y Kyrylenko, A., «Marcas y diseños en el metaverso: cómo adentrarse en la "nueva" realidad virtual», en López-Tarruella Martínez, A. (dir.), *Protección y gestión de la propiedad intelectual en el metaverso*, Reus, Madrid, 2023, pp. 189-190.

5. *Vid.* Ordelin Font, J. L. y Oro Boff, S., «Bienes digitales personales y sucesión *mortis causa*: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXIII, n.º 1, junio 2020, p. 121.

6. *Vid.* Santos Morón, M. J., «La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N.º 1 (marzo 2018), p. 436.

puede quedar vinculado funcionalmente a una marca registrada, y esa conexión adquiere relevancia tanto para fines de protección sustantiva como para su eventual transmisión *post mortem*.

Una situación análoga se presenta en los *tokens* no fungibles *(NFTs)*. La existencia de un *NFT* no implica por sí sola la protección jurídica del objeto digital representado. En algunos casos, este incorpora un diseño registrable o una marca utilizada como signo distintivo en entornos virtuales; en otros, se trata simplemente de un bien digital con valor comercial o simbólico, pero sin cobertura normativa en el ámbito de la propiedad industrial.

La distinción es fundamental: solo en el primer caso se está en presencia de un bien transmisible conforme a las reglas de esta materia; en el segundo, hay sujeción a un régimen sucesorio distinto o exclusión de toda protección jurídica efectiva[7].

Por tanto, el análisis sucesorio de estos bienes exige una valoración jurídica individualizada, que considere no solo su funcionalidad o apariencia tecnológica, sino también su calificación conforme al ordenamiento jurídico que rige su protección. Confundir la presencia digital con la protección formal puede conducir a errores en la determinación de las normas aplicables, con consecuencias relevantes tanto en la transmisión patrimonial como en su proyección internacional[8].

2.5. Problemas particulares que se presentan en la sucesión

La sucesión hereditaria de estos activos presenta dificultades específicas que no son meramente técnicas, sino también de orden jurídico sustancial[9].

En primer término, existe un problema de identificación y prueba de existencia. Si el causante no dispuso un inventario digital ni transmitió las credenciales de acceso, el heredero puede desconocer por completo la existencia de activos relevantes. La dificultad se acentúa cuando estos se encuentran registrados en plataformas no centralizadas o en jurisdicciones extranjeras[10].

Tales cuestiones se intensifican en escenarios con elementos internacionales, donde activos digitales protegidos pueden hallarse alojados en múltiples jurisdicciones o gestionados mediante plataformas sometidas a regímenes dispares. La dispersión regulatoria y la ausencia de estándares globales unificados dificultan la transmisión hereditaria efectiva de estos bienes.

A continuación, la indivisibilidad funcional de muchos de estos bienes impide su atribución fraccionada o su reparto en cuotas de titularidad, lo que complica la división hereditaria en caso de pluralidad de herederos. La gestión de un nombre de dominio o de una marca digitalizada no admite un uso compartido inmediato sin un acuerdo de administración o una reestructuración jurídica del derecho.

En tercer lugar, el reconocimiento formal de la transmisión hereditaria presenta dificultades. Muchos sistemas nacionales o internacionales de inscripción de marcas, diseños o dominios

---

7. *Vid.* Navas Navarro, S., «Capítulo X. Transmisión de la titularidad del soporte de la obra y del NFT vinculado. Cuestiones jurídicas», en *Metaverso, arte tokenizado y propiedad intelectual*, S. Navas Navarro (dir.), Reus, Madrid, 2023, pp. 279-280.

8. *Vid.* Robert Guillén, S., «Capítulo VIII. Tokens no fungibles y obra original», en Navas Navarro, S. (dir.), *Metaverso, arte tokenizado y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2023, p. 202.

9. La sucesión hereditaria de estos activos presenta dificultades específicas que no son meramente técnicas, sino también de orden jurídico sustancial. Las primeras se relacionan con obstáculos operativos o instrumentales, como la falta de acceso a claves, plataformas o registros electrónicos, o la dificultad para identificar o localizar el activo digital en ausencia de soporte físico. En cambio, las segundas implican problemas jurídicos de fondo, como la determinación de la ley aplicable, la legitimación del heredero frente a terceros, o la validez y eficacia de la transmisión conforme al régimen jurídico del país en que el activo esté registrado o reconocido. Esta distinción es relevante, ya que no basta con superar las barreras tecnológicas: la transmisión hereditaria solo se consolida jurídicamente si concurren los presupuestos exigidos por el ordenamiento competente.

10. *Vid.* Santos Morón, M. J., *op. cit.*, p. 426.

exigen procedimientos específicos para procesar el cambio de titularidad, lo que puede originar una discordancia entre el título sucesorio reconocido en un país y los requisitos internos del Estado en que el activo está inscrito o reconocido.

Finalmente, la valoración económica incierta y la volatilidad de algunos mercados digitales dificultan no solo la tasación de estos bienes en el inventario, sino también su eventual consideración en acciones de reducción por inoficiosidad o de colación. La falta de criterios objetivos consolidados compromete tanto la correcta atribución de los bienes como la protección de los derechos de los legitimarios.

Estas dificultades, tanto operativas como sustantivas, revelan la necesidad de examinar con detenimiento los criterios de ley aplicable a la sucesión de estos activos, especialmente cuando intervienen elementos transnacionales que ponen en cuestión los principios clásicos del Derecho internacional privado.

3. Incidencia del derecho sucesorio español y europeo en la transmisión de estos activos

3.1. Determinación de la ley aplicable

La sucesión internacional de activos digitales con protección de propiedad industrial se rige, en primer término, por el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, y a la aceptación y ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Este instrumento, que constituye el pilar normativo del derecho sucesorio internacional en la Unión Europea, se aplica con carácter general a la totalidad de la masa hereditaria, sin distinguir entre bienes corpóreos o intangibles, ni entre activos materiales o digitales.

La aplicación del Reglamento no queda excluida por el carácter inmaterial de los bienes ni por su dispersión jurisdiccional. De acuerdo con su artículo 21, la ley aplicable a la sucesión será, en principio, la del Estado en que el causante tenía su residencia habitual al tiempo del fallecimiento, sin distinción entre bienes muebles o inmuebles, o entre derechos sobre objetos físicos o digitales.

No obstante, su eficacia frente a terceros —en especial respecto de derechos inscritos en registros de propiedad industrial en otros Estados— puede verse limitada por normas imperativas del ordenamiento jurídico correspondiente, conforme al principio de territorialidad. Esta circunstancia suscita una posible incompatibilidad entre la *lex successionis* (determinada por el Reglamento) y la *lex protectionis*, aplicable a la validez, oponibilidad y efectos de los derechos industriales según la normativa del país en que estén inscritos o reconocidos.

El causante puede, conforme al artículo 22 del Reglamento, elegir que su sucesión se rija por la ley de su nacionalidad, mediante *professio iuris*, siempre que esta conste de forma expresa en un acto de última voluntad válido. Esta posibilidad permite cierta planificación sucesoria internacional, sujeta a los requisitos materiales y formales establecidos por dicha norma.

En el caso de activos digitales amparados por derechos de propiedad industrial, estas reglas generan con frecuencia escenarios especialmente complejos.

Una persona residente en España puede ser titular de activos protegidos —como marcas, diseños o nombres de dominio— en diversas jurisdicciones, cada una con su propia legislación en materia de propiedad industrial. Aunque la sucesión se rija por la ley española, los efectos jurídicos de la transmisión quedarán condicionados al cumplimiento de los requisitos sustantivos o formales que exijan las autoridades registrales de cada país.

La coordinación entre la disposición válida del *de cuius*, conforme a la *lex successionis*, y los actos de reconocimiento registral requeridos por la *lex protectionis* resulta, en consecuencia, esencial para asegurar la eficacia práctica de la atribución sucesoria.

Además, el artículo 9.8 del Código Civil español —aunque desplazado por el Reglamento (UE) 650/2012 en el ámbito de aplicación de este— conserva vigencia en los supuestos no comprendidos por él, o cuando la sucesión se encuentra conectada con Estados no miembros de la Unión Europea. Este precepto establece como ley aplicable a la sucesión la nacional del causante en el momento del fallecimiento, lo que refleja un criterio de conexión personalista también presente, aunque con matices, en el marco europeo.

En cualquier caso, la determinación de la ley aplicable conforme al Reglamento constituye solo el punto de partida: una vez identificada, será necesario examinar las restricciones internas que dicha ley impone, particularmente las derivadas del régimen de legítimas, que pueden incidir de forma directa en la disponibilidad hereditaria de los bienes en cuestión.

3.2. Impacto de la legítima en la disposición de activos digitales

En los sistemas de tradición civilista, como el español, los herederos forzosos gozan de una legítima que representa una parte indisponible del caudal hereditario, protegida incluso frente a actos realizados en vida o disposiciones sucesorias que los perjudiquen.

La existencia de activos digitales valiosos —como marcas con elevada proyección económica o nombres de dominio estratégicos— plantea el riesgo de que el causante procure sustraerlos del caudal hereditario mediante actos unilaterales o negocios simulados. En tales casos, los legitimarios disponen de la acción de reducción por inoficiosidad (arts. 815 y ss. CC), destinada a restablecer el equilibrio cuando se ha vulnerado su porción legítima.

Sin embargo, el ejercicio eficaz de esta acción puede dificultarse si los activos digitales en cuestión no se encuentran debidamente documentados, o fueron transferidos antes del fallecimiento mediante cesiones digitales sin contraprestación o escasa trazabilidad.

De igual modo, pueden suscitarse conflictos si el bien fue objeto de un legado a favor de un tercero y dicha disposición de última voluntad afecta a la cuota legítima. La dificultad se agrava cuando el valor del activo es incierto, su tasación es controvertida o incluso su existencia es discutida por falta de prueba[11].

Y la ausencia de documentación clara y medios técnicos de acceso puede tornar ineficaz, en la práctica, la protección sustantiva prevista por el ordenamiento.

Estas situaciones ilustran la incompatibilidad potencial entre la voluntad dispositiva del titular y los límites derivados del sistema imperativo de legítimas, así como la necesidad de asegurar una adecuada gestión documental y técnica de estos bienes en vida del causante.

Así, incluso cuando la ley sucesoria aplicable reconozca la validez de disposiciones sucesorias sobre activos digitales, su ejecución puede depender de los requisitos exigidos por los sistemas de protección industrial, lo que requiere una atención particular a la articulación entre ambas esferas normativas, especialmente en sede registral.

3.3. Interacción entre *lex successionis* y *lex protectionis*

Uno de los principales desafíos conceptuales y operativos en la sucesión internacional de activos digitales protegidos por propiedad industrial es la eventual divergencia entre la ley aplicable a la sucesión y la normativa que rige el reconocimiento, la validez y la eficacia de los dere-

11. Esta dificultad puede presentarse, por ejemplo, cuando un activo digital ha sido transferido en vida del causante a un tercero sin contraprestación económica evidente ni documentación suficiente que respalde la operación. En tales casos, no solo puede discutirse la existencia misma del bien, sino también su valor patrimonial, lo que complica su consideración en sede de partición o en eventuales acciones de reducción. La doctrina se ha planteado si determinadas cesiones de bienes digitales —en particular aquellas realizadas mediante actos unilaterales, gratuitos o sin trazabilidad jurídica— pueden ser asimiladas a liberalidades encubiertas y, por tanto, ser susceptibles de reducción por inoficiosidad conforme al sistema de legítimas.

chos industriales. Esta disociación puede dar lugar a una transmisión válida desde el punto de vista sucesorio, pero ineficaz en el plano registral.

Por ejemplo, una disposición sucesoria otorgada conforme al Derecho español puede instituir heredero universal a un pariente e incluir expresamente todos los derechos de propiedad industrial. No obstante, si uno de estos activos —por ejemplo, una marca registrada— se encuentra protegido en un país con requisitos formales estrictos, como Corea del Sur o Brasil, el heredero deberá ajustarse a las exigencias de la legislación nacional para obtener la actualización de titularidad. Esto puede implicar la presentación de documentación apostillada, traducciones oficiales o incluso la realización de procedimientos notariales o administrativos locales.

El principio de territorialidad, inherente al sistema de propiedad industrial, impone así un límite estructural a la eficacia automática de las transmisiones hereditarias en el plano internacional. Aunque se reconozca la validez del título sucesorio, su eficacia frente a terceros y su proyección real sobre los registros de cada país dependerán de las condiciones impuestas por la respectiva *lex protectionis*.

Esta disociación no es exclusiva de los activos digitales, pero adquiere especial relevancia en ellos debido a su dispersión registral, su compleja localización y su frecuente vinculación con plataformas privadas o sistemas descentralizados, como *blockchain* o inscripciones de titularidad no tradicionales.

El desplazamiento patrimonial puede verse jurídicamente obstaculizado si no se cumplen las condiciones normativas exigidas por el ordenamiento que protege el privilegio industrial. Esta circunstancia exige una atención particular al momento de organizar la disposición patrimonial, especialmente en contextos transnacionales.

Dicha disgregación normativa ha sido reconocida también en iniciativas europeas recientes sobre derechos digitales, que abogan por marcos jurídicos integrados y compatibles con los derechos fundamentales de las personas en entornos virtuales[12].

3.4. Instrumentos de planificación sucesoria aplicables

Frente a las dificultades identificadas, se vuelve indispensable adoptar mecanismos de planificación sucesoria que aseguren la transmisión eficaz de los bienes inmateriales protegidos por propiedad industrial.

Un primer paso consiste en elaborar un inventario detallado que identifique cada activo con valor patrimonial o cobertura jurídica, especificando su localización, sistema registral o técnico, estado jurídico y condiciones de acceso. Esta medida, además de facilitar su incorporación al caudal hereditario, permite acreditar su existencia, especialmente cuando se encuentran dispersos en plataformas privadas o infraestructuras no centralizadas.

También conviene prever disposiciones sucesorias expresas que designen con precisión estos bienes y atribuyan su titularidad al heredero o legatario correspondiente, incluyendo instrucciones concretas sobre su gestión, conservación o disposición. En situaciones complejas, puede resultar recomendable la intervención de un albacea digital o de un administrador fiduciario, encargado de asumir la gestión temporal de estos activos hasta su adjudicación definitiva, en especial cuando concurre pluralidad de herederos o se proyecta una reorganización jurídica posterior.

En los ordenamientos que lo permiten, cabe también recurrir a pactos o contratos sucesorios con eficacia anticipada, que garanticen el cumplimiento de la voluntad del titular tanto en vida como una vez fallecido. Esta vía, además de proporcionar certeza, puede prevenir conflictos entre legitimarios o entre el heredero universal y los asignatarios a título singular.

12. *Vid.* Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales), especialmente considerando 4 y artículo 1.3, que abogan por una aplicación coherente del Derecho de la Unión en los entornos digitales, garantizando el respeto de los derechos fundamentales.

Junto a estas previsiones, debe asegurarse el acceso técnico mediante la documentación segura de claves, credenciales, certificados digitales u otros mecanismos de custodia jurídica o notarial. La inexistencia de medios de autenticación o ingreso constituye uno de los principales obstáculos prácticos, incluso cuando la atribución jurídica de los activos ha sido válidamente realizada.

Por último, la intervención de profesionales con formación especializada en propiedad industrial y derecho sucesorio internacional constituye un recurso calificado necesario para afrontar la complejidad normativa del fenómeno. Su actuación permite detectar incompatibilidades entre regímenes concurrentes y estructurar soluciones que favorezcan una traslación patrimonial jurídicamente ordenada y eficaz.

La atribución de estos bienes no debería quedar sujeta exclusivamente a las normas generales del Derecho sucesorio, sin previsiones particulares, especialmente cuando se trata de derechos inscritos, valores económicos significativos o infraestructuras técnicas con exigencias propias. Tales medidas pueden integrarse con ventaja en una estrategia sucesoria global que conjugue seguridad jurídica, viabilidad técnica y coherencia normativa.

Aun cuando estas herramientas permiten atenuar algunos riesgos inmediatos, su eficacia última dependerá de un marco jurídico más articulado, cuya construcción progresiva constituye una tarea ineludible tanto para la doctrina como para el legislador[13].

4. Conclusiones y propuestas

4.1. Desajustes normativos en la sucesión internacional

La aparición y expansión de bienes inmateriales protegidos por propiedad industrial ha introducido una nueva dimensión patrimonial. Sin embargo, su régimen sucesorio aún no ha sido plenamente integrado ni sistematizado en los marcos normativos vigentes. Las principales dificultades no derivan de la falta de reconocimiento jurídico de estos bienes, sino de la ausencia de coordinación entre el derecho sucesorio y los sistemas de protección industrial.

Esta disociación se manifiesta, entre otros aspectos, en la identificación jurídica y operativa de los bienes involucrados. Su intangibilidad, la inexistencia de registros centralizados y la frecuente falta de documentación clara dificultan su inclusión efectiva en la masa hereditaria. No es infrecuente que los herederos desconozcan su existencia o no logren ejercer derechos sobre ellos por falta de claves, certificados digitales u otros medios de acceso técnico.

A ello se añade la concurrencia de sistemas normativos diversos. Mientras que la sucesión se rige por la *lex successionis* —determinada conforme al Reglamento (UE) n.º 650/2012 o, en su defecto, por las normas internas de Derecho internacional privado— la protección industrial se sujeta a la *lex protectionis* del Estado en que el bien está inscrito o reconocido. Esta disparidad puede afectar la eficacia de la transmisión hereditaria, incluso cuando exista un título sucesorio válido conforme al ordenamiento aplicable.

También persisten debilidades en la tutela de los derechos legitimarios frente a disposiciones patrimoniales poco transparentes. La transmisión previa de estos bienes, su ocultamiento o su disposición gratuita pueden perjudicar a los herederos forzosos sin que existan, en muchos casos, mecanismos efectivos de control o reparación oportuna.

Por otra parte, la falta de previsión técnica o contractual puede impedir el ejercicio efectivo de los derechos hereditarios, incluso cuando la titularidad jurídica ha sido atribuida con pleno valor legal. Sin instrucciones claras del causante, los sucesores suelen carecer de legitimación o de los medios operativos para actuar ante los registros o plataformas correspondientes.

13. Cucurull Poblet, T., *op. cit.*, p. 332.

Esta acumulación de deficiencias —jurídicas, técnicas y prácticas— compromete la seguridad en la transmisión internacional de bienes inmateriales protegidos por propiedad industrial[14]. Si no se prevén adecuadamente, estas disfunciones se traducen en pérdida patrimonial, litigiosidad sucesoria y desconocimiento de la voluntad del causante. En estas circunstancias, se hace necesario reflexionar sobre las respuestas que pueden ofrecer hoy los operadores jurídicos para contener y resolver los desajustes en cuestión.

4.2. Estrategias jurídicas para una sucesión eficaz

A la espera de una armonización normativa o de una jurisprudencia consolidada que clarifique estas cuestiones, corresponde a los operadores jurídicos adoptar estrategias que permitan anticipar y neutralizar los eventuales conflictos acerca de la transmisión hereditaria de bienes inmateriales protegidos por propiedad industrial.

Una intervención temprana, fundada en previsión técnica y solidez jurídica, puede asegurar la continuidad en la titularidad y gestión de tales bienes, frustrar conflictos sucesorios y eludir pérdidas patrimoniales.

Por ende, una estrategia eficaz comienza por una planificación sucesoria adaptada a esta nueva categoría de activos. Entre las medidas aconsejables se cuentan la elaboración de inventarios digitales detallados, la inclusión de disposiciones testamentarias individualizadas y la garantía de acceso técnico mediante documentación segura. Tales prevenciones contribuyen de manera decisiva a cumplir cabalmente la voluntad del causante y a proteger los derechos de los herederos.

No basta, sin embargo, con una disposición formalmente válida. La eficacia de la transmisión depende también de la coordinación entre el régimen sucesorio aplicable y las exigencias propias del privilegio industrial, especialmente cuando los derechos de exclusiva están inscritos en múltiples jurisdicciones. Identificar los requisitos registrales pertinentes —tanto sustantivos como procedimentales— permite prevenir bloqueos posteriores y asegurar la legitimación efectiva de los sucesores.

Este enfoque exige una práctica jurídica de carácter interdisciplinario, que articule conocimientos en Derecho sucesorio, Propiedad industrial y tecnologías digitales. La confluencia de estos saberes permite diseñar soluciones contractuales y técnicas ajustadas a las particularidades del caso, lo que otorga estabilidad a la traslación patrimonial.

Así, la labor del jurista no se limita a la mera interpretación de normas ni a la resolución de conflictos ya gestados. Su actuación se orienta también al diseño de soluciones jurídicas preventivas, capaces de anticipar divergencias entre regímenes concurrentes y de facilitar la continuidad del patrimonio inmaterial en entornos digitales.

Este cambio de perspectiva pone de relieve no solo la complejidad del fenómeno sucesorio digital, sino también la necesidad de una cultura jurídica consciente de esta transformación, capaz de integrarla con rigor en la planificación patrimonial contemporánea y de fomentar estándares profesionales acordes con los desafíos emergentes.

4.3. Proyecciones regulatorias y profesionales en la transmisión hereditaria

La consolidación del patrimonio inmaterial en entornos digitales y el desarrollo constante de tecnologías aplicadas a su gestión anuncian un escenario en el que las dificultades sucesorias aquí analizadas no solo se intensificarán, sino que adquirirán mayor complejidad. Frente a ello,

14. *Vid.* López-Tarruella Martínez, A., «Capítulo 7. Jurisdicción y ley aplicable a las cuestiones de propiedad intelectual en el metaverso», en *Protección y gestión de la propiedad intelectual en el metaverso*, Reus, Madrid, 2023, pp. 265-266.

se requiere una respuesta regulatoria y profesional que no actúe con rezago, sino que acompañe la evolución de estos bienes y sus efectos hereditarios.

Seguramente no bastará con adaptar fragmentariamente las legislaciones vigentes. Será preciso configurar un marco coherente que reconozca expresamente la dimensión sucesoria de estos bienes, supere la dispersión entre el Derecho Sucesorio y los regímenes sectoriales, y proporcione mecanismos operativos que aseguren su transmisión eficaz. Cabe esperar una progresiva incorporación del fenómeno en instrumentos internacionales de referencia —como los Principios de La Haya, las guías de la OMPI o los trabajos de UNIDROIT—, que podrían servir de base para soluciones armonizadas y técnicamente viables.

Con todo, las reformas legislativas no constituirán la única fuente de avance. La actuación de jueces, notarios, registradores y profesionales especializados será determinante para dotar de eficacia a la transmisión hereditaria de activos digitales. La consolidación de estándares interpretativos y procedimentales, tanto en sede registral como jurisdiccional, permitirá superar la fragmentación normativa y reducir los márgenes de incertidumbre que aún persisten.

En esta tarea, resultará igualmente decisiva la construcción de un enfoque jurídico capaz de integrar esta nueva categoría patrimonial en la planificación sucesoria. Tal desarrollo exige una mirada interdisciplinaria que articule el Derecho sucesorio, el Derecho internacional privado y la normativa de propiedad industrial, junto con un manejo técnico de los entornos digitales en los que se inscriben estos bienes.

El diagnóstico es claro y los desafíos están planteados. A partir de aquí, corresponde a la doctrina, la jurisprudencia y el legislador avanzar en el diseño de un sistema jurídico que garantice una transmisión patrimonial ordenada, segura y efectiva, que no se extravíe entre vacíos normativos ni quede sujeto a prácticas anacrónicas[15].

5. Bibliografía

A. Doctrina y literatura científica

Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *Introducción a las Marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, segunda edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Calvo Caravaca, A. L. y **Carrascosa González, J**. (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2.ª ed., 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Colangelo, G., *La proprietà delle idee*, Il Mulino, Bologna, 2015.

Cucurull Poblet, T., «La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)», en *La sucesión mortis causa de bienes digitales. Régimen jurídico y propuestas de mejora*, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2, 2022, pp. 313-338.

Díez-Picazo, L. y **Gullón Ballesteros, A**., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.

Esplugues Mota, C. y **Palao Moreno, G**., *Derecho internacional privado*, 17.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Evangelio Llorca, R. y **López Richart, J**., «Capítulo 6. El derecho de autor en el entorno digital», en **López-Tarruella Martínez, A**. (dir.), *Derecho TIC. Derechos de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 163-208.

15. *Vid.* Marino, G., «Sucesión de los derechos de control sobre los datos personales digitales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 20, febrero 2024, pp. 1093-1094.

Ferrero Guillén, R. y **Kyrylenko, A**., «Capítulo 5. Marcas y diseños en el metaverso: cómo adentrarse en la "nueva" realidad virtual», en López-Tarruella Martínez, A. (dir.), *Protección y gestión de la propiedad intelectual en el metaverso*, Reus, Madrid, 2023, pp. 167-192.

García Pérez, R., *La expansión del derecho de marca. De la marca como indicación de procedencia empresarial a la multifuncionalidad jurídica de la marca*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

García Vidal, A., *Las acciones civiles por infracción de la propiedad industrial*, Tirant lo Blach, Valencia, 2020.

Llevat Vallespinosa, J., *El régimen jurídico del diseño industrial, en España y en la UE*, Bosch, Madrid, 2025.

López-Tarruella Martínez, A., «Capítulo 7. Jurisdicción y ley aplicable a las cuestiones de propiedad intelectual en el metaverso», en López-Tarruella Martínez, A. (dir.), *Protección y gestión de la propiedad intelectual en el metaverso*, Reus, Madrid, 2023, pp. 241-278.

Lasarte Álvarez, C. (dir.), *Derecho de sucesiones contemporáneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Louredo Casado, S., *El diseño industrial no registrado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

Marino G., «Sucesión de los derechos de control sobre los datos personales digitales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 20, febrero 2024, pp. 1088-1127.

Massaguer, J., *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*, Civitas, Cizur Menor, 2018.

Moreno Martínez, J. A. (Coordinador), *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*, Dykinson, Madrid, 2017.

Navas Navarro, S., «Capítulo X. Transmisión de la titularidad del soporte de la obra y del NFT vinculado: cuestiones jurídicas», en *Metaverso arte tokenizado y propiedad intelectual*, Navas Navarro, S. (dir.), Reus, Madrid, 2023, pp. 263-293.

Navas Navarro, S., «Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado "testamento digital"», *Revista de Derecho Privado*, n.º 1, 2020, pp. 59-88.

Ordelin Font, J. L. y **Oro Boff, S**., «Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXIII, núm. 1, junio 2020, pp. 119-139.

Robert Guillén, S., «Capítulo VIII. Tokens no fungibles y obra original», en Navas Navarro, S. (dir.), *Metaverso, arte tokenizado y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2023, pp. 199-234.

Sáenz Cardenal, M. B., «El lugar del daño en el caso de infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual en Internet», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, n.º 34, 2016-II, pp. 441-470.

Santos Morón, M. J., «La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N.º 1 (marzo 2018), pp. 413-438.

B. Documentos normativos e institucionales

- **Reglamento (UE) 2024/2822 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024**, sobre la protección de los dibujos y modelos y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 6/2002, el Reglamento (UE) 2017/1001 y la Directiva (UE) 2019/790, Diario Oficial de la Unión Europea, L, 17 de junio de 2024.
- **Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012**, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, y a la aceptación y ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Diario Oficial de la Unión Europea, L 201, 27 de julio de 2012.
- **Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de los servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Ley de Servicios Digitales), Diario Oficial de la Unión Europea, L 277, 27 de octubre de 2022.**
- **OMPI, Informe sobre la Propiedad Intelectual en el Metaverso**, Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas (SCT), 47.ª sesión, Ginebra, 27-30 de marzo de 2023, documento SCT/47/4.
- **Libro Verde de la Comisión Europea sobre la herencia y los testamentos en la UE**, COM(2005) 65 final, Bruselas, 1 de marzo de 2005.

CAPÍTULO 18

LA SUCESIÓN INTERNACIONAL: UN PANORAMA GENERAL DE LOS SISTEMAS COLOMBIANO Y VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Claudia Madrid Martínez

Profesora Asociada, Universidad de Antioquia
Profesora Titular, Universidad Central de Venezuela

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DETERMINACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE. 2.1. Derecho Internacional Privado venezolano. 2.2. Derecho Internacional Privado colombiano. 2.3. Antes de seguir: la condición de heredero. 3. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LA SUCESIÓN. 3.1. Unidad vs. fraccionamiento. 3.2. Ámbito de aplicación del Derecho aplicable a la sucesión. 3.3. La legítima y el orden público en el Derecho internacional privado. 4. UNA BREVE CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Con la muerte de una persona no se extinguen automáticamente las relaciones jurídicas de las que era titular. Al contrario, tales relaciones, con excepción de aquellas personalísimas, son transmisibles a terceros. Así, encargado de regular «el destino del patrimonio de una persona natural, una vez acontecida la muerte de esta»[1], el Derecho de las sucesiones[2] se hace presente, involucrando una doble perspectiva: por un lado, la perspectiva del derecho de propiedad, pues si bien la sucesión no se agota en ello, a la muerte de una persona es necesario determinar quiénes serán los nuevos titulares de su patrimonio[3]; y, por otro lado, tratándose de un cuerpo regulatorio al servicio de la familia, considera también el punto de vista del Derecho de familia. Ello, debido a que la continuidad de las relaciones jurídicas del causante se funda «en vínculos naturales y afec-

1. Domínguez Guillén, M.C., *Manual de Derecho sucesorio*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2.ª ed. revisada y aumentada, 2019, p. 22.

2. «El Derecho sucesoral es el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la sucesión por causa de muerte, es decir, de las normas que regulan la suerte que tienen las diversas relaciones jurídicas con el fallecimiento de su titular». Ver: Lafont Pianetta, P., *Derecho de sucesiones*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, Ltda., 10 ed., 2017, Tomo I, p. 4.

3. «El causante transmite el derecho y el causahabiente o sucesor lo acepta o recibe». Domínguez Guillén, M.C. *Manual de Derecho sucesorio*..., *op. cit.*, p. 51.

tivos derivados del estado familiar o en algunos casos emanados de la voluntad del causante, que, como su nombre lo indica, dio origen o causa al patrimonio de cuya sucesión se trate»[4].

Así, cuando se produce la muerte de una persona, sus relaciones jurídicas se quedan sin titular, y como tal situación no es jurídicamente aceptable, se hace necesario, por razones sociales y de seguridad jurídica, determinar quiénes serán los nuevos titulares de esas relaciones, lo cual conduce, a su vez, a determinar el momento de transmisión de los derechos y deberes del causante[5]. En tal sentido se ha afirmado que la sucesión tiene tres momentos: apertura, delación y adquisición de la herencia[6].

En otras palabras, una vez abierta la sucesión, lo cual ocurre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del causante (art. 993 CCV[7], art. 1012 CCC[8]), se hace el llamamiento o delación, es decir, se llama a concurrir a aquellas personas que tienen vocación hereditaria y que, luego de la aceptación se convertirán en herederos. Tengamos en cuenta que, aunque los derechos se transmiten del causante al causahabiente al momento de la aceptación, esa declaración unilateral de voluntad produce efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión (art. 1001 CCV, art. 1296 CCC).

Ahora bien, en todo este proceso de la sucesión pueden presentarse complicaciones extra cuando, en el caso particular se encuentran presentes elementos de extranjería, sea por que haya bienes ubicados en más de un Estado, sea porque el *de cuius* haya tenido su último domicilio en un lugar distinto de aquel en el que se encuentren los bienes, entre otros. En tales casos, que entran en el ámbito del Derecho internacional privado, se hace necesario determinar, en primer lugar, cuáles serán los tribunales competentes para conocer de las vicisitudes de la sucesión y, en segundo lugar, qué Derecho habrá de aplicar el juez para darles respuesta.

En tal sentido, el Derecho internacional privado se ha debatido entre darle más peso a los aspectos reales de la sucesión —a fin de cuentas, se trata de un modo de transmisión de la propiedad— o, en cambio, inclinar la balanza a los aspectos personales de la sucesión y entenderla por ello como una universalidad. No es baladí esta distinción pues la respuesta a la misma puede conducir al tratamiento fraccionado de la sucesión, tanto desde el punto de vista de la autoridad competente, como desde la óptica del Derecho aplicable, o a su tratamiento unitario procurando que un único juez, aplicando un único Derecho, se pronuncie sobre todos los aspectos de la sucesión, independientemente del lugar donde se localicen los bienes.

Así, la idea de estas breves líneas es mostrar el camino que, respecto de la sucesión internacional, han tomado el Derecho internacional privado colombiano y el venezolano para determinar la jurisdicción y el Derecho aplicable.

2. Determinación de la autoridad competente

2.1. Derecho Internacional Privado venezolano

En materia de sucesiones, el Derecho internacional privado venezolano cuenta con normas contenidas en el Código Bustamante[9] y en la Ley de Derecho Internacional Privado[10]. En el caso

4. Domínguez Guillén, M.C., *Manual de Derecho sucesorio...*, *op. cit*., pp. 44-45.
5. Diez Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1982, Vol. IV, p. 407.
6. Domínguez Guillén, M.C., *Manual de Derecho sucesorio...*, *op. cit*., pp. 89-90.
7. Código Civil venezolano, Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario, 26 de julio de 1982.
8. Código Civil colombiano, Diario Oficial No. 7019, 22 de abril de 1887.
9. Gaceta Oficial No. 17.698, 9 de abril de 1932.
10. Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

del Código Bustamante, el artículo 327 dispone que «[e]n los juicios de testamentaría o ab intestato será juez competente el del lugar en que tuvo el finado su último domicilio»[11].

La elección de un elemento personal para determinar la jurisdicción en materia de sucesiones da cuenta de la aceptación del principio de unidad y universalidad de las mismas, separando esta especial situación jurídica de la regulación de los bienes individualmente considerados, que reciben un tratamiento diferente, vinculado, más bien, al lugar de ubicación (arts. 323 a 326). La unidad de la sucesión —afirma Bustamante— obliga a mantener para el procedimiento la unidad del juicio sucesorio[12]. En efecto, el principio de la unidad, aplicado en materia de sucesiones, «desplaza el énfasis del elemento real de la sucesión (la transferencia de la propiedad de los bienes del causante a sus herederos y legatarios), al elemento personal de la sucesión (la continuación de la personalidad del difunto a través de sus herederos)»[13].

Ahora bien, el último domicilio del causante constituye un foro razonable, ya que se presume que en ese lugar se encuentra su patrimonio[14] y, además, refleja un vínculo relevante con los actos de última voluntad. Desde el punto de vista procesal, este foro favorece el buen desarrollo del proceso, la obtención de pruebas, la ejecución de la decisión, las medidas cautelares y la administración de los bienes que forman parte integrante de la universalidad, entre otras situaciones relacionadas con la misma[15].

Debemos considerar, a los efectos de la aplicación del citado artículo, que de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana, el cual resulta aplicable a la interpretación del Código Bustamante en virtud del artículo 15 de la propia Ley[16], el domicilio de las personas físicas se encuentra en el lugar en que estas tienen su residencia habitual. A pesar de que parte de la doctrina estima que la residencia constituye un criterio fáctico que, por ello, no

---

11. Tengamos en cuenta que, en el **ámbito** del Derecho de familia, es frecuente el recurso a criterios atributivos de jurisdicción de carácter subjetivo, es decir, referidos a las personas. La razón principal de este predominio de los criterios subjetivos sobre los objetivos es que en esta materia no se suele discutir sobre una relación jurídica simple —un daño, un contrato, un derecho real sobre un bien— sino que más bien suele discutirse sobre cuestiones que determinan el llamado estatuto personal. De manera que lo importante es la posición del sujeto frente a sus relaciones familiares. Ver, en este sentido: Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 157-158.

12. «...la herencia resulta, mientras los sucesores no empiezan a poseerla, algo dotado de personalidad propia, que ficticiamente prolonga la del causante. Por eso debe radicar donde el causante radicaba, o sea en su domicilio». Ver: Sánchez de Bustamante y Sirven, A., *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3.ª ed., 1947, Tomo III, p. 90.

13. D'onza García, R., «Ley aplicable a las sucesiones, Ley aplicable a la forma de los actos y Ley aplicable a la prueba de los actos en la nueva Ley de Derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 118, pp. 95 ss., especialmente p. 98.

14. Bustamante reconoce que la actividad económica del *de cuius* está «naturalmente concentrada» en su domicilio. Ver: Sánchez de Bustamante y Sirven, A., *Derecho internacional privado*..., *op. cit*. Tomo III, p. 90.

15. Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*. Madrid, Civitas, 3.ª ed., 2004, pp. 423-424.

16. A pesar de algunas opiniones en contra (Hernández-Bretón, E., «El domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado venezolano actual», en: Parra, F. (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 1, 2002, *Addendum*, pp. 147 ss.), la calificación contenida en esta norma es aplicable a todo el sistema de Derecho internacional privado y no solo a la Ley. Ello en virtud del artículo 15 de la propia Ley. Ver: Maekelt, T. y Barrios, H., «Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado», en: Parra, F. (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, No. 1, 2002, *Addendum*, pp. 297 ss.

requeriría calificación[17], nosotros hemos admitido, en otras oportunidades, la necesidad de determinar lo que ha de entenderse por residencia habitual, para lo cual resultan de gran utilidad los elementos temporal e intencional contenidos en el aparte único del artículo 23 de la propia Ley[18].

Ahora bien, en el ámbito de la Ley de Derecho internacional privado, además del criterio general del domicilio del demandado consagrado por el artículo 39, en los casos de acciones relativas a universalidades de bienes, entre las que se incluyen las sucesiones, ha de considerarse el artículo 41 de la Ley. Esta norma establece dos criterios de jurisdicción: el principio del paralelismo y el lugar de ubicación de bienes que formen parte integrante de la sucesión[19].

El primero de los criterios mencionados —el principio del paralelismo— hace depender la jurisdicción de los tribunales venezolanos de la aplicación, al fondo de la controversia, del Derecho venezolano. De allí su nombre, pues ubica en paralelo al Derecho aplicable y al tribunal competente, con lo cual el juez competente resulta aplicando su propio Derecho. El criterio del paralelismo rompe, de alguna manera, la separación harto reconocida entre la jurisdicción y el Derecho aplicable.

Bien, el artículo 41.1 de la Ley remite, para el funcionamiento del criterio del paralelismo, a las normas venezolanas de conflicto. Así, siendo esta norma aplicable, tal como hemos afirmado, a los casos de sucesiones, es necesario que el juez aplique el artículo 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado, norma de conformidad con la cual el Derecho del domicilio del *de cuius* rige la sucesión, con lo cual, si el causante tuvo su último domicilio en Venezuela, sus jueces serán competentes para conocer y decidir todo lo relativo a la sucesión.

El segundo criterio es el lugar de ubicación de bienes que formen parte integrante de la sucesión. Al consagrar este criterio atributivo de jurisdicción, el legislador no distingue la naturaleza, cantidad o valor económico de los bienes, conformándose, simplemente con la ubicación en Venezuela de alguno de los bienes que formen parte integrante de la universalidad. Este criterio, calificado como útil y necesario por Hernández-Bretón[20], podría conducir eventualmente a un foro exorbitante, cuando los bienes ubicados en Venezuela no fueren representativos de la universalidad de que se trate y no hubiere ningún otro vínculo de la sucesión con Venezuela.

2.2. Derecho Internacional Privado colombiano

En el caso Colombia, los criterios de jurisdicción se encuentran, en primer lugar, en el Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889[21]. En este instrumento se adopta una solución propia de la época de su aprobación, que favorece el tratamiento fraccionado de la sucesión, tanto desde el punto de vista del Derecho aplicable —según veremos *infra*—, como desde la perspectiva de la jurisdicción, que es lo que nos interesa en esta parte del trabajo. En efecto, de conformidad con el artículo 66 del citado instrumento «[l]os juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en que se hallen situa-

17. Barrios, H., «Del domicilio», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 117, pp. 41 ss., especialmente p. 42. En sentido similar: Maekelt, T., *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, p. 64.

18. Madrid Martínez, C., *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Serie Trabajos de Grado, No. 2, 2004, p. 84.

19. Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia 1 de noviembre de 1990, en: Pierre Tapia, O., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 1990, No. 11, pp. 242-244.

20. Hernández-Bretón, E., «Acciones sobre universalidades de bienes. Artículo 41**»**. En: Maekelt, T. *et al*. (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 1015 ss., especialmente p. 1018.

21. Ley 33 de 1992 (diciembre 30), Diario Oficial No. 40.705, 31 de diciembre de 1992.

dos los bienes hereditarios». El inconveniente de esta solución, como se sabe, es la posibilidad —o más bien necesidad— de llevar múltiples procesos de manera simultánea, respecto de un único patrimonio.

En otras oportunidades, comentando esta norma y la correspondiente al Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 —que mantuvo la solución original—, hemos afirmado que la misma «adopta el principio de fraccionamiento de la sucesión, pues se iniciarán tantos procesos como lugares en donde se hallen situados los bienes que formen parte integrante de la universalidad; de manera que el elemento considerado por estas normas es la transferencia de la propiedad sobre los bienes del causante a sus causahabientes»[22].

Ahora bien, de no resultar aplicable el Tratado de Montevideo, debemos remitirnos a la legislación interna, con la particularidad de que Colombia no cuenta con normas especiales para la determinación de la jurisdicción —denominada competencia procesal o judicial internacional por la doctrina local—, situación que obliga al operador jurídico a recurrir a las normas sobre competencia territorial interna, con los inconvenientes que de ello pueden derivarse. Esta situación conduce a la aplicación del artículo 28 del Código General del Proceso[23], cuyas soluciones han de «extrapolarse» desde su ámbito natural de aplicación en materia de competencia territorial entre jueces colombianos, a los casos de Derecho internacional privado[24].

Así, esta norma asume como regla general para los procesos de naturaleza contenciosa, el criterio del domicilio del demandado. No obstante, este criterio tiene cierto carácter residual, pues su aplicación se verifica «salvo disposición legal en contrario» (art. 28.1) y, en materia de sucesiones, hay una regulación especial de conformidad con la cual «será competente el juez del último domicilio del causante» y, en caso de que al momento de su muerte tuviere varios domicilios, prevalecerá aquel «que corresponda al asiento principal de sus negocios» (art. 28.12).

A pesar de no tratarse de un criterio pensado para casos de Derecho internacional privado, la solución del artículo 28.12 del Código General del Proceso da una mejor respuesta al asunto al asegurar el tratamiento unificado de la sucesión, independientemente del lugar en el que estén ubicados los bienes. Sin embargo, autores como Marín Fuentes estiman que las sucesiones deben sujetarse, en cuanto a la determinación de competencia, a un criterio mixto, es decir «el relativo al *forum rei sitae* y el *forum domicilum personam* según la clase de bienes que deban ser objeto de la repartición»[25].

Es probable que la admisión del criterio relativo al lugar de ubicación de los bienes se deba a las complicaciones que podría traer consigo la jurisdicción exclusiva como límite al reconocimiento de decisiones extranjeras, y la común consideración, dentro de esa categoría, de los derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en el Estado del juez.

No obstante, no debe dejarse de lado que, en Derecho interno colombiano, la doctrina ha sido clara en estimar que, aunque el legislador, en el artículo 665 del Código Civil, califica a la herencia como un derecho real, del cual nacen acciones reales, también entiende que este derecho no recae sobre un bien individualmente considerado sino «sobre una universalidad jurídica», con

---

22. Madrid Martínez, C., «Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado», en: Maekelt, T. (coord.), *Derecho procesal civil internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, (ISBN 9789806396746), pp. 99 ss., especialmente p. 125.

23. Diario Oficial 48.489, 12 de julio de 2012.

24. Zapata Giraldo, A., «Colombia», en: Basedow, J., Rühl G., Ferrari F. y de Miguel, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, pp. 1981 ss., especialmente p. 1984; Guerra Hernández, V., «Conflictos de jurisdicción y competencia en el Derecho internacional privado», en: García, L. y Aljure, A. (eds.), Teoría general del Derecho internacional privado, Bogotá, Universidad del Rosario, Legis, 2016, pp. 349 ss., especialmente p. 367.

25. Marín Fuentes, J.L., *Derecho internacional privado. Síntesis y análisis evolutivo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2021, p. 149.

lo cual, la sucesión sería, más bien, «un derecho universal abstracto», sometido por ello a reglas especiales[26]. Esta comprensión de la sucesión en Derecho interno apunta a favorecer su tratamiento unitario en Derecho internacional privado, atendiendo a su naturaleza como una universalidad, dejando de lado, en la medida de lo posible, las soluciones del Tratado de Montevideo.

2.3. Antes de seguir: la condición de heredero

La condición de herederos o sucesores se deriva, bien del testamento, bien de la Ley, en el caso de las sucesiones intestadas, y, esa condición ha de ser acreditada, tal como afirma Bonnecase, por «quien pretenda ser beneficiario de una sucesión»[27]. Ahora bien, para la prueba de la condición de heredero debería bastar —tal como afirma Domínguez Guillén—con el acta del estado familiar[28]. Así lo ha entendido tanto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela —admitiendo que bastaría con el acta de nacimiento y el acta de defunción, por ejemplo[29]—, como la Corte Constitucional en Colombia, que ha afirmado que «la calidad de heredero se demuestra con la prueba del respectivo estado civil»[30].

Así, aunque en principio la condición de heredero no necesita ser declarada[31], la determinación de la condición de herederos ha recibido tratamientos diversos en el Derecho colombiano y en el Derecho venezolano.

En el caso de Colombia, la jurisprudencia ha admitido que «la calidad de heredero se demuestra con copia, debidamente registrada, del testamento correspondiente si su vocación es testamentaria, o bien con copia de las respectivas actas del estado civil o eclesiásticas, según el caso, o con copia del auto en que se haya hecho tal reconocimiento **dentro del juicio de sucesión respectivo**»[32]. Con este énfasis añadido a la cita es nuestro propósito poner de manifiesto el hecho de que no parece existir en Colombia un procedimiento autónomo, más que el residual referido en el artículo 15 del Código General del Proceso, para la declaración de quiénes ostentan la calidad o condición de herederos. Así, si en el extranjero se encuentra en curso un proceso respecto de la sucesión de un colombiano, la condición de heredero se acreditará con el acta de registro civil legalizada, o en su caso apostillada, o con la sentencia definitivamente firme, pasada por el procedimiento para el reconocimiento de la misma en el extranjero.

En el caso de Venezuela, en cambio, a pesar de que, como hemos afirmado, la doctrina reconoce que bastaría con acreditar el estado civil, en la práctica suele llevarse adelante un proceso de jurisdicción voluntaria para hacer la «declaración de únicos y universales herederos»: el llamado justificativo para perpetua memoria, lo cual no excluye, sin embargo, que tal declaración pueda adelantarse en procesos contenciosos, en los que se discuta la validez del testamento, el nexo familiar o la propia condición de sucesor, por ejemplo.

Ahora bien, en caso de una sucesión de carácter internacional, la jurisprudencia venezolana ha entendido, aunque no siempre de la manera más clara, que esta declaración es un trámite diferente de la propia sucesión, respecto del cual debe haber una determinación propia de la

26. Lafont Pianetta, P., *Derecho de sucesiones*..., *op. cit*., Tomo I, pp. 192-193.

27. Bonnecase, J., *Tratado elemental de Derecho civil*, México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995, p. 590.

28. Domínguez Guillén, M.C., *Manual de Derecho sucesorio*..., *op. cit*., p. 134.

29. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 242, 9 de abril de 2014.

30. Corte Constitucional, sentencia T-917 de 7 de diciembre de 2011.

31. Torres-Rivero, A.L., «Declaratoria de sucesor», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1993, No. 88, pp. 156 ss., especialmente pp. 157-158.

32. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5676-2018, 19 de diciembre de 2018, reitera el criterio reconocido en: de las sentencias de 14 de mayo 1927, febrero 22 de 1953, 25 de julio 1966, 09 de julio de 1970, agosto 26 de 1976, de 7 de febrero de 1989, 14 de mayo de 2002, 05 de diciembre de 2008 y 11 de agosto de 2017.

jurisdicción de los tribunales venezolanos, con lo cual es perfectamente posible que, aunque Venezuela no tenga jurisdicción para conocer de la sucesión, sí la tenga en cambio para emitir la declaración de únicos y universales herederos.

Al respecto, tratándose de un acto de jurisdicción voluntaria, el Código Bustamante dispone que, en esta materia, «y salvo también el caso de sumisión y el derecho local», será competente el juez del lugar en que tenga o haya tenido su domicilio, o en su defecto, la residencia, la persona que los motive (art. 330). Téngase en cuenta que, tal como afirmamos *supra*, el domicilio ha de ser entendido como el lugar en el cual el *de cuius* tuvo su última residencia habitual, de conformidad con los artículos 11 y 15 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana.

Ahora bien, encontrándonos fuera del ámbito de aplicación del Código Bustamante, habría que recurrir a la legislación interna, pero la Ley de Derecho internacional privado venezolana no contiene criterios de jurisdicción para los casos de jurisdicción voluntaria. La situación se agrava por el hecho de que la doctrina —y nosotros también lo hemos entendido así[33]— ha afirmado que, en materia de determinación de la jurisdicción, no existen lagunas que permitan el recurso a la analogía o a los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, *ex* artículo 1 de la propia Ley de Derecho internacional privado[34], con lo cual se podría recurrir, por ejemplo, a las normas del Código Bustamante.

La laguna que se plantea en este caso habría de llenarse entonces con las normas sobre competencia territorial interna[35]. El problema es que el Código de Procedimiento Civil venezolano[36] tampoco dispone de normas sobre competencia territorial para los casos de jurisdicción voluntaria, ni en la regulación de la competencia territorial interna (arts. 40 a 47), ni al regular la jurisdicción voluntaria (arts. 895-902). En este último caso se limita a resolver una especie de conflicto de competencias, al disponer, en el artículo 897, que «[s]olicitada a un Juez una determinación sobre jurisdicción voluntaria no puede ser sometida a la consideración de otro Tribunal».

Por su parte, la Resolución 2009-0006, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se modifican a nivel nacional, las competencias de los Juzgados para conocer de los asuntos en materia Civil, Mercantil y Tránsito, de fecha 19 de marzo de 2009[37] —modificada solo respecto de la cuantía, por la Resolución 0001-2023[38]—, dispone en su artículo 3:

> Los Juzgados de Municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, **según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio**,

33. Madrid Martínez, C., «Criterios atributivos de jurisdicción...», *op. cit.*, p. 101.

34. Hernández-Bretón, E., «Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (Especial referencia a los litisconsorcios pasivos)». *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1991, No. 43, pp. 216 ss., especialmente p. 235.

35. Así lo ha aceptado la jurisprudencia. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 212, 27 de mayo de 1993, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1993, Tomo 125, pp. 622-626. En este caso, la Sala afirmó que las normas que delimitan la jurisdicción y la competencia territorial interna desempeñan funciones de naturaleza totalmente diferente. Las primeras delimitan las competencias de los órganos judiciales de un determinado Estado, considerados en su conjunto; las segundas distribuyen entre los órganos judiciales singulares de cada Estado las litis que, en virtud de las normas sobre jurisdicción, resultan sometidas a la misma. Las normas sobre la competencia interna —continúa la Sala— solo son aplicables si previamente se resuelve, de manera afirmativa, el problema de la jurisdicción. De manera que, en aquellos sistemas que disponen de normas expresas delimitadoras de la jurisdicción, es técnicamente inadmisible delimitarla con cualesquiera otras normas no expresamente destinadas a cumplir tal función. Sólo en ausencia de normas sobre la jurisdicción se podría recurrir a las normas de competencia territorial interna.

36. Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

37. Gaceta Oficial No. 39.152, 2 de abril de 2009.

38. Gaceta Oficial No. 42.648, 12 de junio de 2023.

> y en cualquier otro de semejante naturaleza. En consecuencia, quedan sin efecto las competencias designadas por textos normativos preconstitucionales. Quedando incólume las competencias que en materia de violencia contra la mujer tienen atribuida.

Esta norma no establece criterios de competencia territorial, limitándose a referir la competencia de los tribunales de Municipio y remitiendo a las «reglas ordinarias» para ordenar lo relativo al territorio, las cuales, como hemos afirmado, no existen en materia de jurisdicción voluntaria. Así las cosas, la determinación de la jurisdicción sigue estando en manos del juez, quien en su análisis suele atender, principalmente, a la nacionalidad del solicitante. Criterio que, debemos aclarar, no es utilizado por las normas venezolanas de Derecho internacional privado, pero que en esta materia en particular ha resultado de general aceptación por los tribunales.

Lo que sí resulta de suma importancia en la función del juez en esta materia, ha sido la aceptación de la distinción entre su actuación al emitir el justificativo para perpetua memoria declarando quiénes son los únicos y universales herederos y el tema de la sucesión propiamente dicha. De hecho, así fue aceptado por un tribunal de instancia en el Zulia en abril de 2012, en una decisión en la cual admitió tener jurisdicción para emitir una declaración de únicos y universales herederos en un caso en el que el último domicilio del *de cuius* estuvo en Alemania, lugar donde se abriría la sucesión[39].

Más recientemente, en fecha 8 de diciembre de 2021, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia mediante la cual decidió una consulta de jurisdicción, planteada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y Marítimo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, el cual declaró la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos frente al juez extranjero, para emitir una declaración de únicos y universales herederos[40].

En este caso, se solicitó la declaración de la cónyuge sobreviviente y sus hijos como únicos y universales herederos a los efectos de la tramitación de la pensión de sobrevivientes ante autoridades venezolanas. Así, con fundamento en el artículo 936 del Código de Procedimiento Civil, la solicitante acompañó su escrito del acta de matrimonio; el acta de nacimiento de los hijos comunes, las cédulas de identidad del causante, de la solicitante y de sus hijos, y, la certificación literal de defunción asentada en el Registro Civil español, debidamente apostillada. Ante la solicitud, el tribunal de instancia, invocando el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, declaró improcedente la solicitud con fundamento en el artículo 993 del Código Civil, norma de conformidad con la cual, según hemos afirmado *supra*, la sucesión debe abrirse en el lugar del último domicilio del causante.

---

39. Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, sentencia No. S2-086-12, 10 de abril de 2012. En este caso se trató de una apelación contra la sentencia del tribunal de Municipio en la que se negó la solicitud, alegando que, de conformidad con el artículo 993 del Código Civil venezolano, «[l]a sucesión se abre en el momento de muerte y en el lugar del último domicilio del de cujus», por lo que, estando tal lugar en Alemania, «...resulta obligatorio para este Juzgado negar la solicitud de declaración de únicos y universales herederos... Así se decide». La sentencia de apelación comenzó por afirmar que, en efecto, la apertura de la sucesión es el momento que determina el inicio de la transmisión de los derechos de la persona que muere a sus herederos o causahabientes. «Sus efectos están dirigidos a determinar la competencia del juez en cuanto a las causas que se originan de la sucesión, la determinación de la aceptación de la herencia, y la publicación del testamento, de allí la importancia del lugar del último domicilio del de cujus a que se refiere el artículo 993 del Código Civil...». La declaración de únicos y universales herederos, por su parte, es «...una providencia judicial (justificativo de perpetua memoria) en la que **se determinará si un venezolano tiene condición de heredero o no**, conforme al análisis de los hechos concretos que se evalúan, lo que se genera con el fin de constituir una resolución que puede ser necesaria para cumplir otros actos o para realizar válidamente alguna actuación posterior». En la frase resaltada por nosotros se nota la admisión de la nacionalidad como criterio para afirmar la jurisdicción del tribunal para hacer la declaración de únicos y universales herederos.

40. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 0383, 8 de diciembre de 2021.

La solicitante apeló la decisión y el tribunal de instancia oyó la apelación a ambos efectos y remitió el caso al tribunal superior, el cual declaró sin lugar la apelación ejercida, anuló el fallo recurrido y declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial venezolano respecto del juez extranjero. Para llegar a esta conclusión, el tribunal superior descartó la aplicación del Código Bustamante puesto que no está vigente frente a España, y luego afirmó que la Ley de Derecho internacional privado no tiene normas para determinar la jurisdicción en casos de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, inexplicablemente, el tribunal aplicó el artículo 34 de la Ley, que es una norma sobre Derecho aplicable y que nada tiene que ver con la jurisdicción. A partir de este artículo, que ordena la aplicación a la sucesión del Derecho del domicilio del causante, afirmó que «puede colegirse que, tratándose el presente caso de una solicitud de declaración de únicos y universales herederos, ésta debe ser tramitada por el domicilio del causante que es la Provincia de Almería - España».

Al rechazar la competencia por considerar que correspondía a un juez extranjero, el tribunal de instancia remitió el expediente a la Sala Político-Administrativa, para la consulta obligatoria ordenada por el artículo 57 de la Ley de Derecho internacional privado. La Sala, tras formular un severo reproche a los operadores jurídicos por actuaciones negligentes, reconoció el carácter no contencioso del asunto, al no implicar una reclamación patrimonial ni la existencia de una parte contraria. A partir de allí, abordó la determinación de la jurisdicción conforme al sistema de fuentes establecido en el artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana.

Ante la inexistencia de tratado aplicable entre Venezuela y España, y dado que la Ley de Derecho internacional privado no contempla criterios específicos para casos de jurisdicción voluntaria, la Sala recurrió a la analogía como método interpretativo. De forma implícita, aplicó el criterio previsto en el artículo 42.2 del referido cuerpo normativo —relativo a las acciones sobre estado y relaciones familiares— que permite la sumisión cuando exista una vinculación efectiva con el territorio venezolano. Esta sumisión fue considerada tácita, conforme al artículo 45 *eiusdem*, al haberse presentado la solicitud sin cuestionamiento de competencia. La vinculación efectiva fue sustentada en el hecho de que la solicitud tenía por objeto gestionar una pensión de sobreviviente ante autoridades venezolanas, a pesar de que tanto el causante como la peticionaria residían en España. La Sala no justificó por qué aplicó este criterio en particular, ni explicó de forma expresa la procedencia de la analogía en esta materia, lo cual es problemático dado que, según afirmamos *supra*, la doctrina mayoritaria sostiene que la determinación de la jurisdicción no admite analogía. No obstante, concluyó que los tribunales venezolanos sí eran competentes, y revocó la decisión del tribunal de instancia[41].

3. Determinación del Derecho aplicable a la sucesión

3.1. Unidad vs. fraccionamiento

En materia de determinación del Derecho aplicable también se ha discutido ampliamente si dar un tratamiento unitario a la sucesión o si favorecer su fraccionamiento. Así, generalmente se confronta la aplicación de la Ley personal del causante —nacionalidad o domicilio— con la posibilidad de recurrir más bien al Derecho del lugar de ubicación de bienes que forman parte del patrimonio del causante.

En efecto, tal como acertadamente expone Uzal, en Derecho comparado se reconocen dos enfoques predominantes en materia sucesoria. Por un lado, se encuentra el modelo que promueve la aplicación de un único ordenamiento jurídico a la totalidad de la herencia, sin con-

41. Un análisis detallado de esta decisión puede verse en: Madrid Martínez, C., «Venezuela: un caso de jurisdicción voluntaria en Derecho internacional privado», en: *Hablemos de Derecho internacional privado*, 15 de diciembre de 2021 (https://www.hablemosdedipr.com/post/venezuela-un-caso-de-jurisdicción-voluntaria-en-derecho-internacional-privado).

siderar la ubicación de los bienes que la conforman, adoptando como criterios de conexión el domicilio o la nacionalidad del causante *(Lex personae)*. Por otro lado, existe una aproximación que fragmenta la sucesión, dividiéndola en función de la ubicación de los bienes en distintos Estados, de manera que cada uno de ellos se rige por la normativa del lugar en que se encuentra localizado *(Lex rei sitae)*[42].

En el caso de Venezuela, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, doctrina y jurisprudencia, ante la ausencia de una norma especial, se debatían entre calificar la sucesión como un mecanismo de transmisión de derechos reales y aplicar por ello el Derecho del lugar de ubicación de bienes, de conformidad con el entonces vigente artículo 10 del Código Civil, o entender que, más bien, se trataba de un tema vinculado a la personalidad jurídica del causante y aplicar por ello su Ley nacional, *ex* artículo 9 del Código Civil.

Esta discusión se originó, en buena medida, debido a la reserva, por parte de Venezuela, del artículo 144 del Código Bustamante, norma de conformidad con la cual «[l]as sucesiones intestadas y las testamentarias incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren».

Es curiosa esta reserva pues, en principio se debió al temor de someter un bien ubicado en Venezuela a un Derecho extranjero[43], y en cambio esta percepción no supuso la reserva del artículo 187 del mismo Código que, en materia de régimen patrimonial del matrimonio, admitió la aplicación de la Ley personal común de los contrayentes o, en su defecto, el Derecho del primer domicilio común.

La Ley de Derecho Internacional Privado puso punto final a esa discusión y se decantó por reconocer la unidad de la sucesión, al disponer en su artículo 34 que «[l]as sucesiones se rigen por el Derecho del domicilio del causante». Según afirma la doctrina venezolana, a pesar de la imprecisión de la norma, ha de entenderse que se trata del último domicilio del causante[44], entendido, según ya hemos expresado, como la última residencia habitual del *de cuius*, en aplicación del artículo 11 de la propia Ley.

En el caso de Colombia aún hoy conviven las dos perspectivas. En efecto, en el marco del Tratado de Montevideo prevalece la solución real, atada al Derecho del lugar de ubicación de los bienes, mientras que el Código Civil, según veremos *infra*, se inclina hacia el reconocimiento de la unidad de la sucesión como una universalidad.

Así, en el marco del Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional, las sucesiones están sometidas a «[l]a Ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate» (arts. 44 y 45). Esta solución consolida el tra-

---

42. Uzal, M.E., *Derecho internacional privado*, parte general, Buenos Aires, Le Ley, 2016, p. 598.

43. Según afirma Ochoa, «[l]a reserva de esta norma respondió a la percepción dominante en nuestra doctrina de entonces, según la cual la sucesión era un asunto de carácter real sujeto a la regla lex rei sitae». Ver: Ochoa Muñoz, J. «Derecho aplicable. artículo 34», en: Maekelt, T. *et al*. (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 879 ss., especialmente p. 889. En efecto, tal como lo reporta Benito Sansó, la doctrina venezolana estaba convencida de la necesidad de un tratamiento de la sucesión a la luz de la regla Lex rei sitae y, de hecho, cita la contundente afirmación de Dominici, para quien la aplicación de la Leu personal del causante «envuelve una abdicación de la soberanía, sobre todo en materia de inmuebles, porque estos hacen parte del suelo nacional o están adheridos a él, y admitir en lo tocante a ellos las leyes hereditarias extranjeras, que son leyes reales, es reconocer dentro del territorio propio el imperio de una potestad extraña». Ver: SANSÓ, B., «Las sucesiones en el Derecho internacional privado», en: *Estudios Jurídicos*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 667 ss., especialmente p, 740.

44. D'onza García, R., «Ley aplicable a las sucesiones...», *op. cit*., p. 98.

tamiento fraccionado de la sucesión que empezó a dibujarse al reconocer como competentes, para conocer de la sucesión, a «los jueces de los lugares en que se hallen situados los bienes hereditarios» (art. 66). Así, si se encuentra ubicado en Colombia un bien que forme parte integrante de la sucesión, el juez colombiano podrá pronunciarse, en aplicación del Derecho colombiano, respecto de ese bien. No habría así diferencia entre el tratamiento de los bienes individualmente considerados y de las sucesiones, a la luz de este tratado internacional.

No obstante, la doctrina reconoce que el tratado hace «cuatro concesiones a la "unidad"» de la sucesión. Una de estas concesiones —la referida a deudas que, cuando los créditos no pueden ser satisfechos en el lugar de su cumplimiento, se pueden cobrar los saldos proporcionalmente en otros países, si es que queda un superávit luego de satisfechos los acreedores locales— apareció en el Tratado de 1940 (art. 48), con lo cual no aplica para Colombia. Las otras tres «concesiones» se refieren, en primer lugar, a las formas, pues se reconoce validez al testamento abierto o cerrado otorgado por acto público en cualquiera de los Estados parte (art. 44); en segundo lugar, a los legados, cuando son de bienes determinados por su género, que no tuvieren lugar designado para su pago, a los que se debe aplicar el Derecho del domicilio del testador al tiempo de su muerte y se los hace efectivos sobre los bienes existentes en ese lugar, pudiendo, si quedase saldo, acudirse proporcionalmente sobre los demás bienes (art. 49); y, finalmente, en materia de colación, pues la obligación de colacionar se rige por el Derecho de la sucesión de la cual el bien en cuestión depende, y si consiste en una suma de dinero, se reparte proporcionalmente entre todas las sucesiones a las que concurra el heredero obligado (art. 50)[45].

Esta situación cambia en el sistema interno, pues el segundo inciso del artículo 1012 del Código Civil, en una de las escasas normas de conflicto que establece el Derecho internacional privado colombiano, reconoce la aplicación a la sucesión de la «Ley del domicilio en que se abre», lo cual debe entenderse, a la luz del inciso primero de la misma norma, como una referencia al último domicilio del *de cuius*, pues la disposición en referencia establece que «la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio».

Esta norma, que está en el Código Civil colombiano desde 1873, inspirada en el artículo 995 del Código Civil chileno de Andrés Bello, introduce en el sistema un factor de conexión diferente del consagrado de manera general para el llamado estatuto personal, en el artículo 19 que se refiere más bien a la nacionalidad. En todo caso, el artículo 1012 del Código Civil, según admitía Caicedo Castilla, prevalece sobre el artículo 20 del mismo Código, que consagra la regla *Lex rei sitae* para la regulación de los derechos reales sobre bienes, independientemente de la naturaleza de los mismos, pues en su acertada opinión, «el artículo 1012 es un precepto especial que no comprende sino aquellas relaciones jurídicas vinculadas al derecho sucesorio»[46].

No obstante la claridad del sistema, la Corte Suprema de Justicia, en un auto de 2016, mediante el cual estaba examinando la competencia en el caso de la sucesión de un español que tuvo su último domicilio en Colombia, entró —sin aclarar sus razones— en temas de determinación del Derecho aplicable. En opinión de la Corte, «[c]onviene indicar, igualmente, que el hecho de que el causante sea nacional español no excluye la jurisdicción colombiana, pues, como aquél tenía inmuebles en el país, acorde con la relación de relictos efectuada, impera la lex rei sitae, según lo prevé el artículo 20 del Código Civil»[47].

Ahora bien, resulta interesante que luego de disponer la aplicación a la sucesión del Derecho del último domicilio del causante, el artículo 1012 del Código Civil colombiano añade: «salvas las excepciones legales». Comentando esta norma, Caicedo Castilla entiende que tal expresión está referida en particular a dos excepciones: la primera, el caso «del colombiano que fallece

45. Albornoz, J.R., «Capítulo 21. Sucesión hereditaria», en: Fernández, D. (coord.), *Derecho internacional privado de MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 841 ss., especialmente p. 850.

46. Caicedo Castilla, J.J. *Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 6.ª ed., 1967, p. 421.

47. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto AC7803-2016, rad. 11001-02-03-000-2015-03168-00, 16 de septiembre de 2016.

domiciliado en país extranjero», pues en lo relativo al cónyuge y parientes colombianos, debe aplicarse el Derecho colombiano. La segunda excepción —continúa el propio autor— está contenida en el artículo 1054 del propio Código Civil[48].

El citado artículo 1054 dispone:

> En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio, tendrán los miembros de él, a título de herencia, de porción conyugal[49] o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes vigentes en el territorio les corresponderían sobre la sucesión intestada de un miembro del territorio.
>
> Los miembros del territorio interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero, existentes en el territorio todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero.
>
> Esto mismo se aplicará, en caso necesario, a la sucesión de un miembro del territorio que deja bienes en un país extranjero.

Tal como apunta el profesor Caicedo Castilla, la aplicación del artículo 1054 supone el cumplimiento de dos condiciones: «1) que se trate de herederos colombianos, y 2) que los derechos de esos colombianos sean desconocidos o vulnerados por la ley del domicilio. De modo que, si esta concede a los herederos colombianos iguales o mejores derechos que aquellos que les concede la ley colombiana, el art. 1054 no será aplicable»[50]. A esta norma volveremos al tratar el tema de las legítimas o asignaciones forzosas.

Finalmente, como una consagración particular del principio general de igualdad de colombianos y extranjeros ante la Ley —hoy consagrado por el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia—, el artículo 1053 del Código Civil dispone que «[l]os extranjeros son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en el territorio, de la misma manera y según las mismas reglas que los miembros de él».

3.2. Ámbito de aplicación del Derecho aplicable a la sucesión

Ahora bien, la *Lex sucessionis* se aplica prácticamente a todos los aspectos de la sucesión. Sin embargo, esta afirmación en principio sencilla tiene sus complicaciones, pues, tal como afirma Ochoa, la sucesoria es una relación muy compleja que llama a la aplicación de multiplicidad de normas relativas a la persona, la familia, los bienes, las obligaciones, los actos jurídicos y al propio proceso civil. Además, ha de tenerse en cuenta la llamada «dicotomía» en el tratamiento legal de la sucesión que entiende que esta puede ser testamentaria o abintestato[51].

Comentando el artículo 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, D'Onza[52] estima que la *Lex sucessionis* se aplica, en primer lugar, a la determinación de los herederos, el orden de suceder y la proporción de su respectiva participación, con excepción —y a ello volveremos *infra*— del derecho a la legítima. No obstante, la autora estima, respecto de la determinación de los herederos, que la relación familiar o matrimonial de la que deriva tal condición está sometida a su propio ordenamiento jurídico. En segundo lugar, la *Lex sucessionis* regula la determinación del lugar y la oportunidad de a apertura de la sucesión; en tercer lugar, el contenido del testamento, el legado y su interpretación; en cuarto término, las prohibiciones suceso-

48. Caicedo Castilla, J.J., *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 420.

49. En la sentencia C-283 de 13 de abril de 2011, la Corte Constitucional extendió este beneficio a los compañeros permanentes y a las parejas del mismo sexo, al considerar que la «exclusión de reconocimiento a compañero o compañera permanente supérstite al igual que a la pareja del mismo sexo resulta discriminatoria».

50. Caicedo Castilla, J.J., *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 420.

51. Ochoa Muñoz, J. «Derecho aplicable...», *op. cit.*, p. 893.

52. D'onza García, R., «Ley aplicable a las sucesiones...», *op. cit.*, pp. 99-100.

rales[53]; y, finalmente, las causas de indignidad, como incapacidades especiales derivadas de la relación del heredero con el *de cuius*.

En el caso del sistema venezolano, estarían excluidos[54], en primer lugar, la capacidad del testador para disponer de sus bienes, la cual se entiende sometida a su Ley personal, de conformidad con los artículos 146 del Código Bustamante y 16 de la Ley de Derecho internacional privado —norma esta última que acoge como Ley personal, de manera general, la del domicilio. Además, tratándose de un negocio jurídico deberá preferirse el Derecho del domicilio al momento de testar.

En segundo lugar, también está excluida la capacidad para recibir la herencia, sea mediante testamento, sea abintestato, sometida también al Derecho del domicilio del causahabiente. Ello de conformidad con los artículos 152 del Código Bustamante y 16 de la Ley de Derecho internacional privado. El Código Bustamante, con su característica concepción del orden público en el Derecho internacional privado, establece una excepción a la aplicación de la Ley personal respecto de las incapacidades para suceder consideradas como de orden público por cada Estado parte, caso en el cual se aplicará el Derecho local.

En tercer lugar, se excluye del ámbito de aplicación de la *Lex sucessionis* la capacidad del concebido que, de acuerdo con D'onza estaría sometida a «la Ley del domicilio del niño una vez nacido, por tratarse de un asunto relativo a la existencia y capacidad de una persona física», supuestos ambos referidos por el artículo 16 de la Ley de Derecho internacional privado[55], a lo que habría que añadir, y así lo hace Ochoa —aunque sin dejar de reconocer que esta solución rompe la unidad de la sucesión—, lo dispuesto por el artículo 28 del Código Bustamante, norma de conformidad con la cual, la Ley personal se aplica «para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, así como para la viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles o múltiples»[56].

En cuarto lugar, las presunciones de premoriencia y conmoriencia, que también encuentran regulación especial en el Código Bustamante, están excluidas del Derecho aplicable a la sucesión. Así, de conformidad con el artículo 29 del tratado referido, estas presunciones están sometidas a «la Ley personal de cada uno de los fallecidos en cuanto a su respectiva sucesión». En el ámbito de aplicación de la Ley de Derecho internacional privado, este caso también se subsumiría dentro de la expresión «existencia» del artículo 16. No obstante, tal como lo reconoce D'onza, «[e]sta solución puede entrañar dificultades prácticas en aquellos casos en que las personas difuntas tengan domicilios distintos y las distintas leyes domiciliares contemplen regímenes de presunciones de naturaleza y con consecuencias distintas»[57].

Haciéndose eco de la doctrina comparada, Ochoa estima que, si estas leyes no coincidieran en el establecimiento de una presunción en particular, habrá de recurrirse a la *Lex fori*. Ello sin dejar de reconocer la conveniencia de contar con una solución autónoma al respecto, tal como lo hace el artículo 13 de la Convención de La Haya sobre Ley aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte[58].

Finalmente, la forma del testamento también queda por fuera del ámbito de aplicación del Derecho aplicable a la sucesión. En el caso del Código Bustamante, este asunto está marcado por la concepción manciniana del orden público (art. 150) y en la Ley del Derecho internacional

53. D'Onza cita como ejemplo, la prohibición contenida en el artículo 845 del Código Civil venezolano.

54. Seguiremos en este punto a D'onza García, R., «Ley aplicable a las sucesiones...», *op. cit.*, pp. 100-101.

55. D'onza García, R., «Ley aplicable a las sucesiones...», *op. cit.*, p. 100.

56. Ochoa Muñoz, J. «Derecho aplicable...», *op. cit.*, p. 897.

57. D'onza García, R., «Ley aplicable a las sucesiones...», *op. cit.*, p. 101.

58. Ochoa Muñoz, J. «Derecho aplicable...», *op. cit.*, p. 901.

privado entraría en la regla general sobre Derecho aplicable a la validez formal de los actos jurídicos, contenida en el artículo 37 y que consagra una versión alternativa de la regla *Locus regit actum*, al disponer la aplicación del Derecho del lugar de otorgamiento del testamento, el Derecho que rige el fondo del mismo, o el Derecho del domicilio del otorgante (entiéndase domicilio al momento de otorgar el testamento). Entre estos ordenamientos, el juez deberá preferir aquel que favorezca la validez formal del testamento, en una clara aceptación del principio *pro validitatis* que inspira la norma[59].

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho internacional privado, lo relativo a la forma del testamento estaba regulado en Código Civil, mediante normas unilaterales que aceptaban el principio *Locus regit actum*, para los testamentos otorgados en el extranjero conforme al Derecho del lugar de otorgamiento (art. 879 CCV) y el principio *Auctor regit actum* para los testamentos otorgados ante agentes diplomáticos o consulares de Venezuela en el extranjero conforme al Derecho venezolano (arts. 880 y 881). Estas normas constituyeron una aplicación de los principios correspondientes a la regla general sobre la materia, establecida en el artículo 11 del mismo instrumento normativo.

Estas normas fueron en principio derogadas por la Ley de Derecho internacional privado. No obstante, hay ciertas discrepancias entre la doctrina respecto del alcance de esa derogatoria. En primer lugar, respecto de la regla *auctor regit actum*, D'Onza entiende que, tratándose de un principio generalmente reconocido a nivel internacional, este mantendría su vigencia[60]. Más problemática ha sido, en cambio, la cuestión relativa a la exigencia de documento público y a la prohibición del testamento mancomunado, verbal u ológrafo, a que se refiere el artículo 879 del Código Civil.

Al respecto, Hernández-Bretón estima que la derogatoria es total, de manera que «cualquier forma especial del Derecho venezolano en materia de testamentos ha sido removida y su aplicación a los testamentos otorgados en el extranjero debe ser rechazada»[61]. Según hemos sostenido en otras oportunidades, la exigencia de que el testamento se otorgue en forma auténtica y la expresa prohibición de que el testamento sea «otorgado por dos o más personas en el mismo acto», sea verbal o sea ológrafo, contenidas en la parte final del artículo 879, al ser consagradas por una norma que podría calificarse como norma internacionalmente imperativa, no se vería derogada por el ya citado artículo 37 de la Ley[62].

En el caso de Colombia, el punto de partida está en los artículos 44 y 45 del Tratado de Montevideo, pues estas normas sujetan «todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria» (art. 45.g) a la Ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, describiendo los supuestos que estarían incluidos en ella. Esta descripción inicia con una referencia, precisamente, a la forma del testamento, aspecto generalmente excluido del ámbito de aplicación del Derecho que rige la relación de que se trate pero que, en el ámbito del tratado, suele más bien incluirse. No obstante, según el propio artículo 44, «el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás».

---

59. Maekelt, T., *Ley venezolana de Derecho internacional privado…*, *op. cit*., pp. 91-92.

60. D'onza García, R., «Ley aplicable a las sucesiones…», *op. cit*., pp. 109-110.

61. Hernández-Bretón, E., «La Saga Siegert: La regla locus regit actum y la forma de los testamentos», *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela*, 2022, No. 4, pp. 401 ss., especialmente p. 411. En sentido similar: D'ONZA GARCÍA, R., «Ley aplicable a las sucesiones…», *op. cit*., p. 107.

62. Domínguez Guillén, M.C., *Manual de Derecho sucesorio…*, *op. cit*., pp. 431-432. Madrid Martínez, C., *La norma de Derecho internacional privado…*, *op. cit*. Aunque refiriéndose a la exigencia de instrumento público contenida en el artículo 11 del Código Civil, tampoco admiten la derogatoria total: Esis Villaroel, I. y Guerra Hernández, V., «Forma de los actos. Artículo 37», en: Maekelt, T. et al. (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, pp. 925 ss., especialmente p. 941.

Ahora bien, la capacidad, tanto para testar como para suceder —también comúnmente excluidas— resultan sometidas, en virtud del artículo 45, literales a y b, al Derecho del lugar de ubicación de sus bienes, lo cual supone una excepción al artículo 1 del propio tratado que somete la capacidad de las personas al Derecho de su domicilio. A continuación, el artículo 45 también somete al Derecho que rige la sucesión lo relativo a la validez y efectos del testamento; los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; la existencia y proporción de las legítimas —a ellas, también denominadas asignaciones forzosas, volveremos *infra*—; y la existencia y monto de los bienes reservables. En el marco de este tratado, quedarían fuera del ámbito de aplicación las ya referidas concesiones al tratamiento unitario de la sucesión.

Ahora bien, en el caso del sistema interno, la generalidad de las cuestiones referidas a la sucesión, como hemos afirmado *supra*, estarían sometidas al Derecho del último domicilio del causante. Sin embargo, tal como reconoce Caicedo Castilla, hay «casos en los cuales el legislador ha manifestado expresamente su voluntad de que no se aplique la ley del domicilio». El propio autor se refiere, en particular, a la forma del testamento que, para evitar que se rigiese por el Derecho del último domicilio del causante, fue sometida expresamente a la Ley local, es decir, al Derecho del lugar de otorgamiento[63].

Antes de analizar esta solución con algo de detalle, ha de tenerse en cuenta que, en Colombia, el testamento es «un acto más o menos solemne» (art. 1055 CCC). Tal declaración obedece a la aceptación de los llamados testamentos privilegiados que prescinden de formas solemnes y cuyo otorgamiento procede en circunstancia excepcionales, establecidas expresamente por el legislador. Así, en esta categoría se incluye el testamento verbal, el militar y el marítimo. El primero «no tendrá lugar sino en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber tiempo o modo de otorgar testamento solemne» (art. 1092 CCC). Para otorgar testamento militar es necesario que el testador se halle «en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada» (art. 1100 CCC); y el marítimo solo puede otorgarse «a bordo de un buque colombiano de guerra en alta mar» (art. 1105 CCC).

Fuera de estos casos, en los que deben cumplirse formalidades posteriores a su otorgamiento (arts. 1094, 1096, 1102 y 1107 CCC), en Colombia el testamento es solemne y debe por ello otorgarse por escrito (art. 1067 CCC), ante un notario (arts. 1070 y 1078 CCC) y está sujeto a registro, según lo dispone el artículo 4.c de la Ley 1579 de 2012, mediante la cual se establece el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos[64].

Ahora bien, tratándose de testamentos solemnes, el legislador colombiano, mediante una norma de carácter unilateral —fiel al método estatutario—, dispuso que será válido el testamento otorgado en el extranjero «si por lo tocante a las solemnidades, se hiciere constar su conformidad a las leyes del país o Estado en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo» (art. 1084 CC).

En definitiva, —siguiendo a Lafont Pianetta— esta solución impone que además de cumplir con las formas impuestas por el Derecho del lugar de otorgamiento, el testamento debe constar por escrito y otorgarse ante un funcionario público. Este último requisito está directamente vinculado con la autenticidad exigida por el propio artículo 1084 y que es definida, en el artículo 21 del Código Civil, como el «hecho de haber sido otorgados y autorizados [los instrumentos públicos] por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese». Además, a los efectos probatorios, el propio autor afirma que, tal como lo dispone el artículo 22 del Código Civil, tratándose de documentos solemnes, «no valdrán escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de estas en el país en el que hubieren sido otorgadas»[65].

63. Caicedo Castilla, J.J., *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 421.

64. Ley 1579 de 2012 (octubre 1), Diario Oficial No. 48.570, 1 de octubre de 2012.

65. Lafont Pianetta, P., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, Tomo 2, p. 169.

Se consagra así, en el Derecho internacional privado colombiano, la regla *locus regit actum* de manera imperativa, la cual, además, con una reglamentación muy cercana al orden público, exige solemnidad y autenticidad. Esto, desde luego, deja fuera la posibilidad de entender como válido en Colombia un testamento ológrafo otorgado en el extranjero y así lo ha entendido la doctrina colombiana[66].

Además, el propio Código da cabida a la aplicación, en esta materia, de la regla *auctor regit actum*, al permitir la aplicación del Derecho colombiano a la forma de testamentos otorgados en el extranjero, en los casos en el que testador sea colombiano o, siendo extranjero, tenga su domicilio en Colombia, y el testamento sea otorgado ante la autoridad diplomática o consular colombiana en el país de otorgamiento (art. 1085 CC).

Finalmente, una mirada al sistema exige excluir también del ámbito de aplicación de la Ley que regula la sucesión, a diferencia de la manera en que expresamente lo dispone el Tratado de Montevideo antes comentado, todo lo relativo a la capacidad, tanto la del testador como la del heredero, lo cual debe estar sujeto a la regla general de aplicación de la Ley nacional, de conformidad con el artículo 19 del Código Civil[67].

3.3. La legítima y el orden público en el Derecho Internacional Privado

Hay, dentro del patrimonio del testador, una porción considerada como absolutamente indisponible, con lo cual, la libertad de testar se hace relativa. La parte indisponible, según afirma de Ruggiero, está integrada por porciones legítimas que corresponden a los herederos legitimarios, produciéndose una «sucesión necesaria», en el sentido de que «el llamamiento tiene lugar aun contra la voluntad del difunto, por disposición de la ley, la cual no suple la voluntad del difunto, sino que prohíbe una distinta atribución de los bienes»[68].

El fundamento de esta institución «se encuentra en el espíritu de solidaridad que anima a los integrantes del grupo familiar más íntimamente ligados por el vínculo parental, y en virtud del cual los descendientes, ascendientes y cónyuges, tienen la obligación de procurarse entre sí la mayor suma de comodidades posibles y, por tanto, preferibles antes que otros parientes lejanos»[69].

Tanto el Derecho colombiano como el venezolano consagran limitaciones a la facultad de testar a través de la legítima. En Venezuela, se hace referencia directamente a la «legítima», como «una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes» (art. 883 CCV).

En Derecho colombiano la legítima es una de las asignaciones forzosas «que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas» (art. 1226 CCC). Estas asignaciones incluyen los alimentos que por Ley se deben a determinadas personas, la porción que corresponde al cónyuge sobreviviente «que carece de lo necesario para su congrua subsistencia» (art. 1230 CCC), extensible a los compañeros permanentes y parejas del mismo sexo[70]; y las legítimas, que son las cuotas asignadas por Ley a los descendientes y los ascendientes (arts. 1239 y 1240 CCC). La Ley 1934 de 2018 excluyó

66. Caicedo Castilla, J.J., *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 423. Lafont Pianetta, P., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, Tomo 2, p. 169.

67. Así lo acepta Monroy Cabra, M.G., «Sucesión *mortis causa*», en: García, L. y Aljure, A. (eds.), *Teoría general del Derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, Legis, 2016, pp. 305 ss., especialmente p. 311.

68. De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Reus, 1931, Vol. II, p. 1121.

69. Domínguez Guillén, M.C., *Manual de Derecho sucesorio...*, *op. cit.*, pp. 507-508.

70. Corte Constitucional, sentencia C- 283 de 13 de abril de 2011.

de las asignaciones forzosas a las llamadas mejoras[71], es decir, la cuota de bienes del causante que la Ley reserva para que este pueda favorecer, beneficiar o mejorar a ciertas personas[72].

En ambos casos, la legítima, al limitar la libertad de testar, es generalmente considerada como de orden público[73]. Esta calificación del Derecho interno suele trascender al Derecho internacional privado, lo cual implica que es posible desaplicar un Derecho extranjero que no reconociese la legítima o lo hiciere de manera y en proporciones diferentes.

No obstante, tal como afirma Araujo Quintero, debe considerarse la naturaleza y la forma de actuación del orden público en el Derecho internacional privado antes de pensar en un rechazo automático a la aplicación del Derecho extranjero. En efecto, aunque la presencia del orden público es común en el Derecho sucesorio, y su actuación se hace más compleja cuando se trata de las legítimas, pues no todos los ordenamientos jurídicos las reconocen, y aquellos que lo hacen no necesariamente coinciden en su configuración, la excepción de orden público solo debe operar si la aplicación del Derecho extranjero produce un resultado que contraríe manifiestamente los principios esenciales del ordenamiento del foro, y no simplemente por la inexistencia de una institución concreta como la legítima. Por lo tanto, solo habría impedimento para aplicar un Derecho extranjero, ya sea que reconozca las legítimas o promueva la libertad total de testar, cuando se produzca una violación de los principios esenciales[74].

Pensemos en un caso en que el testador dispone enteramente de su patrimonio en favor de sus herederos forzosos, conforme a un Derecho que desconoce el Derecho a la legítima, por qué activar en el orden público en el Derecho internacional privado en un caso semejante, nos preguntamos, si en la práctica no se produce una violación del derecho a la legítima.

En tal sentido, en el Derecho internacional privado colombiano, Caicedo Castilla admite que en los casos en que los derechos sucesorios de los colombianos sean desconocidos o vulnerados por el Derecho del último domicilio del causante, la norma colombiana sobre asignaciones forzosas tendría aplicación preferente. De hecho, el propio autor sostiene que el artículo 1054 del Código Civil, en principio referido a la sucesión intestada, se aplicaría, por ejemplo, en el caso de que el testamento desconozca las asignaciones forzosas, pues en tal caso «tendría que considerarse la sucesión como intestada por no haber dispuesto el difunto de sus bienes conforme a derecho»[75].

En el caso de Venezuela, la Ley de Derecho internacional privado optó por una fórmula especial que, a la par de garantizar los derechos de los herederos a la legítima, evita discusiones respecto del orden público. Así, de conformidad con el artículo 35 de la Ley comentada, «los descendientes, los ascendientes y el cónyuge no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo su derecho a la legítima que les acuerda el Derecho venezolano».

Según estima D'onza, se trata de una norma que de manera particular plasma un principio protegido por el orden público, al margen de la regla general contenida en el artículo 8 de la propia Ley y que, de manera acertada, limita el ejercicio del derecho a la legítima a los bienes

---

71. Según afirma Charrupi Hernández, «la Ley 1934 de 2018 modificó parcialmente el régimen de sucesiones al otorgar una mayor libertad al testador al momento de efectuar las disposiciones testamentarias, eliminando la cuarta de mejoras destinada a acrecentar la cuota herencial de los descendientes, dejando en dos partes la masa sucesoral —previas deducciones y agregaciones en razón de las donaciones que hubiere hecho el de cujus—, distribuyéndose la mitad de los bienes para los legitimarios (mitad legitimaria) y la otra para libre disposición». Ver: Charrupi Hernández, N.R., «La evolución del régimen sucesoral en el Derecho colombiano. A propósito de la Ley 1934 de 2018», *Revista de Derecho Privado*, 2021, No. 40, pp. 437 ss., especialmente p. 439.

72. Lafont Pianetta, P., *Derecho de sucesiones*..., *op. cit*., Tomo 1, p. 268.

73. Domínguez Guillén, M.C., *Manual de Derecho sucesorio*..., *op. cit*., p. 499; Lafont Pianetta, P., *Derecho de sucesiones*..., *op. cit*., Tomo 2, p. 268.

74. Quintero Araujo, C., «El orden público internacional y las legítimas. Una mirada crítica desde el Derecho internacional privado», *En Letra*, 2018, año V, No. 9, pp. 177 ss., especialmente p. 192.

75. Caicedo Castilla, J.J., *Derecho internacional privado*..., *op. cit*., pp. 420 y 422.

ubicados en Venezuela. En su opinión, si la protección de la legítima dependiera exclusivamente de la excepción de orden público, consagrada en el artículo 8 de la Ley, existiría el riesgo de que este derecho quedara insatisfecho en la práctica. Aunque un juez venezolano podría inaplicar el Derecho extranjero competente (vía orden público) y aplicar el Derecho venezolano para garantizar la legítima sobre bienes tanto locales como extranjeros, los herederos enfrentarían obstáculos para ejecutar la sentencia en otros países, especialmente donde rigiera el Derecho extranjero desplazado. Esto justifica limitar la legítima a los bienes ubicados en Venezuela, razón de ser del artículo 35 de la Ley de Derecho internacional privado, que evita conflictos prácticos y asegura una protección efectiva dentro del territorio nacional[76].

Ahora bien, el carácter facultativo que asume la redacción de la norma nos permite afirmar, con Ochoa, que en el caso de una sucesión sometida a Derecho extranjero «que concede un derecho legitimario de menor cuantía que el venezolano, el heredero forzoso podría optar entre conformarse con esa cuota o solicitar que se le reconozca la cuota legítima conforme al ordenamiento material venezolano, en cuyo caso, será este ordenamiento el que determine el monto de la legítima y su cálculo». El autor además destaca que no se trata de protección a nacionales venezolanos o a personas domiciliadas en Venezuela, sino que es aplicable a todos los herederos legitimarios[77].

Ahora bien, como hemos afirmado, la norma limita la efectividad del derecho a la legítima de los herederos forzosos —la mitad de lo que les hubiere correspondido en la sucesión intestada, ex artículo 884 del Código Civil— a los bienes ubicados en Venezuela, lo cual podría suponer que estos no sean suficientes para alcanzar las cuotas establecidas por Ley. En tal caso, debería procederse a una asignación de cuotas iguales entre los herederos legitimarios que reclamen su participación, pues la propia norma admite que estos pueden hacer efectivo su derecho, no es, en ese sentido, un deber del juez[78].

Respecto del cálculo de la legítima, ante el silencio de la norma, D'Onza estima que la misma «debería calcularse sobre el monto conformado por el activo neto hereditario y las donaciones efectuadas por el causante durante los últimos diez años de su vida, incluyendo, a los efectos de su cálculo, no solo los bienes de la herencia ubicados en Venezuela sino también aquéllos ubicados en el exterior»[79]. Ochoa se muestra de acuerdo con esta idea, añadiendo la inconveniencia de romper la unidad del tratamiento de la sucesión, como universalidad de bienes que es, a los efectos del cálculo de la legítima solo sobre bienes ubicados en Venezuela[80].

4. Una breve conclusión

La sucesión internacional, en tanto fenómeno jurídico complejo, pone en evidencia la tensión estructural entre enfoques que priorizan la universalidad del patrimonio del causante y aquellos que favorecen su fraccionamiento en función de la localización de los bienes. En tal sentido, Venezuela ha optado por una solución normativa coherente, basada en el último domicilio del causante, lo cual refuerza el principio de unidad de la sucesión, tanto en materia de jurisdicción como de Derecho aplicable. En cambio, Colombia presenta un sistema híbrido, en el que conviven criterios

76. D'ONZA GARCÍA, R., «Ley aplicable a las sucesiones...», *op. cit.*, p. 102.

77. OCHOA MUÑOZ, J. «Derecho a la legítima. artículo 35», en: MAEKELT, T. *et al*. (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 905 ss., especialmente p. 906.

78. Ochoa en cambio entiende que la repuesta a la pregunta «¿Qué pasaría si ... sólo uno de los herederos forzosos reclamare su derecho a la legítima? ... debe darla la jurisprudencia». OCHOA MUÑOZ, J. «Derecho a la legítima...», *op. cit.*, p. 910.

79. D'ONZA GARCÍA, R., «Ley aplicable a las sucesiones...», *op. cit.*, p. 103.

80. OCHOA MUÑOZ, J. «Derecho a la legítima...», *op. cit.*, p. 908.

convencionales que promueven el fraccionamiento (como los del Tratado de Montevideo) con normas internas más modernas —a pesar del tiempo de su promulgación— que, sin ser formalmente de Derecho internacional privado, orientan hacia un tratamiento unitario. Esta coexistencia no solo genera inseguridad jurídica, sino que revela una necesidad urgente de reforma sistemática.

Una idea a destacar en estas breves líneas se relaciona con la protección prevista en ambos sistemas para los herederos forzosos y el papel de la legítima en contextos transnacionales. La comparación muestra como Venezuela, al establecer una regla expresa que garantiza el derecho a la legítima sobre bienes situados en su territorio, asegura una protección efectiva sin depender exclusivamente de la excepción de orden público el Derecho internacional privado. Colombia, por su parte, mantiene una concepción clásica, confiando en el juego del artículo 1054 del Código Civil y en la actuación del orden público en el Derecho internacional privado.

En todo caso, si algo nos deja claro este breve recorrido, es la idea de que la sucesión internacional pone a prueba la capacidad del Derecho internacional privado para responder con coherencia y eficacia ante situaciones en las que confluyen relaciones y, en consecuencia, sistemas jurídicos muy diversos. En este ámbito, el Derecho internacional privado no puede limitarse a soluciones formales o mecánicas, por el contrario, la realidad exige una estructura normativa clara, principios bien definidos y una comprensión precisa de la sucesión como fenómeno jurídico integral. El tratamiento unitario, la garantía de derechos esenciales como la legítima y la coordinación entre jurisdicción y Derecho aplicable no pueden ser solo aspiraciones teóricas, sino que deben entenderse como condiciones necesarias para preservar la seguridad jurídica y la equidad en un momento particularmente delicado. Solo mediante soluciones bien estructuradas, basadas en reglas claras, se podrá asegurar que la transmisión hereditaria cumpla su función social y económica sin vulnerar los derechos fundamentales de las partes involucradas.

5. Bibliografía

Albornoz, J.R., «Capítulo 21. Sucesión hereditaria», en: Fernández, D. (coord.), *Derecho internacional privado de MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 841 ss.

Barrios, H., «Del domicilio», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 117, pp. 41 ss.

Bonnecase, J., *Tratado elemental de Derecho civil*, México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995.

Caicedo Castilla, J.J. *Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 6.ª ed., 1967.

Charrupi Hernández, N.R., «La evolución del régimen sucesoral en el Derecho colombiano. A propósito de la Ley 1934 de 2018», *Revista de Derecho Privado*, 2021, No. 40, pp. 437 ss.

D'onza García, R., «Ley aplicable a las sucesiones, Ley aplicable a la forma de los actos y Ley aplicable a la prueba de los actos en la nueva Ley de Derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 118, pp. 95 ss.

De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Reus, 1931, Vol. II.

Diez Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1982, Vol. IV.

Domínguez Guillén, M.C., *Manual de Derecho sucesorio*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2.ª ed. revisada y aumentada, 2019.

Esis Villaroel, I. y **Guerra Hernández, V**., «Forma de los actos. Artículo 37», en: Maekelt, T. *et al*. (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, pp. 925 ss.

Fernández Rozas, J.C. y **Sánchez Lorenzo, S**., *Derecho internacional privado*. Madrid, Civitas, 3.ª ed., 2004.

Guerra Hernández, V., «Conflictos de jurisdicción y competencia en el Derecho internacional privado», en: García, L. y Aljure, A. (eds.), Teoría general del Derecho internacional privado, Bogotá, Universidad del Rosario, Legis, 2016, pp. 349 ss.

Hernández-Bretón, E., «Acciones sobre estado y relaciones familiares. Artículo 42», en: Maekelt, T. *et al*. (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 1021 ss.

Hernández-Bretón, E., «Acciones sobre universalidades de bienes. Artículo 41». En: Maekelt, T. *et al*. (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 1015 ss.

Hernández-Bretón, E., «El domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado venezolano actual», en: PARRA, F. (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 1, 2002, *Addendum*, pp. 147 ss.

Hernández-Bretón, E., «La Saga Siegert: La regla locus regit actum y la forma de los testamentos», *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, *Universidad Central de Venezuela*, 2022, No. 4, pp. 401 ss.

Hernández-Bretón, E., «Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (Especial referencia a los litisconsorcios pasivos)». *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1991, No. 43, pp. 216 ss.

Lafont Pianetta, P., *Derecho de sucesiones*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, Ltda., 10 ed., 2017.

Madrid Martínez, C., «Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado», en: Maekelt, T. (coord.), *Derecho procesal civil internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, (ISBN 9789806396746), pp. 99 ss.

Madrid Martínez, C., *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Serie Trabajos de Grado, No. 2, 2004.

Maekelt, T. y Barrios, H., «Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado», en: Parra, F. (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, No. 1, 2002, *Addendum*, pp. 297 ss.

Maekelt, T., *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002.

Marín Fuentes, J.L., *Derecho internacional privado. Síntesis y análisis evolutivo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2021.

Monroy Cabra, M.G., «Sucesión *mortis causa*», en: García, L. y Aljure, A. (eds.), *Teoría general del Derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, Legis, 2016, pp. 305 ss.

Ochoa Muñoz, J. «Derecho a la legítima. artículo 35», en: Maekelt, T. *et al*. (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 905 ss.

Ochoa Muñoz, J. «Derecho aplicable. artículo 34», en: Maekelt, T. *et al*. (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 879 ss.

Quintero Araujo, C., «El orden público internacional y las legítimas. Una mirada crítica desde el Derecho internacional privado», *En Letra*, 2018, año V, No. 9, pp. 177 ss.

Sánchez de Bustamante y Sirven, A., *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3.ª ed., 1947.

Sansó, B., «Las sucesiones en el Derecho internacional privado», *Estudios Jurídicos*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 667 ss.

Torres-Rivero, A.L., «Declaratoria de sucesor», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1993, No. 88, pp. 156 ss.

Uzal, M.E., *Derecho internacional privado*, parte general, Buenos Aires, Le Ley, 2016.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000.

Zapata Giraldo, A., «Colombia», en: Basedow, J., Rühl G., Ferrari F. y de Miguel, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, pp. 1981 ss.

CAPÍTULO 19

LOS DESAFÍOS DE LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA EN UN MERCOSUR NO ARMONIZADO

Sebastián Paredes

Profesor de Derecho internacional Privado
Universidad de Buenos Aires

Paloma Hernández

Docente de Derecho internacional Privado
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS SUCESIONES INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MERCOSUREÑO. 3. LAS FUENTES CONVENCIONALES. 3.1. La Jurisdicción internacional en las fuentes convencionales. 3.2. El Derecho aplicable en las Fuentes convencionales. 4. LAS NORMAS DE DIMENSIÓN AUTÓNOMA DE LOS ESTADOS DEL MERCOSUR. 4.1 Argentina. 4.2 Brasil. 4.3 Paraguay. 4.4 Uruguay. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La creciente interconexión global y los avances tecnológicos plantean desafíos significativos para la gestión patrimonial. Desde hace décadas, observamos un fenómeno en el que patrimonios y familias se distribuyen a través de múltiples jurisdicciones. La digitalización de los activos añade una complejidad adicional, ya que la riqueza no solo está diversificada geográficamente, sino también descentralizada. En este contexto, las cuestiones de sucesión transfronteriza mantienen su relevancia en el Derecho internacional privado (Dipr), dada la pluralidad de sistemas legales que deben interactuar para resolverlas.

Así, por ejemplo, la Unión Europea (UE) unificó su derecho sucesorio para casos comunitarios con el Reglamento N° 650/2012[1]. Sin embargo, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) carece

1. Carrillo Pozo, L. F., «El reglamento europeo 650/2012 ante el cambio de paradigma del derecho de sucesiones», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 151, 2018, pp. 51-83. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/12289/13926

de un instrumento similar para sucesiones internacionales. En consecuencia, la normativa en los países miembros del MERCOSUR sigue siendo fragmentada y sin un enfoque común[2].

A diferencia del marco europeo, que establece reglas comunes en materia de jurisdicción y derecho aplicable a través de las cuales se deben analizar los procesos sucesorios, el escenario jurídico en el Cono Sur se caracteriza por la coexistencia de sistemas pluralistas, unitarios y mixtos, lo que genera una complejidad normativa y estratégica que requiere una comprensión profunda.

El MERCOSUR es un sistema de integración que está compuesto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay como Estados Parte[3], con la reciente adhesión de Bolivia, que se encuentra en un período de transición de hasta cuatro años para adecuar su normativa interna al acervo del bloque[4]. Aunque se fundó para la integración económica y comercial, pronto vio la necesidad de armonizar su normativa en áreas como el derecho privado para facilitar el libre movimiento de bienes y servicios. Sin embargo, en el caso de las sucesiones internacionales, la normativa sigue siendo fragmentada y sin un enfoque homogéneo.

En este capítulo, se examinarán las fuentes jurídicas internacionales y las de fuente autónoma que regulan estos temas, además de los proyectos de reforma que se están desarrollando en algunos de estos países. El objetivo es proporcionar un análisis integral sobre el marco normativo en vigor, identificar las áreas de cooperación y los desafíos que aún persisten, y ofrecer propuestas para mejorar la armonización y cooperación jurídica en la materia en la región.

2. Las sucesiones internacionales en el Derecho Internacional Privado mercosureño

En el Dipr, al igual que en otras ramas del derecho sucesorio, es clave entender la diferencia entre dos sistemas históricos: el romano y el germánico. El sistema romano se basa en la idea de que los herederos continúan la personalidad legal del fallecido, mientras que el germánico se enfoca principalmente en los bienes que componen la herencia.

Esta diferencia conceptual adquiere especial relevancia cuando la sucesión presenta elementos internacionales, tales como el último domicilio del causante o la localización de bienes en distintos Estados. En tales casos, cada país aplicará su normativa conforme a la concepción jurídica que tenga sobre la institución sucesoria. En el plano internacional, esta divergencia se manifiesta en la contraposición entre las teorías de la unidad y del fraccionamiento de la sucesión.

En relación con la conexión entre esta dicotomía y los sistemas de origen romanista y germánico, Albornoz señala:

---

2. Sin embargo, en otras áreas del Derecho internacional privado, el MERCOSUR sí ha logrado unificar criterios. Esto se evidencia en una serie de protocolos que establecen soluciones comunes, como el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados partes del MERCOSUR de 1996, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados partes del MERCOSUR de 1992, o el Protocolo de Medidas Cautelares de 1994, entre otros.

3. Venezuela se encuentra suspendida desde 2017 en los términos de los arts. 5 y 6 del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR. https://www.mercosur.int/documento/decision-sobre-la-suspension-de-venezuela-en-el-mercosur/

4. El Protocolo de Adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al MERCOSUR fue firmado por la totalidad de los Estados partes en el año 2015. El instrumento de ratificación respectivo fue depositado por Bolivia en julio de 2024 y entró en vigencia el 7 de agosto del mismo año. Desde ese momento se abre un período de hasta 4 años para que ese Estado incorpore el acervo normativo del bloque mercosureño. Ver: Perotti, A. D., «Algunos efectos inmediatos que surgen con la entrada en vigencia del «Protocolo de Adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al Mercosur», *ElDial.com*, 2024.

> «Es así que, como consecuencia de concebir a la herencia como una masa patrimonial única que al morir el causante se traspasa al heredero continuador de su persona, se llega a sostener que una sola ley nacional debe ser llamada a regular esa transmisión. Por el contrario, de la idea germánica de una herencia múltiple compuesta por una pluralidad de bienes deriva el sometimiento de la transmisión de cada bien al derecho del Estado en que se encuentra situado»[5].

En este sentido, los Estados que adoptan la teoría de la unidad disponen que, en los casos de sucesión internacional —cuando el causante deja bienes en diferentes jurisdicciones— se iniciará un único procedimiento sucesorio, regido por una sola ley nacional. Por el contrario, los Estados que adhieren a la teoría del fraccionamiento establecen que debe iniciarse un proceso sucesorio en cada país donde existan bienes, aplicándose a cada uno de ellos la ley del lugar de su situación.

Esta oposición teórica resulta particularmente conflictiva cuando un Estado, a nivel de su legislación interna, adopta la teoría de la unidad, pero ha ratificado instrumentos convencionales que consagran el fraccionamiento. En esta línea, Goldschmidt advertía:

> «La lucha entre la unidad o fraccionamiento de la herencia, no es por ende, prístinamente ninguna controversia privativamente jusprivatista internacional; concierne, al contrario, al Derecho Civil. En efecto, se discute originariamente si al morir una persona en un caso absolutamente nacional su patrimonio relicto debe transferirse como unidad a otras personas, los herederos, o si es menester buscar para cada bien relicto la persona a la cual corresponde hacerse cargo de éste. Por supuesto, existe también fraccionamiento si esta búsqueda no se hace para cada bien relicto sino para clases de bienes relictos, por ejemplo, para inmuebles y para muebles o para bienes procedentes de cierta rama de familia a la cual regresan (herencia y reserva troncal). Ahora bien, un Derecho que en su propio Derecho sucesorio comulga con el principio del fraccionamiento, lógicamente mantiene el mismo ángulo visual en su Dipr. Lo que es, al contrario, asombroso es que Derechos que proclaman enfáticamente en la órbita de su Derecho Sucesorio el principio de la unidad y de la existencia de un patrimonio relicto, en su Dipr, se afilien al sistema opuesto del fraccionamiento mediante una destructora conexión del destrozo, porque no se comprende que lo que es uno si el caso es interno, se torna múltiple si interviene el hecho brutal de la división política de la tierra en Estados soberanos»[6].

Analizar esta dicotomía desde la óptica de los países del MERCOSUR no es menos conflictivo. Como ya se mencionó, en este ámbito, la materia sucesoria no ha sido objeto de regulación mediante normas convencionales propias del bloque lo que impide una unificación normativa. No obstante, los países que lo integran ratificaron en forma autónoma, diversos instrumentos internacionales que sí abordan la cuestión sucesoria.

3. Las fuentes convencionales

En particular, Argentina, Uruguay, Paraguay y Bolivia junto a Perú y a Colombia son contratantes del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (TMDC 1889); mientras que Argentina, Paraguay y Uruguay también han ratificado el tratado homónimo de 1940 (TMDC 1940). En lo que respecta a estos tres últimos, se aplica el tratado de 1940 en virtud de la regla del art. 66 del TMDC 1940[7]. Por su parte, Bolivia y Brasil han adherido al Código de Derecho Internacional Privado, conocido como Código de Bustamante, celebrado en La Habana, en 1928.

---

5. Albornoz, J. R., «Sucesión hereditaria» en Fernández Arroyo, D. P., *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalía, 2003, pp. 843-844.

6. Goldschmidt, W., *Derecho internacional privado*, 9a edición, Depalma, 2002, p. 360.

7. Art. 66.- Hecho el canje en la forma del art. anterior, este Tratado entrará en vigor desde ese acto, entre

Ambos Tratados de Montevideo de Derecho Civil (TMDC) consagran la teoría del fraccionamiento sucesorio. En contraste, el Código de Bustamante adopta la teoría de la unidad. Esta disparidad normativa genera, a nivel convencional, una fragmentación entre los países del MERCOSUR respecto al régimen aplicable a las sucesiones internacionales. A continuación, analizaremos cada una de las fuentes normativas mencionadas y sus particularidades.

3.1. La jurisdicción internacional en las fuentes convencionales

En los Estados parte del MERCOSUR, la doctrina y la práctica jurídica tienden a utilizar el término «jurisdicción internacional» para hacer referencia a la facultad de los órganos jurisdiccionales de un Estado para conocer de controversias con elementos extranjeros. En cambio, el concepto de «competencia» se reserva, en general, para delimitar la atribución de causas entre órganos judiciales dentro del territorio nacional[8].

Como ya se mencionó, son varios los instrumentos internacionales ratificados por los países miembro que regulan esta materia. Específicamente en cuanto a la jurisdicción: TMDC 1889, TMDC 1940, y el Código de Bustamante.

Entre otras, estos instrumentos establecen reglas para determinar el foro competente en los casos de sucesiones con elementos internacionales. En líneas generales, la cuestión de la jurisdicción internacional se resuelve mediante criterios atributivos de jurisdicción basados en la persona (domicilio, nacionalidad) o con un criterio territorial (lugar de situación de los bienes).

Así, tanto el TMDC 1889 como el TMDC 1940 establecen en sus arts. 66 y 63 respectivamente: «Los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en donde se hallen situados los bienes hereditarios».

De acuerdo con lo antes expuesto, ambas normas montevideanas, en lo referente a las cuestiones de jurisdicción internacional, receptan el más absoluto fraccionamiento del caso. Así, teniendo en cuenta el criterio atributivo «lugar de situación de los bienes» es posible que se declaren competentes tribunales situados en países distintos, respecto de la sucesión de la misma persona humana, pero en relación a cada uno de los bienes que compongan el acervo. Por ejemplo, en un caso en el que el domicilio del causante sea en Argentina y que dejó bienes en Argentina, Uruguay y Paraguay, de acuerdo al art. 63 del TMDC 1940 deberá abrirse un juicio sucesorio en cada uno de esos países por los bienes allí ubicados.

Nótese que la norma no establece diferencia alguna respecto al tipo de bienes, ya sean muebles, inmuebles o de otro tipo.

Por su parte, el Código de Bustamante, dispone en su art. 327 que serán competentes los jueces del último domicilio del causante tanto para la sucesión testamentaria como para la sucesión *ab intestato*, es decir, recepta la teoría de la unidad de la sucesión.

En este caso, si el último domicilio de una persona se encuentra en Brasil y al fallecer dejó bienes en Brasil, pero también en Bolivia, a diferencia de lo que ocurre con el ejemplo anterior en el marco de los TMDC, sólo se debería iniciar un proceso sucesorio en Brasil, por ser el último domicilio del causante. En dicho proceso, el juez deberá pronunciarse sobre la sucesión de la totalidad de bienes que dejó el causante, sin importar donde se encuentren.

Ambas teorías tienen sus beneficios y sus ventajas. Por una parte, la teoría del fraccionamiento facilita todos aquellos trámites de carácter real que deban realizarse en el lugar de situación de los bienes tanto para los inmuebles como para los bienes muebles registrables. En general, el criterio atributivo de jurisdicción que prevalece en las cuestiones de estricto carácter real es el «lugar de situación del bien inmueble». Por lo tanto, lo más probable será que, de suscitarse

los Estados que hubieren llenado dicha formalidad, por tiempo indefinido, quedando, por tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el día 12 de febrero del año 1889.

8. Fernández Arroyo, D. P., «Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional», en Fernández Arroyo, D. P., *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalía, 2003, p. 138.

una cuestión de estricto carácter real relacionada con alguno de los bienes registrables que se disputen en la sucesión, dicha cuestión será atraída por el foro del juez interviniente en el proceso sucesorio y sea dicho juez quien la resuelva.

Sumado a ello, una sentencia dictada por el juez del lugar de situación del bien simplificará también todos aquellos trámites administrativos relacionados con las cuestiones notariales. Es decir, la sentencia será redactada por un juez local y en el mismo idioma que los registros, evitándose así trámites como la traducción y la legalización.

Sin embargo, el inicio de distintos procesos judiciales en distintas jurisdicciones puede ser muy costoso e intrincado. Los futuros herederos deberán contactar con letrados de diversas jurisdicciones y abonar honorarios en moneda extranjera, con las innumerables complicaciones que ello puede acarrear.

Por otra parte, un solo proceso sucesorio en la jurisdicción del último domicilio del causante puede parecer, a primera vista, ventajoso. Sin embargo, si los bienes se encuentran en el extranjero y son inmuebles o muebles registrables, lo más probable es que será necesario reconocer y/o ejecutar la sentencia en dichas jurisdicciones para poder realizar las transferencias de dominio. Ello conlleva la necesidad de iniciar este tipo de proceso en el extranjero corriendo el riesgo de que dicha decisión no sea reconocida por cuestiones relacionadas con la jurisdicción exclusiva. En este caso, a pesar de haberse llevado a cabo un proceso sucesorio, seguramente se deberá comenzar un proceso judicial nuevo en el lugar de situación del bien.

En este sentido, el caso de Brasil resulta ilustrativo, ya que el art. 23, inciso II del Código de Procedimiento Civil de dicho país, establece la jurisdicción exclusiva en materia de sucesiones hereditarias, para hacer valer testamentos privados e inventariar y distribuir bienes ubicados en Brasil, incluso si el autor de la herencia es extranjero o tiene su domicilio fuera del territorio nacional[9].

3.2. El Derecho aplicable en las fuentes convencionales

El derecho aplicable en materia de sucesiones internacionales corre la misma suerte que las normas de jurisdicción internacional. No hay ninguna convención internacional que lo regule en el marco del MERCOSUR y los tratados internacionales ratificados por los países de dicho bloque son los TMDC 1889, TMDC 1940 y el Código de Bustamante.

Ambos tratados de Montevideo establecen en su art. 44 que la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios *(lex rei sitae)*, al momento del fallecimiento del causante, rige la forma del testamento. Sin embargo, contemplan la posibilidad de que el testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne en cualquiera de los Estados parte de los tratados, sea admitido en todos los demás. Esta salvedad es clave para evitar la necesidad de otorgar un testamento por cada país en el que existan bienes, teniendo en cuenta la recepción por la norma del principio del fraccionamiento y que en todos los países que ratificaron los TMDC, la solemnidad que se prevé para otorgar un testamento es la misma: escritura pública ante un notario público[10].

En esta misma línea, el art. 45 también de ambos tratados, dispone que la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al momento del fallecimiento del causante rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria, y enumera específicamente las siguientes cuestiones: validez y efectos del testamento, los títulos y derechos hereditarios, la existencia y proporción de las legítimas, la existencia y monto de los bienes disponibles.

---

9. Lopes, I., / Sousa, A. V., «A sucessão sobre bens imóveis situados no Brasil e o Direito internacional privado», *RSTPR Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión*, No. 7, 2016, pp. 325-359. Disponible en: https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/172/pdf

10. Art. 696 - 699 del Código Civil de Perú; art. 1127 - 1142 del Código Civil de Bolivia; art. 1055 - 1096 del Código Civil de Colombia; art. 793 - 810 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay; art. 2618 - 2627 del Código Civil de Paraguay; art. 2479 - 2481 del Código Civil y Comercial de Argentina.

Teniendo en cuenta que el propio artículo culmina estipulando: «En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria», no es necesario aclarar que la enumeración es meramente enunciativa. Sin embargo, sí es necesario aclarar que mientras el TMDC 1889, en su art. 45 establece que la ley mencionada en el párrafo anterior regula la capacidad de la persona para testar, el TMDC 1940 no incluyó dicha cuestión.

Si este último resulta aplicable como fuente normativa a un caso, la capacidad de la persona para testar deberá ser analizada en virtud del artículo primero del mismo cuerpo normativo, que establece que: «La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio[...]», independientemente del lugar de situación de los bienes hereditarios.

Ambas Convenciones, también establecen la ley aplicable a los legados y colaciones. Los legados se rigen por la ley del lugar de pago designado en el testamento, lo que es congruente con el punto de conexión del art. 45 «lugar de situación de los bienes». Si no tuvieren lugar designado para su pago, y son determinados por su género, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte. La norma agrega que los legados se harán efectivos sobre los bienes que deje el causante en dicho domicilio; y, en defecto de ellos, o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante (art. 49 TMDC).

La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida. Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa. Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas (art. 50 TMDC).

Los dos Tratados regulan también algunas cuestiones relacionadas con las deudas que se quieran cobrar en una sucesión. Así, las deudas que deban ser satisfechas en alguno de los Estados parte de los tratados, gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante. Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio de los derechos de preferencia de los acreedores locales, por lo que habrá que verificar dicha cuestión según la ley local. Cuando las deudas deben ser canceladas en algún lugar en que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio de los derechos de preferencia de los acreedores locales.

Por su parte, el Código de Bustamante representa un enfoque distinto al de los TMDC, aunque con una importante limitación. A diferencia del sistema territorial del fraccionamiento, adopta un sistema de unidad sucesoria, donde la sucesión se rige por la ley personal del causante, ya sea intestada o testamentaria (art. 144), sin importar la ubicación de los bienes ni su naturaleza.

Si bien esta normativa no presenta las particularidades del sistema del fraccionamiento, la elección de la ley personal del causante como punto de conexión, acarreó innumerables discusiones. Algunos sostienen que la norma refiere a la ley de la nacionalidad del causante, mientras que otros autores explican que se refiere a la ley de su domicilio[11].

Lo cierto es que, al respecto, el propio tratado dispone en su art. 7: «Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior». Es decir, cada uno de los Estados contratantes determinará en sus normas de dimensión autónoma o interna, si se entiende por «ley personal» la de la nacionalidad del causante, la de su domicilio, o cualquier otra. Frente a un caso concreto, se deberá analizar la normativa del país donde se desee iniciar la sucesión o reconocer y ejecutar una declaratoria de herederos y/o sentencia.

Dicha ley gobierna la totalidad de la sucesión, sin atender a la ubicación ni a la naturaleza de los bienes. Esta concepción se traduce en una amplia gama de disposiciones que refuerzan el predominio de la ley personal del causante como criterio rector en materia sucesoria.

11. Zambrano Copello, V. «Sucesiones y testamentos en el Derecho internacional privado», *Agenda Internacional,* No. 2, 1994, pp. 113-138.

Como ya se mencionó, el art. 144 establece que tanto las sucesiones intestadas como las testamentarias se rigen por la ley personal del causante, abarcando el orden de suceder, la cuantía de los derechos hereditarios y la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias. En la misma línea, el art. 146 remite a la ley personal del testador —al igual que los TMDC— para determinar la capacidad de disponer por testamento, mientras que el art. 151 somete a esta misma ley las condiciones, procedencia y efectos de la revocación testamentaria.

Sumado a ello, el art. 154 regula la institución de herederos y sus eventuales sustituciones, sujetándolas también a la ley personal del causante. A su vez, el art. 156 dispone que tanto el nombramiento como las facultades de los albaceas o ejecutores testamentarios dependen de esa ley. El régimen se completa con lo previsto en el art. 157, que regula la sucesión vacante —es decir, cuando el Estado es llamado a heredar— en cuyo caso también se aplica la ley personal del causante.

En materia de partición hereditaria, el art. 162 atribuye la regulación del nombramiento y facultades del perito partidor a la misma ley, al igual que el art. 163, que establece la aplicación de la ley personal al pago de las deudas hereditarias, con la salvedad de que las garantías reales se rigen por la ley de la situación del bien.

No puede dejarse de lado a la hora de analizar la ley aplicable a cualquiera de los aspectos de una sucesión internacional, la cuestión del orden público internacional, ya que cada país contempla principios de orden público que pueden interferir en la aplicación de normas extranjeras. Un ejemplo claro de esto se observa en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina respecto de los bienes inmuebles situados en el país, o en Brasil donde la partición mediante un testamento que no persiga las porciones legítimas establecidas por ley puede ser considerada violatoria del orden público internacional brasileño[12].

Por último, merece un apartado el Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte del 1 de agosto de 1989, elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (HCCH)[13].

Este instrumento internacional, que no logró entrar en vigencia por falta de ratificaciones había sido firmado por Argentina en 1990[14], se centra en la determinación del derecho aplicable a las sucesiones (art. 1) a través de una postura unitarista, con un solo punto de conexión que conecta con un mismo ordenamiento jurídico para bienes muebles e inmuebles, todos ellos comprendidos dentro de la masa sucesoria y que regirá el conjunto de la sucesión cualquiera que sea la situación de los bienes[15].

Así, el art. 3 del Convenio de La Haya establece que la sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado. Aquí se ve reflejada la unidad sucesoria aplicando un solo ordenamiento jurídico con una doble condición: residencia habitual (no domicilio) + nacionalidad.

En el segundo párrafo se prevé que eventualmente regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en

---

12. Carvalho Ramos, A., «O Direito internacional privado das sucessões no Brasil», *RSTPR Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión*. No. 7, 2016, pp. 307-324. Disponible online en: https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/192/pdf_1, especialmente p. 311.

13. Disponible en el sitio web de la HCCH: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=62

14. Según el art. 28 del Convenio la entrada en vigor se produciría luego del tercer depósito de un instrumento de ratificación, aprobación y adhesión. Sin embargo, dicho extremo jamás fue alcanzado ya que solamente fue firmado por Suiza (1989), Argentina (1990), Luxemburgo (1995) y Países Bajos (1995) este último denunció el tratado en 2014. Información disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=62

15. Uzal, M. E., *Derecho internacional privado*, La Ley, 2016, p. 900.

dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento. En los demás casos, la sucesión se regirá por la ley la nacionalidad de la persona fallecida salvo que tenga vínculos más estrechos con otro Estado.

Además, el Convenio establece y califica de manera autónoma a los pactos sucesorios, que son acuerdos por escrito o mediante testamentos recíprocos sobre derechos sobre la herencia futura —con o sin contraprestación— y se regirán por la regla general, por la ley sucesoria de los arts. 3 a 5 del Convenio. Se ha aseverado por la doctrina que el Convenio resulta el antecedente del Reglamento (UE) 650/2012 en materia de sucesiones *mortis causa* aunque la solución comunitaria es más especializada[16].

Por último, el Convenio establece en sus arts. 5 y 6 que cualquier persona podrá designar la ley de un Estado determinado para que rija la totalidad de su sucesión, dicha designación sólo surtirá efecto si, en el momento de la misma o en el del fallecimiento, dicha persona fuera nacional de ese Estado o tuviera su residencia habitual en el mismo[17].

4. Las normas de dimensión autónoma de los estados del MERCOSUR

4.1. Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) es el cuerpo normativo que contiene la mayoría de las soluciones de Derecho internacional privado de dimensión autónoma argentina. Las sucesiones internacionales están reguladas en los arts. 2643 a 2648 con una norma de jurisdicción internacional y varias normas de derecho aplicable —casi todas con enfoque conflictualista— en distintos aspectos de la cuestión sucesoria transfronteriza.

En primer lugar, resulta necesario señalar que dicho cuerpo normativo establece en sus arts. 2594 y 2601 que se aplicarán las normas del CCC a falta de tratados internacionales aplicables, es decir recepta la primacía del Derecho internacional privado de fuente convencional por sobre las soluciones de fuente interna. Argentina es solamente parte contratante en los TMDC 1889 (que la vincula a Bolivia, Colombia, Perú y Uruguay) del TMDC 1940 (que la vincula con el Paraguay y el Uruguay) por lo que para el resto de los casos de sucesiones internacionales invariablemente deberán aplicarse las normas de dimensión autónoma[18].

Argentina, en su sistema meramente interno sigue la tradición romanista en materia sucesoria. Para las disposiciones con elementos de extranjería no se aleja de ese enfoque ya que establece criterios atributivos de jurisdicción y normas de conflicto enfocadas en aspectos personales del causante, como el último domicilio.

Sin embargo, el CCC en vigor desde el 1 de agosto de 2015, no es un sistema puro ya que hace una concesión al sistema germánico que centra la sucesión en los bienes. Esto se verifica especialmente en la norma de jurisdicción receptada en el art. 2643[19] que establece dos criterios atributivos concurrentes: el primero de ellos establece que serán competentes los tribunales del último

16. Ver: Rodríguez-Uría Suárez, I., «La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 2, 2013. Disponible en: https://portalinvestigacion.uniovi.es/documentos/62da2b05c23f8f04979a4422

17. Países Bajos incorporó a su ordenamiento jurídico el Convenio de La Haya de 1989 a través de una ley del 4 de septiembre de 1996 en la que se regulaban los conflictos de leyes en materia de sucesiones y cuyo primer artículo disponía la remisión a las normas del citado Convenio para la determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales. Ver Rodríguez-Uría Suárez, I., *op. cit.*, p. 6.

18. Ver nota al pie 14 referida al Convenio de La Haya de 1989

19. Art. 2643. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos.

domicilio del causante. Este criterio no es novedoso en el Derecho internacional privado argentino pues es el que establecía, en el art. 3284, el Código Civil de 1871 y que fue reemplazado por el CCC.

El segundo criterio es algo particular ya que la norma establece que los tribunales argentinos serán competentes respecto de los bienes inmuebles situados en el país. Sobre este criterio y su inserción en la norma caben hacer algunas precisiones. En primer lugar, debe señalarse que la jurisdicción del art. 2643 es concurrente ya que los criterios atributivos están unidos por la conjunción «o» es decir que resulta opcional para la parte interesada en iniciar el sucesorio en Argentina ya sea por un criterio o por otro.

Ahora bien, estos foros, uno personal y el otro, con acento en lo real otorgan la posibilidad de que la sucesión ante los tribunales argentinos sea única si en el caso concreto se verifica que el último domicilio del causante se encontraba en Argentina, independientemente de la localización de los bienes de la persona fallecida. Por otro lado, si el último domicilio estaba en el extranjero, pero dejó bienes inmuebles en ese país los tribunales argentinos serán competentes respecto de esos bienes produciéndose un fraccionamiento de la sucesión.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede con los bienes muebles también en Argentina cuando el domicilio de la persona fallecida se encontraba en el extranjero. En principio, de acuerdo a la norma comentada, los tribunales argentinos carecerán de competencia ya que el criterio del foro patrimonial está restringido en la norma a la existencia de bienes «inmuebles» en el país, por ende, no habría posibilidad de iniciar un juicio sucesorio en Argentina por la sola existencia de bienes muebles[20]. Pero en el caso inverso, es decir que, si la persona fallecida dejó bienes muebles en el extranjero, pero su último domicilio estuvo en Argentina habrá competencia de los tribunales argentinos[21].

Frente al primer supuesto del párrafo anterior, en la jurisprudencia local[22], se ha encontrado un remedio utilizando la herramienta del foro de necesidad previsto en el art. 2602 CCC que exige la concurrencia de varios elementos: el primero es que los tribunales argentinos carezcan de jurisdicción. Segundo, que no sea razonable iniciar el proceso en el extranjero, es decir que no hay ningún tipo de competencia de los jueces extranjeros por tanto los particulares no pueden ventilar sus conflictos ante aparatos judiciales de otros Estados. En el caso de marras la norma estadounidense establecía como criterio el valor pecuniario de los bienes —eran dos vehículos localizados en Argentina—. Además, el caso debe poseer algún tipo de contacto suficiente con Argentina que justifique el apartamiento de la regla de la jurisdicción y quede habilitada la intervención de los jueces argentinos, es decir que no cualquier caso puede ser resuelto por ellos[23].

En cuanto al derecho aplicable a la sucesión transfronteriza, al igual que en cuestiones de jurisdicción, no se adopta en el CCC argentino una universalidad plena en cuanto al derecho aplicable ya que, si bien se escoge como el derecho aplicable a la sucesión multinacional el derecho del último domicilio de la persona al tiempo de su fallecimiento, seguidamente se establece que, respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplicará el derecho argentino[24].

---

20. All, P.M., «Sección 9.ª - Sucesiones», en Rivera, J.C./Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo IV, La Ley, 2016, p. 920.

21. Resuelto por la jurisprudencia local, Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil, Sala K, 3 de abril de 2024, «F., T.C. s/ sucesión ab-intestato». Disponible en Fallos DIPr Argentina: https://fallos.diprargentina.com/2024/10/f-t-c-s-sucesion-ab-intestato.html

22. Argentina. Juzgado Nacional en Civil n° 55, 6 de junio de 2022, «Vázquez, Demetrio Jorge s. sucesión ab intestato» Disponible en Fallos DIPr Argentina: https://fallos.diprargentina.com/2023/03/vazquez-demetrio-jorge-s-sucesion-ab.html

23. Paredes, S., «Acceso a la justicia En las recientes codificaciones de dimensión autónoma de derecho internacional privado de los países mercosureños» en Febles Pozo, N., *et. al. Los derechos fundamentales perspectiva comparada entre América y Europa,* Leyer, 2019, pp. 397-399.

24. Art. 2644 CCC La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.

Esta compleja disposición recepta una clásica norma indirecta o de conflicto simple con un punto de conexión personal —último domicilio del causante—, junto a una norma de policía o internacionalmente imperativa en cuanto a los inmuebles ubicados en la Argentina. Se ha aseverado que la efectividad de la aplicación de la segunda parte —la imperativa— sólo estará plenamente asegurada en tanto y en cuanto sean competentes los tribunales argentinos para resolver el caso, con la ulterior facultad de los tribunales argentinos de reconocer y ejecutar toda sentencia extranjera que deba ser inscripta con respecto a un inmueble local[25].

Debemos señalar que a diferencia de las normas montevideanas no hay normas específicas en el CCC sobre deudas, legados, colación y validez intrínseca del testamento por lo que dichas cuestiones estarán regidas por la norma general de derecho aplicable del art. 2644.

En cambio, el CCC sí introduce una norma de conflicto que regula la validez extrínseca de los testamentos en el art. 2645, que tiende a favorecer la validez formal de los testamentos otorgados en el extranjero a través de múltiples puntos de conexión alternativos. La intención *favor testamenti* es evidente aceptando las leyes del lugar de otorgamiento, de la ley del domicilio, de la residencia habitual, de la nacionalidad del testador al momento de testar —casi excepcional en el Dipr argentino— o las formas argentinas, que son la ológrafa —que es la autógrafa con ciertas solemnidades (arts. 2477 y 2478)— o por acto público.

4.2. Brasil

Las reglas de jurisdicción internacional del derecho brasileño de fuente interna en materia sucesoria están definidas en el art. 12,§ 1.º, de la *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* (LINDB 1942) y en el art. 23, segundo párrafo del Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC 2015). Adoptan el sistema dualista o de la escisión, con fundamento en el principio de la *lex rei sitae*, admitiendo la pluralidad de juicios sucesorios, tantos como bienes estén en jurisdicciones diversas[26].

La regla del CPC 2015 en su art. 23, II establece la competencia exclusiva de los tribunales brasileños en materia de sucesión hereditaria, para proceder a la confirmación de un testamento particular y al inventario y a la partición de bienes situados en Brasil, aunque la persona causante de la sucesión sea de nacionalidad extranjera o tenga domicilio fuera del territorio brasileño[27].

Esta norma resulta de fundamental importancia, especialmente para quienes litigan —abogadas/os— ya que una sentencia extranjera[28], que resuelva una sucesión con bienes inmuebles en Brasil, no será reconocida en aquel país[29].

En cuanto al derecho aplicable a la sucesión, la legislación de dimensión autónoma brasileña hace centro en aspectos personales —la nacionalidad— de la persona fallecida, solución que

25. Uzal, M. E., *op. cit*., pp. 901-903.

26. Brasil. *Código de Processo Civil*. Ley del 16 de marzo de 2015. Disponible el en sitio web del Poder legislativo de Brasil https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

27. Lopes, I., / Sousa, A. V., «A sucessão sobre bens imóveis situados no Brasil e o Direito internacional privado», *RSTPR Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión,* No. 7, 2016, pp. 325-359. Disponible online en: https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/172/pdf especialmente pp. 351-352.

28. Por ejemplo, de un tribunal argentino que se haya declarado competente por ser Argentina el último domicilio de la persona fallecida causante de la sucesión (art. 2643 CCC).

29. Los instrumentos sobre reconocimiento de sentencias extranjeras más importantes de los que los Estados de la región mercosureña son contratantes son la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros - CIDIP II, 1979 y el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (MERCOSUR), 1992. En ambos convenios se exige que para reconocer una sentencia extranjera que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto (art. 2.d y art. 20.c respectivamente).

fuera receptada en la antigua Ley de introducción al Código Civil de 1916 que en su art. 14 establecía que la sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, obedecerán a la ley nacional del fallecido. Se ha aseverado que el punto de conexión para imponer la unidad sucesoria de la antigua Ley introductoria del Código Civil de 1916 fue el de la ley de la nacionalidad, ya que era la regla de conexión *(lex patriae)* la que regía el estatuto personal[30].

Con la publicación de la Ley de Introducción al Código Civil en 1942 (LINDB 1442), no hubo alteración sustancial de la materia, la cual fue tratada en el art. 10, *caput* pero con una redacción más concisa: «La sucesión por muerte o por ausencia obedece a la ley del país en que estuviere domiciliado el difunto o el desaparecido, cualquiera que sea la naturaleza y la situación de los bienes».

Lopes y Sousa señalan que, aunque el *caput* del artículo 10 establece una regla general tendente a la adopción del principio de la universalidad en el sistema jurídico brasileño, este no ha sido el entendimiento de los tribunales brasileños al juzgar los casos de sucesión internacional. Se verificaron tensiones y opiniones divergentes en el Superior Tribunal de Justicia (STJ) con una interpretación pluralista, apartándose significativamente del principio de universalidad consagrado en el *caput* del art. 10 de la LINDB en casos de bienes inmuebles localizados en el extranjero y aplicando el principio de *lex rei sitae* y, por otro lado, cierto pragmatismo al homologar sentencias extranjeras que, aplicando la ley del domicilio, declaran herederos de bienes situados en Brasil. Este escenario revela un sistema híbrido y en evolución, donde la teoría pluralista prevalece para inmuebles en el exterior, pero se admite cierta flexibilidad para la eficacia de decisiones extraterritoriales, reflejando los desafíos de coordinar sistemas jurídicos en la sucesión transfronteriza[31].

Cabe señalar que actualmente Brasil se encuentra en un proceso de recodificación de su Dipr de fuente interna a través de un Anteproyecto de ley general en la materia[32]. Para la cuestión sucesoria —a agosto de 2025— se establece en el art. 23 del Anteproyecto que será regida por el derecho del domicilio, cualquiera que sea la naturaleza y la situación de los bienes.

Se establece un sistema sucesorio unitario regido por la ley del último domicilio del causante para todos sus bienes, con el fin de dar coherencia y previsibilidad al proceso. No obstante, se protege al/la heredero/a brasileño/a aplicando la ley local a los bienes situados en Brasil si esta le es más favorable; y se facilita el reconocimiento de testamentos internacionales al validar su forma si cumple con la ley del lugar de otorgamiento, la del domicilio o la de la nacionalidad del testador[33].

---

30. Carvalho Ramos, A., «O Direito internacional privado das sucessões no Brasil», *RSTPR Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión*, No. 7, 2016, pp. 307-324. Disponible online en: https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/192/pdf_1, especialmente p. 311.

31. Lopes, I., / Sousa, A. V., *op. cit.*, pp. 347-50.

32. Ver anuncio sobre integrantes de la Comisión redactora en el siguiente vínculo; https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/18881-governo-anuncia-integrantes-de-comissao-que-vai-analisar-regulamentacao-do-direito-internacional-privado

33. Art. 23. Sucessões – A sucessão por morte ou ausência será regida pelo direito do país do domicílio do falecido à data do óbito ou do ausente à data da ausência, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.
§ 1° O autor da sucessão hereditária poderá optar para regência de sua sucessão, em testamento ou mediante termo declaratório firmado pela pessoa natural diretamente no Registro Civil e averbado no ato respectivo, pelo direito de quaisquer de seus domicílios ou de quaisquer de suas nacionalidades.
§ 2° A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do herdeiro necessário brasileiro ou domiciliado no Brasil, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus.
§ 3° Os testamentos serão válidos quando observarem as formalidades previstas no direito do local de sua confecção ou do domicílio do testador, ou, ainda, de sua nacionalidade; quanto ao conteúdo material das disposições testamentárias aplicar-se-á o direito que rege a sucessão.

4.3. Paraguay

En el ordenamiento jurídico paraguayo, el régimen de sucesiones encuentra sus soluciones en las disposiciones del Código Civil, sancionado mediante la Ley N.° 1.183. La regulación de esta materia se inicia en el art. 2443. A pesar de la ausencia de normas de Derecho internacional privado específicas para la sucesión, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han establecido que, en casos con elementos transfronterizos, se aplican por analogía las normas que regulan las sucesiones puramente internas. Esta interpretación asegura la unidad y coherencia del sistema normativo, extendiendo la aplicación de la ley sustantiva a situaciones de índole internacional.

Relativo a los jueces competentes, el art. 2449 establece que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde al juez del lugar del último domicilio causante receptando así la teoría de la unidad sucesoria. El mismo art. continúa enumerando qué tipo de acciones pueden iniciarse ante dichos tribunales. Ellas son: a) las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando sean interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos; b) las demandas relativas a las garantías de las porciones hereditarias entre los copartícipes, las que tiendan a la reforma o nulidad de la partición, y las que tengan por objeto el cumplimiento de la partición; c) las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados; y d) las acciones personales de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia.

En cuanto al derecho aplicable, el Código Civil contiene dos normas que pueden prestar a confusión por su similitud. El art. 25 establece que la sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de bienes situados o existentes en el territorio nacional estará sujeto a las leyes de la República.

Por su parte el art. 2447 estipula que el derecho hereditario se rige por la ley del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, sean nacionales o extranjeros sus sucesores. Los inmuebles situados en el país se regirán exclusivamente por las leyes de la República.

Si se analizan en detalle, podemos ver que ambas normas rigen la misma materia, y consagran como principio general que la ley aplicable a las sucesiones es la ley del último domicilio del causante[34]. Sin embargo, difieren en cuanto a la excepción prevista. Si bien ambas normas receptan la regla *lex rei sitae* respecto a los bienes inmuebles situados en Paraguay, el art. 25 amplía su alcance a todos los bienes situados o existentes en la República.

Ello llevó a algunos autores a sostener que existe una falta de coherencia entre las disposiciones mencionadas del Código, en lo que respecta a la regulación de los bienes sucesorios situados en el país. Ante esta situación, dichos juristas argumentan que, por razones de orden público, hermenéutica e interés nacional, el art. 25 debe prevalecer sobre el 2447, a fin de garantizar la primacía de la ley paraguaya en la materia[35]. Esta inconsistencia representa una incertidumbre jurídica que deberá ser resuelta por los jueces ante un caso concreto.

Sumado a ello, el art. 2448 agrega: «Si un procedimiento sucesorio ha sido iniciado en la República o fuera de ella, los sucesores domiciliados en el país tomarán de los bienes situados en él, una parte igual al valor de aquéllos de que hayan sido excluidos en el extranjero en virtud de leyes locales». Ruiz Díaz Labrano sostiene al respecto:

> «Esta situación, a nuestro modo de ver, sólo puede ocurrir cuando por el procedimiento o ley extranjera son indebidamente excluidos en la vocación hereditaria y consiguientemente a la sucesión de los bienes ciertas personas, que conforme a nuestra legislación poseen vocación hereditaria, situación que según interpretamos autoriza a "compensar" los bienes a los cuales no han accedido los "herederos domiciliados en la República" en el

34. Ruiz Diaz Labrano, R., *Derecho Internacional Privado,* La Ley Paraguaya, 2010, pp. 822.

35. Wilfrido Martínez, E. *Derecho sucesorio en la legislación paraguaya*, La Ley Paraguaya S.A., 1994, pp. 55.

procedimiento extranjero, por bienes que sean adjudicados en el procedimiento en la República»[36].

Otra de las excepciones a la ley del último domicilio del causante se encuentra regulada en el art. 2626, en relación a la forma de los testamentos. Los testamentos hechos en el territorio de la República del Paraguay deben ser otorgados en alguna de las formas establecidas en la normativa paraguaya, sin importar la nacionalidad de los testadores ni su domicilio.

El testamento hecho en el extranjero sólo tendrá efecto en Paraguay, si fuese formalizado por escrito, y siempre que lo otorgare personalmente el testador, de acuerdo con las leyes del lugar de otorgamiento, o según la ley del país a que el testador pertenezca, o según las formas prescriptas por el Código Civil.

4.4. Uruguay

La República Oriental del Uruguay ha modernizado su marco jurídico en Derecho Internacional Privado con la promulgación de la Ley N° 19.920 en 2020, que entró en vigor el 16 de marzo de 2021[37]. Esta normativa de dimensión autónoma contiene normas en materia sucesoria que refuerzan el sistema de pluralidad o fraccionamiento que caracteriza la legislación uruguaya, tanto a nivel interno como en sus compromisos convencionales, lo que demuestra la coherencia de su enfoque jurídico.

Dicho cuerpo normativo introduce una técnica legislativa de avanzada en materia de jurisdicción internacional. En el Capítulo XII, se establecen primero normas generales para luego abordar disposiciones más específicas por tema. Sin embargo, en el ámbito de las sucesiones internacionales, el legislador no incluyó una norma de jurisdicción específica, por lo que la competencia de los tribunales uruguayos debe determinarse a partir de la aplicación de las reglas y principios generales de jurisdicción establecidos en la ley.

Este Capítulo marca un cambio estructural y metodológico significativo. A diferencia del enfoque distributivo del art. 2401 del antiguo Apéndice del Código Civil, que buscaba definir la competencia de cualquier juez a nivel internacional, la nueva ley adopta un carácter unilateral y atributivo, centrándose exclusivamente en establecer la competencia de los tribunales nacionales[38]. Por ello, ante la falta de una norma específica para las sucesiones, resulta indispensable analizar los incisos del art. 57 para determinar, a través de sus reglas generales, cuándo un juez uruguayo es competente para conocer de un caso concreto.

Estas reglas se pueden clasificar de la siguiente manera: bases vinculadas al demandado como el domicilio real o contractual (literal A) y la existencia de un establecimiento, agencia o sucursal en el país (literal B). El sistema también incorpora un criterio de paralelismo (literal C), que otorga jurisdicción cuando la materia se rige por la ley uruguaya, y bases accesorias a elementos procesales (literales D, E y F) para casos de reconvención, intervención de terceros y acumulación de pretensiones. Adicionalmente, se prevé la prórroga de jurisdicción para acciones personales (literal G) y el foro de necesidad o conveniencia (literal H). Finalmente, el artículo incluye una base de jurisdicción cautelar (literal I)[39].

En materia sucesoria, entendemos que se aplica el criterio del paralelismo del literal C, que otorga jurisdicción cuando la materia se rige por la ley uruguaya. Por otro lado, podría también

36. Ruiz Diaz Labrano, R., *op. cit*., p. 823.

37. Ley 19.920 disponible en IMPO, Centro de información oficial del Uruguay:https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020

38. Dotta Salgueiro, M., «La normativa sobre jurisdicción internacional en la Ley General de Derecho Internacional Privado: cuando la lege ferenda se convierte en lege lata», en *Comentarios a la nueva Ley general de Derecho internacional privado*, Ediciones Idea, 2022, p. 419.

39. Dotta Salgueiro, M., *op. cit.*, p. 424.

quedar habilitada la competencia de los tribunales nacionales uruguayos a través del foro de necesidad previsto en el literal H del mismo art., siempre que se cumplan acumulativamente los cinco requisitos establecidos en la norma[40].

Es importante destacar que, en los procesos sucesorios, no resultan aplicables las demás bases de jurisdicción del art. 57, debido a que la naturaleza de este tipo de juicios imposibilita la aplicación de criterios basados en el domicilio del demandado, en la existencia de un establecimiento en el país o en los criterios de conexidad procesal o prórroga de jurisdicción[41].

En cuanto al derecho aplicable, el art. 30 de la Ley General de Dipr establece que la sucesión testada e intestada se rige por la ley del Estado del lugar de situación de los bienes al tiempo del fallecimiento del causante. El mismo artículo regula los aspectos de las sucesiones que serán abarcados por dicha ley: la capacidad y títulos del heredero o legatario para suceder, la existencia y proporción de las asignaciones forzosas, el orden de llamamiento, la porción de libre disponibilidad, los legados, la obligación de colacionar, los efectos del testamento y, en suma, todo lo relativo a la misma.

El estudio de la norma de conflicto requiere una definición precisa del alcance de su categoría jurídica y la interpretación de su punto de conexión. En este sentido, mientras que el antiguo art. 2400 del Apéndice del Código Civil se refería de forma genérica a la «sucesión legítima y testamentaria», el inciso 2 del art. 30 de la nueva ley detalla exhaustivamente el alcance de la categoría «sucesión». Al igual que el art. 45 de los TMDC, esta norma uruguaya consagra el sistema de pluralidad o fraccionamiento, al establecer que todos los aspectos de la sucesión —incluyendo la capacidad y títulos del heredero, las asignaciones forzosas, los legados y la porción de libre disposición— se rigen por la ley de ubicación de los bienes al momento del fallecimiento del causante[42].

Si bien el punto de conexión de la ubicación de los bienes no presenta dificultades para los inmuebles, sí lo hace para los bienes muebles. Para resolver este problema, es necesario remitirse al Capítulo VII de la ley, que regula la categoría de «bienes». Este capítulo, define de manera detallada el alcance de esta categoría, incluyendo la calidad de los bienes, su posesión, enajenabilidad y las relaciones reales. Para los bienes muebles, el art. 40 establece reglas de localización preceptiva para activos como bienes en tránsito, créditos, títulos societarios, buques y aeronaves. Esta localización es crucial, ya que, si conforme a dicho artículo los bienes se consideran ubicados en Uruguay, su sucesión se tramitará conforme a la ley uruguaya y ante los tribunales nacionales, de acuerdo con la aplicación conjunta de los arts. 30, 39 y 40 de la ley[43].

Sin embargo, como toda regla general, el fraccionamiento de la sucesión tiene dos excepciones que se encuentran reguladas en los arts. 31 y 32 de la misma Ley. El art. 31 aborda la cuestión del testamento y, al contrario del principio general, no se rige por la ley de ubicación de los bienes, sino por puntos de conexión distintos. En cuanto a la forma, la ley reconoce la validez y eficacia en la República de un testamento escrito otorgado en el extranjero si cumple con las formalidades exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento. Respecto a la capacidad para testar, esta se somete a la ley del domicilio del testador al momento de la redacción del acto. El legislador, en los casos de forma y capacidad testamentaria, opta por puntos de conexión distintos a la *lex rei sitae*, como son la ley del lugar de otorgamiento y la ley del domicilio del testador.

La segunda excepción recae sobre las deudas hereditarias. La ley permite que los créditos con lugar de pago fuera de Uruguay sean denunciados en la sucesión que se tramita en el país. En este caso, se les otorga una preferencia sobre los créditos que deban ser satisfechos en la República. Sin embargo, a este principio de preferencia se le aplica una importante excepción.

---

40. Capalbo Alzogaray, L., «Relaciones patrimoniales en el matrimonio y sucesiones testadas e intestadas en la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado - N.º 19.920», en *Comentarios a la nueva Ley general de Derecho internacional privado*, Ediciones Idea, 2022, p. 192.

41. Capalbo Alzogaray, L., *op. cit.*, p. 192.

42. Capalbo Alzogaray, L., *op. cit.*, pp. 187-190.

43. Capalbo Alzogaray, L., *op. cit.*, pp. 187-190.

Los créditos con garantía real sobre bienes del causante están exceptuados de esta regla. Esto significa que la preferencia no se aplica a los créditos garantizados con bienes del difunto, sin importar dónde se hayan contraído, ya que la garantía real sobre el bien específico prevalece[44].

5. Conclusiones

A partir del análisis de las normativas de Derecho internacional privado en los países del MERCOSUR, se concluye que la ausencia de una legislación unificada constituye un desafío considerable para la planificación y gestión de sucesiones transfronterizas. Esta fragmentación se evidencia en la coexistencia de dos teorías opuestas: la del fraccionamiento, que exige múltiples procesos sucesorios en cada jurisdicción donde hay bienes, y la de la unidad, que privilegia un único proceso. Ello, sumado a las normas de orden público internacional de cada uno de los países, que acarrean, por ejemplo, que una sentencia podría no ser reconocida en otros países, como ocurre con los bienes inmuebles en Brasil.

Esta compleja situación jurídica no solo genera incertidumbre para los particulares, sino que demanda de los profesionales del derecho un profundo conocimiento de las normas aplicables en cada jurisdicción, y un enfoque estratégico en la planificación. Por ello, se subraya la importancia de que los Estados miembros del MERCOSUR continúen avanzando en la cooperación jurídica y en la armonización de sus normativas.

Esto no solo facilitaría la resolución de los conflictos sucesorios, sino que también ofrecería mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, protegiendo los derechos de los herederos promoviendo la cohesión regional, y probablemente reduciendo costos. En definitiva, la solución a estos desafíos reside en la creación de un marco normativo común que supere las divergencias actuales y permita un manejo más eficiente y equitativo del patrimonio familiar en el contexto de la integración regional.

6. Bibliografía

Albornoz, J. R., «Sucesión hereditaria», en Fernández Arroyo, D. P., *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalía, 2003, pp. 841-871.

All, P.M., «Sección 9.ª - Sucesiones», en Rivera, J.C./Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, 2016.

Capalbo Alzogaray, L., «Relaciones patrimoniales en el matrimonio y sucesiones testadas e intestadas en la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado - N.º 19.920», en *Comentarios a la nueva Ley general de Derecho internacional privado*, Ediciones Idea, 2022, pp. 177-194.

Carrillo Pozo, L. F., «El reglamento europeo 650/2012 ante el cambio de paradigma del derecho de sucesiones», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 151, 2018, pp. 51-83. Disponible en; https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/12289/13926

Carvalho Ramos, A., «O Direito internacional privado das sucessões no Brasil», *RSTPR Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión*, No. 7, 2016, pp. 307-324. Disponible online en: https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/192/pdf_1

Dotta Salgueiro, M., «La normativa sobre jurisdicción internacional en la Ley General de Derecho Internacional Privado: cuando la lege ferenda se convierte en lege lata», en Comentarios a la nueva Ley general de Derecho internacional privado, Ediciones Idea, 2022, pp. 415-436.

44. Capalbo Alzogaray, L., *op. cit*., p. 190.

Lopes, I., / Sousa, A. V., «A sucessão sobre bens imóveis situados no Brasil e o Direito internacional privado», *RSTPR Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión,* No. 7, 2016, pp. 325-359. Disponible online en: https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/172/pdf

Paredes, S., «Acceso a la justicia En las recientes codificaciones de dimensión autónoma de derecho internacional privado de los países mercosureños», en Febles Pozo, N., *et. al*. *Los derechos fundamentales perspectiva comparada entre América y Europa,* Leyer, 2019, pp. 397-399.

Perotti, A. D., «Algunos efectos inmediatos que surgen con la entrada en vigencia del "Protocolo de Adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al Mercosur"», *El Dial.com,* 2024.

Rodríguez-Uría Suárez, I., «La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento(UE) 650/2012», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 2, 2013. Disponible en: https://portalinvestigacion.uniovi.es/documentos/62da2b05c23f8f04979a4422

Ruiz Diaz Labrano, R., *Derecho Internacional Privado,* La Ley Paraguaya, 2010.

Uzal, M. E., *Derecho internacional privado,* La Ley, 2016.

Wilfrido Martínez, E. *Derecho sucesorio en la legislación paraguaya*, La Ley Paraguaya S.A., 1994.

Zambrano Copello, V. «Sucesiones y testamentos en el Derecho internacional privado», *Agenda Internacional*, No. 2, 1994.

CAPÍTULO 20

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL BENEFICIO DE LA LEY MÁS FAVORABLE EN LAS SUCESIONES INTERNACIONALES EN BRASIL

Fernando Pedro Meinero
Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado
Universidad Federal de Pampa, RS, Brasil

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS PRIMERAS REGLAS DE CONFLICTO. 3. INTRODUCCIÓN DEL BENEFICIO DE LA LEY MÁS FAVORABLE EN EL ORDENAMIENTO. 4. MOTIVOS PARA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL BENEFICIO. 5. LAS CONSTITUCIONES POSTERIORES Y LA LEY DE INTRODUCCIÓN AL CÓDIGO CIVIL DE 1942. 6. LA CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LA REFORMA DE LA LEY DE INTRODUCCIÓN AL CÓDIGO CIVIL DE 1942. 7. PROYECTOS DE MODIFICACIÓN DEL BENEFICIO. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFIA.

1. Introducción

La movilidad humana, ya sea forzada o voluntaria, más allá de las fronteras estatales, impacta en la forma en que el Derecho resuelve las situaciones jurídicas privadas. Una de ellas es la sucesión *mortis causa*, que exige determinar dónde y cómo debe establecerse la continuidad del patrimonio de una persona fallecida.

La forma en que cada Estado aborda la cuestión sucesoria varía significativamente, motivada por valores profundamente arraigados en la sociedad: intervienen aspectos culturales, económicos, religiosos, morales, concepciones sobre la familia, entre otros. La sucesión de una persona probablemente tendrá una distribución distinta según el ordenamiento jurídico aplicable. En algún aspecto, la ley civil del Estado A diferirá de la del Estado B. A veces, la diferencia es menor (por ejemplo, los poderes del administrador de los bienes de la herencia); en otras, puede ser sustancial (por ejemplo, disposiciones que establecen un trato desigual entre hermanos). A diferencia de otras esferas de la vida privada, como ocurre en materia de contratos internacionales, las cuestiones relativas al Derecho de Familia y Sucesiones son difícilmente armonizables materialmente entre países, lo que exige recurrir a normas de conflicto de leyes que determinen el derecho aplicable al caso concreto, basándose en un elemento que conecte la relación a determinado orden jurídico.

Cuando se presentan elementos de extranjería[1], como puede ser el domicilio del causante en un país extranjero, o un patrimonio ubicado o herederos domiciliados en diferentes países, la relación sucesoria exhibirá una mayor complejidad en comparación con aquellas que concentran todos sus elementos en un mismo país. En el primero, puede haber contacto con órdenes de sucesión basadas en valores y principios opuestos[2]. En este sentido, es fundamental determinar la ley aplicable, ya que de ella dependerá —entre otras cuestiones— quién puede heredar, el orden de la vocación hereditaria, la mayor o menor libertad de disposición por acto de última voluntad, las facultades de administración de la herencia indivisa, etc.

En general, la primera respuesta a la cuestión de la determinación de la ley aplicable prevaleció hasta el siglo XIX y dio lugar al *sistema de fraccionamiento*, que fue practicado por los juristas de las escuelas estatutarias. Arraigado en el aparato legal feudal, este sistema concebía la sucesión como un «estatuto real», ya que se refería a la transmisión y distribución de los bienes[3]. La denominación de «sistema de fraccionamiento» se refiere al hecho de que un mismo patrimonio hereditario está sujeto a diferentes leyes según el lugar donde se encuentren los bienes, es decir, la *lex rei sitae*. Si la herencia está compuesta por inmuebles situados en varios territorios, las reglas de cada uno de estos regirán su sucesión, de forma independiente. El resultado es un fraccionamiento de la sucesión, por la aplicación de más de una ley que la rige.

La segunda respuesta a la pregunta sobre la ley aplicable es el *sistema de la unidad* sucesoria, que sitúa al *causante* en el centro de la escena, como titular de un conjunto de relaciones personales, de carácter principalmente familiar, mucho más que en relación con un conjunto de bienes a repartir. Bajo este sistema, la transmisión del conjunto de bienes debe regirse por una sola ley, porque a través de ella se transmite una universalidad, un patrimonio, es decir, el conjunto de derechos, activos y pasivos reales y obligatorios pertenecientes a una persona[4].

Este último sistema fue elegido por Brasil en el Código Civil de 1916, sometiendo la sucesión a la ley de la nacionalidad *(ius patriae)* del difunto en el momento de la muerte. El elemento de conexión patrial estuvo vigente hasta 1942, cuando la Ley de Introducción al Código Civil (hoy llamada Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño - LINDB) cambió el elemento de conexión al criterio del domicilio *(ius domicilii)*. El abandono del criterio de la nacionalidad para regular el estatus de la persona serviría para evitar los numerosos conflictos que presentaba un país de inmigración, y que provocaron mucha discusión desde mediados del siglo XIX. Los derechos personales se regirían por la ley del domicilio de la persona, que es más fácil de determinar, y a su vez sería funcional al interés de someter al extranjero domiciliado aquí a la ley local, integrándolo a la vida nacional. La regla general de derecho aplicable a la sucesión internacional en el Brasil es la prevista en el art. 10 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño: «La sucesión por muerte o ausencia obedece a la ley del país en el que estaba domiciliada la persona fallecida o desaparecida, independientemente de la naturaleza y situación de los bienes»[5].

---

1. Elhoueiss, J., «O elemento de estraneidade prévia no direito internacional privado», en Vieira, I. (org.), *Estudos de direito comparado e direito internacional privado*, t. I e II, p. 173-219, Juruá, 2011, p. 174.

2. Miaja de la Muela, A, *Derecho Internacional Privado*, Orbe, 1955, p. 291.

3. Pontes de Miranda, F., *Tratado de direito internacional privado*. t. II. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1935, p. 260.

4. Venosa, S., *Direito civil: Direito das sucessões*, 7. ed., Atlas, 2007, p. 7.

5. La mención de «independientemente de la naturaleza y situación de los bienes» debe leerse más como una afirmación de la idea de una ley única que como la posibilidad de disponer de la sucesión de los bienes que se encuentran fuera del país. Esto se debe a que, según la jurisprudencia consolidada construida desde el Código de Procedimiento Civil de 1973 y confirmada con la de 2015, la competencia exclusiva de los tribunales nacionales «en materia de sucesión hereditaria, para proceder a la confirmación de un testamento privado y al inventario y división de bienes ubicados en Brasil, incluso si el autor de la herencia es de nacionalidad extranjera o tiene domicilio fuera del territorio nacional» (Código de Proceso Civil, artículo 23, inciso II) no sólo impide que las sentencias de partición extranje-

Sin embargo, a continuación, el mismo artículo presenta una regla distinta que exceptúa su *caput*: «§ 1.º La sucesión de bienes de extranjeros, situados en el país, se regirá por la ley brasileña en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños, o de quienes los representen, siempre que no les sea más favorable la ley personal del causante». Esta última regla expresa lo que aquí llamamos «beneficio de la ley más favorable».

Es importante aclarar desde el inicio que esta regla tiene una genealogía que remonta a la época de la Revolución Francesa, más precisamente al período de la Restauración, cuando fue incorporado al *Code Civil* el instituto del *prélèvement*, por medio de la ley del 14 de julio de 1819. No obstante, a pesar de la proximidad entre ambos institutos —y de las críticas que a ellos pueden dirigirse—, existen varias características que los diferencian, principalmente en cuanto a los presupuestos y a la forma de producir efectos jurídicos[6].

Desde el punto de vista de la tipología de las normas de conflicto, esta disposición impone al juez, al actuar en un proceso sucesorio abierto en Brasil, que compare los resultados que ofrece la aplicación del derecho material brasileño y del derecho extranjero. El legislador no indicó un único camino al juez, sino que le encargó la tarea de identificar, entre dos ordenamientos jurídicos vinculados al caso, aquel que resulte más favorable al cónyuge y a los hijos brasileños[7]. Se trata de una norma de conflicto materialmente orientada, que persigue un resultado específico, alejándose de la neutralidad característica del sistema conflictual *savigniano* que marcó los sistemas de Derecho Internacional Privado del Siglo XIX y mitad del Siglo XX[8].

Resulta llamativo que, con una redacción similar, esta regla se encuentra inscripta en el texto de la Constitución Federativa del Brasil de 1988, en el artículo 5.º, inciso XXXI, con una redacción casi idéntica.

Ahora bien, si por un lado las normas de conflicto materialmente orientadas son cada vez más frecuentes[9], lo cierto es que hasta ahora no se conoce ejemplo alguno, en el derecho comparado, de una norma de conflicto de leyes que haya alcanzado rango constitucional. Por ello, cabe preguntarse: ¿cómo llegó este dispositivo al ordenamiento jurídico y por qué ocupa un lugar tan destacado, al estar previsto dentro del conjunto de derechos y garantías de la Constitución?

---

ras surtan efecto en el país, sino también —*a contrario sensu*— que los jueces brasileños distribuyan bienes situados en el extranjero. Sobre este punto, ver Meinero, Fernando Pedro. *Sucessões internacionais no Brasil*, Juruá, 2017, pp 69 y sgtes.

6. El *prélèvement* ya ha sido objeto de un estudio monográfico en otro trabajo, en MEINERO, F., «Prélèvement: origem, evolução e ocaso do privilégio nas sucessões internacionais na França», *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, 2017, pp. 248-263.

7. Monaco, G., «Problema hermenêutico da lei mais favorável em direito internacional privado à luz do desafio kelseniano». *Revista IMES de Direito*, ano IV, n. 8, pp. 50-57, ene.-jun. 2004. pp. 54-55, disponible en <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/766>.

8. Ramos, A., «Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 5, pp. 423-446, 2015, p. 434.

9. Los ejemplos de reglas de conflicto orientadas materialmente son numerosos. Las más comunes son las constituidas por normas alternativas de conflicto, según las cuales, para honrar un determinado resultado, se permite al juez elegir entre dos o más leyes aplicables. LAGARDE, P. «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», Recueil des cours, v. 196, p. 9-238, 1986, p. 57. Un ejemplo es la disposición del artículo 9 del Reglamento Roma I sobre la forma de los contratos, o el artículo 27 del Reglamento n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 (R650/2012) relativo a la validez de los testamentos. A veces, el legislador persigue el resultado que favorece a una parte que considera vulnerable en la relación jurídica. Por esta razón, las normas de conflicto materialmente orientadas son frecuentes en las disposiciones relativas a menores, por ejemplo, como lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones de Alimentos. En cuanto a las relaciones internacionales de consumo, se destaca la propuesta brasileña de una Convención Interamericana, en el ámbito de la CIDIP VII, en la que se propone aplicar la ley más favorable al consumidor.

En este ensayo, se pretende exponer las razones que llevaron al legislador y al constituyente a incorporar esta norma en nuestro sistema jurídico. Para ello, se hará un recorrido por las diferentes versiones que tuvo este instituto en Brasil, tanto a nivel constitucional como infraconstitucional. Con tal propósito, es fundamental el análisis de los debates registrados en las actas de las asambleas constituyentes, así como el aporte de los doctrinarios que escribieron en el contexto de las sucesivas reformas[10].

2. Las primeras reglas de conflicto

Las primeras manifestaciones relevantes en Brasil sobre cómo resolver las herencias pertenecientes a extranjeros surgieron con la inmigración del siglo XIX. Los conflictos de leyes eran resultado de un Estado aún en formación, con buena parte de la población compuesta por inmigrantes[11] que no se habían naturalizado y, por lo tanto, conservaban su nacionalidad de origen. Debido a esta situación, la preocupación inicial del legislador se centró más en resolver cuestiones relacionadas con la diferencia de estatutos entre el causante y los herederos, cuando estos no compartían la misma nacionalidad. Cabe recordar que el criterio para atribuir la nacionalidad ya era en esa época el *ius soli*, y que el criterio utilizado para determinar el derecho aplicable al estatuto personal y a las sucesiones —hasta la entrada en vigor de la Ley de Introducción al Código Civil (LICC/1942)— era el de la nacionalidad. De este modo, no era infrecuente la existencia de familias compuestas por extranjeros y descendientes nacidos en Brasil, quienes adquirían la nacionalidad brasileña por nacimiento en el territorio, conforme también establecido en el artículo 69, inciso 1°, de la Constitución de 1891[12]. Así, se generaban divergencias estatutarias dentro de la misma familia, al adoptarse el criterio de la nacionalidad como base para los conflictos de leyes[13].

Véase cómo, ya en 1860, el Decreto n° 1.096 abordaba esta cuestión:

> Art. 1. El derecho que regula en Brasil el estado civil de los extranjeros allí residentes, sin estar al servicio de su nación, podrá ser también aplicado al estado civil de los hijos de esos mismos extranjeros nacidos en el Imperio durante su minoria de edad.

---

10. Nota de autor: las obras citadas, originalmente escritas en lengua portuguesa, han sido libremente traducidas por el propio autor.

11. Según las estimaciones del IBGE, en 1890 Brasil estaba compuesto por casi catorce millones de brasileños y al menos trescientos mil extranjeros. Para el año 1900, la población de brasileños superaba los quince millones, y la de extranjeros superaba el millón. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Brasil*: *500 anos de povoamento*, Centro de Documentação e Disseminação de Informações, 2000, p. 231. La gran cantidad de extranjeros en el país daría paso, en 1890, a la conocida «gran naturalización». Por medio del Decreto 58-A, el Mariscal Deodoro da Fonseca estableció que todos los extranjeros residentes en Brasil el 15 de noviembre de 1889 que no declararan, dentro de seis meses, la intención de conservar su nacionalidad de origen, se convertirían en ciudadanos brasileños. Así, se trató de un caso de naturalización tácita, que causó escándalo en las potencias europeas. Esta naturalización sería confirmada por la Constitución de 1891. Brasil, *Decreto n. 58-A, de 14 de dezembro de 1889. Providencia sobre a naturalização dos estrangeiros residentes na Republica*, disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-58-a-14-dezembro-1889-516792-publicacaooriginal-1-pe.html>. Posenato, N., «A evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil», en Oliveira, O., Dal Ri Júnior, A., (orgs.). *Cidadania e nacionalidade. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais*. pp. 211-245, Unijuí, 2002, p. 221. La cuestión de la «gran naturalización» también tuvo implicaciones para los conflictos sucesorios en años posteriores, como se señaló en el Recurso Extraordinário n. 5.396, de 1943. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinario n. 5.396, Relator: Filadelfo Azevedo, Fallo: 25/10/1943, disponible en <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/9170/8272>.

12. Brasil, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

13. Posenato, N., «A evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil», *op. cit*. p. 217.

> Art. 2. La extranjera que se case con un brasileño seguirá la condición del marido; y de igual modo, la brasileña que se case con un extranjero seguirá la condición de este. Si la brasileña enviuda, recuperará su condición de brasileña, siempre que declare su intención de fijar domicilio en el Imperio[14].

Según esta regla, se permitía aplicar la misma ley que regulaba el estado civil del padre o del marido extranjero a los hijos menores brasileños y a la mujer brasileña casada. Esta posibilidad facilitaba la resolución de conflictos sucesorios que pudieran presentarse en el marco de los Convenios Consulares celebrados con España, Francia, Portugal e Italia, y de los Decretos n° 855[15] de 1851 y n° 2.433 de 1859[16], que otorgaban al cónsul extranjero la prerrogativa de proceder a la división de la herencia de los compatriotas conforme a las leyes de su país, considerando que los herederos menores estaban sujetos a esa misma ley[17]. Existía, por tanto, una simplificación de la cuestión sucesoria internacional. Se forzaba una coincidencia de estatutos que no era más que un reflejo de la falta de protección autónoma de la mujer y del niño, siempre dependientes del padre o del marido, respectivamente, considerado por el Derecho como el jefe de la familia.

3. Introducción del beneficio de la ley más favorable en el ordenamiento

Pimenta Bueno fue uno de los primeros en hacer referencia a una protección dirigida a los herederos nacionales. El autor entendía que, si todos los herederos eran extranjeros, no habría razón para no aplicar la ley de la nacionalidad del causante a la sucesión. Sin embargo, cuando esa ley otorgara menos derechos a los herederos brasileños, la ley local podría ser llamada a corregir esa situación. El autor se preocupaba especialmente por los casos en los que la ley del causante ofreciera ciertos privilegios a determinados herederos extranjeros en detrimento de los nacionales, no solo por su nacionalidad, sino por otros criterios como el sexo, la primogenitura o el origen de la filiación. De este modo, se justificaba la defensa de los herederos nacionales eventualmente postergados. Argumentaba el autor:

> «En el supuesto de que tratamos, la ley territorial puede velar por los intereses de sus súbditos según sus leyes hereditarias, o los principios que haya establecido como reguladores

14. Brasil, *Decreto n. 1.096, de 10 de setembro de 1860. Regula os direitos civis e políticos dos filhos de estrangeiros nascidos no Brasil, cujos pais não estiverem em serviço de sua nação, e das estrangeiras que casarem com Brasileiros, e das Brasileiras que casarem com estrangeiros*, disponible en <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=58876&norma=74732>.

15. Brasil, *Decreto n. 855 de 8 de novembro de 1851. Regula as isenções e atribuições dos Agentes Consulares Estrangeiros no Império, e o modo por que se hão de haver na arrecadação e administração das heranças de súbditos de suas Nações, dado o caso de reciprocidade*, disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-855-8-novembro-1851-539534-publicacaooriginal-81883-pe.html>.

16. Brasil, *Decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859*, disponible en <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80235&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>.

17. El artículo 13, 5 del Convenio Consular entre el Brasil y Portugal de 1863 dispone lo siguiente: «También se entiende que el derecho de administrar y liquidar las sucesiones de los portugueses fallecidos en el Brasil pertenecerá a los cónsules de Portugal aun cuando los herederos sean menores de edad nacidos en el Brasil, en reciprocidad de la misma facultad que corresponde a los cónsules del Brasil en Portugal para administrar y liquidar las sucesiones de sus naciones en los casos idénticos». Las Convenciones Consulares celebradas con Francia en 1861 (art. 7, 2), Suiza en 1862 (art. 9, 2), Italia en 1863 (art. 7, 3) y España en 1863 (art. 10, 3) preveían el mismo camino. Brasil, *Annexo ao Relatorio da Repartição dos Negocios Estrangeiros*, Typographia Universal de Laemmert, 1865, pp. 165-193.

de sus derechos, fundados en la equidad y la protección que se les debe frente a preferencias injustas o privilegios odiosos»[18].

Cabe destacar que no se observa en las palabras de Pimenta Bueno una aceptación de una interpretación amplia del instituto, aplicable a cualquier situación en que un heredero brasileño se viera perjudicado por una porción hereditaria menor como consecuencia de la aplicación de la ley extranjera. Es decir, no se puede inferir que defendiera la aplicación de la ley brasileña en todos los casos en que el heredero brasileño recibiera una cuota menor de la herencia por una mera divergencia en la forma de concurrir a la misma. Su referencia apuntaba a situaciones de discriminación particularmente graves.

La regla del beneficio de la ley más favorable sería positivada durante los años 1876 a 1884, al renovarse las convenciones consulares con Portugal, Italia, Francia, España, Suiza y Alemania[19]. En dichos tratados se confirmaba el principio de la *lex patriae* como regla general para regular las sucesiones, pero se preveía una solución original para el caso de concurrencia de herederos nacionales y extranjeros: el heredero nacional podía optar por la aplicación de la ley brasileña para regir su porción hereditaria[20].

Esta misma solución sería acogida en el Proyecto de Código Civil de Felício dos Santos (art. 21, párrafo único)[21] y en la Consolidación de Carlos de Carvalho (art. 31, párrafo único)[22], y recibiría el apoyo de Ribas, Nabuco y Teixeira de Freitas[23].

En la extensa discusión del Proyecto de Código Civil de Clóvis Beviláqua —que culminaría en el Código Civil de 1916 (CC/1916)— se prestó especial atención al art. 8 de la parte introductoria, que disponía sobre la ley aplicable al estatuto personal y que, por ende, estaba íntimamente vin-

18. Pimenta Bueno, J., *Direito Internacional Privado e aplicação dos seus princípios com referência às leis particulares no Brasil.* Typographia de J. Villeneuve, 1863, pp. 76-77, disponible en <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/42297/pdf/42297.pdf>.

19. Villela, A., «Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição brasileira». *Revista de Informação Legislativa*, año 17, n. 65, pp. 131-146, ene.-mar. 1980, p. 138.

20. Así, por ejemplo, el artículo 28 del Convenio Consular con el Reino de Portugal de 1876 establecía: «Si algún súbdito de una de las Altas Partes Contratantes falleciere en el territorio de la otra, su sucesión respecto al orden hereditario y a la partición se regulará según la ley del país a que pertenezca, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes, observando, no obstante, las disposiciones especiales de la ley local que se refieran a los bienes inmuebles. Sin embargo, cuando suceda que un súbdito de una de las Altas Partes Contratantes concurra en su país con herederos extranjeros, tendrá derecho a preferir que su parte hereditaria se regule de acuerdo con la ley de su patria». Brasil, *Decreto n. 6.236, de 21 jun. 1876. Promulga a convenção sobre attribuições consulares, celebrada em 25 de fevereiro de 1876 entre o Brazil e Portugal*, disponible en <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=57054&norma= 72906>. Disposiciones similares se encuentran en los Convenios con Italia y Francia (Decretos 6.582 de 1877 y 7.110 de 1878, art. 29), España (Decreto 7.059 de 1878, art. 35) y Suiza (7.303 de 1879, art. 23). VALLADÃO, H., «O princípio da lei mais favorável no DIP», *Revista da Faculdade de Direito*, v. 76, pp. 53-61, ene. 1981, p. 58.

21. «Artículo 21. Las sucesiones legítimas y testamentarias, tanto en lo que se refiere al orden de sucesión, como a la cuota del derecho sucesorio y a la validez intrínseca de las disposiciones, se rigen por la legislación del país al que pertenece el causante. Parágrafo único. Sin embargo, en el caso de la herencia de un extranjero domiciliado en el Brasil, un heredero extranjero compite con un heredero brasileño, este último puede solicitar que la ley brasileña la regule». SANTOS, J., *Projecto do codigo civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. Imprensa Nacional, 1891, disponible en <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>.

22. Carvalho, C., *Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*, Livraria Francisco Alves, 1899, disponible en <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>.

23. Nazo, G., «Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969)», en DOLINGER, J. *A nova constituição e o direito internacional*, pp. 147-173, Freitas Bastos, 1987, p. 154.

culado a la forma de resolver los conflictos sucesorios. En una de las modificaciones al proyecto original, y a pesar de conocerse ya la declaración de inconstitucionalidad del Decreto de 1860 años antes[24], se volvió a discutir esta misma solución, ahora traída por el párrafo único del art. 8.º del Proyecto: el estatuto de los hijos menores brasileños y de la mujer brasileña casada seguiría la ley de la nacionalidad del marido[25]. Se trataba de la misma solución prevista en el decreto mencionado, pero esta vez la regla era imperativa.

El texto original del proyecto del art. 14 de la Introducción al CC/1916 determinaba que la sucesión se regiría por la *lex patriae* del fallecido, siendo la única excepción prevista la relativa a las herencias vacantes abiertas en Brasil. Fue por una enmienda propuesta por el Senador Moniz Freire, en 1912, que se añadió al final del texto una segunda versión del tratamiento protector brasileño como excepción al *ius patriae*: «si este, sin embargo, estaba casado con brasileña o hubiera dejado hijos brasileños, quedarán sujetos a la ley brasileña»[26].

A diferencia de la redacción actual del instituto, no se requería un ejercicio de comparación entre el contenido de la ley extranjera y la ley brasileña y, por lo tanto, no se permitía la aplicación del derecho extranjero en caso de que resultara más favorable a los familiares del causante. Tampoco existía la posibilidad de opción por parte del heredero, como sí estaba contemplada en la primera versión de la norma. Operaba, por tanto, de forma rígida: ante la presencia de esposa o hijos brasileños, la sucesión sería regida por el derecho patrio, sin considerar si el derecho extranjero pudiera otorgarles mayores beneficios[27].

4. Motivos para la constitucionalización del beneficio

A partir de 1934, la norma en estudio adoptaría una configuración mucho más próxima a la actual. La propuesta de inclusión en el texto de la Carta Magna fue presentada por el senador Agamenon Magalhães, y resultó aprobada con la siguiente redacción: «Art. 134 - La vocación para suceder en bienes de extranjeros existentes en Brasil será regulada por la ley nacional en beneficio del cónyuge brasileño y de sus hijos, siempre que no les sea más favorable el estatuto del causante». El dispositivo fue insertado en el TÍTULO IV – Del Orden Económico y Social[28].

Como bien observó Amílcar de Castro, la sucesión se regiría por la «ley nacional», salvo que resultase más favorable el «estatuto del causante». La mención a la ley nacional debía entenderse, por tanto, como referencia al derecho brasileño, mientras que el «estatuto del causante» aludía a la ley extranjera, es decir, a la ley de la nacionalidad del fallecido[29].

---

24. Se entendió que la posibilidad de vincular la condición personal del hijo a la del padre daría lugar a una forma de pérdida de la nacionalidad brasileña no prevista en la Constitución. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 1-047, Fallo: 29/01/1898, Publicación: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 1898. p. 5. Años más tarde, lo relativo a las mujeres casadas sería impugnado. Supremo Tribunal Federal, Horn. sent. n. 676, Fallo: 10/10/1914, Publicación: D.O. 17/10/1915. Esto revela cómo en esa época había menos separación conceptual entre la nacionalidad como vínculo jurídico político entre el individuo y el Estado, por un lado, y como criterio para definir el estatuto personal en la esfera privada, por otro.

25. Brasil, *Annaes do Senado Federal. Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912*, vol. V, Imprensa Nacional, 1915, pp. 125-126.

26. Brasil, *Annaes do Senado Federal, Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912*, *op. cit.,* p. 868.

27. Serpa Lopes, M., *Comentários à lei de introdução ao código civil,* t. 3, Freitas Bastos, 1959, p. 311; Brasil, *Annaes do Senado Federal, Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912*, *op. cit.*, p. 907.

28. Brasil, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

29. Castro, A., *Direito internacional privado,* 6. ed., Forense, 2008, p. 388. En el mismo sentido Pontes de Miranda, F., *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*, 2. ed., Revista dos Tribunais, 1972, p. 649.

La primera novedad de la norma radica, precisamente, en la elevación al rango constitucional de una norma de conflicto de leyes[30]. Esta constitucionalización ya sería cuestionada durante las propias discusiones de la Asamblea[31], situación que se repetiría en las asambleas constituyentes siguientes, aunque con menor intensidad.

Si bien no surge directamente de la lectura de los debates, las justificaciones para dicha constitucionalización apuntan a la necesidad de resolver un conflicto entre normas de igual jerarquía y a la conciliación con compromisos asumidos por Brasil en el ámbito internacional.

La primera explicación —aportada por Haroldo Valladão[32]— radica en la existencia de otro mandato de orden interno, contenido en el art. 3 del Código Civil de 1916, el cual establecía que «La ley no distingue entre nacionales y extranjeros en cuanto a la adquisición y el goce de los derechos civiles». Una lectura que armonizara ambas normas a la luz de la Constitución podría conducir a la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 de la Introducción al Código Civil de 1916, por atentar contra el derecho a la igualdad garantizado constitucionalmente. Por eso, el problema se resolvería mediante la elevación de la regla al rango constitucional, considerando que la jurisprudencia nacional no acepta la tesis de normas constitucionales inconstitucionales[33]. Al ser incorporada a la Constitución, se descarta toda posibilidad de tacha de inconstitucionalidad, tornando necesaria una interpretación armónica de todos los mandatos normativos de la ley fundamental.

La segunda explicación es algo más compleja, y apunta a la necesidad de exceptuar lo dispuesto por la Convención de La Habana sobre Derecho Internacional Privado de 1928, más conocida como Código de Bustamante, sin incurrir en una violación del tratado. Este instrumento internacional dispone en su art. 144: «Las sucesiones legítimas y testamentarias (...) se regirán, salvo las excepciones que más adelante se establecen, por la ley personal del causante». Sin embargo, entre dichas excepciones no figura la posibilidad de aplicar a los herederos nacionales una ley más favorable.

En realidad, los arts. 1° y 4° del propio Código de Bustamante contenían una cláusula que, en teoría, permitiría superar el conflicto. El primero establecía que:

> «Art. 1° Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales. Cada Estado contratante puede, por motivos de orden público, denegar o someter a condiciones especiales el ejercicio de determinados derechos civiles a los nacionales de los otros, y cualquiera de estos Estados puede, en casos idénticos, denegar o someter a condiciones especiales el mismo ejercicio a los nacionales del primero».

Por su parte, el artículo 4 determinaba que «los preceptos constitucionales son de orden público internacional»[34]. Así, al elevar el beneficio de la aplicación de la ley más favorable al rango constitucional, se validó formalmente —tanto en el plano interno como en el internacio-

30. Anna Maria Villela afirma que la norma aquí estudiada es la única de Derecho Internacional Privado contenida en la Constitución. Villela, A. «Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição brasileira», *op. cit.*, p. 133.

31. Brasil, *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*, v. 22, Imprensa Nacional, 1937, pp. 411-412, disponible en <http://bd.camara.gov.br/bd/>.

32. Valladão, H., «O Direito Internacional Privado no Projeto de Constituição de 1946», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 3, pp. 7-21, 1946, p. 7.

33. Supremo Tribunal Federal, ADIN n. 815-3. Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves, Fallo: 28/03/1996, Publicación: DJ 10/05/1996 p. 15.131. Esta cuestión también se plantea en Ramos, L. «Norma constitucional inconstitucional? O curioso caso do art. 5.°, XXXI e do art. 227, § 6.°, da Constituição Federal de 1988», *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 61, n. 1, pp. 115-144, ene.- abr., 2016.

34. Jatahy, M., «O direito sucessório como exceção ao princípio constitucional de isonomia», en Dolinger, J. *A nova constituição e o direito internacional*, pp. 175-182, Freitas Bastos, 1987, pp. 180-181.

nal— la norma brasileña, ya que por un lado se reconocía la facultad de los Estados para establecer distinciones entre nacionales y extranjeros por motivos de orden público. Por el otro, el orden público servía como fundamento para justificar una excepción a la aplicación de la ley personal en materia sucesoria, tal como previsto en el art. 144 del Código de Bustamante.

En lo que respecta a la configuración del instituto, la versión del art. 134 de la Constitución de 1934 ya no se trataba de una opción conferida al heredero, como ocurría en las Convenciones Consulares, ni de una imposición categórica de la ley brasileña ante la presencia de esposa o hijos brasileños, como lo hacía el Código Civil de 1916. Ahora, la decisión dependía del juez, quien debía determinar qué derecho era más favorable mediante la comparación entre los respectivos contenidos materiales.

Otras variaciones se observan en lo relativo estrictamente a su redacción. En el dispositivo constitucional de 1934, el dominio de la *lex successionis* era más restringido, ya que se refería únicamente a la «vocación para suceder», mientras que el art. 14 de la Introducción al Código Civil de 1916 se refería, de forma general, a la sucesión[35]. Por otro lado, la norma constitucional era más amplia que esta última, pues no aludía solamente a la mujer casada, sino al cónyuge brasileño, incluyendo de este modo el caso de la extranjera casada con brasileño.

5. Las constituciones posteriores y la ley de introducción al Código Civil de 1942

El texto del art. 152 de la Constitución de 1937 mantuvo prácticamente la misma redacción —y la misma ubicación, en el título destinado al orden económico—, salvo por un detalle no menor. La protección ya no estaba dirigida a los «hijos del causante», sino a los «hijos del matrimonio», lo cual sembraba más dudas sobre la inclusión o no de una eventual descendencia anterior del extranjero. Como compensación, el texto constitucional ya contenía un dispositivo que podía considerarse un freno ante eventuales injusticias, al garantizar en el art. 126 a los hijos naturales el mismo trato que a los legítimos.

En 1942, el Decreto-Ley n° 4.657 pasó a ocuparse de la materia regulada por la Introducción al Código Civil de 1916 (ICC/1916), pero dejó de formar parte del Código Civil, convirtiéndose en una ley autónoma e independiente. En materia sucesoria, la Lei de Introducción al Código Civil de 1942 (LICC/1942) estableció la siguiente redacción para el art. 10, equivalente al art. 14 de la ICC/1916:

> Art. 10. La sucesión por causa de muerte o por ausencia se rige por la ley del país donde tenía domicílio el difunto o desaparecido, cualquiera que sea la naturaleza y la situación de los bienes.
>
> § 1° La vocación para suceder en bienes de extranjero situados en Brasil será regulada por la ley brasileña en beneficio del cónyuge brasileño y de los hijos del matrimonio, siempre que no les sea más favorable la ley del domicilio.

De este modo, Brasil pasó a integrar el grupo de países que regulan las sucesiones conforme a la *lex domicilii*. Ese cambio también se reflejó en lo relativo al estatuto personal, previsto en el art. 7° de la LICC/1942. En lo que atañe al beneficio de la ley más favorable, la única modificación en relación con la Constitución de 1937 fue la adopción de este nuevo criterio para determinar la ley extranjera a ser comparada con la ley brasileña: la ley eventualmente más favorable debía ser la del domicilio.

La Constitución de 1946 introdujo nuevamente cambios en la redacción de la norma. La disposición fue trasladada, pasando a formar parte del Título VI («De la Familia, la Educación y la Cultura»):

> «Art. 165. La vocación para suceder en bienes de extranjero existentes en Brasil será regulada por la ley brasileña y en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños, siempre que no les sea más favorable la ley nacional del causante».

35. Castro, A., *Direito internacional privado*, *op. cit.*, p. 388.

En vista de la redacción dada al art. 10 de la LICC/1942, el art. 165 de la Constitución de 1946 dejaba de lado la protección exclusiva a los hijos del matrimonio, bastando con que fueran hijos del causante[36].

Por otro lado, se retornaba al elemento de conexión basado en la nacionalidad del causante. Según el fundamento esgrimido por el relator del artículo, la LICC/1942, al adoptar como criterio la comparación entre la ley del último domicilio del causante y la ley brasileña, no contemplaba los casos en que ambos coincidían —es decir, cuando el extranjero estaba domiciliado en Brasil—. Así, el retorno al criterio de la nacionalidad permitiría, efectivamente, aprovechar los beneficios de la aplicación de la ley extranjera. Por el contrario, respecto de los brasileños domiciliados en el exterior, la LICC/1942 ya contemplaba estos casos, permitiendo la aplicación de la ley más favorable entre la brasileña y la del domicilio. De ese modo, la propuesta ofrecía un doble nivel de protección, elevando a tres las posibilidades de elección: la LICC/1942 permitía, si así lo exigía el caso concreto, comparar la ley brasileña con la del último domicilio, mientras que el texto constitucional habilitaba la aplicación de la ley brasileña o la ley de la nacionalidad del causante[37].

La Constitución de 1967 trajo el siguiente texto:

> «Art. 150 - § 33. La sucesión de bienes de extranjeros, situados en Brasil, será regulada por la ley brasileña, en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños, siempre que no les sea más favorable la ley nacional del causante»[38].

Reforzando la tesis —ya sostenida por Valladão— de que el constituyente brasileño era consciente de un posible conflicto con el mandato de igualdad de trato, es en este texto donde la regla del beneficio de la ley más favorable sería incluida en el catálogo de derechos y garantías individuales (Capítulo IV – De los Derechos y Garantías Individuales), aunque esto no se reflejara claramente en los registros de las discusiones[39].

En cuanto a la redacción de la norma, se observan dos cambios importantes. Como bien señaló Pontes de Miranda, a diferencia de los textos de 1934, 1937 y 1942, la Constitución de 1967 adoptó la fórmula «en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños», en lugar de «y»:

> «El extranjero, o extranjera, puede no estar casado; los hijos, brasileños, se benefician del art. 153, § 33. El extranjero, o extranjera, puede estar casado con extranjera, o extranjero, y los hijos, brasileños, se benefician del art. 153, § 33. El extranjero, o extranjera, puede haber tenido cónyuge extranjero, o brasileño, y los hijos, sin ser del matrimonio, brasileños, se benefician del art. 153, § 33. Incluso puede ocurrir que los hijos, brasileños, sean de una unión anterior; y que el extranjero, o extranjera, tenga cónyuge brasileño; hijos y cónyuge pueden invocar el art. 153, § 33, como también puede el propio juez, de oficio, aplicar la ley brasileña

36. Brasil, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

37. Véanse los argumentos del Constituyente Adroaldo Costa, relator, en Brasil, *Anais da Assembleia Constituinte (1946)*, vol. XXIII, Imprensa Nacional, 1950, pp. 329-330.

38. Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

39. La inclusión de la norma, que no estaba incluida en el proyecto original, fue solicitada por el senador Nelson Carneiro. En el debate, una vez más, se cuestionaría la necesidad de permanecer en el ámbito constitucional algo que podría regirse por el derecho ordinario. Véase un extracto del debate: *Senador Eurico Rezende* –«¿No se podría tratar este asunto en el derecho ordinario?» *Senador Nelson Carneiro* – «El asunto es constitucional hoy. No hace mal que continúe, ya que no será el único». *Senador Eurico Rezende* – «Pero no tendría sentido, pues que está instrumentalizado en el derecho ordinario». *Senador Nelson Carneiro* – «Pero en el texto aprobado por la Comisión se incluyen varios temas que no son estrictamente texto constitucional». Brasil, *Anais da Assembleia Constituinte (1967)*, v. 4, t. 1, Senado Federal, 1968, p. 425.

más favorable. Si la ley brasileña solo es más favorable al cónyuge, se aplica la ley brasileña en ese punto; lo mismo, si solo favorece a los hijos, o a uno de ellos»[40].

El segundo cambio fue la referencia explícita a la sucesión, marcando nuevamente que el ámbito de aplicación de la norma comprendía toda la materia sucesoria y no únicamente la vocación hereditaria, como lo hacían las constituciones anteriores y la LICC/1942.

En 1969, el Gobierno Militar enmendó la Constitución de 1967. La Enmienda Constitucional n. 1 de 1969 dejó el texto que permanece vigente en la actual Carta Magna:

«Art. 153 § 33. La sucesión de bienes de extranjeros situados en Brasil será regulada por la ley brasileña, en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños, siempre que no les sea más favorable la ley personal del causante»[41].

En la redacción se sustituyó la expresión «ley nacional» por «ley personal», cambio que sirvió para adecuarse al concepto establecido en la LICC/1942. La ley personal es aquella que rige el estatuto personal, es decir, la ley del domicilio del causante, conforme al art. 7º, *caput*, de la LINDB.

6. La Constitución de 1988 y la reforma de la ley de introducción al Código Civil de 1942

Es importante prestar atención al Anteproyecto Constitucional presentado en 1986, elaborado por la Comisión Provisoria de Estudios Constitucionales. En dicho Anteproyecto, solamente se preveía la inclusión de la garantía del derecho a la herencia, con la misma redacción que actualmente posee el inc. XXX del art. 5° de la Constitución Federal de 1988[42]. Es decir, no se incluyó en la propuesta la preservación del beneficio de la ley más favorable.

Sin embargo, está claro que la intención de suprimir el instituto no prosperó. Muy por el contrario, la regla del inc. XXXI del art. 5° de la CF/88 hoy ocupa un lugar en el catálogo de derechos y garantías fundamentales (al igual que en los textos de 1967 y 1969), junto a la garantía del derecho a la herencia, manteniéndose el texto establecido por la Enmienda Constitucional de 1969. Cabe señalar que, en su discusión, volvió a plantearse la cuestión del rango constitucional de esta norma, sin que se presentaran, una vez más, debates profundos sobre su compatibilidad con otros dispositivos del texto constitucional[43].

Finalmente, el art. 10, §1º de la LICC/1942 fue reformulado nuevamente en 1995, con el objetivo de adecuarlo al texto constitucional de la CF/88, sustituyéndose el elemento de conexión «ley del domicilio» por «ley personal». Además, la nueva redacción de la LICC/1942 trajo una

40. Pontes de Miranda, F, *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969, op. cit.*, p. 652.

41. Brasil, *Emenda n. 1 de 1969 à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-republicacao-28547-pl.html>.

42. Brasil, *Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985*, Diário Oficial, Suplemento Especial n. 185, disponible en <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>.

43. En el momento de la votación, el Dr. Francisco Rezek destacó esta dimensión: «¿Tiene la estatura y la dimensión política para estar ahí? Creo que, si nos proponemos mantener la lista de garantías en treinta y seis o un poco más, la respuesta será sí. Si la Asamblea Constituyente decide depurar esta lista y pasar a principios más eminentes en cuanto a las garantías individuales, estableciendo algo alrededor de diez, quince o dieciocho temas, reduciéndolo así a la mitad o menos en dimensión física, yo diría que esta sería una de las normas necesariamente destinadas a salir de la lista, porque otras serían más importantes». Brasil, *Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Atas da Comissão de Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais*. Quinta Reunião, em 30 de abril de 1987, p. 53, en Brasil, *Assembleia Nacional Constituinte, 20 anos*, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008, 1 CD-ROM.

novedad respecto de quién puede invocar el beneficio de la ley más favorable[44]. El texto incluyó el beneficio también para quien ejerza el derecho de representación, previsto actualmente en los arts. 1.851 y 1.852 del Código Civil de 2002, es decir, para los descendientes del heredero premuerto, normalmente nietos del causante, que reciben la herencia por estirpe y no por cabeza[45].

7. Proyectos de modificación del beneficio

En 1964, Haroldo Valladão presentó el Anteproyecto de Ley General de Aplicación de Normas Jurídicas. En él, defendiendo la importancia del beneficio de la ley más favorable, propuso su aplicación también en los casos de sucesiones de causante brasileño domiciliado en el exterior, y no solo en los casos de sucesiones de extranjeros (art. 64, párrafo único, del Anteproyecto)[46]. Esta propuesta fue fuente de inspiración de una sentencia de 1971 que interpretó *lato sensu* las hipótesis de aplicabilidad[47].

Por su parte, el PL-4.905, de 1994, tramitó en la Cámara de Diputados como resultado de los trabajos de la Comisión Especial compuesta por los profesores João Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho. Este proyecto fue reapresentado, en 2004, por el Senador Pedro Simon.

En dicho proyecto, el instituto fue propuesto del siguiente modo:

> 14. Herencia. La sucesión por causa de muerte o por ausencia se rige por la ley del país del domicilio del fallecido en la fecha del óbito, cualquiera sea la naturaleza y la ubicación de los bienes.
>
> Párrafo único. La sucesión de bienes situados en Brasil será regulada por la ley brasileña en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños, así como de los herederos domiciliados en el país, siempre que no les sea más favorable la ley personal del fallecido[48].

Este proyecto reproducía la ampliación propuesta por Valladão en lo que respecta al supuesto de que el causante fuera brasileño. Sin embargo, resulta aún más significativa la ampliación del beneficio hacia los herederos domiciliados en Brasil. Por un lado, extiende la protección a otros herederos, no limitando el beneficio únicamente al cónyuge y a los hijos del causante. En segundo lugar, otorga el beneficio no solo a quienes tengan nacionalidad brasileña, sino también a quienes estén domiciliados en Brasil. Se produce, así, una ruptura con el vínculo de la nacionalidad, algo que también podía observarse, por ejemplo, en el Código Civil argentino de 1871.

8. Conclusiones

El beneficio de la ley más favorable aplicable a las sucesiones abiertas en Brasil, previsto en el art. 5°, inc. XXXI, no fue una originalidad del Constituyente de 1988. Como se ha demostrado,

---

44. Brasil, *Projeto de Lei n. 255 de 1991. (Nilson Gibson - PMDB/PE)*, Cámara de Diputados, disponible en <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173920>.

45. Esta inclusión ya había sido decidida por el máximo tribunal. Véase Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinario n. 31.064, Tribunal Pleno, Relator: Luis Gallotti, Fallo: 01/01/1970, Publicación: ADJ 24/07/1971.

46. Valladão, H., *Direito internacional privado. Direito Intertemporal, Introdução e História do Direito. Material de clase*, 10. ed., Freitas Bastos, 1979. pp. 138-139. Para una lectura de los fundamentos de la reforma, véase Valladão, H., «Lei geral de aplicação das normas jurídicas». *Revista da Faculdade de Direito*, v. 60, 1965, pp. 121-131.

47. Supremo Tribunal Federal, *Aclaraciones al Recurso Extraordinario n. 59.871/RS*, Tribunal Pleno, Relator: Eloy Rocha, Fallo: 26/05/1971, Publicación: DJ 12/11/1971.

48. Brasil, *Projeto de Lei n. 645 de 2004. Lei de aplicação das normas jurídicas (Pedro Simon - PMDB)*. Senado, disponible en <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=42614&tp=1>.

tiene su origen en una preocupación inicial relacionada con la forma de resolver los conflictos de leyes en el seno de familias compuestas por integrantes de diferentes nacionalidades —algunos nacidos en Brasil, otros en el extranjero—. La posibilidad de aplicar un derecho extranjero que representara un tratamiento discriminatorio o de desamparo hacia la familia brasileña fue determinante para incorporar este mecanismo de protección al derecho positivo brasileño de forma general, y no únicamente como excepción en las Convenciones Consulares celebradas con distintos países.

También se ha podido observar que su elevación al rango constitucional —algo inédito en el derecho comparado— se justificó por los posibles conflictos que la norma podría generar con el derecho a la igualdad, también garantizado en el texto constitucional, así como por la necesidad de compatibilizarla con compromisos asumidos en el ámbito interamericano, más específicamente con el Código de Bustamante. Esta tensión con el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros merecería mayores consideraciones, que exceden el objetivo del presente trabajo[49], pero deja en evidencia que la constitucionalización del instituto fue espuria —o acaso utilitarista—, ya que, desde el punto de vista material, no posee la estatura normativa necesaria para integrar el cuerpo de derechos y garantías del art. 5º, núcleo esencial de la Constitución de 1988. Y ello quedó evidente en los sucesivos debates de las asambleas constituyentes, incluida la actual.

La elevación del beneficio de la aplicación de la ley más favorable a la categoría de derecho constitucionalmente garantizado fue motivada principalmente por la necesidad de evitar cualquier discusión sobre su constitucionalidad, partiendo de la premisa de que una norma prevista en la Constitución no puede ser tachada de inconstitucional.

En 2012, el Consejo Constitucional francés fue llamado a analizar la constitucionalidad del *prélèvement* sucesorio. Se determinó que el art. 2 de la ley del 14 de julio de 1819 era contrario a la Constitución, por vulnerar el principio de igualdad de trato[50]. Es precisamente con este instituto que el beneficio de la ley más favorable en Brasil guarda parentesco, y es pasible de las mismas críticas. Sin embargo, continúa vigente en la CF/88, lo que exige una interpretación armónica con el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros.

9. Bibliografía

Brasil, *Anais da Assembleia Constituinte (1946)*, vol. XXIII, Imprensa Nacional, 1950, pp. 329-330.

Brasil, *Anais da Assembleia Constituinte (1967)*, v. 4, t. 1, Senado Federal, 1968.

Brasil, *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*, v. 22, Imprensa Nacional, 1937, pp. 411-412, disponible en <http://bd.camara.gov.br/bd/>.

Brasil, *Annaes do Senado Federal, Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912*, vol. V, Imprensa Nacional, 1915.

Brasil, *Annaes do Senado Federal, Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912*, vol. V, Imprensa Nacional, 1915.

Brasil, Annexo ao Relatorio da Repartição dos Negocios Estrangeiros, Typographia Universal de Laemmert, 1865.

49. Este problema se puede verificar en el trabajo Meinero, F. *Sucessões internacionais no Brasil... op. cit.*, donde queda demostrado el carácter discriminatorio del instituto.

50. Francia, *Conseil Constitutionnel. Décision n. 2011-159 QPC*, Fallo: 05/08/2011, Publicación: Journal Officiel 06/08/2011, p. 13478, disponible en <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159qpc.htm>.

Brasil, *Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985*, Diário Oficial, Suplemento Especial n. 185, disponible en <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>.

Brasil, *Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Atas da Comissão de Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais. Quinta Reunião, em 30 de abril de* 1987, p. 53, en BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte, 20 anos, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008, 1 CD-ROM.

Brasil, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

Brasil, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

Brasil, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

Brasil, *Decreto n. 1.096, de 10 de setembro de 1860*. Regula os direitos civis e políticos dos filhos de estrangeiros nascidos no Brasil, cujos pais não estiverem em serviço de sua nação, e das estrangeiras que casarem com Brasileiros, e das Brasileiras que casarem com estrangeiros, disponible en <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=58876&norma=74732>.

Brasil, *Decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859*, disponible en <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80235&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>.

Brasil, *Decreto n. 58-A, de 14 de dezembro de 1889. Providencia sobre a naturalização dos estrangeiros residentes na Republica*, disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-58-a-14-dezembro-1889-516792-publicacaooriginal-1-pe.html>.

Brasil, *Decreto n. 6.236, de 21 jun. 1876. Promulga a convenção sobre attribuições consulares, celebrada em 25 de fevereiro de 1876 entre o Brazil e Portugal*, disponible en <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=57054&norma= 72906>.

Brasil, *Decreto n. 855 de 8 de novembro de 1851*. Regula as isenções e atribuições dos Agentes Consulares Estrangeiros no Império, e o modo por que se hão de haver na arrecadação e administração das heranças de súbditos de suas Nações, dado o caso de reciprocidade, disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-855-8-novembro-1851-539534-publicacaooriginal-81883-pe.html>.

Brasil, *Emenda n. 1 de 1969 à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-republicacao-28547-pl.html>.

Brasil, *Projeto de Lei n. 255 de 1991*. (Nilson Gibson - PMDB/PE), Cámara de Diputados, disponible en <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173920>.

Brasil, *Projeto de Lei n. 645 de 2004. Lei de aplicação das normas jurídicas (Pedro Simon - PMDB)*. Senado, disponible en <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=42614&tp=1>.

Carvalho, C., *Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*, Livraria Francisco Alves, 1899, disponible en <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>.

Castro, A., *Direito internacional privado*, 6. ed., Forense, 2008, p. 388.

Elhoueiss, J., «O elemento de estraneidade prévia no direito internacional privado», en VIEIRA, I. (org.). *Estudos de direito comparado e direito internacional privado,* t. I e II, p. 173-219, Juruá, 2011.

Francia, *Conseil Constitutionnel. Décision n. 2011-159 QPC*, Fallo: 05/08/2011, Publicación: Journal Officiel 06/08/2011, p. 13478, disponible en <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159qpc.htm>.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Brasil: 500 anos de povoamento,* Centro de Documentação e Disseminação de Informações, 2000.

Jatahy, M., «O direito sucessório como exceção ao princípio constitucional de isonomia», en Dolinger, J. A *nova constituição e o direito internacional*, pp. 175-182, Freitas Bastos, 1987, pp. 180-181.

Meinero, F., «Prélèvement: origem, evolução e ocaso do privilégio nas sucessões internacionais na França», *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, 2017, pp. 248-263.

Meinero, F., *Sucessões internacionais no Brasil*, Juruá, 2017.

Miaja de la Muela, A, *Derecho Internacional Privado*, Orbe, 1955.

Monaco, G., «Problema hermenêutico da lei mais favorável em direito internacional privado à luz do desafio kelseniano». *Revista IMES de Direito*, ano IV, n. 8, pp. 50-57, ene.-jun. 2004. pp. 54-55, disponible en <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/766>.

Nazo, G., «Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969)», en Dolinger, J. *A nova constituição e o direito internacional*, pp. 147-173, Freitas Bastos, 1987.

Pimenta Bueno, J., *Direito Internacional Privado e aplicação dos seus princípios com referência às leis particulares no Brasil*. Typographia de J. Villeneuve, 1863, pp. 76-77, disponible en <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/42297/pdf/42297.pdf>.

Pontes de Miranda, F., *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*, 2. ed., Revista dos Tribunais, 1972.

Pontes de Miranda, F., *Tratado de direito internacional privado*. t. II. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1935.

Posenato, N., «A evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil», en Oliveira, O., Dal Ri Júnior, A., (orgs.). *Cidadania e nacionalidade. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais*. pp. 211-245, Unijuí, 2002.

Ramos, A., «Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 5, pp. 423-446, 2015.

Ramos, L. «Norma constitucional inconstitucional? O curioso caso do art. 5.º, XXXI e do art. 227, § 6.º, da Constituição Federal de 1988», *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 61, n. 1, pp. 115-144, ene.- abr., 2016.

Santos, J., *Projecto do codigo civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. Imprensa Nacional, 1891, disponible en <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>.

Serpa Lopes, M., *Comentários à lei de introdução ao código civil*, t. 3, Freitas Bastos, 1959.

Supremo Tribunal Federal, ADIN n. 815-3. Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves, Fallo: 28/03/1996, Publicación: DJ 10/05/1996.

Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração ao Recurso Extraordinário n. 59.871/RS, Tribunal Pleno, Relator: Eloy Rocha, Fallo: 26/05/1971, Publicación: DJ 12/11/1971.

Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 1-047, Fallo: 29/01/1898, Publicación: Jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*, 1898. p. 5.

Supremo Tribunal Federal, Horn. sent. n. 676, Fallo: 10/10/1914, Publicación: D.O. 17/10/1915.

Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinario n. 31.064, Tribunal Pleno, Relator: Luis Gallotti, Fallo: 01/01/1970, Publicación: ADJ 24/07/1971.

Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinario n. 5.396, Relator: Filadelfo Azevedo, Fallo: 25/10/1943, disponible en <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/9170/8272>.

Valladão, H., «Lei geral de aplicação das normas jurídicas». *Revista da Faculdade de Direito*, v. 60, 1965.

Valladão, H., «O Direito Internacional Privado no Projeto de Constituição de 1946», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 3, pp. 7-21, 1946.

Valladão, H., «O princípio da lei mais favorável no DIP», *Revista da Faculdade de Direito*, v. 76, pp. 53-61, ene. 1981.

Valladão, H., *Direito internacional privado. Direito Intertemporal, Introdução e História do Direito. Material de clase*, 10. ed., Freitas Bastos, 1979.

Venosa, S., *Direito civil: Direito das sucessões*, 7. ed., Atlas, 2007.

Villela, A., «Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição brasileira». *Revista de Informação Legislativa*, año 17, n. 65, pp. 131-146, ene.-mar. 1980.

CUARTA PARTE

PROTECCIÓN DE ADULTOS

CAPÍTULO 21

EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE TESTAR POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Esther Alba Ferré

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A TOMAR SUS PROPIAS DECISIONES. 2. UNA APROXIMACIÓN GENERAL A LA REFORMA DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO EN EL DERECHO DE SUCESIONES. 3. LA CAPACIDAD DE TESTAR ANTES DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO. 4. EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE TESTAR POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA REFORMA. 4.1. La capacidad general de testar. 4.2. El nuevo artículo 665 CC: apoyo a las personas con discapacidad. 5. LA FUNCIÓN ESENCIAL DEL NOTARIO EN EL OTORGAMIENTO DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES. 5.1. El apoyo del notario al testador. 5.2. Los medios y ajustes necesarios a disposición del notario. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción: el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones

Se reconoce «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones» en el Preámbulo, y en concreto, en su apartado n) de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (en adelante, CDPD)[1]. De esta forma, el respecto a la dignidad, a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y a la independencia de las personas se traduce en uno de los principios generales de la Convención, reconocido en el artículo 3 a). La accesibilidad es otro de los principios recogidos en ese mismo artículo, pero en la letra f), y será el artículo 9 CDPD el que reconoce que la accesibilidad universal es un nuevo derecho, íntimamente unido al derecho a una vida independiente e inclusiva en la comunidad[2].

1. El instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en nueva York el 13 de diciembre de 2006 fue publicado en el BOE No. 96, de 21 de abril de 2008.

2. Vivas Tesón, I., «El ejercicio de los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad», en de Salas Murillo, S. y Mayor de Hoyo, M. V., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad,* Tirant lo Blanch, 2019, p. 413.

Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida, como proclama en el artículo 12.2 CDPD, sin perjuicio de que los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar el acceso de las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y les proporcionarán salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos, respetando siempre la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

Será el artículo 12.5 CDPD el que concreta los derechos de las personas con discapacidad que se deben ver garantizados, al decir que tienen derecho «a ser propietarias y heredar sus bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria». Curiosamente, no hace referencia expresa al ejercicio de la capacidad jurídica de testar de las personas con discapacidad, objeto central de este estudio, capacidad que sin embargo se puede entender que está implícita en el claro reconocimiento de la propiedad de los bienes que las personas con discapacidad pueden tener y que podrán ser transmitidos a su muerte.

La Observación General No. 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al analizar el artículo 12 CDPD ensalza la capacidad jurídica como «un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana» y que debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás, siendo indispensable para el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En concreto, en el apartado 12 de dicha Observación General, al comentar el artículo 12. 2 CDPD, aclara que «la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho» y en su apartado 13 reconoce que «La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar sus decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores». Cuando una persona tiene dificultad para tomar una decisión se evalúa su capacidad mental, valoración que es subjetiva. Esta Observación termina recordando que no se puede considerar que la discapacidad de una persona o su aptitud para adoptar decisiones son motivos suficientes para negar a una persona su capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley, ya que «El articulo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio»[3]. La capacidad jurídica no se apaga de ninguna manera, pues constituye un atributo de la persona y del que no cabe privar a nadie, porque sería privarle de su autonomía, sea la que fuere[4].

La Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021) pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención, como indica en el Preámbulo apartado I, imponiendo «el cambio del sistema hasta ahora vigente en el que predominaba la sustitución en la toma de decisiones que afectaban a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad, deseos y

3. Observación General No. 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º periodo de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014 (CRDP/C/GC/1). Esta Observación General recuerda en su introducción en el apartado 8 que la capacidad jurídica ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia y reconocer que «las personas con discapacidad siguen siendo el grupo más comúnmente se le niega capacidad jurídica en los ordenamientos de todo el mundo»,

4. Martínez Sanchiz, J. A., *La autonomía de las personas. Reflexiones en torno a la ley 8/2021,* Kinnamon, 2023, p. 23.

preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones»[5]. Queremos poner el énfasis en el claro reconocimiento de que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones a lo largo de toda la vida hasta el momento de su muerte, sin perjuicio de que puedan necesitar apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y en concreto, en el ejercicio de su capacidad jurídica de testar.

No es el momento de estudiar el nuevo sistema de apoyos, establecido en el nuevo Título XI del Libro Primero del Código Civil, redactado de nuevo por la Ley 8/2021, donde se diferencia entre las medidas voluntarias, las medidas informales o las medidas judiciales, ni tampoco procede analizar las instituciones que se han eliminado con esta reforma, como la tutela de la persona con discapacidad, la distinción tradicional entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, la incapacitación o modificación judicial de la capacidad, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada o la prodigalidad. Estas figuras eran rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad[6]. Sin embargo, el establecimiento de estas medidas de apoyo y la eliminación de las instituciones propias de un régimen de sustitución o representación, deben tenerse presentes para entender en toda su esencia la reforma que la Ley 8/2021 ha supuesto en nuestro ordenamiento.

El objetivo fundamental de este trabajo será centrarnos en uno de los aspectos de la reforma, en concreto, en los relativos al Derecho de Sucesiones, que curiosamente han sido tratados de forma más superficial[7]. Posteriormente se analizará las novedades existentes en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de testar por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, y se abordará la importancia que tienen las medidas de apoyo al ser compatibles con el ejercicio de esta facultad testamentaria. Por último, será necesario valorar positivamente la función y papel esencial del notario en el otorgamiento de las últimas voluntades de estas personas, lo que nos llevará a valorar si su labor se ha convertido en un verdadero apoyo a las personas con discapacidad y determinar cuáles son los medios o ajustes necesarios que están a disposición notarial.

2. Una aproximación general a la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio en el Derecho de Sucesiones

En el Derecho de Sucesiones resulta más dificultosa la aplicación de las nuevas categorías introducidas por la Ley 8/2021, por razones diversas y sobre todo por el hecho de que el otorgamiento del testamento es personalísimo o porque sólo con la muerte se produce la apertura de la sucesión[8].

---

5. La Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica fue publicada en el BOE No. 132, de 3 de junio de 2021, entrando en vigor el 3 de septiembre de 2021.

6. Véase, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?», *IBIDE*, septiembre 30, 2022, disponible en https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad -juridica-capacidad-obrar/ (fecha de consulta: 17 de abril de 2025), donde pone en duda la supresión en la práctica de esta tradicional distinción .

7. COBAS COBIELLA, M.ª E., *Derecho de sucesiones. Bases para la reforma,* Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, p. 249.

8. COBAS COBIELLA, M.ª E., «La incidencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio en el ámbito de la sucesión mortis causa», en FEBLES POZO, N. (Dir.), *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Perspectiva interna e internacional,* Aranzadi, 2024, p. 66. Incluso cuando habla de la aplicación de la reforma al Derecho de Sucesiones llega a afirmar que «Resulta muy complicado regular desde un punto de vista de los valores, el deber-ser, porque el derecho y el tráfico jurídico requieren no sólo lógica, sino que las

En materia sucesoria las reformas han carecido de cierta sistematización y de organicidad y en muchas ocasiones han sido más de nomenclatura que de contenido[9]. Si la nueva capacidad de testar será el objetivo principal de este estudio, es el momento de conocer someramente el resto de las reformas que la Ley 8/2021 ha generado en el ámbito sucesorio.

En relación con la capacidad de suceder indicar que se han visto modificadas las incapacidades relativas de suceder previstas en el artículo 753 CC, en especial la referencia a los apartados segundo y tercero en cuanto a los cuidadores, haciendo valer sólo el testamento notarial abierto para estos supuestos. La reforma menciona las nuevas instituciones de guarda e incluye la figura del curador representativo del testador, salvo que se haya hecho luego de la extinción de la curatela. Además, se ha limitado la autonomía de la persona que se halle internada por cualquier motivo, entendiendo que carece de capacidad de decisión, lo que no parece muy congruente con el espíritu de la Ley dirigido a potenciar la autonomía de las personas con discapacidad.

Las sustituciones hereditarias también se han visto reformadas. La sustitución ejemplar del artículo 776 CC ha sido suprimida por la Ley 8/2021 al ser una institución que no dota de autonomía a la persona con discapacidad[10]. Teniendo en cuenta el nuevo artículo 249 CC, las personas con discapacidad pueden ejercer por sí mismas los derechos que las leyes les conceden según su voluntad, deseos y preferencias y en su caso, con el apoyo que precisen. Sin embargo, el sustituyente en la antigua sustitución ejemplar era quien decidía el destino de los bienes y de la herencia del sustituido sin tener en cuenta su voluntad ni sus deseos. Otra reforma en materia de sustituciones se ve reflejada en el artículo 782 CC que regula una modalidad de sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, incluyendo la referencia a la situación de discapacidad y sustituyendo la expresión descendientes por hijos.

El sistema legitimario se ha visto reformado por la Ley, fundamentalmente modificando los artículos 808 y 813 CC. La redacción del actual artículo 808 CC relativo a la legítima de los hijos y descendientes parece transformar la legítima inflexible de la antigua redacción en una legítima basada en las necesidades de las personas que las han de recibir al reconocer que «Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legitima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad», así lo recibido por el hijo beneficiado se verá gravado con una sustitución de residuo. Esta legítima parece tener un carácter más solidaria o asistencial, protegiendo a la vez a las personas con discapacidad. El artículo 813 CC también se ha visto modificado en correspondencia con las modificaciones producidas en los artículos 782 y 808 CC.

En lo que se refiere a los legados, el artículo 882 CC se ha visto reformado por la Ley 8/2021 aunque la doctrina es bastante crítica con esta reforma al considerar que no se adecuada al espíritu de la Ley al mantener una restricción e impedir la igualdad de las personas con discapacidad en el ámbito de sucesiones[11].

---

normas puedan aplicarse con la mayor seguridad jurídica posible, dando cumplimiento a las pretensiones de las partes que demandan la tutela correspondiente».

9. Cobas Cobiella, M.ª E., «La incidencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio en el ámbito de la sucesión mortis causa», *op. cit.*, p. 68.

10. El suprimido artículo 776 CC disponía «El ascendente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante el intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón». Este artículo fue suprimido con efectos desde el 3 de septiembre de 2021 ya que el fundamento de la sustitución ejemplar era la incapacitación que también ha desaparecido.

11. De Amunátegui Rodríguez, C., «Artículo segundo», *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 940.

Las personas con discapacidad podrán aceptar la herencia que les interese y conviene de manera pura o a beneficio de inventario según el reformado artículo 966 CC, salvo que la sentencia indique que requiere de curador o de apoyo puntual[12].

El artículo 1042 CC en relación con la colación también se ha visto reformado por la Ley 8/2021, delimitando que no estarán sujetos a colación los gastos que han hecho los progenitores y ascendientes. La reforma también ha sustituido el término padres por el de progenitores y la expresión discapacidad por situación de discapacidad. La inclusión de un lenguaje más inclusivo también se ve reflejada en los artículos 1052, 1057 y 1060 CC en relación a la partición hereditaria.

Podemos considerar que las reformas en general no están dirigidas a la sucesión *mortis causa*, sino a la persona como centro del Derecho Civil, esto es, a la cuestión de la capacidad y la discapacidad[13]. Es por ello, por lo que de todas las reformas producidas nos vamos a preocupar solamente en dos de ellas: el ejercicio de la capacidad jurídica de testar y la función del notario en el otorgamiento de las últimas voluntades.

Para entender mejor cómo la Ley 8/2021 ha reconocido la capacidad de testar a las personas con discapacidad, es necesario conocer cómo estaba regulada dicha capacidad antes de la Ley y así ver los verdaderos avances que se han producido para que la persona con discapacidad pueda ejercer su derecho a tomar sus propias decisiones que quiera ver reflejadas en su testamento.

3. La capacidad de testar antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio

«Todas las personas a las que la ley no lo prohíbe expresamente» pueden testar, como así lo afirma el artículo 662 CC, no reformado por la Ley 8/2021. El Tribunal Supremo siempre ha considerado que, en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad. De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad de testar es la regla general y la incapacidad de testar es la excepción. La STS 146/2018, de 15 de marzo considera que «En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad de testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad»[14]. La incapacidad debía ser probada de modo evidente y completa, al ser dicha presunción una manifestación del principio *pro capacitate*, emanación a su vez del general del *favor testamenti*[15].

Sin embargo, el artículo 663 CC, anterior a la reforma, claramente reflejaba los conceptos propios de la incapacitación regulados en el ordenamiento en ese momento y no ajustados a la Convención. En este sentido, este artículo reflejaba una capacidad de testar en sentido negativo, al decir: «Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», distinguiendo así a las personas incapacitadas para ello. La condición de la persona con discapacidad no trae consigo la pérdida automática de la capacidad para testar[16]. Sin embargo, ya podemos reflejar lo inapropiado de la expresión «no se hallare en su cabal juicio», expresión arcaica e imprecisa. Parece más apropiada la expresión que el legislador catalán utiliza en el artículo 421-4 CCCat al decir «los que no tengan capacidad natural de entender y querer en el momento del otorgamiento».

---

12. No toda la doctrina está de acuerdo con el nuevo artículo 966 CC y así, algún sector doctrinal lo considera innecesario. Véase en este sentido, Represa Polo, M. P., «Artículo segundo», *op. cit*., p. 958.

13. Cobas Cobiella, M.ª E., *Derecho de sucesiones. Bases para la reforma, op. cit.,* p. 248.

14. STS 146/2018, de 15 de marzo de 2018 (ROJ: 936/2018).

15. Véase, Paramo de Santiago, C., «El control de notario de la capacidad de testar. (Comentario a la STS, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2013)», *Revista CEFLEGAL, CEF*, No. 159, abril 2014, p. 172.

16. Véase, de Barrón Arniches, P., «Personas con discapacidad y libertad de testar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* No. 12, febrero 2020, p. 453 cuando nos recuerda que «No obstante, en efecto, las situaciones de discapacidad pueden llegar a incidir en la actuación del notario, que debe proceder de forma distinta en función de si la persona tiene o no modificada su capacidad de obrar».

Entre los dos artículos claves, artículo 663 y 665 CC, el artículo 664 CC curiosamente no ha sido reformado cuando sigue estableciendo que «El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido». Esta norma es calificada de inocua, pero obsoleta por la doctrina, aunque la referencia a la enajenación mental no parece que case adecuadamente ni con la Convención ni con la reforma de la Ley 8/2021[17].

El antiguo artículo 665 CC al regular la capacidad de testar de las personas con discapacidad decía lo siguiente «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad»[18]. Por lo tanto, diferenciaba dos posibles situaciones según que la sentencia se pronunciase o no sobre la capacidad de testar de la persona incapacitada o que hubiese visto modificada judicialmente su capacidad. Si la discapacidad es sensorial se establece la intervención de dos testigos en sede de los requisitos formales del testamento notarial abierto, y si la discapacidad es psíquica en sede de capacidad de testar, la intervención de dos facultativos.

La redacción de este artículo fue dada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, que estableció la posibilidad de que fueran los tribunales los que dictaminaran al incapacitar a una persona si tenía o no capacidad suficiente para testar[19]. Este artículo fue criticado unánimemente por la doctrina al considerarse que no se ajustaba a los postulados de la Convención porque la falta de capacidad de testar reflejada en una sentencia imposibilitaba a la persona incapacitada reflejar su voluntad, incluso por medio de un representante[20]. Esto llegó a calificar este artículo de «infausta medida» al negarse a las personas con discapacidad la posibilidad de ejercer derechos personalísimos, propiciando situaciones que atentaban contra su dignidad[21].

La segunda cuestión importante por analizar es la relativa a la función del notario. Observamos que el incapacitado podía otorgar testamento si la sentencia no había establecido nada sobre su capacidad de testar, pero el notario debía designar dos facultativos que previamente le reconocieran, no autorizando el testamento hasta tanto estos respondieran de su capacidad. La exigencia de esos dos facultativos sólo era preceptiva en el caso de incapacitación, e incluso el notario se podría negar al otorgamiento de testamento con un informe

17. Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 16 bis, junio 2022, pp. 3103.

18. La STS 535/2018, de 28 de septiembre (ROJ: STS 3268/2018) al interpretar el antiguo artículo 665 CC nos recuerda la importancia de que esa sentencia sea firme y de que se evalúe la capacidad de testar en el momento del otorgamiento del testamento, sin que la declaración de nulidad del testamento sea exageradamente formalista para no dañar el principio de la suprema soberanía del causante, lo que le lleva a una interpretación restrictiva, en atención al favor *testamenti* como respeto a la voluntad de la testadora y por ello, termina recordando que en ese caso «rechazada la ausencia de requisitos formales sobre el juicio de capacidad, siempre cabría la impugnación del testamento por la falta de capacidad de testar de la causante».

19. Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, se publicó en el BOE No. 306, de 23 de diciembre de 1991. En el Preámbulo se explica así la reforma producida en su único artículo al artículo 665 CC que reforma entre otros al decir «Esta revisión afecta a varios aspectos del testamento notarial cuyas características definitorias se conservan. Así, se ajusta el supuesto tradicionalmente denominado del testamento en intervalo lúcido al vigente tratamiento legal de la incapacitación».

20. Véase, Laplaza, C., y Díaz Alabart, S., «La capacidad testamentaria de los incapacitados», en Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M. P. (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum,* La Ley, 2014, pp. 529-546.

21. De Amunategui Rodríguez, C., y Martínez Martínez, M., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas,* Colección Coloquio Jurídico Europeo, 2020, p. 55.

favorable de los facultativos, si, a su juicio, el testador no disponía de la capacidad suficiente para testar[22].

Se podía entender que, si el juez no había dicho nada sobre la capacidad de testar de una persona incapacitada, podría otorgar testamento en base a una presunción de capacidad del eventual testador. En este sentido, la STS 146/2018 de 15 de marzo, ha sostenido que de acuerdo al antiguo artículo 665 CC, podrá otorgar testamento toda persona que, a tenor de la sentencia de modificación de su capacidad de obrar, precise de la intervención de un curador para realizar actos de disposición, basándose en el principio de presunción de capacidad, diferenciando los actos de disposición *mortis causa* de los *inter vivos* que entiende que no se pueden equiparar[23].

Si la persona no estaba incapacitada judicialmente, pero sufría intervalos de lucidez o existían indicios de incapacidad, el notario se podía ayudar de personal técnico para formar, lo más acertadamente, el juicio de capacidad de esta persona[24]. Este apoyo reforzaría el juicio de capacidad, pero nunca lo sustituiría ni lo supliría ya que sólo podría ser destruido por los tribunales que demostrasen que el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento[25].

Hay que tener presente el artículo 685 CC, que no ha sido objeto de reforma por la Ley 8/2021, y que continúa considerando que el notario deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador capacidad legal necesaria para testar, así como, los artículos 696 y 707 CC en relación a los testamentos abiertos y cerrados, que luego estudiaremos. Al analizar la doctrina los tres

22. Véase Corvo López, F. M., «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, No. 4, octubre-diciembre 2019, p. 146.

23. STS 146/2018 de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1090). Véase el comentario de esta sentencia que realiza Guilarte Martín-Calero, C., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018). Capacidad de testar de la persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de testar y alcance del artículo 665 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil,* Vol. 10, Dykinson, 2018, p. 460.

24. Véase cómo sigue mencionándose la intervención de los facultativos en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones publicado en BOE No. 190, de 7 de agosto de 2008, en su en su artículo 421-9.1 establece «Intervención de facultativos.1. Si el testador no está incapacitado judicialmente, el notario debe apreciar su capacidad para testar, de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo. 2. Si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo. 3. En los casos a que se refieren los apartados 1 y 2, los facultativos deben hacer constar su dictamen en el propio testamento y deben firmarlo con el notario y, si procede, con los testigos».

25. No hay que olvidar que la aseveración del notario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre. La STS de 18 de mayo de 1998 (ROJ 3194/J2018) ya señala que «no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni la intervención de facultativos (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1966). Y, por tanto, este juicio favorable a la capacidad del testador no puede tener otro alcance que el de originar una presunción "iuris tantum" de capacidad en el otorgante, que de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1.251 del Código civil, podrá destruirse mediante prueba en contrario, como aquí ha ocurrido con la prueba pericial médica practicada».
En el Código de sucesiones por causa de muerte del Derecho Civil de Cataluña establecido por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, publicado en BOE No. 50, de 27 de febrero de 1992 se disponía de una alternativa que podía optar el notario consistente en bien optar por privar de capacidad de testar al incapaz o bien permitirle otorgar testamento con posibles vicios de nulidad. En concreto, en el derogado artículo 116 de ese Código se disponía «Cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Los facultativos harán constar su dictamen en el propio testamento y lo firmarán junto con el notario y, en su caso, los testigos».

preceptos diferencian dos requisitos: uno sustantivo o material relacionado con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento que el notario debe asegurarse de su existencia, y otro formal relativo a que debe hacer constar en el testamento, que, a juicio notarial, el testador se halle con capacidad legal[26].

Así mismo, la STS 140/2013, de 20 de marzo en el fundamento jurídico segundo apartado 6 establece «En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren «el consentimiento libremente prestado por la testadora» y que «el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa», expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren «de otro modo» al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello». Para estimar la nulidad de un testamento, no se puede ser exageradamente formalista, pues se dañaría el principio supremo de la voluntad del causante al estar en presencia en este caso de testamentos con vicios formales, sin aludir o alumbrar dudas sobre la capacidad[27].

El antiguo artículo 695 CC establecía «El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos».

Antes de que la Ley 8/2021 modificara la redacción del artículo 695 CC ya se había reconocido por la doctrina que este artículo no era compatible con la Convención porque impedía a determinadas personas con discapacidad física testar o hacerlo en las formas comunes y se reclamaba una interpretación amplia de lo que ha de entenderse por oralmente en el testamento, así como por lo que es expresión escrita de la voluntad, admitiendo todos los vehículos de expresión que permitan la comunicación y la exteriorización de la voluntad de la persona discapacidad[28]. Sin olvidar, que el antiguo artículo 697 CC era el que exigía la intervención de dos testigos instrumentales en caso de que el testador padeciera ceguera y/o sordera con la función de comprobar que la voluntad de la persona, manifestada oralmente, coincidía con lo enunciado en el texto del testamento. La doctrina discutía si la función de estos testigos era discriminatoria o un verdadero apoyo en defensa de la libertad de testar de la persona con discapacidad sensorial[29].

---

26. En este sentido, véase Cobacho Gómez, J. A., «Sobre la intervención notarial sobre la capacidad legal para testar», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Sucesiones*. «*Liber amicorum*», La Ley, 2014, p. 302. No se establece una fórmula concreta o ritual donde consta el juicio notarial de capacidad y basta con que del texto del testamento se infiera sobradamente que el notario considere que el testador tiene capacidad suficiente para testar.

27. STS 140/2013, de 20 de marzo de 2013 (ROJ 4755/2013). Véase el Comentario que hace a esta sentencia, Paramo de Santiago, C., «El control de notario de la capacidad de testar. (Comentario a STS, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2013)», *op. cit.*, p. 173.

28. Torres García, T. F., y García Rubio, M. P., *La libertad de testar. El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico europeo, 2014, p. 14.

29. Véase de Barrón Arniches, P., «Personas con discapacidad y libertad de testar», *op. cit.,* p. 457 cuando considera que estos dos testigos realizan una función de apoyo, aunque propone modificar la fórmula de «ciego» por «persona que no puede leer por sí», utilizada en la Ley 185 del Fuero de Navarra.

4. El ejercicio de la capacidad jurídica de testar por las personas con discapacidad tras la reforma

La capacidad jurídica debe también ser ejercida para manifestar su titular sus últimas voluntades en testamento, esto es, para testar. Si seguimos los criterios de la Convención y de la Ley 8/2021, la capacidad jurídica la tienen todas las personas por serlo y puede ser ejercida con los apoyos que precisen. Sin embargo, en el ámbito sucesorio veremos que no es suficiente tener capacidad jurídica para actuar, en este caso para testar, ni lo son los apoyos que precise. Existe un carácter claramente limitativo relacionado con la capacidad de testar porque en determinados casos, la persona no podrá testar porque carece del discernimiento necesario para decidir sobre su herencia. Ello nos lleva a diferenciar el ejercicio de la capacidad jurídica del discernimiento necesario para ejercer dicha capacidad.

La capacidad de testar está regulada en los artículos 663 y 665 CC, reformados por la Ley 8/2021, donde veremos que la adecuación de la capacidad de testar pasa primeramente por la supresión de expresiones relacionadas con la incapacitación para testar, sustituyéndolas por la de personas con discapacidad y por la incorporación de un lenguaje inclusivo.

Son dos los ámbitos básicamente en los que interviene la reforma producida por la Ley 8/2021: el de la capacidad para otorgar testamento, objeto de estudio en esta investigación, y el de las limitaciones para testar a favor de ciertas personas[30].

4. 1. La capacidad general de testar

El nuevo artículo 663 CC señala claramente que: «No pueden testar: 1.º La persona menor de catorce años. 2.º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello».

Si queremos reflejar la diferencia esencial entre el antiguo artículo 663 CC y el nuevo, observamos que, a nivel terminológico, en este artículo además de eliminarse la expresión «están incapacitados para testar», se sustituye en su primer apartado la expresión «menores» por la de «la persona menor de edad», sin distinción de raza o sexo y respetando la igualdad y la prohibición de discriminación reconocida en nuestra Constitución.

También desaparece cualquier referencia en su segundo apartado a la regla que impedía testar a quien habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, ya que el espíritu de la reforma producida por la Ley 8/2021 se centra en el apoyo para que la persona pueda manifestar en lo posible su voluntad. La nueva redacción del artículo, además de ser más respetuosa con la dignidad de la persona con discapacidad, eliminando cualquier alusión al «cabal juicio», pone de manifiesto que estas personas son sujetos plenamente capaces que ya no necesitan por regla general de instituciones representativas que sustituyan su voluntad[31].

---

30. Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *op. cit.,* pp. 3100. Las limitaciones para testar a favor de ciertas personas no son objeto de estudio en esta investigación. Véase esta misma autora en pp. 3112 y ss cuando diferencia las disposiciones a favor de los curadores y en favor de los cuidadores del testador.
El artículo 421-4 de la ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat) y el artículo 408 del Código del Derecho Foral de Argón (en adelante, CFA) consideraban incapaces para testar a quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento o la Ley 184 del Fuero Nuevo de navarra (en adelante, FN) cuando hace referencia a la capacidad de entender y querer, eliminando cualquier referencia al «cabal juicio» por la reforma producida por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril. Estas normas forales según esta autora no se ajustan a la filosofía de la Convención al hacer referencia a «la falta de capacidad natural» o a la «insuficiente capacidad de entender y querer» relativas a las personas de las que se predica la plena capacidad como a cualquiera otra.

31. Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *op. cit.,* p. 3101.

Por la capacidad natural ha de estimarse la suficiente para entender y querer, esto es, la aptitud para comprender el alcance y consecuencias del acto que se realiza. La clave ahora de la capacidad de testar estará en conformar o expresar la voluntad para lo que se podrán utilizar los apoyos que precisen, entendiendo éstos en sentido amplio como luego comprobaremos. Quien no pueda conformar o expresar su voluntad no podrá testar. El Código Civil no somete la voluntad de la persona con discapacidad a una prueba de racionalidad, pero obviamente no hay verdadera voluntad cuando ésta sea fruto del delirio, de la pura irracionalidad o de la ausencia de conciencia por parte de la persona de que se trate[32].

De manera más concluyente, la última redacción del artículo 663 CC se muestra más restrictiva de la posibilidad de cercenar la facultad de testamentifacción de la persona con discapacidad al hablar de medios y apoyos, y comprender un abanico subjetivo más amplio de personas, comprendiendo tanto a las personas con discapacidad psíquica como física[33].

4.2. El nuevo artículo 665 CC: el apoyo a las personas con discapacidad

Realmente la capacidad de testar de las personas con discapacidad está regulada en el nuevo artículo 665 CC, cuyo literal es el siguiente: «La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

La reforma de este artículo pasa primeramente por eliminar la expresión «los incapacitados en virtud de sentencia» por las «personas con discapacidad», abandonando un modelo médico en el que la discapacidad estaba vinculada con la salud y en el que por sentencia se podía modificar la capacidad de las personas, por otro basado en los derechos humanos, que aprecia que la discapacidad es un concepto que evoluciona[34]. No toda la doctrina está de acuerdo con mantener una regulación específica para el testamento de la persona con discapacidad cuando el legislador ha tratado de establecer una igualdad para todas las personas y evitar así cualquier tipo de discriminación por causa de la discapacidad[35].

Sin embargo, se debe insistir que no es una nueva modalidad testamentaria, sino que el legislador se dio cuenta que en el ejercicio de la capacidad jurídica las personas pueden precisar de apoyos, y es por ello por lo que este artículo reconoce un apoyo esencial del notario a las personas con discapacidad para que puedan desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

El testamento como negocio personalísimo no acepta la curatela, ni asistencial ni representativa, a tenor del artículo 670.1 CC que establece: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario». La STS 156/2023, de 3 de febrero recuerda que el testamento es un acto «formal o solemne, que exige el cumplimiento de los cauces de exteriorización de la decla-

32. Martínez Sanchiz, J. A., *La autonomía de las personas. Reflexiones en torno a la ley 8/2021, op. cit.,* p. 42. A continuación, este autor en p. 52 deja claro que «la persona con discapacidad pueda otorgar cualquier acto jurídico sin necesidad de los apoyos judiciales previstos, siempre que esté en disposición de expresar o conformar su voluntad, que posea la lucidez suficiente. Negar al interesado su acción en un intervalo lúcido, es negar su autonomía».

33. Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *op. cit.,* p. 3103.

34. Mesa Marrero, C., «Artículo 663», en García Rubio, M. P., y Moro Almaraz, M. J., (Dir.), Valera Castro, I., (Coord.), *Comentario articulado a la Reforma civil y procesal en materia de discapacidad* Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, p. 501.

35. Cobas Cobiella, M.ª E., «La incidencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio en el ámbito de la sucesión mortis causa», *op. cit*., p. 73.

ración de voluntad que establece el ordenamiento jurídico, así como los requisitos que para el otorgamiento señala la ley»[36].

El primer paso para el otorgamiento del testamento abierto notarial es la entrega de las instrucciones o manifestación de la voluntad del testador[37]. Sin embargo, es suficiente que el testador se sirva de un tercero para llegar al notario instrucciones escritas[38].

La supresión de la capacidad de obrar y el establecimiento de la capacidad jurídica general, prefiriendo ahora hablar del ejercicio de la capacidad jurídica, afecta esencialmente a la capacidad de testar, que como negocio jurídico *mortis causa* demanda como requisito esencial la manifestación de la voluntad libre y consciente[39]. Es por ello por lo que preferimos referirnos a la capacidad de testar tras la reforma producida por la Ley 8/2021 como «ejercicio de la capacidad jurídica de testar», pudiendo ser también apropiada el término de «capacidad jurídica de otorgar testamento». Sin olvidar que la determinación de la capacidad de discernimiento de las personas es compleja y si no se puede discernir ni comprender, no es posible testar.

En los testamentos abiertos o cerrados se ofrecen más medios de poder expresar la voluntad, deseos y preferencias para facilitar la expresión de la voluntad del testador. El artículo 695 CC insiste en la importancia de los medios que puede utilizar el testador para expresar su voluntad, aspecto reformado por la Ley 8/2021, al decir en su primer párrafo que «El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario» y así mismo, en su último párrafo también de nueva redacción reconoce que «Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad». Estos medios accesibles podrían tener como destinatario cualquier persona, aunque no tenga una discapacidad, que se encuentre ante cualquier tipo de dificultad para expresar su voluntad. La presencia de dos testigos ahora solo se producirá en los casos en que el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento y en aquellos otros en que el testador o el notario lo soliciten, teniendo en cuenta

36. STS 156/2023, de 3 de febrero (ROJ: STS 816 /2023).

37. Diaz Alabart, S., «El otorgamiento del testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad», *op. cit*., p. 21. Nos recuerda que el segundo paso es la elaboración por el notario del texto del testamento siguiendo fielmente dichas instrucciones y que el tercero es el acto en sí mismo del otorgamiento. Las instrucciones del testador para la redacción de su testamento deben ser sencillas y en la práctica notarial suelen ser solo la manifestación del deseo del testador al notario de que lo hereden toda la herencia a sus hijos a partes iguales o de que su cónyuge reciba la cuota máxima que permita la ley.

38. Albadalejo García, M., *Curso de Derecho Civil, Tomo V,* Edisofer, 2015, p. 220, nota 1. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo en una sentencia anterior a la reforma de 24 de noviembre de 2004 (ROJ 7647/2004) desestima el argumento de que el testamento que impugnaba es nulo puesto que la enfermedad que padecía el testador impedía que éste tuviera capacidad para dar instrucciones al notario, con lo que era claro que las que le hizo llegar en su nombre el abogado del testador atentaban contra el principio de actuación personal del testador. El Tribunal Supremo dice que «doctrina científica moderna, que esta Sala acoge, tiene dicho que a pesar de lo preceptuado en el art. 695 CC, la regla general del mismo, expresión directa de voluntad del testador al notario, no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad mediatamente, valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera». Continúa diciendo que, de la prueba practicada, se desprende que el abogado transmitió la voluntad del testador al notario, «no actuó en contra o con ausencia de voluntad del testador, ni desde luego trató de sustituir la voluntad de este cuando hizo las manifestaciones que sirvieron de base para plasmar dicha voluntad».

39. Cobas Cobiella, M.ª E., «La incidencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio en el ámbito de la sucesión mortis causa», *op. cit*., p. 71. Es interesante la reflexión que realiza sobre la supresión de la capacidad de obrar al decir que, «si bien podía conducir a conductas discriminatorias para aquellas personas con dificultades para expresar su voluntad, era y lo fue un muro de contención para medir la expresión de voluntad y un mecanismo jurídico, que quizás pueda ser cuestionado en la actualidad, valió durante muchos años, como tamiz para sopesar la declaración de voluntad de las personas».

el artículo 697.3 CC, suprimiéndose la referencia al testador en vez de cierto o que declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Este cambio de rumbo del legislador es una clara apuesta a favor de la autonomía, la autorregulación e independencia de las personas con alguna discapacidad a la hora de testar[40].

La reforma no sólo afecta a los testamentos abiertos, sino también a los cerrados al ampliar los supuestos y facilitar la intervención de las personas con discapacidad en los nuevos artículos 706, 708 y 709 CC, incorporando la viabilidad de firmar electrónicamente el testamento y la posibilidad de que las personas con discapacidad visual puedan testar de esta forma utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo. Estos son ejemplos de cómo las nuevas tecnologías están fomentando un claro apoyo a las personas con discapacidad. Sin embargo, la doctrina llega a considerar más aconsejable que solo fuera viable otorgar testamento abierto por la persona con discapacidad sometida a instituciones judiciales de apoyo, en tanto que el notario no puede enjuiciar la capacidad del testador en el momento de la redacción del testamento cerrado y además no podría comprobar si está sometido a influencias externas e indebidas[41].

Analizada la nueva capacidad de testar de las personas con discapacidad, es el momento de conocer cómo la función notarial se ha visto reformada en la nueva redacción del artículo 665 CC, tras la eliminación clave de la exigencia de dos facultativos, y determinar en qué consiste dicha función en apoyo a la formación de la voluntad de la persona con discapacidad que quiera testar.

5. La función esencial del notario en el otorgamiento de las últimas voluntades

5.1. El apoyo del notario al testador

El apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021 nos recuerda que «La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho —jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores— que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas»[42].

La Ley 8/2021 exige al notario un plus en su función, al considerarlo como un verdadero apoyo institucional, lo que supone la implicación del notario que, aunque nunca ha sido un mero espectador, ahora se convierte en un verdadero actor del proceso en el dirigir a los demás actores para que la persona con discapacidad pueda formar y expresar su voluntad[43]. Esta nueva

40. Martínez Ortega, J. M., y Busto Caballero, A. I., *El testamento de las personas con discapacidad, op. cit*., p. 109.

41. No están de acuerdo con el otorgamiento de los testamentos cerrados por personas con discapacidad entre otros, Guilarte Martín-Calero, C., «Capacidad de testar de la persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de testar y alcance del artículo 665 del Código Civil. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018)», *op. cit.,* p. 464 y Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *op. cit.,* p. 3110.

42. El informe positivo de la relatora de Naciones Unidas presentado a la Asamblea General el año 2017 en su punto 77 consideraba «Los Estados deben promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la conclusión y formalización de transacciones jurídicas (como contratos, testamentos y poderes), especialmente en los países de tradición romanista».

43. Valls I Xiufré, J. M., «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit*., p. 105. Martínez Sanchiz, J. A., *La autonomía de las personas con discapacidad. Reflexiones en torno a la ley 8/2021, op. cit.,* p. 61 expresamente afirma «La nueva ley nos da (refiriéndose a los notarios) esta posibilidad (de

función notarial no sólo está reconocida en el artículo 665 CC, sino también en el artículo 255 CC en relación a la llamada «escritura de autoapoyos» y en la disposición transitoria tercera de la nueva ley[44].

La labor de apoyo que la Ley 8/2021 reconoce al notario ante las personas con discapacidad ya se ve recogida con carácter general hacia todo aquel que acuda a la notaría en el artículo 1 del Reglamento de organización y régimen del Notariado, aprobado por el Decreto de 2 de junio de 1944, (en adelante, RN) en su apartado b) segundo párrafo cuando reconoce la labor de asesoramiento de los notarios hacia los clientes al disponer que los notarios «Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines líticos que aquellos se proponen alcanzar»[45].

Así mismo, el artículo 2 RN nos recuerda que «al Notariado corresponde integra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse sin contienda judicial», lo que evidencia que, «en materia testamentaria, propia de la esfera privada del individuo, el notario es el único competente, ... y se infiere que el notario se convierte en un actor principal, en una fuente idónea de apoyo para el testador con discapacidad, al que podrá asesorar imparcialmente sobre las distintas opciones legales que le asisten para conformar su última voluntad en testamento abierto»[46].

El artículo 249 CC incide en que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Sin embargo, tenemos que diferenciar entre los deseos que tiene la persona con discapacidad y la forma de expresarlos para que el Derecho pueda protegerlos. El notario deberá construir esa voluntad, deseos y preferencias —expresadas por el otorgante— de forma legible y auténtica, porque a él le corresponda dar validez al acto, al considerarse que la voluntad de quien manifiesta es uno de los ejes que sostienen la intervención notarial y la estabilidad del instrumento público[47].

---

hacer el bien) al depositar en nosotros su confianza como apoyo institucional. Esta confianza supone una responsabilidad desde el punto de vista moral, que nos obliga a prestar una atención especial en determinados casos».
No toda la doctrina está de acuerdo con calificar la labor notarial de verdadero apoyo. Así, por ejemplo, Diaz Alabart, S., «El otorgamiento del testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad», en Represa Polo, M.ª P., *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa,* Reus, 2022, p. 22 considera que dicho calificativo es excesivo porque puede producir cierta confusión con los apoyos establecidos por la Ley 8/2021.

44. El artículo 255.5 CC establece «El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante».
La disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021 sobre las previsiones de autotutela, poderes y mandatos preventivos donde en su apartado 3 claramente establece que «Cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el Notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario habrá de procurar que aquella desarrolle su proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitándolo que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

45. El Reglamento de organización y régimen del Notariado, aprobado por el Decreto de 2 de junio de 1944, se publicó en BOE No. 189, de 7 de julio de 1944.

46. Martínez Ortega, J. M., y Busto Caballero, A. I., *El testamento de las personas con discapacidad,* Bosch, 2023, p. 106.

47. Cobas Cobiella, M.ª E., «La incidencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio en el ámbito de la sucesión mortis causa», *op. cit*., p. 72. Cobas Cobiella, M.ª E., *Derecho de sucesiones. Bases para una reforma, op. cit.,* p. 253 considera que ni siquiera a veces es suficiente el papel que se le ha concedido al notario tras la reforma producida por la Ley 8/2021, función que según su apreciación «excede en mucho de la función de fedatario público, al ostentar más funciones muchas de las cuales escapan a su quehacer y formación, dada la complejidad de la mente humana sobre todo en lo que a manifestación de voluntad concierne».

El juicio notarial de capacidad o de discernimiento debe ser realizado sin discriminación, ajustándose a la legalidad[48]. Los déficits de capacidad mental de las personas no deben servir de excusa a los profesionales del Derecho para negar la capacidad jurídica que gozamos todos[49].

Es imprescindible para otorgar un testamento válido la aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica, por sí sola o con los apoyos pertinentes, para el acto o negocio de que se trate en el momento del otorgamiento, ya que la capacidad jurídica la tienen todas las personas en igualdad de condiciones[50].

El nuevo artículo 665 CC vincula la actuación del notario a la manifestación de voluntad del testador porque será el notario el que deberá procurar que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitándole los ajustes necesarios. Esta práctica de acompañamiento en el momento de otorgar testamento no es novedosa en sí mismo porque ya veíamos que existía en la antigua redacción del artículo 665 CC, pero, con un carácter más restrictivo en cuanto a la actitud valorativa del notario.

Lo cierto es que en la práctica la función notarial se desarrollará de la misma manera, queda totalmente en manos del notario la evaluación de la aptitud mínima que debe tener una persona para otorgar válidamente testamento. Y en caso de duda sobre la aptitud de quien pretende otorgar testamento, y al haberse eliminado la asistencia de dos expertos que dictaminen la aptitud eventual del testador, dicha falta de alusión a estos expertos nos lleva a cuestionar la validez de esta opción, aunque la nueva redacción puede ser calificada de más abierta al referirse a los medios de asistencia o apoyo a los que este podrá acudir para emitir su juicio de discernimiento sobre la aptitud del testador para otorgar testamento. El recurso a los expertos es ahora una opción y no es obligatoria, quedando a la decisión del notario, pero siempre con la aquiescencia de la persona con discapacidad ya que puede que, si el notario considera que no tiene aptitud para testar, la propia persona con discapacidad quiera solicitar el dictamen de un experto que certifique la capacidad en este sentido, aunque volver a la opción de los dos expertos puede que no sea la mejor solución[51].

---

48. Martínez Ortega, J. M., y Busto Caballero, A. I., *El testamento de las personas con discapacidad, op. cit*., p. 106.

49. En la SAP 49/2025, de 4 de enero (ROJ: SAP B 141/2025) se deja toda la jurisprudencia sobre la capacidad de testar y se describe perfectamente en qué consiste el juicio notarial de capacidad en el fundamento jurídico 4, apartado 11 al decir que queda claro que en el testamento «el fedatario público deja constancia clara y expresa que la mujer tiene, a su juicio, capacidad y legitimación para otorgar testamento abierto. Y en la última página del documento el notario da fe de nuevo de la capacidad y legitimación de la testadora para el otorgamiento del consentimiento de la mujer libremente prestado, y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad libre y debidamente informada», a pesar de que en la actualidad la testadora es una mujer de edad con graves problemas de salud que se han ido agravando en los últimos años.

50. Granados de Asensio, D. M., «Ideas generales sobre la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Eginunea, Revista del Colegio Notarial del País Vasco,* No. 11, agosto-diciembre 2021, p. 6. Debemos recordar como lo hace la SAP 98/2025, de 19 de febrero (ROJ: sapa b 1679/2025) al realizar una nueva valoración de la prueba respecto al fondo, la doctrina sobre la capacidad de testar fijada por el Tribunal Supremo, en STS de 22 de enero de 2015, con cita de otras sentencias como la STS de 29 de marzo de 2004 y de 26 de abril de 2008: «a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento del otorgamiento; c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante, en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre; y d) que por una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia».

51. Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *op. cit.,* p. 3109 y 3120. En este sentido, la autor en su reflexión final tras alabar la consideración y el tratamiento que se ha hecho a la persona con discapacidad en el Código Civil, pone de manifiesto que no todas las medidas son las más adecuadas e incluso son contradictorias entre sí y en

Por lo tanto, la primera fase que conformarán el testamento es aquella en donde el notario recibe las instrucciones personales del propio testador. Lo esencial es que esas instrucciones sean expresión de la voluntad del testador al proceder de él y que han de llegar al notario para que, tras el estudio de estas, pueda redactar un testamento acorde con la voluntad expresada[52].

El Consejo General del Notariado español en la Circular 2/2021, de 1 de septiembre, de la Comisión Permanente recomienda a los notarios que, con carácter general, «en los testamentos figure no sólo la voluntad dispositiva del otorgante, sino también los deseos o preferencias de cada persona, siempre que se preste a ello. En este sentido, es una buena práctica personalizar en la medida de lo posible el documento que éste hable por boca del testador, que afloren sus motivaciones o sentimientos, las experiencias o los hechos de su vida, que en el fondo reflejen la personalidad del testador y su decisión testamentaria».

La comunicación es entre el notario y el otorgante, y no con la persona que actúe como intermediario porque lo contrario sería sustituir la voluntad del otorgante por la del intermediario, e igual que sucede en sede de capacidad, el titular de una medida de apoyo asistencial no puede sustituir la voluntad de la persona con discapacidad[53]. No podrá otorgarse testamento a través de apoyos previos representativos, sino por la persona con discapacidad con los apoyos singulares que el notario estime en el momento del otorgamiento[54]. Es la persona la que debe formar su propia voluntad y ser capaz de expresarla y el papel del notario, como garante de la seguridad jurídica, termina cuando no es posible que esa persona manifieste su voluntad. Es importante tener en cuenta el papel y la función del derecho y la eficacia que han de tener los instrumentos públicos, al gozar de eficacia de futuro y tener el valor de prueba preconstituida[55].

Sin embargo, esta fase no está exenta de dificultades y el notario puede formular preguntas que tiendan a esclarecer las dudas en torno a la voluntad, deseos y preferencias del testador, con la finalidad de ajustar las últimas disposiciones de voluntad de la persona con discapacidad a la ley[56]. El notario tiene conocimientos específicos sobre el acto a realizar, pero no conocimientos

---

primer lugar señala que «dado el trascendental papel que se le otorga al Notario en la evaluación de la aptitud del eventual testador, debería dejarse a su buen criterio la opción de solicitar la intervención de expertos médicos que puedan contribuir a la conformación de su juicio sobre la capacidad testamentaria del sujeto».
En el CCCat se debe tener en cuenta la figura del asistente como apoyo al otorgamiento del testamento, figura no prevista en el CC. Véase, Barón Arniches, P., «Personas con discapacidad y libertad de testar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 12, febrero 2020, pp. 467-468.

52. Diaz Alabart, S., «El otorgamiento del testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad», *op. cit*., p. 24.

53. Lora-Tamayo Rodríguez, I., «La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021», *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid,* No. 101, 2022, p. 29.

54. Valls I Xufrém. J. M., «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en Pereña Vicente, M., y Hernández, M., (Dir.) y Núñez, M., (Coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica cd las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio,* Tirant lo Blanch, 2022, p.113 reconoce que puede asistir en el momento del otorgamiento un curador judicial o incluso un asistente voluntario, sin perjuicio de que se plasme en una Acta previa con la finalidad de acentuar el acto.
La Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad está disponible en https://notin.es/wp-content/uploads/2021/10/Circular_3-2021_de_la_CP.pdf (fecha de consulta: 27 de abril de 2025) fija las diferentes situaciones en que puede encontrarse una persona que comparece ante el notario: «i) contar con un apoyo formal, notarial o judicial, en cuyo caso habrá que estar en línea de principio a la escritura pública o a la resolución judicial correspondiente; ii) no contar con ningún apoyo; iii) contar con un apoyo informal como la guarda de hecho»

55. Gomez-Linacero Corraliza, A., «Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, en materia de discapacidad», *Diario La Ley,* No. 10006, 2022, p. 6.

56. Cobas Cobiella, M.ª E., *Derecho de sucesiones. Bases para una reforma, op. cit.,* pp. 433-434.

médicos-forenses sobre la aptitud mental del causante, lo que nos lleva a valorar que el legislador podría haber dejado la opción al notario de solicitar la intervención de dos expertos médicos que ayuden a determinar dicha aptitud, en vez de eliminar la intervención de dichos facultativos en el Código Civil[57].

La capacidad de disponer *inter vivos* no se puede equiparar a la capacidad de disponer *mortis causa*, aunque ambas tienen en común la necesidad de tener consciencia y conocimiento de lo que se hace. En este sentido, la STS 1640/2024, de 10 de diciembre nos recuerda en su fundamento jurídico segundo apartado 3 que «El juicio de capacidad que subyace a la adopción de esas medidas se refiere a la realización de actos de administración y disposición patrimonial inter vivos, sin que pueda establecerse una estricta equiparación entre la capacidad de disponer *inter vivos* y *mortis causa*. Aunque en ambos casos existe un presupuesto común, un mínimo de consciencia y conocimiento de lo que se hace, para testar lo esencial es saber y querer dejar, total o parcialmente, sus bienes y derechos a una o varias personas concretas que le sucedan de forma universal, o reciban un determinado bien o derecho»[58].

Lo que debe tenerse en cuenta es la capacidad intelectual del testador y la complejidad del contenido del testamento porque debe examinarse no sólo el nivel de comprensión y voluntad de la persona para que su testamento pueda ser eficaz, sino también que conoce los efectos del testamento ya que el sujeto ha de comprender el tipo de acto que se va a realizar, sus consecuencias, sus características, a quienes va a afectar y a quienes se va a aplicar[59]. La capacidad de testar será diferente en cada caso, lo que requiere de una mayor atención personificada del notario a cada testador, pudiendo diferenciarse su actuar según que estemos ante un testamento sencillo o uno con mayor complejidad[60].

5.2. Los medios y ajustes necesarios a disposición del notario

La promoción de la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas a las personas con discapacidad es una obligación establecida a los Estados Parte de la Convención en su artículo 4.

57. Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *op. cit.,* p. 3120.

58. STS 1640/2024, de 10 de diciembre de 2024 (ROJ 6182/2024). Esta sentencia establece la doctrina general sobre la capacidad testar en un supuesto en que el testador estaba incapacitado por virtud de sentencia que no contenía pronunciamiento acerca de su capacidad para testar. A continuación, en ese mismo fundamento segundo, pero en su apartado 4 insiste en que «Si en un caso como este, una persona privada cautelarmente de la facultad de disponer, en el curso de un procedimiento de incapacitación, si se admite que pueda otorgar válidamente testamento no sólo por la eventualidad de que en ese momento gozará de un intervalo lúcido, sino también porque podría ser que en ese momento carecerá de capacidad para disponer *inter vivos*, pero no *mortis causa*».

59. Núñez Núñez, M., «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», en AA. VV., *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias,* Dykinson, 2018, p. 522.

60. Y así, al analizar la reforma del proyectado artículo 665 CC, García Rubio, M. P., «Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, No. 3, julio-septiembre 2018*,* p. 176 señalaba que «Con todo, será el notario quien habrá de tomar la decisión final, se suerte que no estará vinculado por el dictamen de los especialistas. Es más, considera que, en muchos casos, especialmente ante los testamentos que pudiéramos llamar sencillos, el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que el testador precisa para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su componente de asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades de comprensión que una persona pudiera tener».

El derecho a la accesibilidad debe estar presente en todos los aspectos de la vida de las personas con discapacidad, y también cuando quieran manifestar su voluntad ante el notario. Las personas con discapacidad pueden utilizar una serie de medios o ajustes necesarios al comparecer a la notaría.

El libro cuarto del Código Civil Catalán por Ley 6/2019, de 23 de octubre se adelantó a la reforma de la Ley 8/2021 en aras de lograr una mayor accesibilidad para las personas con discapacidad a la hora de otorgar testamento notarial y en el artículo 421-8 en su primer párrafo dice «Si el testador tiene una discapacidad sensorial en el momento de otorgar testamento, el notario deber aplicar lo establecido por el presente código. En cualquier caso, el notario debe ofrecer al testador el apoyo y los medios necesarios para testar, sin que ello pueda comportarle ninguna carga económica adicional. El colegio profesional debe proporcionar al notario dichos medios»[61].

El nuevo artículo 665 CC centra su atención en dos funciones notariales: «a) la de valorar, según su propio juicio, la aptitud de la persona con discapacidad para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones; y b) la de apoyar con los medios necesarios a la persona con discapacidad para que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, facilitándole su comprensión y la expresión de su voluntad, deseos y preferencias»[62]. En este mismo sentido y según el nuevo artículo 665 CC, el notario tiene que hacer todo lo posible para ayudar al testador con discapacidad, utilizando todos los ajustes que resulten necesarios para que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Dentro de su competencia, el notario podrá solicitar la utilización de medios complementarios de carácter humano y material que afiancen el consentimiento informado del testador, como los intérpretes, los soportes no electrónicos para sistemas gráficos o dispositivos multimedia de fácil acceso[63].

Si nos preguntamos por los medios que puede utilizar el notario para suplir la discapacidad visual, auditiva o sensorial del testador, tenemos que tener en cuenta el nuevo artículo 25 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN), también reformado por la Ley 8/2021, cuando enumera estos medios al decir «para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso»[64]. Enumeración que puede ser calificada de *numerus apertus* y que permite

61. Así mismo, la disposición adicional titulada «Uso de medios para suplir la discapacidad sensorial» 1 de la Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial, publicada en BOE No. 264, de 2 de noviembre de 2019 establece «De conformidad con lo establecido por los artículos 421.8, 421.10 y 421.14 del Código civil de Cataluña, y a solicitud del otorgante, en el otorgamiento de testamentos y demás documentos notariales de naturaleza sucesoria, debe utilizarse el braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permitan suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura».

62. Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *op. cit.,* p. 3109.

63. Véase el estudio que de cada uno de estos apoyos o instrumentos favorecedores de la comunicación de las personas con discapacidad realiza Martínez Ortega, J. M., y Busto Caballero, A. I., *El testamento de las personas con discapacidad, op. cit*., pp. 75-81. El artículo 50 LN indica cómo se debe proceder para hacer viable el uso de estos medios y sistemas materiales de ayuda.

64. La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, publicada en la Gaceta de Madrid No 149, de 29 de mayo de 1862. La Ley 27/2007, de 23 de octubre, reconoce las lenguas de signos y regula los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas con discapacidad auditiva y sordociegas, publicada en el BOE No. 255, de 24 de octubre de 2007. Así mismo, el artículo 193 RN prevé la intervención de un intérprete de signos, designado por el otorgante que fuera completamente sordo o sordo mudo, cuando éste no supiera o no pudiera leer.

incluir cualquier tipo de nuevos apoyos, incluyendo entre ellos también los beneficios que la Inteligencia Artificial pueda conllevar a las personas con discapacidad o la propia figura del facilitador o experto que realiza tareas de adaptación necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender o ser entendida[65]. La concurrencia de estos medios, ya sean humanos, tecnológicos o de otro tipo, debe partir de las personas con discapacidad y no pueden quedar al arbitrio del notario autorizante.

El apoyo y los medios necesarios proporcionados por el notario que faciliten testar a una persona con discapacidad sensorial deberá hacerse sin que ello pueda comportarle ninguna carga económica adicional[66]. Todas las notarías, como oficinas públicas, deberían estar equipadas para dispensar un trato igualitario y sin discriminación a todos los requirentes del servicio notarial, como lo reconoce el artículo 69 del Reglamento Notarial (en adelante, RN).

Por lo tanto, el notario con los apoyos, medios o ajustes razonables deberá dar forma jurídica a cada situación, buscando fórmulas más apropiadas a cada persona con discapacidad para que pueda hacer testamento en condiciones de igualdad con el resto de la población. Se debe diseñar un traje a medida de cada testador, esto es, un plan de apoyo específico para cada persona[67]. El notario se convierte en la figura de apoyo que requiere la persona con discapacidad para el otorgamiento de su última voluntad. Es el apoyo ideal para el ejercicio de su capacidad jurídica de testar[68].

6. Conclusiones

La autonomía, la autorregulación e independencia de las personas con discapacidad es la apuesta del legislador, reforzando así su dignidad personal. El derecho a tomar las propias decisiones de las personas con discapacidad se debe potenciar en todos los ámbitos de la vida, al ser uno de los principios generales de la Convención y de la Ley 8/2021. Este derecho debe poder ser ejercicio por las personas con discapacidad cuando quieran manifestar sus últimas voluntades, ejercitando así su capacidad jurídica a la hora de testar. Se garantizará también al testador su derecho a la accesibilidad con los apoyos, los medios y los ajustes necesarios que precisen.

La Ley 8/2021 ha reformado el Derecho de Sucesiones, reforma que ha podido pasar desapercibida y que no ha sido bien valorada por la doctrina, fundamentalmente porque se ha producido de manera superficial, sin sistemática e incluso sin entrar en el fondo de las instituciones

---

Véase el estudio del testamento notarial en Braille realizado por Martínez Ortega, J. M., y Busto Caballero, A. I., *El testamento de las personas con discapacidad, op. cit.*, pp. 114- 116.

65. Véase en relación al facilitador, Martínez Ortega, J. C., «El facilitador: herramienta fundamental en la defensa de las personas con discapacidad», *El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, No. 101, enero-febrero 2022, pp. 36-39.

66. El artículo 421.8 CCCat deja claro que los colegios profesionales deben proporcionar dichos medios al notario y en la actualidad, existen muchas entidades sin ánimo de lucro, públicas y privadas, que están dispuestas a colaborar.

67. Castro-Girona Martínez, A., «Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *El Notario del Siglo XXI*, No. 97, mayo-junio 2021, p. 36.

68. Así se considera que el notario es una verdadera medida de apoyo de las personas con discapacidad por Corvo López, F. M., «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *op. cit.*, p. 165 y por Carol Roses, F., «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 764, p. 3249. También García Rubio, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *op. cit.,* pp. 176 al comentar el anteproyecto de la Ley 8/2021 sostiene que la intervención notarial constituye «un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPD».

reformadas. Solo se ha preocupado el legislador por la adopción de un lenguaje más inclusivo y a veces, sin defender el verdadero espíritu de la Ley, esto es, la defensa a ultranza de la autonomía de las personas con discapacidad. Las reformas han incidido principalmente en la capacidad de testar, la capacidad para suceder, las legítimas, la función del notario en el otorgamiento de las últimas voluntades, las sustituciones testamentarias, los legados, la colación y la partición hereditarias, entre otras.

La reforma que en materia de capacidad de testar realiza la Ley se ve reflejada tanto en la nueva redacción del artículo 663 CC como la del artículo 665 CC. Comienza por eliminar cualquier referencia a la incapacidad o incapacitación por sentencia, como no podía ser menos, y sustituye estas expresiones limitativas, reconociendo que son «personas con discapacidad» y no incapaces, fomentando así un lenguaje más inclusivo y menos discriminatorio por causa de discapacidad. Se elimina también la posibilidad de privar al incapacitado de su facultad de testamentifacción, tratando a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que a los demás. Podrá testar quien pueda conformar y expresar su voluntad, incluso si manifiesta su última voluntad en un intervalo lúcido porque si no sería una forma de negarle la autonomía o libertad de testar. En el testamento no sólo debe reflejarse su voluntad, sino también los deseos y preferencias de cada persona. Debe ser un documento personalizado que refleje la personalidad del testador y su decisión testamentaria.

Realmente la capacidad de testar de las personas con discapacidad se encuentra regulada en el reformado artículo 665 CC, donde tras eliminar la exigencia de dos facultativos, fomenta la función notarial de apoyo en el momento de otorgamiento de las últimas voluntades. Es cierto que el legislador podría haber dejado al buen criterio del notario la opción de solicitar la intervención de dos expertos médicos, ya que el notario carece de conocimientos médicos para evidenciar la aptitud mental del causante.

Es importante resaltar que es la persona con discapacidad la que debe formar y expresar su voluntad, sin apoyos representativos previos porque no hace falta recordar que el testamento tiene el carácter de ser personalísimo. Son ellos los que deben expresar su voluntad, sin ningún apoyo representativo.

Las personas con discapacidad cuando quieran ejercer su capacidad de testar cuentan con el apoyo inestimable del notario en el otorgamiento de sus últimas voluntades, quien podrá reflejar en un acta previa los apoyos o medios que haya requerido la persona para manifestar su voluntad. El notario podrá preguntarles cualquier duda y acompañará a la persona con discapacidad con el asesoramiento necesario para asegurarse que conoce el acto que está realizando y todas sus consecuencias. Ese apoyo variará de intensidad según la sencillez o complejidad del testamento, bastando un mero asesoramiento o una mayor cautela si fuera necesario.

Por tanto, el nuevo artículo 665 CC resalta dos importantes funciones notariales relacionadas con la capacidad de testar de las personas con discapacidad: la de valorar si a juicio del notario estas personas tienen aptitud para comprender y manifestar el alcance de las disposiciones y la de apoyar con los medios necesarios a las personas con discapacidad para que puedan desarrollar su propio proceso de toma de sus últimas decisiones o voluntades.

El juicio notarial de capacidad o de discernimiento debe ser llevado a cabo sin discriminación y ajustado a la legalidad, siendo imprescindible para otorgar testamento válido al recaer no sobre la capacidad jurídica sino sobre la aptitud para ejercer dicha capacidad, por sí o con los apoyos pertinentes en el momento del otorgamiento del testamento. La apreciación por el notario de la capacidad del otorgante tiene una doble proyección: la formación de la voluntad, donde se debe asegurar que el otorgante ha formado libre y con la debida información su voluntad y la expresión de la voluntad, ya que a través de ella el notario puede llegar a la conclusión que entiende el acto y sus consecuencias[69].

69. Echevarría de Rada, M.ª T., «La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio», en Pereña Vicente, M., y Heras Hernández, M.ª del M., *El ejercicio de la capacidad*

En definitiva, el notario se convierte en un verdadero apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad de testar. La capacidad de testar será diferente en cada caso, lo que refuerza la atención personalizada del notario.

Sin olvidar, que las personas con discapacidad no sólo cuentan con el apoyo del notario al ejercer la capacidad jurídica de testar. Las personas con discapacidad que acudan a la notaría deben tener a su disposición una serie de medios, apoyos y ajustes razonables que garanticen la accesibilidad, enumerados de manera abierta en el artículo 25 LN. La combinación de todos estos apoyos trata de garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, y en concreto la de testar, manifestando y viendo respetada su voluntad.

Podemos concluir que tras la reforma de la Ley 8/2021 se ha producido un claro reconocimiento de que la persona con discapacidad puede ejercer la capacidad jurídica de testar o de otorgamiento del testamento en igualdad de condiciones de que los demás con el apoyo fundamental del notario y con los medios o ajustes necesarios que precise. El notario deberá diseñar un plan de apoyo específico para que la persona con discapacidad pueda testar en igualdad de condiciones que los demás.

7. Bibliografía

Albadalejo García, M., *Curso de Derecho Civil,* Tomo V, Edisofer, 2015.

Barón Arniches, P., «Personas con discapacidad y libertad de testar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 12, febrero 2020, pp. 467-468.

Carol Roses, F., «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 764, p. 3249.

Castro-Girona Martínez, A., «Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *El Notario del Siglo XXI*, No. 97, mayo-junio 2021, p. 36.

Cobas Cobiella, M.ª E., *Derecho de sucesiones. Bases para la reforma,* Thomson Reuters, Aranzadi, 2022.

Cobas Cobiella, M.ª E., Capítulo 2 «La incidencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio en el ámbito de la sucesión mortis causa», en Febles Pozo, N. (Dir.), *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Perspectiva interna e internacional,* Aranzadi, 2024.

Cobacho Gómez, J. A., «Sobre la intervención notarial sobre la capacidad legal para testar», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Sucesiones*. «*Liber amicorum*», La Ley, 2014, p. 302.

Corvo López, F. M., «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, No. 4, octubre-diciembre 2019, p. 146.

De Amunátegui Rodríguez, C., «Artículo segundo». *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 940.

jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 540. A continuación, se diferencia en cuanto a la formación de la voluntad tres supuestos: la asistencia del notario, la asistencia informal por tercera persona o acompañante y la asistencia reglada o típica con apoyo de ciertas personas.

De Amunategui Rodríguez, C., y **Martínez Martínez, M**., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas,* Colección Coloquio Jurídico Europeo, 2020.

De Barrón Arniches, P., «Personas con discapacidad y libertad de testar», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 12, febrero 2020, pp. 448-471.

De Verda y Beamonte, J. R., «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?», *IBIDE*, septiembre 30, 2022, disponible en https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/ (fecha de consulta: 17 de abril de 2025).

Diaz Alabart, S., «El otorgamiento del testamento abierto notarial, y las personas con discapacidad», en Represa Polo, M.ª P., *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa,* Reus, 2022, p. 22.

Echevarría De Rada, M.ª T., «La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio», en Pereña Vicente, M., y Heras Hernández, M.ª del M., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio,* Tirant Lo Blanch, 2022, p. 540.

García Rubio, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, No. 3, julio-septiembre 2018, pp. 173-197.

Granados De Asensio, D. M., «Ideas generales sobre la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Eginunea, Revista del Colegio Notarial del País Vasco,* No. 11, agosto-diciembre 2021, p. 6.

Guilarte Martín-Calero, C., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018). Capacidad de testar de la persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de testar y alcance del artículo 665 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil,* Vol. 10, Dykinson, 2018, p. 460.

Gomez-Linacero Corraliza, A., «Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, en materia de discapacidad», *Diario La Ley,* No. 10006, 2022, p. 6.

Laplaza, C., Y Díaz Alabart, S., «La capacidad testamentaria de los incapacitados», en Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M. P. (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum,* La Ley, 2014, pp. 529-546.

Lora-Tamayo Rodríguez, I., «La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021», *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid,* No. 101, 2022, p. 29.

Martínez Ortega, J. C., «El facilitador: herramienta fundamental en la defensa de las personas con discapacidad», El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, No. 101, enero-febrero 2022, pp. 36-39.

Martínez Ortega, J. M., y **Busto Caballero, A. I**., *El testamento de las personas con discapacidad,* Bosch, 2023.

Martínez Sanchiz, J. A., *La autonomía de las personas. Reflexiones en torno a la ley 8/2021,* Kinnamon, 2023.

Mesa Marrero, C., «Artículo 663», en García Rubio, M. P., y Moro Almaraz, M. J., (Dir.), Valera Castro, I., (Coord.), *Comentario articulado a la Reforma civil y procesal en materia de discapacidad* Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, p. 501.

Núñez Núñez, M., «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, 2018, p. 522.

Paramo De Santiago, C., «El control de notario de la capacidad de testar. (Comentario a la STS, Sala Civil, de 20 de marzo de 2013)», *Revista CEFLEGAL, CEF*, No. 159, abril 2014, pp. 171-174.

Represa Polo, M. P., «Artículo segundo». *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 958.

Torres García, T. F., **Y García Rubio, M. P**., *La libertad de testar. El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico europeo, 2014, p. 14.

Valls I Xiufrém. J. M., «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en Pereña Vicente, M., y Heras Hernández, M., (Dir.) y Nuñez Nuñez, M., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio,* (Coord.), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 85-.154.

Zurita Martín, I., «Requisitos y límites del ejercicio de la capacidad de testar por las personas con discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 16 bis, junio 2022, pp. 3098-3125.

CAPÍTULO 22

¿EL ADMINISTRADOR DE SOSTENIMIENTO DEBE RESPONDER POR LOS DAÑOS QUE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD OCASIONA A TERCEROS?

Juan Espinoza Espinoza

Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

SUMARIO: 1. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN. 2. LAS PRIMERAS REFORMAS LEGISLATIVAS. 2.1. La reforma francesa (1968). 2.2. La reforma española (1983). 2.2. La reforma española (1983). 2.3. La reforma alemana. 2.4. La reforma italiana. 3. LA SITUACIÓN POSTERIOR A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 4. LA TORMENTOSA EXPERIENCIA JURÍDICA PERUANA EN MATERIA DE CAPACIDAD. 4.1. Antecedentes: la regulación de la capacidad en los Códigos civiles de 1852, 1936 y 1984. 4.2. Los aportes de la doctrina nacional. 4.3. Las propuestas de modificación del Código civil en materia de capacidad jamás acogidas. 4.4. Las leyes posteriores: matices y modificaciones en el mosaico normativo peruano en materia de capacidad. 4.5. La herida sistemática inferida al Código civil: el D. Leg. No. 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, del 03.09.18. 4.6. ¿Cómo suplimos los vacíos creados por el D. Leg No. 1384? 4.7. ¿El administrador de sostenimiento debe responder por los daños que la persona con discapacidad ocasiona a terceros? 5. BIBLIOGRAFÍA.

EL CASO: El 23 de febrero de 2019 un cliente mayor de edad que sufre de esquizofrenia (según los certificados médicos mostrados por la familia) agredió físicamente a dos clientas y una cajera en un supermercado en Lima ¿Quién responde civilmente de este hecho? La familia se limitó a decir: «Es una persona con discapacidad».

1. Brevísima introducción

En el año 2002, la Organización Mundial de la Salud aprobó la *International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICF), que adopta un modelo bio-psico-social según el cual la discapacidad es un hecho social, dependiente sea de las limitaciones funcionales de una persona que de las condiciones ambientales y sociales. En la evaluación del estado de salud efectuada utilizando la ICF, se debe tener en cuenta de la presencia (o ausencia) de «facili-

tadores» (también) ambientales en grado de reducir el impacto negativo de las limitaciones funcionales. Nótese que la ICF, que aún se basa en la antítesis normal-anormal, toma en consideración también factores no biológicos. Mientras la visión tradicional está centrada en el individuo, en la diagnosis, en la severidad del déficit, el «Modelo Social» centra la relación individuo-ambiente y el contexto en el cual la persona se encuentra incluida, identifica las barreras sociales, económicas y de comportamiento difundidas que llevan a la exclusión, apuntando a la remoción de los obstáculos y de comportamiento discriminatorios. Considera que «la persona discapacitada es un sujeto que deber ser incluido con pleno derecho en la sociedad, en vez de un sujeto a tutelarse»[1].

Nada nuevo bajo el sol, por cuanto la doctrina civilista ya cuestionaba los rígidos esquemas que, so pretexto de tutelar al sujeto débil (llamado *incapaz*), sometiéndolo a interdicción o inhabilitación, lo convertía en una suerte de muerto civil. Ello fue denominado como un «efecto enyesamiento»[2]. En efecto, la interdicción constituía un «insostenible instrumento de aislamiento»[3]. Por ello, se afirmó que, no se puede generalizar al grado de decir que todos los sujetos son iguales frente a la ley (principio formal), hasta que se hayan eliminado los límites de hecho o de derecho que impiden efectivamente esta igualdad. Entonces, bajo el perfil metodológico, los derechos de la persona deben estar vinculados a las situaciones contingentes y de hecho en las cuales se realizan y se expresan, «distinguiendo entre sujeto y sujeto»[4]. En suma: no hay que confundir la igualdad con la paridad de tratamiento.

Intento hacer un sumario *excursus* histórico para tomar conciencia de la evolución del tratamiento juridico de los sujetos débiles: en Roma, la *capitis deminutio*, en el uso clásico, se encuentra referida al individuo mismo y tiene «el valor de pérdida», por parte suya, de la posición jurídica (*status*) de miembro de la *familia* o de la *civitas*, como también de la posición jurídica (*status*) de hombre libre, que es del resto presupuesto necesario del status de ciudadano, por el cual no es posible perder la libertad sin perder la ciudadanía, mientras era posible lo contrario (*Paul*. Dig. 4, 5, 7, 2-3)[5]. En el Derecho Intermedio, la edad, el sexo y la enfermedad tuvieron una fuerte incidencia en la capacidad de derecho, particularmente en el caso de la mujer y en el de que padeciese enfermedades particularmente graves, como la lepra[6].

El derecho romano ya se ocupaba de los alienados y pródigos. Se cita un fragmento de las XII Tablas citado por Cicerón: *Si furiosus escit, ast ei custos crit, adgnatum gentilunque in co pecuniaque ejus potestas esto*. La cura de la persona o de los bienes del *furiosus* pertenecía a sus agnados (parientes que proceden de la misma ascendencia o sangre, trazada de varón en varón) y, a falta de éstos, a los gentiles. En este contexto, se distinguía al *furiosus* (aunque padecía locura, tenía intervalos lúcidos) del *mente captus* (el loco con perpetua demencia)[7]. Siempre con las XII Tablas, los pródigos eran condenados por un decreto de interdicción y colocados igualmente bajo curatela; pero el decreto era pronunciado sólo contra quien había recibido *ab intestato* los bienes familiares: *Quando tibi buona paterna avitaque nequitia tua disperdis, libe-*

1. Angelo D. Marra, *Disabilità, Bioetica e ragionevolezza. Ragionamenti minimi di diritti unami, evoluzione tecnológica e vita quotidiana*, CEDAM Wolters Kluwer, Milano, 2016, 66.

2. Paolo Cendon, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile, Pol. dir.*, 4, 1987, 623. También del mismo autor, *Il settimo libro del codice civile. Il diritto dei soggetti deboli, Pol. dir.,* 1, 1990, 154.

3. Emilio Vito Napoli, *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, en *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1991, 13.

4. Pietro Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* Jovene, Napoli, 1972, 118.

5. Alberto Burdese, voz *Capacitá (diritto romano)*, *Enciclopedia del Diritto*, VI, Cap-Cine, Giuffrè, 1960, 2.

6. Domenico Maffei, voz *Capacitá (diritto intermedio)*, *Enciclopedia del Diritto*, VI, *cit.*, 4.

7. Gabriel Baudry-Lacantinerie e Loynes, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile, Delle Persone*, Volume V, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1923, 781.

rosque tuos ad egestatem perducis, odeam rem tibi ea re commercioque interdico (Paul. *Sent.*, III, 4 § 7)[8].

El *Code civil* de 1804 abandonó completamente en esta materia las tradiciones del derecho romano. El criterio que se siguió fué el de establecer «una proporción entre la energía del remedio y la gravedad del mal». Organizó para las personas de *facultades mentales alteradas*, dos regímenes distintos: la interdicción y la sumisión a la autoridad de un Consejo judicial. Se somete a interdicción a los *locos*. En cambio, se nombra un Consejo judicial para los débiles de mente y para los pródigos. La interdicción convierte al sujeto «incapaz de cumplir todos los actos civiles»: está bajo tutela, como un menor de edad. Cualquier acto cumplido por éste durante el período de intredicción es *nulo de derecho*. La incapacidad de quien está sometido a un consejo judicial es mucho más limitada: no se aplica sinó a ciertos actos, determinados por ley. Para estos actos sólo es necesaria la asistencia del consejo judicial, para los otros actos, la persona conserva la capacidad de derecho común, es decir, es capaz, salvo excepciones[9]. Este modelo legislativo fue replicado, con algunos matices, por los códigos civiles que siguieron en el tiempo. La declaración de interdicción o de inhabilitación, impedía al sujeto de su actuar jurídicamente relevante, limitándolo también en su desenvolvimiento social.

2. Las primeras reformas legislativas

Frente a este rígido esquema heredado del *Code civil* y, desde la década de los 60 del siglo pasado, hubo un movimiento de reforma legislativa preocupado en la inserción social y jurídica de los sujetos débiles. Sólo a título enunciativo, merecen mención[10]:

2.1. La reforma francesa (1968)

En el sistema francés, la Ley No. 68-5/68, modificó el *Code civil*, introduciendo la figura de la *sauvegarde de justice*. Por consiguiente, dentro de la figura genérica de los *majeurs qui sont protégés par la loi* (art. 488)[11], en la cual se conserva la distinción entre *majeurs en tutelle* (art. 492 y ss.) y *majeurs en curatelle* (art. 508 y ss.) (como en el homólogo español), encontramos a los «*majeurs sous la sauvegarde de justice*» (art. 491 y ss.)[12], con la necesidad de ser *protegidos* en sus actos de la vida civil[13]. La peculiaridad de esta figura se encuentra en el hecho que

8. Gabriel Baudry-Lacantinerie e Loynes, *op. cit.*, 782.

9. Gabriel Baudry-Lacantinerie e Loynes, *op. cit.*, 786-787.

10. Reproduzco lo que en su momento escribí: *Tutela giuridica dei soggetti deboli: il risveglio dai sogni dogmatici dei giuristi* (en la *Rivista Critica di Diritto Privato*, No. 3-4, 1993, Jovene, Napoli). En Perú, apareció este artículo en español bajo el título *La tutela jurídica de los sujetos débiles: el despertar de los sueños dogmáticos de los juristas* (*Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vols. 52 (No. 2), 53 y 54 (No. 1), Lima, 1995-1996-1997)**.** Posteriormente publique la monografía *La Capacidad Civil de las Personas Naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles* (Editorial Grijley, Lima, 1998).

11. Según este artículo, es protegido por la ley, sea con ocasión de un acto particular, sea de una manera continua, el mayor de edad que, por alteraciones de sus facultades personales, se encuentre en la imposibilidad de proveer a sus propios intereses. Es también protegido quien por prodigalidad, intemperancia u ociosidad expone a sí mismo al peligro de un estado de necesidad y compromete el cumplimiento de las propias obligaciones familiares. Para este último se prevé el nombramiento de un curador, según el art. 508-1.

12. Está sometido a este régimen quien sufre de alteración de sus facultades mentales por motivos de una enfermedad o una debilidad debida a la edad. Están también comprendidos quienes se encuentran afectados por una alteración de las propias facultades corporales, siempre que afecte la posibilidad de manifestar su voluntad. Estas alteraciones deben ser establecidas a nivel médico (art. 490).

13. Se diferencian este tipo de mayores con aquellos sometidos a curatela, en el hecho que estos últimos —no obstante que el *status* de ambos derive de las hipótesis previstas en el art. 490—, en cuanto éstos

éstos conservan el ejercicio de sus derechos. De consecuencia, no se produce la anulabilidad de los actos realizados por los sujetos a los cuales ha sido verificado judicialmente el estado de enfermedad[14], sino sólo la posibilidad de actuar en rescisión por las simples lesiones o en reducción en los casos de exceso. A tales efectos, el tribunal deberá tener en consideración la fortuna de las personas protegidas, la buena o mala fe de la contraparte y la utilidad o inutilidad de la operación (art. 491-2).

En materia de responsabilidad civil está obligado al resarcimiento incluso aquel que ha causado el daño en el momento en el cual se encontraba bajo el dominio de una alteración mental (art. 489-2). En efecto, se regulaba:

> «Quien ha causado un daño a otro, aunque haya estado bajo el imperio de una alteración mental, no está menos obligado a la reparación»[15].

El «abandono del principio de irresponsabilidad civil de los dementes»[16], contenido en el art. 489-2 c.c.fr., ha sido fuertemente criticada, afirmándose que la (aparente) «limpidez de la fórmula legal es engañosa»[17], por cuanto deja subsistente (al menos) tres imprecisiones: en cuanto a los supuestos de responsabilidad, respecto de la posición del demente (¿autor o víctima?) y a propósito de la naturaleza de la enfermedad[18]. Ello en atención a que, también el incapaz sería responsable por el daño ocasionado por las cosas (art. 1384-1) y por daños ocasionados por los animales, cuando el incapaz sea el guardián (art. 1385)[19]. La jurisprudencia considera que la responsabilidad del disminuido *ex* art. 489-2 no es un supuesto de hecho autónomo del art. 1382 (que regula el principio general de la responsabilidad civil) ni del art. 1383 (responsabilidad en los casos de negligencia o imprudencia)[20]. Sobre la posibilidad de extender este tipo de responsabilidad también a los menores de edad la doctrina se ha dividido[21] y la

---

tienen necesidad de ser *controlados* y *aconsejados* en sus actos de la vida civil. Se comprende fácilmente, sobre la base del grado de la disminución que los afecta, que éstos necesitan un cuidado más completo que aquellos sometidos a la *sauvergarde de justice*.

14. Según el art. 489 se puede solicitar la declaración de nulidad cuando se pruebe la existencia de una alteración mental en el momento de la realización del acto. Sin embargo, después de la muerte del sujeto, no se pueden invocar las razones de este artículo, salvo que el acto lleve en sí mismo la prueba de una alteración mental o si el individuo haya sido sometido a la *sauvegarde de justice*, tutela o curatela (art. 489-1).

15. *«Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation».*

16. Denominado así por Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, tercera edición, Lexis Nexis, Paris, 2014, 196.

17. Philippe LE TOURNEAU, *La Responsabilité Civile*, Dalloz, Paris, 1972, 124.

18. Philippe LE TOURNEAU, *op. cit.*, 124-127.

19. Hay quien considera que esta solución puede parecer «poco equilibrada» (Salvatore PATTI, *Ancora sul favor del diritto civile per gli incapaci (e su una innovazione, di segno opposto, dell'ordinamento francese)*, *Riv. dir. civ.*, 1983, 646). Se sostiene también que el legislador francés ha optado por una vía peligrosa y se hace una invitación a la prudencia para el precio a pagar por la «puesta en libertad» en el tráfico jurídico del enfermo de mente (Gabriella AUTORINO STANZIONE, *Sulla responsabilitá dell'infermo di mente nell'esperienza francese, Riv. dir. civ.*, 2, 1991, 368-369).

20. CAS., 2a., 04.05.77, en Andrea VENCHIARUTTI, *La responsabilità civile degli infermi di mente in Francia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 510. Por consiguiente, frente a una doctrina minoritaria que defiende la interpretación restrictiva del art. 489-2, la jurisprudencia se ha alineado a aquel sector de la doctrina que es favorable a una interpretación extensiva del citado artículo (Patrizia PETRELLI, *La responsabilità civile dell'infermo di mente nell'ordinamento francese*, en *Riv. dir. civ.*, 1991, 85).

21. Cfr. Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, *La colpa oggettiva del malato di mente: le esperienze nord-americana e francese, Resp. civ. e prev.*, 1986, 10.

jurisprudencia ha asumido una posición elástica[22]. Cuando el menor sufre de una enfermedad mental y ocasiona daños, no es aplicable el art. 489-2[23].

La opción legislativa de responsabilizar civilmente a quien ocasiona daños, incluso *«sous l'empire d'un trouble mental»* ha sido calificada por autorizada doctrina francesa como «injusta e inútil»[24]. Esta disposición (art. 489-2 c.c.fr.) ha sido derogada por la Ley No. 2007-305, del 5 de marzo; pero su tenor (tal cual) se mantiene ahora en el art. 414-3 del *Code*.

2.2. La reforma española (1983)

El Código civil español de 1879, reformado por la Ley 13/1983 en materia de tutela, en el art. 200 establece como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias *persistentes* de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Los incapacitados están sometidos a tutela (art. 222, par. 2), pero en relación con el grado de discernimiento, pueden ser sometidos a curatela (art. 287)[25]. Desde la reforma de 1983, la prodigalidad no es más considerada causa de incapacidad. Sin embargo, el pródigo, el cual no es definido por el legislador[26], es sometido a curatela (art. 286, par. 3). Pueden pedir la declaración de prodigalidad sólo el cónyuge, los descendientes o los ascendientes que percibiesen alimentos del presunto pródigo o que estuviesen en condiciones de reclamárselos (art. 294)[27].

---

22. Mauro Bussani, *La colpa soggettiva*, Paolo Cedam, Padova, 1991, 170. Aunque, en línea de principio, se puede afirmar que, a partir de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 09.05.84, que ha tratado cinco decisiones en las cuales se encontraban implicados menores, el menor incapaz de entender y de querer es responsable civilmente, equiparando su posición con aquella del enfermo de mente. De manera curiosa, el fundamento doctrinario de esta decisión se encuentra en los arts. 1382 y 1384 (responsabilidad por los hechos de las personas que uno debe vigilar o de las cosas que están bajo custodia) y no en el art. 489-2 (Andrea Venchiarutti, *op. cit.*, 519 y Patrizia Petrelli, *op. cit.,* 94).

23. CAS., 1a., 20.07.76, en Andrea Venchiarutti, *op. cit*., 516 y en Patrizia Petrelli, op. cit., 87.

24. Geneviéve Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilitè*, *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacques Ghestin, segunda edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998, 543.

25. Uno de los principios que informa esta reforma es aquel de la irrelevancia de la situación de *incapacidad* en la esfera de la *subjetividad jurídica*. En jurisprudencia se considera que el curador no suple la voluntad del asistido, sino la refuerza, controla y encausa, complementando su disminuida capacidad, por lo cual su función no es de representación, sino de asistencia y protección, que presta su apoyo e intervención para el cumplimiento de aquellos actos que debe realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los cuales no deben ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial (TRIB. SUP., 31.12.91, *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 1992, N.28, Madrid, 179).

26. De esta tarea se ha hecho cargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con sentencia del 20.09.30, se pone en evidencia el criterio de desproporción entre el patrimonio del pródigo y los gastos «inútiles y superfluos» que éste realiza; con sentencia del 18.05.62 y del 25.03.42, se considera la prodigalidad como conducta desordenada de la persona que habitualmente gasta su patrimonio con ligereza, poniéndolo en injustificado peligro en detrimento de su familia; con sentencia del 02.01.90, se observa que la simple liberalidad (en el caso, un beneficio patrimonial a la segunda mujer) no constituye prodigalidad. En doctrina, considera la prodigalidad como enfermedad de mente, Jaime Santos Briz, *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, 407.

27. Así, TRIB. SUP., 17.06.88, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, abril/agosto 1988, N.° 17, Madrid, 607. Se afirma que la prodigalidad «no es ya la antigua institución protectora de la legítima, sino que, más limitadamente, se orienta al servicio del derecho de alimentos en el círculo familiar más próximo» (Antonio Gordillo Cañas, *Comentario* a TRIB. SUP., 17.06.88, cit., 611). El autor critica la sede normativa de la reformada declaración de prodigalidad (L.I, T.X: De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados), en sustancia símil a la anterior y sugiere llevarla a la regulación de las obligaciones alimentarias, funcionalizándola a través de una *prohibición* legal traducida en una limitación, declarada judicialmente, de las facultades de administración y disposición del pródigo (Antonio Gordillo Cañas, *op. cit*., 613).
Del cambio que ha sufrido el instituto de la prodigalidad es emblemática la sentencia de la Sala 1a. de la Audiencia de Barcelona, del 14.10.87, que ha revocado una declaración de prodigalidad de la Pretura

En materia de responsabilidad civil, no hubo cambio alguno. En efecto, el art. 1903 c.c.esp. establecía lo siguiente:

> «La obligación que impone el artículo anterior[28] es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.
>
> Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
>
> **Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habitan en su compañía**.
>
> Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.
>
> Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.
>
> La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» **(el destacado es mío)**.

De ello se deduce que, los padres son responsables por los daños ocasionados por los hijos que se encuentren bajo su vigilancia (art. 1903, par. 2)[29]. Los tutores son responsables por los daños causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y que habiten junto a ellos (art. 1903, par. 3). En jurisprudencia se entendía que, a los efectos del art. 1903, par. 2, no se puede ignorar el carácter flexible del concepto «bajo su guarda», que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o de la convención reguladora de separación judicial de los padres[30]. Se admite que la responsabilidad de los padres no puede imponerse en el período en el cual han confiado la vigilancia de sus hijos al centro escolar del cual reciben la educación[31].

---

de Primera Instancia, N.° 2, de Barcelona, con sent. del 31.01.82. En efecto, los actores, mayores, casados y con recursos propios, no se encontraban en situación de pretender alimentos: éstos solicitaban la protección de las acciones que garantizaban la efectividad de una sustitución fideicomisaria (CAS., 05.03.90, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, abril/agosto 1990, N.° 23, 507 ss.).

28. Art. 1902 c.c. esp.: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

29. En jurisprudencia es pacífico que: «la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos que están bajo su potestad se justifica tradicional y doctrinalmente por la trasgresión del deber de vigilancia que a aquellos incumbe, que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad y la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad» (TRIB. SUP., 22.09.84, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, septiembre/diciembre 1984, N.° 6, Madrid, 1979; 22.01.91, en *Cuad. Civitas jur. civ*., enero/marzo 1991, N.° 25, Madrid, 219). Esta decisión, que atribuye responsabilidad «casi objetiva» a los padres ha sido criticada en doctrina. En efecto, se parte de la diferencia entre «socializar el riesgo» y «hacer caridad a costas del bolsillo ajeno», afirmando que: «hemos suprimido las discriminaciones por razón de filiación. Los hijos han dejado de pagar por los "pecados" de sus padres. Va siendo hora, pues, de que los padres dejen de pagar los "pecados" de sus hijos» (Fernando Pantaleón Prieto, *Comentario* TRIB. SUP., 22.09.84, cit., 1990). En este sentido, se observa que: «hemos pasado del fatalismo medieval al extremo opuesto: la restitución a toda costa, no importa quien restituya» (Martín García Ripoll Montijano, *Comentario*, TRIB. SUP., 22.01.91, cit., 234-235).

30. Sent. Trib. Sup., 27.09.90, en *Cuad. Civitas jur. civ*., septiembre/diciembre 1990, Madrid, N.° 24, 1023).

31. Así: «la obligación de guarda de los padres renace desde el momento en que el centro escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la

Téngase presente que, «antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021», de acuerdo al art. 222, inc. 2 y 3 c.c.esp., el régimen de la tutela era para los incapacitados sin padres o cuyos padres no ostentan la patria potestad, mientras que la curatela era para los incapacitados que necesitan solamente un complemento de capacidad, en aquellos casos en que la sentencia así lo disponga (art. 287 c.c.esp.). En ese contexto, se sostiene que la responsabilidad de los sujetos que regula el art. 1903 c.c.esp., «puede calificarse pacíficamente de responsabilidad *directa* y no subsidiaria, en el sentido de que el perjudicado puede demandar a la persona obligada a responder en virtud de dicho artículo, sin necesidad de demandar, de modo previo o conjunto, al causante material del daño»[32].

A propósito del art. 290 c.c.esp.[33], antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se afirmaba que «es la sentencia la que deberá decir qué actos precisan la asistencia del curador (art. 289 c.c.[34]). Si aquella nada dice, el curador ha de intervenir en los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 290 c.c.). En cualquier caso, aunque las facultades del curador del incapacitado pueden ser mucho más amplias que la del curador de los supuestos del art. 286 c.c.[35], no se ve razón suficiente para que haya de responder por daños causados por el curatelado. Si la sentencia ha extendido las facultades del curador al campo personal (el Código civil no lo impide), no se puede mantener la afirmación en los mismos términos y cabría pensar en una hipotética responsabilidad del curador en este caso. No obstante, en la mayor parte de los casos, habrá que optar por la tesis de la no responsabilidad, pues parece raro, si se limita mucho la capacidad, que no se recurra a la tutela, en vez de a la curatela»[36].

2.3. La reforma alemana

El Código civil alemán de 1900, ha sido sometido a sustanciales e importantes modificaciones en materia de capacidad. En efecto, con una ley de reforma, *Betreuungsgesetz (Btg)*, que ha

obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase. Si es habitual en el centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva, antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuentan con que hasta entonces están en el centro y vigilados por su personal. Distinto hubiera sido si el centro recurrido tuviese como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones acabada la jornada, entonces sí están obligados los padres a prever la guarda de sus hijos menores» (TRIB. SUP., 03.12.91, *Cuad. Civitas jur. civ*., enero/marzo 1992, N.º 28, Madrid, 115).

32. Sofía de Salas Murillo, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant Lo Blanch, 2003, 146. También, Esther Gómez Calle, *Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno, Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por L. Fernando Reglero Campos, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, 457.

33. «Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial». Este texto ha sido reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

34. «La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido». Este texto ha sido reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

35. «Están sujetos a curatela:
1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.
2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.
3. Los declarados pródigos». Este texto ha sido reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

36. Sofía de Salas Murillo, *op. cit.,* 248-249.

entrado en vigor en 1992, se ha cambiado todo el sistema, al punto de suprimir los institutos de la interdicción[37] y de la curatela. El art. 104 modificado, reduce (de tres a dos) las hipótesis de incapacidad de obrar:

> 1. quien no ha cumplido el sétimo año[38]
> 2. quien se encuentra en un estado morboso de perturbación de la actividad del espíritu excluyente de la libre manifestación de la voluntad, en cuanto tal estado no sea de naturaleza pasajera.

En efecto, se eliminó el tercer parágrafo, que se refería al interdicto por enfermedad de mente[39]. El art. 105.1 dispone que la declaración de voluntad de una persona incapaz de obrar es nula. Se sanciona con los mismos efectos la declaración de voluntad expresada en condiciones de inconciencia o cuando se concretiza en un estado de disturbio temporal de la actividad de la mente (art. 105.2). Se ha modificado el Título dedicado a los mayores sometidos a tutela *(Vormundschaft über Voljährige)* (arts. 1896-1908) que regulaba la *Entmündigung* (interdicción), sustituyéndose éstas por un nuevo instituto de protección, la *Betreuung* (asistencia). Se ha abrogado el art. 1910, que regulaba el instituto de la *Gebrechlinchkeitspflegschaft*, con el cual se disponía el nombramiento de un curador para los disminuidos.

Se prevé el nombramiento de un asistente, en el caso en que un mayor afectado de una enfermedad mental o de invalidez física o psíquica no pueda tener cuidado, del todo o en parte, de sus negocios. Este nombramiento es hecho por el juez tutelar *(Vormundchafsgericht)*, sobre propuesta del mismo interesado o de oficio. Se advierte que en el caso que el mayor afectado de invalidez física que no pueda tener cuidado de sus negocios, el asistente sólo puede ser nombrado previa propuesta del interesado, a menos que este último no pueda manifestar su propia voluntad (art. 1896.1). Se acoge el «principio de la determinación de la esfera de competencia del asistente». Este intervendrá en actos bien precisos, en los cuales su participación sea necesaria. No se requiere la asistencia cuando un delegado u otras personas, que no sean representantes legales, puedan hacerse cargo de los negocios del inválido del mismo modo que un asistente nombrado (art. 1896.2).

El § 823 *BGB*, por su parte, regula lo siguiente:

> «1. Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto.
> 2. La misma obligación incumbe a aquel que infrinja una ley que tenga como objeto la protección de otro. Si, de acuerdo con las disposiciones de la ley, la infracción de ésta es posible sin culpa, la obligación de indemnizar sólo aparece en caso de culpa».

En virtud del § 828 BGB las personas menores de siete años no responden civilmente de sus actos ilícitos. Si hubieran alcanzado esa edad, pero no hubiesen cumplido aún 18 años sólo responderán si se comprueba que actuaron con discernimiento. De no ser así, se prevé en el § 832 BGB una responsabilidad a cargo de las personas que tienen encomendada la vigilancia de los incapaces. Incluso en el supuesto de que estas personas quedasen exoneradas de responsabilidad, el § 829 BGB recoge una responsabilidad por motivos de equidad que recaería sobre el propio incapaz.

A esta reforma le siguió otra que, operada por la Ley de 25 de junio de 1998, pretendió simplificar el régimen procesal de las instituciones de protección de las personas con discapacidad.

---

37. Se abrogan los arts. 6 (que se refería a la interdicción), 114 (de la capacidad limitada del interdicto) y 115 (revocación del decreto de interdicción).

38. Se observa que el menor de edad mayor de siete años es parcialmente incapaz de obrar (Andrea Venchiarutti, *Incapaci in diritto comparato*, en *Digesto, Disc. Priv., Sez. Civ.*, IX, UTET, Torino, 1993, 387.

39. *Codice Civile dell'Impero Germanico*, traducido por Ludovico Eusebio, UTET, Torino, 1897, 15.

Esta norma instituyó un régimen que se mantuvo prácticamente inalterado, hasta que en 2005 se consagra legalmente la prevalencia de los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad, como manifestación de la dignidad que le es intrínseca como ser humano. Efectivamente, la Ley de 21 de abril de 2005 introduce un nuevo párrafo al clásico § 1896 BGB con el siguiente tenor: «contra la libre voluntad del mayor de edad no se puede proveer un prestador de apoyos»[40].

2.4. La reforma italiana

Si bien es cierto que con la «Ley No. 6, del 09.01.04», recogiendo principalmente el Proyecto Cendon, se acoge la figura de la *administración de sostenimiento* y se modifica una serie de artículos del Código Civil italiano, así como emplea los espacios dejados en los arts. 404 a 413 (derogados el 04.05.83 por la Ley No. 184) para regular esta nueva institución, se conservan aquellas tradicionales de interdicción e inhabilitación. El reformado art. 414 c.c.ita. establece lo siguiente:

> «La persona que, por efecto de una enfermedad o de una disminución física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, aunque sea parcial o temporal, de proveer a sus propios intereses, puede ser asistida por un administrador de sostenimiento, nombrado por el juez tutelar del lugar donde ésta tiene la residencia o el domicilio».

El art. 2047 c.c.ita.[41] mantiene la responsabilidad civil del «vigilante de la persona incapaz de querer y de entender» por los daños cometidos por esta última. Con toda razón se observa que, el resarcimiento del daño no es una obligación personal en la cual, en abstracto, se pueda especular una positiva función estimulante frente a quien tenga que ejecutarla. Se trata de un remedio de naturaleza económica, que se traduce en una obligación pecuniaria y que «no es susceptible de incidir en la *psiche* de quien no está en grado de entender o de querer»[42].

¿Cuál es el común denominador en estas reformas? Todas surgieron en respuesta a un diseño normativo que limitaba el actuar jurídico y socialmente relevante de los sujetos débiles: aquellos que no encajan en el *standard* de «normalidad» establecido por la mayoría. Se muestra una preocupación en insertar a la persona con habilidades especiales reconociendo que se trata de un *agente capaz jurídicamente* para contratar, casarse, otorgar testamento, reconocer un hijo. Sin embargo, para aquellos incapaces de querer y entender (como en Italia), quienes no puedan expresar libremente su voluntad (como en Alemania), o faltos de discernimiento (como en España), el régimen de responsabilidad civil extracontractual se basaba en el modelo de inimputabilidad civil, siendo responsable (más allá del *nomen* que se le daba) el que tiene bajo cuidado personal al sujeto sometido a este régimen especial. La excepción se encuentra en el sistema francés que, desde 1968, responsabiliza directamente a quien ocasiona daños, incluso *«sous l'empire d'un trouble mental»*, esté o no sometido a la *sauvegarde de justice.*

---

40. Brian Buchhalter-Montero, *La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 17, Tirant Lo Blanch, Valencia, agosto, 2022, 154.

41. El cual regula lo siguiente: «Daño ocasionado por el incapaz.
En caso de daño ocasionado por una persona incapaz de entender y de querer, el resarcimiento es debido por quien estaba obligado a su vigilancia, salvo que pruebe que no pudo impedir el hecho.
El el caso en el que el dañado no haya podido obtener el resarcimiento por quien estaba obligado a la vigilancia, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa»

42. Respuesta de Massimo Bianca, *Responsabilità personale dell'infermo di mente, 10 domande ai civilisti, ai medici legali e agli psichiatri*, en *Infermità di mente e responsabilità civile*, a cura de Paolo Cendon, Cedam, Padova, 1993, 194.

3. La situación posterior a la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad es un tratado internacional que protege los derechos de las personas con discapacidad. Se aprobó el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. El documento fue firmado inicialmente por 8 países. Particular atención merece el art. 12, el cual, a la letra dice:

> «Igual reconocimiento como persona ante la ley
>
> 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
>
> 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
>
> 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
>
> 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
>
> 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

Tengo la impresión de que los «intérpretes» de la Convención, se han centrado tanto en el precepto que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», que no han visto lo evidente: «los grados de discapacidad no son los mismos». Hay personas con un grado de discapacidad en el cual se requiere de otra persona que las asista y apoye, a efectos que puedan manifestar su voluntad; así como hay grados de discapacidad que hacen que la persona carezca de discernimiento, pierda contacto con el mundo exterior y, por consiguiente, se encuentre impedida de manifestar una voluntad que pueda considerarse jurídicamente válida. Pregunto ¿los mecanismos de tutela deben ser idénticos en situaciones tan disimiles? En esta oportunidad sólo me voy a centrar en la responsabilidad civil extracontractual de la persona con discapacidad que ocasiona daños. ¿responde sólo ella? ¿Hay responsabilidad solidaria con el asistente, apoyo o come se llame? O ¿sólo responde este último? De nuevo, se echará un vistazo a la experiencia jurídica comparada:

En Italia, como fue ya mencionado, el art. 2047 c.c.ita. mantiene la responsabilidad civil del «vigilante de la persona incapaz» por los daños cometidos por esta última. Se entiende por «vigilante» al sujeto que, como el «administrador de sostenimiento», está obligado por ley, por actividad profesional o por contrato, al cuidado del denominado incapaz (*rectius*, sujeto débil). Se trata de un sujeto que se encuentra en una situación de estrecha relación con el «incapaz» que deriva en una tarea particular a su cargo. Por los daños ocasionados por el beneficiario

(falto de discernimiento-sujeto débil), parece aplicable la disciplina contenida en el art. 2047 c.c.ita. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todos los beneficiarios de la administración de sostenimiento carecen de discernimiento. Por ello, la aplicación de este régimen se circunscribe a aquellos beneficiarios que no tienen capacidad de determinación, aunque la doctrina no es unánime al respecto[43].

Advirtiendo la falta de previsión legislativa por los daños que ocasione el beneficiario de la administración de sostenimiento, se sostiene que el cuadro normativo de referencia está constituido por los arts. 2046[44] y 2047 c.c.ita., que regulan la responsabilidad del hecho dañino realizado por la persona no imputable, en cuanto carente de la capacidad de querer y de entender al momento en el que lo ha cometido, la cual recae sobre el vigilante, salvo que pruebe que no ha podido impedir el hecho (art. 2047 c.c.ita.). Podría también tener relieve el art. 2048 c.c.ita.[45], que atribuye la responsabilidad del hecho ilícito del menor al tutor, norma que es susceptible de extensión también al ámbito de la administración de sostenimiento: sin lugar a dudas, se observa, *ex decreto* a los efectos del art. 411, tercer párrafo del c.c. ita.[46]; pero según una lectura en clave de analogía, teniendo en cuenta la similitud de estos supuestos[47].

En este sentido, la responsabilidad del administrador de sostenimiento será medida en función de los poderes que el juez tutelar le haya atribuido en concreto. Entonces, la responsabilidad dependerá de cada caso en particular, poniéndose atención al «perfil cuantitativo de la asistencia que se presta» y del hecho que, contemporáneamente subsista, o no, otra persona destinada a la vigilancia del sujeto débil[48].

Por ese motivo, cuando se tratase de un administrador de sostenimiento «externo», especialmente si se ocupa sólo de la gestión de los bienes del beneficiario o si el administrador está llamado a cumplir sólo actos de representación del administrado, difícilmente podrá ser considerado responsable, en calidad de vigilante, por los hechos ilícitos cometidos por el beneficiario. Ello, en cuanto el administrador de sostenimiento tiene diferentes poderes, según la extensión de las tareas que le han sido asignadas, con la consecuencia que su eventual responsabilidad como «vigilante» del administrado deberá ser evaluada caso por caso, sobre la

---

43. Paolo Baccarani, *L'amministratore di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2006, 369.

44. Que precisa: **«Imputabilidad del hecho dañoso»** No responde de las consecuencias del hecho dañino quien no tenía capacidad de entender y de querer al momento en que lo ha cometido, a menos que el estado de incapacidad sea por culpa suya».

45. Que regula: «Responsabilidad de los padres, de los tutores, de los preceptores y de los maestros de arte El padre y la madre, o el tutor, son responsables por el daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al custodio familiar o pre-adoptivo *(affidatario)*.
Los preceptores y quienes enseñan una oficio o arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus pupilos y aprendices durante el tiempo en el cual están bajo si vigilancia.
Las personas indicadas en los párrafos precedentes se liberan de la responsabilidad sólo si prueban que no han podido impedir el hecho».

46. Que establece: «El juez tutelar, en el procedimiento con el cual nombra al administrador de sostenimiento, o sucesivamente, **puede disponer que determinados efectos, limitaciones o prescripciones, previstos por ley para el interdicto o el inhabilitado, se extiendan al beneficiario de la administración de sostenimiento, teniendo en cuenta el interés del mismo** y al tutelado por las mencionadas disposiciones. El procedimiento es asumido con decreto motivado después del recurso que puede ser presentado también directamente por el beneficiario» (el destacado es mío).

47. Maria Novella Bugetti, *Amministrazione di sostegno*, Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, a cura de Giorgio de Nova, Libro primo: Persone e familia art. 404-414, Zanichelli, Bologna, 2024, 225.

48. Giovanni Bonilini y Ferruccio Tommaseo, *Dell'amministrazione si sostegno*, Artt. 404-413, Il *Codice Civile Commnentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco Busnelli, segunda edición, Giuffrè, Milano, 2018, 509-510.

base del tipo de actividad prestada a las condiciones del beneficiario. En el supuesto en el cual se configuren los requisitos de la vigilancia, quien está obligado, para liberarse de responsabilidad, debe acreditar la prueba rigurosa de no haber podido impedir el hecho[49].

Advirtiéndose que, sobre el terreno de la responsabilidad civil no se ha hecho ninguna reforma al respecto, se afirma que el carácter episódico de los casos en los cuales la conducta de personas es de considerarse no imputable, en razón de las condiciones psicofísicas, es apreciada por las Cortes desde la perspectiva de la responsabilidad civil. Ello puede haber inducido al legislador italiano a entender que la actual regulación no tenga necesidad de ser revisada. Ahora se presenta la necesidad de adecuar el derecho civil de ese país al texto de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, o a leer, al menos las observaciones del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad[50].

En España, con la «Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, entre otras modificaciones», el art. 299 c.c. esp. queda redactado de la siguiente manera:

> «La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, **sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables**» **(el destacado es mío)**.

Un sector de la doctrina explica que, «el art. 299 CC no contiene una regla indiscriminada y general de responsabilidad civil de las personas con discapacidad puesto que no todas ellas han de indemnizar los daños causados. Sólo deberán ser responsables, (...), aquéllas que tengan esa aptitud natural de entender y de querer»[51].

También se ha incorporado dos párrafos al art. 1903 c.c. esp.[52]:

> «Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.
>
> Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella».

Téngase presente que la persona que apoya al sujeto con discapacidad recibe el *nomen* de *curador* en la experiencia jurídica española. Así, «hay que advertir que el legislador sólo contempla la responsabilidad de los curadores con facultades de representación plena y no la de quienes lleven a cabo otras medidas de apoyo, como lo son, conforme al nuevo art. 250 CC, las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, el defensor judicial y otro tipo de curatelas no representativas. Y es que el curador que puede resultar responsable conforme al art. 1903 CC no es cualquier curador, sino sólo quien, conforme al art. 269 CC, además de convivir con la persona con discapacidad, asuma su representación plena (no por tanto para actos concretos, sino de forma general); situación ésta que, en la nueva regulación, es tratada como excepcional, pues se articula sólo en casos extremos en los que, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad»[53].

---

49. Claudio Tagliaferri, *Responsabilità del tutore, del curatore e dell'amministratore di sostegno*, *Responsabilità Civile*, Volumen I, Principi generali e situazioni protette, dirigido por Paolo Cendon, UTET, Torino, 2017, 738.

50. Angelo Venchiarutti, *Imputabilità e amministrazione di sostegno. Criteri operativi e ipotesi di reforma, Danno e Responsabilità,* 5/2023, Wolters Kluwer, Milano, 615.

51. María Luisa Atienza Navarro, *La otra cara de la reforma española acerca de la discapacidad*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 20, Tirant Lo Blanch, Valencia, Febrero, 2024, 382.

52. El cual regula que: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda».

53. María Luisa Atienza Navarro, *op. cit.*, 394.

Alemania, por su parte, ha promulgado «la Ley para la reforma del Derecho tutelar y asistencial, de 4 de mayo de 2021»*. (Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts)*, cuya entrada en vigor fue el 1 de enero de 2023. El actual § 1814 regula:

> «Requisitos
> (1) Si un adulto no puede administrar legalmente sus asuntos en todo o en parte debido a una enfermedad o discapacidad, el tribunal tutelar le designará un asistente legal (Betreuer).
> (2) No podrá nombrarse asistente contra la libre voluntad del adulto.
> (3) Sólo se podrá nombrar asistente en caso necesario. En particular, no es necesario el nombramiento de un asistente si los asuntos del adulto:
> 1.- pueden ser tramitados de la misma forma por un representante autorizado que no sea una de las personas a que se refiere el artículo 1816, apartado 6, o
> 2.- pueden ser objeto de otras formas de asistencia que no requieran el nombramiento de un representante legal, en particular la asistencia basada en derechos sociales u otras disposiciones.
> (4) El nombramiento del asistente se realiza a petición del adulto o de oficio. Si el adulto no puede administrar sus asuntos únicamente debido a una enfermedad o discapacidad física, solo se podrá nombrar un asistente a solicitud del adulto, **a menos que éste no pueda expresar su voluntad**.
> (5) También se podrá designar un asistente para un menor que haya cumplido 17 años si se supone que será necesario designar un asistente cuando el menor alcance la mayoría de edad. El nombramiento del asistente sólo se hace efectivo cuando el niño alcanza la mayoría de edad».

Con razón, se precisa que la legislación civil alemana emplea la noción *rechtliche Betreuung*: En 1998 se introdujo en el BGB el adjetivo *rechtlich* (jurídico), que permite concretar el contenido del apoyo y entenderlo como una «asistencia en materias jurídicas». Se opta por esta terminología, pues «supone una importante carga de confianza o fiabilidad (el término *Betreuung* incorpora la raíz *Treu*, que en alemán significa lealtad, fidelidad»[54].

Si se interpreta sistemáticamente el § 823.1 BGB, el cual manda que el que en razón de la Ley (en este caso, §§ 1814 y ss. BGB) está obligado a la vigilancia *(Führung der Aufsicht)* de una persona que así lo requiere por ser menor o por tener su estado físico o psíquico, responde por los daños que el asistido antijurídicamente *(widerrechtlich)* causa a un tercero, salvo que haya cumplido su obligación de vigilancia o que el daño también se hubiera producido aun cuando se hubiera cumplido la obligación de vigilar. Eso quiere decir, por tanto, que el que presta apoyos *(Betreuer)* está obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios cuando estos traigan causa un incumplimiento del deber de vigilar. Ahora bien, cuando el daño que adviene era inevitable, el § 823.1 BGB exime de responsabilidad[55].

Nótese que el «Código Civil de la República Argentina», en su art. 32 *in fine,* regula que:

> «Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador».

Este texto normativo es consecuente con la realidad y, por más que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad declare solemnemente que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», es evidente que no todas las personas con discapacidad se encuentran en igualdad de condiciones y, (por más que se pretenda derogar toda mención al *discernimiento* en los textos legislativos) hay sujetos que requieren una mayor protección que otros. Como ya fuera advertido al inicio, el principio de la igualdad no debe ser identificado con paridad de tratamiento: tratar de manera paritaria a los desiguales atenta con el más elemental sentimiento de justicia.

---

54. Brian Buchhalter-Montero, *op. cit.,* 155-156.

55. Información gentilmente suministrada por el investigador Brian Buchhalter-Montero.

El sistema de apoyos es perfecto para quien tiene dificultad en manifestar su voluntad; pero es puro lirismo en el caso de los que no tienen interacción con su entorno: en la práctica no es más que un tipo de representación legal, burdamente disfrazado de la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona»: ¿Acaso no es más honesto afirmar que el apoyo (o como quiera llamársele) debe actuar en el mejor interés de la persona con discapacidad? De esta manera quedan bien delimitadas las responsabilidades que le corresponden.

Al respecto, es iluminante el (ya citado) tercer párrafo del art. 411 del c.c.ita., que establece que el juez:

> «puede disponer que determinados efectos, limitaciones o prescripciones, previstos por ley para el interdicto o el inhabilitado, se extiendan al beneficiario de la administración de sostenimiento, teniendo en cuenta el interés del mismo».

Reitero: en el caso de la persona con discapacidad carente de discernimiento (o que «no logra establecer comunicación e interacción con su entorno»), se hace necesario dar una tutela que comprenda su cuidado personal, la cual debe quedar establecida claramente en la sentencia (ello será tarea del juez), siendo responsable de dicho cuidado el administrador de sostenimiento.

De ello, podemos concluir lo siguiente:

- Si bien, el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad declare que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», no se hace referencia expresa alguna al supuesto de la responsabilidad civil extracontractual de la persona con discapacidad que ocasiona daños.
- En las experiencias jurídicas italiana, española y alemana se han adecuado a la Convención, las respectivas legislaciones, se comprendido que no todas las personas con discapacidad se encuentran en la misma posición, por cuanto hay sujetos que tienen dificultad en manifestar su voluntad (y aquí es necesario el sistema de asistencia); pero hay otros que se encuentran imposibilitados de manifestarla: independientemente del nombre que se le quiera dar (asistente, administrador de sostenimiento, curador, o lo que fuera) habrá una persona que se encargue del cuidado personal del sujeto débil.
- Es tarea (y responsabilidad) de juez, cuando se verifique la situación de la persona discapacitada que no pueda manifestar su voluntad, delimitar en la sentencia las funciones del asistente, siendo claro en que, en esta situación, tiene en deber del cuidado personal de aquella.
- De ser así, si la persona con discapacidad falta de discernimiento ocasiona daños a un tercero, será responsable el sujeto que la tiene bajo su cuidado. Evidentemente, al tratarse de un supuesto de responsabilidad civil, no habrá responsabilidad si se configura una causa extraña que escapa de la esfera de control del asistente.

4. La tormentosa experiencia jurídica peruana en materia de capacidad

4.1. Antecedentes: la regulación de la capacidad en los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984

No resisto la tentación a remontarme al Código civil de 1852. En efecto, el art. 1 regulaba que:

> «El hombre, por su estado natural, es nacido o por nacer»[56].

56. El art. 10 precisaba que: «Bajo la palabra hombre se comprende la mujer; y las disposiciones de la ley abrazan a ambos sexos, siempre que ella no distingue expresamente».

También, «por su estado natural» las «personas son varones y mujeres» (art. 9 c.c.), así como «capaces e incapaces» (art. 15 c.c.). El art. 16 c.c. prescribía que:

> «Son incapaces.
> 1. Los locos
> 2. Los fatuos
> 3. Los pródigos declarados, para todos los accionistas que determina la ley»[57].

Toribio Pacheco explicaba que la *incapacidad intelectual* «es la única que priva al hombre de su razón sin la cual no se halla en aptitud de conocer ni de procurarse las condiciones necesarias para su existencia y desarrollo, ni formar concepto de las relaciones que los unen con los demás»[58]. Asimismo, que la distinción de capaz e incapaz «enteramente depende de la naturaleza»[59]. Ángel Gustavo Cornejo, por su parte entendía que la locura, «comprende: el *idiotismo* o *imbecilidad*, y la *simpleza*, que corresponden al grupo de enfermedades que producen una suspensión ó retardo en el desarrollo de las facultades anímicas, a la par que en el sistema nervioso, dejando reducido al individuo a un estado semejante al del niño»[60]. La fatuidad, «no es sino la falta de razón ó entendimiento, no puede, pues, estimarse sino como una forma de la locura»[61].

No muy lejos de este modelo legislativo se encontraba el Código civil de 1936. Este cuerpo de leyes distinguía entre los absoluta y relativamente incapaces. Así, el art. 9 recitaba que:

> «Son absolutamente incapaces:
> 1.- Los menores de 16 años;
> 2.- Los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento;
> 3.- Los sordo-mudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable;
> 4.- Los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada».

José León Barandiarán sostenía que, «el inciso 2.º Del art. 9 se refiere a la incapacidad mental como enfermedad permanente. Si un sujeto padece de enfermedad mental transitoria se puede demandar la nulidad del acto celebrado en circunstancia tal; pero esto, como se comprende, no respecta a una situación permanente del sujeto que determine una *capitis diminutio* general»[62]. El art. 10 c.c. establecía que:

> «Son relativamente incapaces los mayores de 16 años, y los sujetos a curatela no comprendidos en el artículo anterior».

---

57. El art. 18, regulaba: «Para que alguno pueda ser declarado pródigo, es necesario que se le pruebe dilapidación de más de una tercera parte de sus bienes».
El art. 19 establecía que: «La dilapidación puede consistir:
En pérdidas al juego;
En gastos de saraos, paseos, convites ó mujeres públicas;
En obsequiar á personas á quienes no se debe obligación, después de haber donado lo que, conforme á este código, se permite donar;
En comprar cosas por doble valor del que tienen;
En venderlas por menos de la mitad del valor;
En obligarse por cantidad que no se ha recibido;
En cualesquiera otros gastos habituales para satisfacer vicios».

58. Toribio Pacheco, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, segunda edición, Imprenta del Estado, Lima, 1872, 99.

59. Toribio Pacheco, *op. cit.*

60. Ángel Gustavo Cornejo, *Comentarios al Código Civil de 1852*, Tomo I, De las Personas y de sus derechos, artículos 1 a 451, Dionisio Mendoza - Librería y Casa Editora, Chiclayo, 1921, 14.

61. Ángel Gustavo Cornejo, *op. cit.*

62. José Leon Barandiaran, *Comentarios al Código Civil peruano.* Tomo IV, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1952, 215.

Para saber quiénes eran relativamente incapaces, había que recurrir al art. 555 c.c., el cual determinaba que:

«Estarán sujetos a curatela:
1.- Los débiles mentales;
2.- Los que adolezcan de enfermedad mental que los prive habitualmente de discernimiento;
3.- Los sordo-mudos que no pueden expresar su voluntad de una manera indubitable;
4.- Los pródigos;
5.- Los ebrios habituales;
6.- Los que incurran en mala gestión;
7.- Los que sufran la pena de interdicción civil;
8.- Los toxicómanos».

Para una mejor comprensión de estas disposiciones, José León Barandiarán interpretaba que, «de esta enumeración hay que apartar, pues, los casos de los incisos 2.º y 3.º del art. 555 (comprendidos en el art. 9) de suerte que la incapacidad relativa comprende los casos de los incisos 1.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del art. 555»[63]. Respecto del débil mental, «es el que sufre de un déficit espiritual en cuanto a la inteligencia y libertad, que no le permite ejercitar por sí mismo algunos de sus actos civiles. El débil mental sufre, pues, de una ausencia u obliteración de criterio y de voluntad; y se diferencia del caso de los que sufren enajenación mental, por razón de la mayor gravedad de la dolencia que afecta a estos últimos, privados completamente de razón; pues en relación a estos estados de anormalidad mental hay una variada y sutil gama y por eso cabe considerar que existen situaciones de debilidad mental y no de completa alienación mental; de modo que la incapacidad resulta atenuada, o sea, que los individuos deben entonces quedar sujetos a una incapacidad sólo relativa»[64].

El Código civil de 1984, en su versión original, se apartó muy poco de esta concepción. Se mantuvo la distinción de incapacidad absoluta (art. 43 c.c.[65]) e incapacidad relativa (art. 44 c.c.[66]). En la exposición de motivos, el ponente —a propósito del inc.2, el art. 43 c.c.—, sostenía que era «acertado que el Código se limite a describir el estado que origina la incapacidad de la persona —el estar privada de discernimiento— y evite referirse a sus causas, así como a calificar tal situación como una de enfermedad mental, insania o alienación. El juez, valiéndose de los auxiliares de justicia, deberá determinar si la persona se encuentra privada de discernimiento y, por tanto, incapacitada para ejercer por sí misma sus derechos»[67]. Respecto del inc. 3, del art.

63. José Leon Barandiaran, *op. cit.,* 221.

64. José Leon Barandiaran, *op. cit.*

65. «Son absolutamente incapaces:
1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable».

66. «Son relativamente incapaces:
1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2.- Los retardados mentales.
3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4.- Los pródigos.
5.- Los que incurren en mala gestión.
6.- Los ebrios habituales.
7.- Los toxicómanos.
8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil».

67. Carlos Fernandez Sessarego, *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, en *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, IV, compilado por Delia Revoredo de Debakey, Studium, Lima, 1985, 126.

44 c.c., se explica que «la persona que sufre de «deterioro mental» no está privada totalmente de discernimiento. Las consecuencias jurídicas de ambas situaciones son diferentes, ya que la incapacidad absoluta del privado de discernimiento origina la nulidad de los actos que practique, mientras que la incapacidad relativa es sólo causal de anulabilidad»[68].

No sólo eso, el art. 3 c.c. regulaba que:

> «Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley».

Como se verá en el punto siguiente, este artículo generó problemas de interpretación, ya que, un sector de la doctrina entendía —erradamente— que podía haber restricciones a la capacidad de goce.

4.2. Los aportes de la doctrina nacional

Frente a aquellos autores que, identificaban ciertos supuestos de «incapacidad de goce», como la situación del menor de edad que no puede contraer matrimonio[69] (art. 274.10 c.c.[70]), se sostuvo que, «en estas hipótesis se interpone entre la subjetividad jurídica y la exclusión para realizar determinado acto una causal, con un fundamento propio (seguridad del mismo individuo, de la colectividad, entre otros), sin llegar a incidir sobre el concepto de la subjetividad jurídica»[71]. En este mismo sentido, se afirmaba que, merece ponerse atención a que, cuando el art. 3 se refería a «las excepciones expresamente establecidas por ley», se debía entender que se estaba haciendo alusión a las excepciones propias de la capacidad de ejercicio (no a la capacidad de goce)[72]. Así, «las únicas limitaciones posibles, tanto absolutas como más o menos relativas, conciernen al ámbito de la capacidad de "ejercicio", que se contrae y circunscribe a la puesta en marcha de la libertad en cuanto "capacidad jurídica general" o de "goce"»[73].

En atención a ello, se formularon los siguientes principios[74]:

1. La subjetividad jurídica entraña la denominada capacidad de goce.
2. La denominada capacidad de ejercicio es la capacidad propiamente dicha, por la cual se ejercen los derechos y deberes del sujeto.
3. El sujeto de derecho no necesariamente detenta capacidad absoluta (para ejercer sus derechos y deberes).
4. El sujeto de derecho, por definición, siempre tiene capacidad. No cabe hablar de «personas incapaces», «incapacidad absoluta o relativa». Los que se presentan en el ordenamiento jurídico son los sujetos de derecho con capacidad relativa o restringida y plena o absoluta.

---

68. Carlos Fernandez Sessarego, *op. cit.*, 130.

69. Fernando Vidal Ramírez, *Teoría General del Acto Jurídico. Su aplicación en la Codificación Civil Peruana*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, 104. La Ley No. 31945, a fin de prohibir el matrimonio de menores de edad, del 24.11.23, derogó el art. 244 c.c.

70. Inciso incorporado por la Ley No. 31945, a fin de prohibir el matrimonio de menores de edad, del 24.11.23. El cual establece que es nulo el matrimonio: «De los contrayentes menores de dieciocho años».

71. Juan Espinoza Espinoza, *Estudios de Derechos de las Personas*, edición auspiciada por el CONCYTEC y el CIDDE, Lima, 1990, 202.

72. Enrique Becerra Palomino, *Algunas ideas para reformar el Libro Primero del Código Civil - Personas Naturales,* en *Notarius*, año IV, Lima, 1993-94, 184, proponía (a propósito de la redacción original del art. 3 c.c.) que se debía hablar de «limitaciones» en vez de «excepciones».

73. Carlos Fernández Sessarego, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en *Código Civil Peruano. Diez Años*, Tomo I, Universidad de Lima, WG Editor, 1995, 124. En este mismo sentido, Yuri Vega Mere, *El ocaso de la incapacidad de ejercicio (¿o el ocaso de sus defensores?)*, en *Gaceta Jurídica*, Tomo 37, dic., 1996, 45-B.

74. Juan Espinoza Espinoza, *op. cit.*

En su momento, haciendo referencia tanto al Código civil italiano como al peruano, observé que se condenaba a los interdictos e inhabilitados «a estar confinados a la marginación en el actuar social. En efecto, si bien es cierto que se parte de la intención de proteger a los *sujetos débiles*, el remedio deviene peor que la enfermedad,por cuanto éste resulta excesivo frente a las necesidades existenciales de aquellos. Lo que se debe hacer es tratar de inserir socialmente al sujeto del cual se limita el actuar jurídicamente relevante, en vez de *marginarlo* en un *paraje* de infinitas limitaciones funcionalizadas prevalecientemente a satisfacer los intereses de lo familiares y terceros»[75].

Concretamente, «en el ordenamiento jurídico nacional contamos con un código civil que limita considerablemente el actuar jurídicamente relevante de los sujetos con capacidad restringida, frente a una Constitución y a un conjunto de leyes especiales de carácter «promocional» que insertan a este tipo de personas dentro de su contexto social. En vista de ello, el operador jurídico debe efectuar una lectura constitucional de los dispositivos del Código civil»[76]. Identifiqué que «un principio que todo operador jurídico debe tener en cuenta es la presencia del *discernimiento* del sujeto para determinar la validez de los actos juriídicos que realice y su responsabilidad civil. Contamos con un instrumentario legislativo frente al cual hay que proceder de dos maneras, la primera es la de interpretarlo con sensibilidad jurídica y tener presente la infinita casuística que se presenta sobre el particular. No debemos considerar al sujeto disminuido como un ser al margen de su contexto social, otorgándole un tratamiento especial y diferenciado. Debemos entenderlo dentro de su *circunstancia* y hacerlo participar activamente, siendo conscientes de sus posibilidades y exigencias, dentro de su entorno social»[77]. También propuse un proyecto de modificación de los artículos del Código civil que regulan la capacidad de las personas[78].

Respecto al proyecto, aclaré que, «no obstante nuestra posición de prescindir de elencos de situaciones en las cuales los sujetos podrán ser sometidos bajo un sistema de amparo o asistencia y cambiarla por el de una cláusula general[79], se ha creído pertinente combinar ambas posiciones a fin de evitar «cambios traumáticos» en la evolución de la tutela jurídica del sujeto débil. Este nuevo régimen se puede plantear tanto en una ley especial autónoma e independiente del código civil, no obstante, modifique sustancialmente su contenido, como a través de una reforma en el mismo código civil: la decisión dependerá de los criterios de técnica que utilice el legislador[80]. En efecto, aparte de los supuestos específicos de capacidad restringida, se proponía un régimen similar a la administración de sostenimiento:

> «En general, cuando una persona, por efecto de una disminución física, psíquica o sensorial, se encuentra en la imposibilidad, incluso temporal, de proveer al cuidado de los propios intereses o de administrar su propio patrimonio»[81].

---

75. Juan Espinoza Espinoza, *Tutela giuridica dei soggetti deboli: il risveglio dai sogni dogmatici dei giuristi* (en la *Rivista Critica di Diritto Privato*, No. 3-4, Jovene, Napoli, 1993, 424.

76. Juan Espinoza Espinoza, *La Capacidad Civil de las Personas Naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*, Editorial Grijley, Lima, 1998, 114.

77. Juan Espinoza Espinoza, *op. cit.,* 115.

78. Juan Espinoza Espinoza, *op. cit.,* 149-164.

79. En este sentido, autorizada doctrina argentina ya recomendaba «no establecer categorías cerradas», agregando que «los nuevos métodos recomiendan tratar de darles mayor libertad posible (a los «insanos»), de insertarlos en la sociedad, hacerlos trabajar y de evitar ponerles un rótulo de incapacidad absoluta que es contraproducente e incierto, ya que casi todas las enfermedades mentales son curables» (Santos Cifuentes, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, cuarta edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, 224).

80. Juan Espinoza Espinoza, *op. cit.,* 121.

81. Juan Espinoza Espinoza, *op. cit.,* 150.

En resumidas cuentas, en la doctrina civil peruana:

a) Se denunciaba la limitación del actuar jurídicamente relevante de los sujetos débiles, proponiendo una lectura constitucional de las disposiciones contenidas en el Código civil en materia de capacidad.

b) Se proponía, además, una reforma legislativa que, partiendo de una cláusula general que defina al sujeto beneficiario del sistema de administración o asistencia, tenga en cuenta sus posibilidades y exigencias, dentro de su entorno social.

4.3. Las propuestas de modificación del Código civil en materia de capacidad jamás acogidas

Mediante Ley No 26394, del 18.11.94, modificada por Ley N.° 26673, del 21.10.96, se constituyó una Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil, a fin de proponer las enmiendas necesarias. En materia de capacidad, se propuso como «*sujetos con capacidad de ejercicio restringida*», en el art. 44.6 c.c., a:

> «Los que por causa de una discapacidad física, mental o sensorial están impedidos, incluso temporalmente, del cuidado de sí mismos o de la administración de su patrimonio»[82].

Dentro de este marco normativo, por R. M. No. 460-2002-JUS, del 02.12.02, se nombró una nueva Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, la cual fue ratificada por R. M. No. 366-2004-JUS, del 05.08.04. Por Resolución Ministerial N.° 043-2006-JUS, 03.02.04, se difundieron las nuevas propuestas de reforma del Código civil. En materia de capacidad, se estableció, dentro de los alcances del art. 44.3 c.c., el siguiente supuesto:

> «Quienes hayan sido declarados judicialmente como tales por una discapacidad física, mental, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, les impida atender apropiadamente el cuidado de sí mismos o de su patrimonio».

En la exposición de motivos se sustentaba lo siguiente:

> «Frente al modelo jurídico circulante de la "guarda total", en el cual el representante legal sustituye al "incapaz" en todos los actos jurídicamente relevantes, surge el de la "asistencia", en el cual el juez nombra un representante que solo intervendrá en actos precisos, los cuales serán determinados en la resolución judicial que declare este régimen especial de restricción de capacidad. Este último modelo ha sido acogido en Francia, España, Austria, Alemania y, recientemente, en Italia.
>
> Sin embargo, se ha diseñado un modelo jurídico intermedio, en el cual confluyen ambos sistemas. Así, para los casos en que la persona no tenga aptitud para protegerse por sí misma, se mantiene el sistema de la guarda total; mientras que para aquellos que tengan dicha aptitud con ciertas limitaciones estarán sujetos a un régimen de restricción de la capacidad de ejercicio, vale repetir, de asistencia. Lo que se busca con esta reforma es evitar que el "incapaz" sea marginado y permitir que éste se relacione, respetando sus diferencias, dentro de su entorno social. Ello será concordado sistemáticamente con la normatividad en el Libro de Derecho de Familia.
>
> Se han suprimido las clasificaciones específicas de retardados mentales, deterioro mental, mala gestión, ebriedad habitual y toxicomanía para comprenderlas en la cláusula general contenida en el inciso 3. Ello, en atención a que es posición unánime en doctrina».

82. Como consta en Instituto de Investigación Juridico Notarial/Indej, *Reforma del Código Civil Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, 262. También en *Comisión de Reforma de Códigos, Legislatura 1998-1999*, Tomo I, Función Legislativa, Comisión de Reforma de Código, Comisión de Reforma del Código de Comercio, Comisión de Reforma del Código Civil, Asesoría, Segunda Edición, Palacio Legislativo, Lima, 1999, 292.

Tercera oportunidad perdida: el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras respecto al Decreto Legislativo No. 295, Código Civil, nombrado mediante Resolución Ministerial No. 0300-2016-JUS, del 17.10.16, siguiendo las anteriores propuestas normativas, propuso lo siguiente:

Anteproyecto Grupo de Trabajo	Anteproyecto Grupo de Trabajo
Artículo 43.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida: 1. Las personas menores de dieciocho años, salvo aquellos actos determinados por ley. 2. Las personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privados de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable y que hayan sido sometidos judicialmente bajo este régimen.	Artículo 43.- Régimen de asistencia Corresponderá un régimen de asistencia para: 1. Las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidos en el numeral 2 del artículo 43. 2. Las personas que por efecto de una disminución física, psíquica, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, se encuentran en la imposibilidad, incluso temporal, de cuidar de sí mismas o de su patrimonio. 3. Los condenados con pena que incluye la inhabilitación.

Como puede observarse, se eliminaban las listas taxativas y se proponía una cláusula general, estableciendo un régimen de capacidad de ejercicio restringida para aquellos privados de discernimiento y el de asistencia para los que tienen discernimiento, ello independientemente del *status* administrativo de discapacidad. En lo que a responsabilidad civil se refiere, se deberá tener en cuenta que:

- En el caso de los sujetos con capacidad de ejercicio restringida (ex art. 43 del anteproyecto), al **no tener discernimiento**, se aplicaría la regla contenida en el art. 1976 c.c., es decir, respondería el representante legal.
- En el caso de los sujetos bajo el régimen de asistencia (*ex* art. 44 del anteproyecto), al **tener discernimiento**, se aplicaría la regla contenida en el art. 1975 c.c., es decir, habría responsabilidad **solidaria** del asistente, se entiende, en aquellos actos generadores del daño que dependían de su esfera de control.

Así, en materia de responsabilidad civil, tanto para los supuestos restricción de capacidad como de asistencia, se mantiene el esquema discernimiento-responsabilidad.

Estas propuestas han sido ignoradas por el propio Ministerio de Justicia, para dar paso a la aprobación del defectuoso D. Leg. No. 1384.

4.4. Las leyes posteriores: matices y modificaciones en el mosaico normativo peruano en materia de capacidad

4.4.1. Ley para la Prevención y el Tratamiento de la Ludopatía en las Salas de Juego de Casino y Máquinas Tragamonedas, No. 29907, de 19.07.12

La prodigalidad, regulada en el art. 44.4 c.c., asume un diverso matiz frente a a enfermedad de la ludopatía. En el Perú, contamos con la Ley No. 29907, que tiene como objeto regular la prevención y el tratamiento de la ludopatía en los juegos de azar que se realizan en los establecimientos destinados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Se entiende por ludopatía «la alteración progresiva del comportamiento a través de una incontrolable necesidad de apostar, sin medir las consecuencias negativas que de ello deriven» (art. 2).

En el art. 3.1 se dispone la creación del Registro de personas prohibidas de acceder a salas de juegos de casinos, así como de máquinas tragamonedas, que se encuentra a cargo de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas. El art. 3.2 establece quiénes se inscriben:

> «a) Las que voluntariamente lo soliciten.
> b) Aquellas cuya capacidad de juicio esté afectada, la cual es determinada por una Junta Médica, a solicitud de la familia.
> Para el caso de las personas que voluntariamente soliciten su inscripción en el Registro, el tiempo mínimo de permanencia obligatorio es de seis meses, renovable automáticamente por igual período».

El art. 18 del Reglamento de esta Ley, aprobado por D.S. No. 007-2013-MINCETUR, del 18.01.13, establece que:

> «La Junta Médica a que se refiere la Ley N.º 29907, se denominará Junta Médica para el Diagnóstico de la Ludopatía, estará conformada por tres (03) profesionales médicos, uno de ellos necesariamente debe tener la especialidad de psiquiatría».

El art. 23 del Reglamento regula el procedimiento y requisitos que debe cumplir la solicitud de inscripción voluntaria y la de la familia en el Registro.

Si bien, la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas del Viceministerio de Turismo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR. (DGJCMT) es la autoridad competente, a nivel nacional, para implementar, administrar y mantener actualizado el Registro, y ejercer la potestad sancionadora cuando corresponda (art. 4 del Reglamento), la Sala Especializada en Protección al Consumidor, del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, mediante «Resolución No. 0099-2020/SPC-INDECOPI, del 13.01.20», sancionó a un proveedor por infracción del artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto quedó acreditado que permitió el acceso de una consumidora a su establecimiento comercial, a pesar de que se encontraba inscrita en el Registro de Personas Prohibidas de Acceder a Establecimientos Destinados a la Explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas y, en consecuencia, el referido proveedor estaba obligado a impedir su ingreso.

Entonces, cabría preguntar si el ludópata «cuya capacidad de juicio esté afectada» sólo debería estar inscrito en el Registro de Personas Prohibidas de Acceder a Establecimientos Destinados a la Explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, que es de carácter administrativo, o ser declarado judicialmente como «pródigo» y nombrársele un curador, de acuerdo al art. 587 c.c. Al parecer, habría que esperar a que despilfarre (tal como prescribe el art. 584 c.c.) su «porción disponible» para que los «herederos forzosos» puedan recurrir al juez.

4.4.2. La Ley General de la Persona con Discapacidad, No. 29973, del 13.12.12

Esta ley es sumamente importante, por cuanto ha derogado y modificado no pocos artículos del Código Civil relativos a la capacidad de ejercicio. En efecto, tiene la finalidad de establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica (art. 1). El art. 2 define a la persona con discapacidad de la siguiente manera:

> «La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás».

Por otro lado, le reconocen una serie de derechos, como el de la vida y a la integridad personal (art. 7) a la igualdad y no discriminación (art. 8), entre otros. Respecto del igual reconocimiento como persona ante la ley, el art. 9 (en su versión original) precisaba:

> «9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.
> 9.2 El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo**, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad**» (el destacado es mío).

Esta ley «deroga» el arts. 43.3 c.c. (que consideraba incapaces absolutos a los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable).

El art. 8 del «Reglamento de la Ley N.° 29973, D. S. N.° 002-2014-MIMP», del 17.04.14, regula que:

> «La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y la ejerce accediendo a sistemas de apoyo y ajustes razonables que requiera en la toma de decisiones, conforme a lo establecido en los numerales 9.1 y 9.2 del artículo 9 de la Ley y las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre la materia».

Esta delimitación es sumamente importante, por cuanto nos permite distinguir el *status* de «persona con discapacidad» (que es una calificación administrativa) de (según el *nomen* empleado por el Código Civil) «interdicto o incapaz» (absoluto o relativo).

En efecto, el art. 76 de la Ley No. 29973 (en su versión original) regulaba que:

> «El certificado de discapacidad acredita la condición de persona con discapacidad. Es otorgado por todos los hospitales de los ministerios de Salud, de Defensa y del Interior y el Seguro Social de Salud (EsSalud). La evaluación, calificación y la certificación son gratuitas».

Las personas con discapacidad se inscriben en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad a cargo del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis), el cual compila, procesa y organiza la información referida a la persona con discapacidad y sus organizaciones, proporcionada por las entidades públicas de los distintos niveles de gobierno (art. 78.1 de la Ley).

Téngase en cuenta que el art. 71 del Reglamento establece la «confidencialidad» del Registro, en los siguientes términos:

> «La información referida a la salud contenida en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad es de carácter confidencial; sólo se podrá usar la información innominada con fines estadísticos, científicos y técnicos debidamente acreditados».

Entonces, se pueden presentar las siguientes situaciones:

a) Una persona con discapacidad (en los alcances delimitados por la Ley) inscrita en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad del Conadis, que no necesariamente se encuentra declarada judicialmente como interdicta o incapaz[83].

83. Supuesto que ha sido calificado de «la capacidad de los discapacitados» (Romina Santillán Santa Cruz, *La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados, pero no incapacitados, Estudios críticos sobre el Código Civil*, Gaceta Civil & Procesal Civil, Lima, 2014, 688).

b) Una persona (aunque con discapacidad dentro de los alcances de la Ley) que no se halla inscrita en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad del Conadis; pero que si ha sido declarada judicialmente como interdicta o incapaz.

c) Una persona con discapacidad dentro de los alcances de la Ley, que no está inscrita en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad del Conadis, ni ha sido declarada declarada judicialmente como interdicta o incapaz.

Téngase en cuenta que, para generar oponibilidad *erga omnes* de la declaratoria de interdicción o incapacidad, se debe inscribir la sentencia definitiva en el Registro Personal de los Registros Públicos.

En conclusión, para esta etapa del tratamiento normativo de la capacidad, el legislador peruano, tratando de seguir (su interpretación de) la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, procede de esta manera:

a) Se, deroga sólo uno de supuestos que limitan la capacidad de ejercicio contenidos en el Código civil: el arts. 43.3 c.c. (que consideraba incapaces absolutos a los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable).

b) Mantiene los supuestos de privación de discernimiento (art. 43.2 c.c.) como de incapacidad absoluta; así como el de «los retardados mentales» (art. 44.2 c.c.) y de «los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad» (art. 44.3 c.c.) como de incapacidad relativa.

c) Se desaprovecha la valiosa oportunidad de establecer en el Código civil la cláusula general que establezca que se somete a un régimen especial a quienes no pueden proveer al cuidado de sus propios intereses.

d) Se crean registros administrativos para los ludópatas y las personas con discapacidad que se sobreponen al Registro Personal, de Registros Públicos, que —como se sabe— en virtud del art. 2012 c.c. son oponibles a toda persona. Característica de la cual no gozan los registros administrativos.

4.5. La herida sistemática inferida al Código civil: el D. Leg. No. 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, del 03.09.18

Para poder entender los alcances del D. Leg. No. 1384, mostraré dos recuadros en los cuales figurarán los artículos antes y después de la reforma:

Versión original c.c. 1984	**Versión D. Leg. No. 1384**
Artículo 3.- Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.	Artículo 3.- Capacidad jurídica Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. **Las personas con discapacidad** tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida (el destacado es mío).

La última parte del nuevo art. 3 c.c. es copia de la primera parte del art. 9.1 de la Ley General de la Persona con Discapacidad.

Versión original c.c. 1984	Versión D. Leg. No. 1384
Artículo 42.- Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.	Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, **independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad**. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio **los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad** (el destacado es mío). Párrafo derogado por la Ley No. 31945, a fin de prohibir el matrimonio de menores de edad, del 24.11.23

El art. 42 c.c. (tanto en su versión original como en la reformada) reconocen un principio que va más allá de lo evidente: si una persona cumple 18 años de edad, se *presume* su capacidad de ejercicio, salvo que sea declarado judicial o notarialmente (antes como «incapaz» y ahora) como persona con «capacidad de ejercicio restringida».

Versión original c.c. 1984	Versión D. Leg. No. 1384
Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.	Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- (derogado).

Llama la atención que se mantenga la categoría de «absolutamente incapaz» para los menores de 16 años, por cuanto sólo ha sido derogado el art. 43.2 y no el 43.1 c.c.

Se eliminan como sujetos de protección (en esta parte) a los privados de discernimiento.

Versión original c.c. 1984	Versión D. Leg. No. 1384
Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.	Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- (derogado). 3.- (derogado). 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 9.- **Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad** (el destacado es mío).

Con la misma seriedad que se promulga una ley que pretende derogar la ley de la gravedad, desaparecen del escenario de los sujetos dignos de protección los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental. Se desperdicia (de nuevo) una valiosa oportunidad para contar con una cláusula general (como en las experiencias jurídicas sensibles a proteger a los sujetos débiles o como lo regula la propia Ley General de la Persona con Discapacidad) que englobe a aquellas personas que —por cualquier causa— no puedan expresar su voluntad e inexplicablemente, se incorpora un supuesto especifico: a «las personas que se encuentren en estado de coma». Incluso se olvida que, el código penal de 1991 (art. 36), suprime la figura de la interdicción, dentro de las penas limitativas de derechos y la asimila dentro de la inhabilitación (que también estaba regulada en el código derogado).

Versión original c.c. 1984	Versión modificada D. Leg. No. 1384
Artículo 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.	Artículo 45.- Ajustes razonables y apoyo Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.

En la exposición de motivos se señala, a propósito de los límites a la capacidad de ejercicio, que «estos límites han sido eliminados para las personas con discapacidad con excepción de «las personas que no puedan manifestar su voluntad de manera expresa ni tácita, temporal o permanentemente». **Se elimina del todo la figura de la curatela del Código Civil para las personas con discapacidad y**, en el caso de la excepción de «las personas que no puedan manifestar su voluntad de manera expresa ni tácita, temporal o permanentemente», se les aplica la designación de apoyos judicialmente de forma excepcional» (el destacado es mío). Entonces, se debe entender que:

a) «La regla, es que para las personas con discapacidad rige el sistema de apoyos voluntario». En la exposición de motivos, se afirma que «La designación de los apoyos para las personas con discapacidad será siempre voluntaria y no implica la sustitución de las personas para el ejercicio de sus derechos, sino, por el contrario, es un mecanismo que ayuda a la persona en la toma decisiones y su accionar, en tanto así lo considere. El efecto del establecimiento de apoyos para las personas con discapacidad tiene alcances para todas las personas con plena capacidad de ejercicios».

b) «Excepcionalmente», para «las personas que no puedan manifestar su voluntad de manera expresa ni tácita, temporal o permanentemente» (que no están enumeradas en el art. 43, ni 44 c.c.) se les aplica la «designación judicial de apoyos».

4.6. ¿Cómo suplimos los vacíos creados por el D. Leg No. 1384?

En materia de «validez de los actos realizados», se presenta esta situación:

Versión original c.c. 1984	Versión D. Leg. No. 1384
Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. (...) Artículo 221.- El acto jurídico es anulable: 1.- Por incapacidad relativa del agente. (...)	Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2.- Derogado (...) Artículo 221.- El acto jurídico es anulable: 1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44. (...)

Si bien se ha derogado la sanción de nulidad por los supuestos de «incapacidad absoluta», se puede recurrir al art. 219.1 cuando se acredite «falta de manifestación de la voluntad?». Pregunto «¿Qué pasa con los actos realizados por el menor de 16 años? (contemplado en el art. 219.2 c.c., reitero, ya derogado)» ¿debemos forzar el supuesto e invocar la anulabidad *ex* art. 221.2 por algún vicio de voluntad? En este escenario, el operador jurídico hace un esfuerzo en restablecer la coherencia del sistema. Por ejemplo, se sostiene que, en cuanto a la validez del negocio jurídico, se observa «que la incapacidad absoluta ya no constituye causal de nulidad del negocio jurídico, lo cual no implica que bajo ciertos escenarios precisamente delimitados pueda ser de aplicación el artículo v del Título Preliminar del CC para declarar la nulidad de dichos negocios. Por su parte las personas con capacidad de ejercicio restringida (numerales de 4 al 8) podrán celebrar contratos, pero los mismos son inválidos al estar incurso en una causal de anulabilidad»[84].

Viene en auxilio el art. 140 c.c.:

Versión original c.c. 1984	Versión D. Leg. No. 1384
Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:	Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1.- Agente capaz.	1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2.- Objeto física y jurídicamente posible.	2.- Objeto física y jurídicamente posible.
3.- Fin lícito.	3.- Fin lícito.
4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.	4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Como se puede observar, lo único que se ha modificado es que el requisito del «agente capaz», (previsto originalmente en el art. 140.1 del c.c.) es ahora de «plena capacidad de ejercicio»). Entonces, para el caso de los menores de 16 años, dado que es requisito (*rectius*, presupuesto) de validez, la «plena capacidad de ejercicio» y al ser éstos «absolutamente incapaces» (según el art. 43.1 c.c.), los actos que éstos realicen —salvo disposición legal distinta— serán nulos. Dentro de las excepciones, podemos mencionar, como lo hace autorizada doctrina nacional[85], entre otras:

- Desde los 10 años, asentir a su adopción (art. 378.5 c.c.).
- Dedicarse a un oficio, con autorización de sus padres; administrar los bienes que adquieran en consecuencia, usufructuarlos o disponer de ellos (art. 457 c.c.).
- Desde los 14 años, pedir la remoción de su tutor (art. 557 c.c.) y asistir a las reuniones del consejo de familia, con voz; pero sin derecho a voto (art. 646 c.c.).

Por si fuera poco, debido a esta obsesión de eliminar el binomio discernimiento-responsabilidad, se ha modificado el art. 1358 c.c. de la siguiente manera:

Versión original c.c. 1984	Versión D. Leg. No. 1384

84. Héctor Campos García, *Apuntes sobre la capacidad jurídica y la validez de los negocios jurídicos en el Código Civil peruano*, *Actualidad Civil,* No. 52, Instituto Pacífico, Lima, octubre 2018, 80.

85. Javier de Belaunde López de Romaña, *Personas naturales y jurídicas. Comentarios al Libro Primero del Código Civil*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2024, 39.

Artículo 1358.- Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.	Artículo 1358.- Contratos que pueden celebrar la persona con capacidad de ejercicio restringida Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Nótese que la redacción original del art. 1358 c.c. hacía referencia a los «incapaces no privados de discernimiento» que, respeto de los menores de edad comprendía tanto a los denominados «incapaces absolutos» menores de 16 años (*ex* art. 43.1) y a los «incapaces relativos» menores de 18 y mayores de 16 años (*ex* art. 44.1). Con la nueva redacción del art. 1358 c.c. han quedado fuera todos los menores de edad. Otro vacío ¿podrán celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de la visa diaria?

En este caso, se propone una interpretación sistemática y *a fortiori* del art. 415 c.c., el cual regula que:

> «El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres. También puede ejercer derechos estrictamente personales».

En efecto, si el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias puras y simples, así como ejercer derechos estrictamente personales, con mayor razón, podrá celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

En materia de responsabilidad civil, siguen las sorpresas e incoherencias. Así:

Versión original c.c. 1984	**Versión D. Leg. No. 1384**
Artículo 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. Artículo 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal	Derogados

No obstante, se ha derogado el art. 1976, se ha incorporado un (incomprensible) art. 1976-A:

Artículo 1976-A.- Responsabilidad de la persona con apoyo

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.

Bajo el esquema derogado, el elemento «discernimiento» era determinante para que surja la responsabilidad del declarado «incapaz»:

- Si tenía discernimiento, respondía solidariamente con el representante legal (art. 1975 c.c.).
- Si no tenía discernimiento, sólo respondía el representante legal (art. 1976 c.c.).

Si bien, el art. 1976-A c.c. establece que «la persona que cuenta con apoyos es responsable de sus decisiones» y que «las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa», no se dice nada respecto de los sujetos con capacidad restringida,

concretamente, aquellos regulados en los arts. 44, incs. 4, 5, 6, 7 y 8 (ebrios habituales, toxicómanos, pródigos, malos gestores y los que sufren pena anexa de «interdicción», *rectius*, inhabilitación).

De ello, se concluiría que estarían bajo el régimen del art. 1969 c.c. Difícilmente se podría invocar el art. 1974 c.c., en la medida que el «estado de pérdida de conciencia» es una situación transitoria, cosa que no se presenta, necesariamente, en estos sujetos sometidos a curatela. Dicho numeral establece que:

> «Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona, ésta última es responsable por el daño que cause aquélla»[86].

Para un sector de la doctrina, a propósito del modelo italiano, el fundamento de la norma «no es la ausencia de un elemento constitutivo del ilícito, sino una primaria razón de protección del incapaz. La incapacidad natural, precisamente, es un eximente personal de responsabilidad sancionada a tutela del incapaz»[87].

> «Lo que si resulta manifiestamente contradictorio es que, para los menores de edad, sigue siendo relevante el discernimiento —como ya hemos visto— para la validez de ciertos actos y también a efectos de atribuir responsabilidad». En efecto, no han sido derogado el art. 458 c.c.

Artículo 458.- **El menor capaz de discernimiento** responde por los daños y perjuicios que causa (el destacado es mio).

El art. 458 c.c. era interpretado sistemáticamente con el art. 1975 c.c., de tal manera que, si bien es cierto que el menor privado de discernimiento respondía, lo hacía de manera solidaria con el representante legal, generalmente, el padre. Ahora seguimos con la incomprensible situación que (sólo) el menor debe responder. Para suplir este vacío, se debe partir de lo regulado por el art. 418 c.c., el cual establece que:

> «Por la patria potestad los «padres tienen el deber y el derecho (sic) de "cuidar de la persona" y bienes "de sus hijos menores"».

Entonces, al no cumplir los padres con su deber de cuidado (frente al daño ocasionado por sus hijos) estarían llamados a responder ex art. 1969 c.c., con la posibilidad de hacer solidaria la responsabilidad de padres e hijos invocando el art. 1983 c.c. (resultado de la responsabilidad conjunta ex arts. 1969 y 458 c.c.).

---

86. Este artículo se inspira en el art. 2046 del homólogo italiano, el cual establece que: «no responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender o querer al momento en el cual lo cometió, a menos que el estado de incapacidad derive de su culpa».
Se explica que «la *capacidad de entender* se pondría, (...), como la aptitud para orientarse según una percepción no equívoca de la realidad. La *capacidad de querer* consistiría, en cambio, en el poder controlar los impulsos a actuar, donde, justamente, la voluntad se entiende *libre* cuando el sujeto *logra ejercitar poderes de inhibición y control*» (Pier Giuseppe Monateri, *La Responsabilità Civile*, en *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por Rodolfo Sacco, UTET, Torino, 1998, 263-264).
Se observa como diferencia que el modelo peruano, al referirse al *estado de inconciencia*, sólo hace alusión a la incapacidad de entender y no a aquella de querer. Por consiguiente, si una persona en perfecta conciencia de sus actos, actúa —por ejemplo— bajo el influjo de psicofármacos, vale decir, con plena conciencia, su conducta dañosa no sería comprendida dentro de los alcances del art. 1974 y en consecuencia, sería responsable *ex* art. 1969 o 1970 c.c., según sea el caso (Fernando DE Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo II, PUCP, Lima, 1988, 390-391). Discrepo de esta opinión, el concepto de discernimiento tiene que entenderse en un sentido amplio, de tal manera que comprenda tanto el aspecto cognoscitivo como el volitivo.

87. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 5, *La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, 656.

Este vacío ha generado problemas, incluso en los casos de los «actos infractores» cometidos por menores de edad. En efecto, en estos supuestos, al declararse infractor al menor, (cuando estaban en vigencia los art. 1975 y 1976 c.c.) el juez fijaba la responsabilidad civil solidaria de los padres. Con su derogación, muchos jueces han optado por determinar la responsabilidad civil sólo del menor infractor. Sin embargo, el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con Sentencia No. 84-2021, del 25.20.21 (Exp. No. 02552-2021-0-0401-JR-FP-02), asimilando la opción interpretativa sistemática de los arts. 418, 458, 1969 y 1983 c.c. ha establecido lo siguiente:

> «tal y como se ha postulado doctrinariamente[88], y con base en la función satisfactiva de la responsabilidad civil en virtud de la cual el operador jurídico debe propiciar que el damnificado vea satisfechos sus intereses en cuanto a los daños que se le generen, tenemos que, como el artículo 458 del Código Civil manda que un menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa; y por la patria potestad los padres tienen el deber de cuidar de la persona de sus hijos menores (artículo 418 del Código Civil), por tanto, al no tener el cuidado respectivo con su hijo que ha generado el daño, estarían propiciando la situación generadora del daño, y como aquel que por culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (artículo 1969 del Código Civil), correspondería a ambos responsables del daño, responder solidariamente (artículo 1983 del Código Civil)».

Esta decisión quedó consentida, mediante Resolución No. 11, del 21.02.22[89].

Es reconfortante saber que operadores jurídicos sensibles a la problemática creada por el D. Leg. No. 1384, encuentren una solución que equilibra los derechos tanto del menor infractor como de la víctima que ha padecido daños.

Entonces las nuevas coordenadas legislativas, en materia de responsabilidad civil, diseñadas por el D. Leg. No. 1384, son las siguientes:

a) **Los menores con discernimiento son responsables por los daños que ocasionen (art. 458 c.c.). Si bien se derogaron los arts. 1975 y 1976 c.c., se propone** interpretar que, al no cumplir los padres con su deber de cuidado (frente al daño ocasionado por sus hijos) regulado en el art. 418 c.c., estarían llamados a responder ex art. 1969 c.c., con la posibilidad de hacer solidaria la responsabilidad de padres e hijos invocando el art. 1983 c.c. (resultado de la responsabilidad conjunta ex arts. 1969 y 458 c.c.).

b) Los sujetos con capacidad restringida, concretamente, aquellos regulados en los arts. 44, incs. 4, 5, 6, 7 y 8 (ebrios habituales, toxicómanos, pródigos, malos gestores y los que sufren pena anexa de «interdicción», *rectius*, inhabilitación) responden ex art. 1969 c.c. (no sus representantes legales).

c) La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él (1976-A c.c.).

d) Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 (en estado de coma) no son responsables por las decisiones tomadas (¿?) con apoyos designados judicialmente

88. Esta postura fue expuesta por el profesor Juan Espinoza en una conferencia titulada: «Responsabilidad civil de los menores, personas con discapacidad de ejercicio restringida, personas con discapacidad, así como de sus apoyos y representantes legales después del desastre originado por el D. Leg. 1384» desarrollada el 13 de agosto de 2021 en el II Congreso Internacional de Derecho Civil: Aspectos teóricos y prácticos.

89. En el mismo sentido, del mismo Juzgado, las Sentencias No. 83-2022, del 18.08.21 (consentida mediante Resolución No. 13, del 16.09.22); No. 119-2022, del 05.10.22 (consentida mediante Resolución No. 16, del 03.11.22); No. 158-2022, del 27.12.22 (consentida mediante Resolución No. 9, del 24.01.23) y la No. 16-2014, del 20.03.24, confirmada por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con resolución No. 4, del 16.05.24 y cuyo recurso de casación fue declarado improcedente con Resolución No. 06 (269-T), del 10.06.24.

que hayan actuado con dolo o culpa. Dicen que no hay que hacer leña con el árbol caído; pero no se puede dejar de mencionar la barbaridad que se ha incorporado en el Código civil: ¿Hasta dónde puede llegar la «ficción legal» de una decisión tomada por alguien con estado de coma? Una lectura inteligente obliga a entender que lo que se ha querido decir que la responsabilidad —en este caso— sólo le asiste al «apoyo» que ha actuado con dolo o culpa.

e) Quedan en el aire «las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad» (reconocidas en el art. 659-E) que tienen apoyos ¿qué pasa si ocasionan daños?: Para tal efecto, «se propone comprender dentro del art. 458 c.c. también a las personas con discapacidad», de tal manera que no sólo los menores de edad sin discernimiento, sino también «las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad» (reconocidas en el art. 659-E) no responden por los daños que causen. El fundamento sería la analogía: igualdad de razón, igualdad de derecho.

Abona para esta última interpretación, el «Decreto Supremo N.° 016-2019-MIMP, del 23.08.19», que aprueba el «Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad». En efecto, en el art. 2, Definiciones, distingue la persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad, de la que no puede, de la siguiente manera:

> «7. Persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad.- Aquella persona con discapacidad que, independientemente de contar con las medidas de accesibilidad y/o ajustes razonables, **establece comunicación e interacción con el entorno** y manifiesta de manera expresa comprender los alcances y efectos que produce la realización del acto jurídico de designación, así como de las facultades que le otorgará a las personas de apoyo.
>
> 8. Persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad.- Aquella persona con discapacidad que, a pesar de contar con las medidas de accesibilidad, utilizar ajustes razonables, y realizar los esfuerzos reales, considerables o pertinentes, **no logra establecer comunicación e interacción con su entorno** (el destacado es mío)».

En este último supuesto, si es que una persona con discapacidad «establece comunicación e interacción con el entorno» y produce daños, debería ser responsable civilmente por los daños que ocasione, ex art. 458 c.c. Ello debido a que la *ratio legis* es la de reconocer capacidad de imputación (o capacidad para hacerse responsable civil) a quien tiene discernimiento (o quien «establece comunicación e interacción con el entorno») «y que no lo sea», quien no tenga discernimiento (o que «no logra establecer comunicación e interacción con su entorno»). La literalidad del 458 c.c. no debe llevarnos a interpretar que ello se debe aplicar liberando sólo a los menores de edad (sin discernimiento), sino a toda persona (mayor o menor) sin discernimiento (o persona con discapacidad que «no logra establecer comunicación e interacción con su entorno»). Todos ellos sujetos débiles que merecen especial protección. Refuerza esta interpretación el mismo art. 1976-A cuando prescribe que «la persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones»: si ocasionó un daño con falta de discernimiento o porque está en una situación (permanente) en la cual «no logra establecer comunicación e interacción con su entorno», no debe ser responsable civilmente. En otras palabras: no decidió, no responde.

«¿Qué pasaría si se encuentra internada en una estructura sanitaria una persona con falta de discernimiento (o que «no logra establecer comunicación e interacción con su entorno») y ésta ocasiona daños a terceros?» En la experiencia jurídica italiana, la responsabilidad extracontractual respecto de los terceros está condicionada por la extensión de obligaciones que el ente asume negocialmente frente al sujeto débil; de tal manera que, si la estructura sanitaria logra ofrecer una prueba liberatoria de

la imposibilidad objetiva no imputable de la prestación solicitada en base al contrato sanitario de internamiento, quedará excluida de la obligación de vigilancia fuente de responsabilidad hacia terceros[90].

4.7. ¿El administrador de sostenimiento debe responder por los daños que la persona con discapacidad ocasiona a terceros?

In primis, se debe superar la tara conceptual en la que se entiende que todas las personas con discapacidad deban ser tratadas jurídicamente de la misma manera, por cuanto hay personas con discapacidad que establecen «comunicación e interacción con el entorno» y otras no.

En mi opinión, dentro de la experiencia jurídica nacional, en el caso que una persona con discapacidad haya ocasionado un daño con falta de discernimiento o porque está en una situación (permanente) en la cual «no logra establecer comunicación e interacción con su entorno», si bien, no debe ser responsable civilmente, el llamado a responder sería el apoyo. Ello porque, más allá de la retórica empleada por la reforma introducida con el D. Leg. No. 1384, *de facto*, es el que tiene bajo su cuidado a la persona con discapacidad sin discernimiento y, al igual que en el caso de los representantes legales, hay que recurrir a la cláusula general de responsabilidad civil, contenida en el art. 1969 c.c. y, si ello no fuera posible, hay que recurrir a la equidad *ex* art. 1977 c.c.

Los arts. 1976 y 1977 c.c. se han inspirado en el art. 2047 c.c.ita.

Versión original c.c. 1984	Código civil italiano 1942
Artículo 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal. (Derogado por el D. Leg. No. 1384) Artículo 1977.- **Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior**, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo (el destacado es mío).	«Artículo 2047 Daño ocasionado por el incapaz. En caso de daño ocasionado por una persona incapaz de entender y de querer, el resarcimiento es debido por quien estaba obligado a su vigilancia, salvo que pruebe que no pudo impedir el hecho. El caso en el que el dañado no haya podido obtener el resarcimiento por quien estaba obligado a la vigilancia, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa»

Recordemos que, no obstante, se ha derogado el art. 1976, se ha incorporado un (incomprensible) art. 1976-A:

Artículo 1976-A.- Responsabilidad de la persona con apoyo

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.

Jocosamente se mantiene el art. 1977 c.c., el cual establece que, si el representante legal no tiene dinero, en vía equitativa se responde con el patrimonio del incapaz sin discernimiento. Ahora bien, este artículo establece que se aplica «si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior»: el supuesto anterior «original» (art. 1976 c.c.) está derogado; pero el supuesto anterior «actual» es el art. 1976-A c.c., que se refiere a «La persona que cuenta con apoyos (que) es responsable por sus decisiones», sin embargo, también cuentan con apoyos «las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad» (reconocidas en el art. 659-

90. Roberto Pucella, voz *Imputabilità del fatto dannoso e danno cagionato dall'incapace (Responsabilità civile), Enciclopedia del Diritto,* I Tematici, VIII, *Responsabilità Civile*, dirigido por Claudio Scognamiglio, *cit.*, 647.

E). Entonces, haciendo una interpretación sistemática y finalista o teleológica, a efectos que la víctima no quede desprotegida, se podría emplear la equidad ex art. 1977 c.c. (no «a cargo del cargo del autor directo» sino) a cargo del apoyo de quienes no pueden manifestar su voluntad; pero han ocasionado daños[91].

Como ha sido explicado, los sujetos comprendidos en el art. 659-E c.c. son «las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad» y «las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera (sic) designado un apoyo con anterioridad». Se trata de seres humanos que se encuentran en una particular situación en la cual se requiere una intervención más intensa por parte del apoyo, y por ello, se vuelve a la figura de la «representación». Ahora bien, si el apoyo va a tener que dedicarse al cuidado de la persona que se encuentra comprendida en el art. 659-E c.c. (dejemos tranquilos a los que se encuentran en estado de coma) y, ésta ocasiona daños, el apoyo-representante debe responder frente al dañado, sea porque de facto está (o debe estar) al cuidado del discapacitado falto de discernimiento (o que no pueda manifestar su voluntad o que no establece comunicación e interacción con su entorno); sea por equidad ex art. 1977 c.c., a efectos que la víctima no asuma los costos de dichos daños.

Téngase presente que el art. 659–E (Excepción a la designación de los apoyos por juez) establece expresamente que, en el caso del apoyo judicial («para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad»), el juez ha de fijar el plazo, alcances y «responsabilidades del apoyo». El juez, en estos casos, debe ser claro en su sentencia y establecer claramente que el apoyo, en estos casos, comprende el cuidado personal de la persona con discapacidad. Es hora de que cada operador jurídico asuma sus propias responsabilidades.

Si y solo si el apoyo-representante no tiene patrimonio suficiente para pagar la indemnización y la persona discapacitada (falta de discernimiento) lo tenga, también vendrá en auxilio la reparación equitativa ex art. 1977 c.c., para no perjudicar económicamente a la víctima.

Creo que estamos pasando por uno de esos tantos episodios de la historia en los que se aplica la dialéctica hegeliana, procesos en los cuales, un concepto se enfrenta a su opuesto y como resultado de este conflicto, se alza un tercero, la síntesis. Hemos pasado de un tratamiento jurídico que, lejos de proteger a los sujetos débiles, llegó a convertirlos en una suerte de «muertos civiles» (tesis), a una concepción que —con razón y justicia— los libera de toda traba y marginación, llegando a equiparar su *status* jurídico al de las personas «normales» (antítesis). Sin embargo, en esta etapa no se ha hecho distinción alguna (se entiende, en lo que a tratamiento jurídico se refiere, respecto de la validez de los actos y a la responsabilidad civil) entre aquellos que tienen dificultad en manifestar su voluntad (supuesto en el cual el sistema de apoyos es eficiente) y los que (por cualquier causa: física, mental o sensorial) no pueden hacerlo (y es aquí donde el sistema de apoyos hace agua, creándose una retórica formal —respetuosa ciegamente de la Convención— que, a la larga, no es más que un régimen de curatela disfrazado malamente de apoyo). Es hora de que, como *síntesis armonizadora* (en lo que a la experiencia jurídica peruana se refiere) se llenen vacíos, se corrijan errores y se le reconozca a cada uno lo que le corresponde, según sus alcances y (¿por qué no decirlo?) limitaciones, no para discriminarlo, sino para tutelar eficientemente tanto a los sujetos débiles, como a quienes se encuentran en su entorno familiar y social. Ello sólo se logra delimitando claramente los derechos, deberes y responsabilidades que le corresponden tanto al apoyo como al beneficiario del mismo. Tarea no sólo del legislador, sino de quienes hacen doctrina, para suministrar herramientas de interpretación idóneas para jueces, notarios, registradores, abogados y a los estudiantes de derecho, futuros operadores jurídicos.

91. En este sentido, Luis Bardales Siguas, *Indemnización equitativa*, Comentario al art. 1977 c.c., en *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan Espinoza Espinoza, Tomo XII, Fuentes de las Obligaciones (quinta parte), Instituto Pacífico, Lima, 2023, 870.

5. Bibliografía

Autorino Stanzione, G. «Sulla responsabilitá dell'infermo di mente nell'esperienza francese», *Riv. dir. civ*., 2, 1991, pp. 368-369.

Atienza Navarro, M. «La otra cara de la reforma española acerca de la discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 20, Tirant Lo Blanch, Valencia, febrero, 2024, p. 382.

Baccarani, P. *L'amministratore di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 369.

Barandiaran, J. *Comentarios al Código Civil peruano*, Tomo IV, Librería Gil, Lima, 1952, p. 215.

Bardales, L., «Indemnización equitativa, Comentario al art. 1977 c.c»., en *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan Espinoza Espinoza, Tomo XII, Fuentes de las Obligaciones (quinta parte), Instituto Pacífico, Lima, 2023, p. 870.

Baudry-Lacantinerie e **Loynes, G**. *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile, Delle Persone*, Volume V, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1923, p. 781.

Becerra Palomino, E. «Algunas ideas para reformar el Libro Primero del Código Civil - Personas Naturales», en *Notarius*, año IV, Lima, 1993-94, p. 184.

Bianca, M. *Diritto Civile, 5, La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 656.

Bianca, M. «Responsabilità personale dell'infermo di mente, 10 domande ai civilisti, ai medici legali e agli psichiatri, en Infermità di mente e responsabilità civile», en *Infermità di mente e responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1993, p. 194.

Bonilini, G. y **Tommaseo, F**., «Dell'amministrazione si sostegno», Artt. 404-413, *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 509-510.

Brun, P. *Responsabilité civile extracontractuelle*, tercera edición, Lexis Nexis, Paris, 2014, p. 196.

Buchhalter-Montero, B. «La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual...», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 17, Tirant Lo Blanch, Valencia, agosto, 2022, p. 154.

Buchhalter-Montero, B. *op. cit*., pp. 155-156.

Bugetti, M. *Amministrazione di sostegno*, *Commentario del Codice civile...*, Zanichelli, Bologna, 2024, p. 225.

Burdese, A. «voz Capacitá (diritto romano)», *Enciclopedia del Diritto*, VI, Giuffrè, 1960, p. 2.

Campos García, H. «Apuntes sobre la capacidad jurídica y la validez de los negocios jurídicos en el Código Civil peruano», *Actualidad Civil*, No. 52, Instituto Pacífico, Lima, octubre 2018, p. 80.

CAS., 05.03.90, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, abril/agosto 1990, N.° 23, pp. 507 ss.

Cendon, P. «Infermi di mente e altri "disabili"...», Pol. dir., 4, 1987, p. 623.

Cendon, P. «Il settimo libro del codice civile», Pol. dir., 1, 1990, p. 154.

Cifuentes, S. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, cuarta edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 224.

Cornejo, A. *Comentarios al Código Civil de 1852*, Tomo I, De las Personas y de sus derechos, artículos 1 a 451, Dionisio Mendoza - Librería y Casa Editora, Chiclayo, 1921, p. 14.

Della, A. *Disabilità, Bioetica e ragionevolezza. Ragionamenti minimi di diritti unami, evoluzione tecnológica e vita quotidiana*, CEDAM Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 66.

De Salas Murillo, S. *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación* Tirant Lo Blanch, 2003, p. 146.

De Trazegnies Granda, F. *La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo II, PUCP, Lima, 1988, pp. 390-391.

De Belaunde López de Romaña, J. «Personas naturales y jurídicas». *Comentarios al Libro Primero del Código Civil*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2024, p. 39.

Espinoza Espinoza, J. *Estudios de Derechos de las Personas*, CONCYTEC-CIDDE, Lima, 1990, p. 202.

Espinoza Espinoza, J. *La Capacidad Civil de las Personas Naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*, Editorial Grijley, Lima, 1998, p. 114.

Espinoza Espinoza, J. *Tutela giuridica dei soggetti deboli: il risveglio dai sogni dogmatici dei giuristi*, No. 3-4, Jovene, Naoli, 1993, p. 424.

Eusebio, L. *Codice Civile dell'Impero Germanico*, traducido, UTET, Torino, 1897, p.15.

Fernandez Sessarego, C. «Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano», en *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, IV, compilado por Delia Revoredo de Debakey, Studium, Lima, 1985, p. 126.

Fernández Sessarego, C. «El histórico problema de la capacidad jurídica», en *Código Civil Peruano. Diez Años*, Univ. de Lima, WG Editor, 1995, p. 124.

García, M. «Comentario», *TRIB. SUP*., 22.01.91, *cit*., pp. 234-235.

Gómez Calle, E. *Los sujetos de la responsabilidad civil*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por L. Fernando Reglero Campos, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 457.

Gordillo Cañas, A. *Comentario a TRIB. SUP., 17.06.88*, cit., p. 611.

Instituto de Investigación Juridico Notarial/Indej, «Reforma del Código Civil Peruano», Gaceta Jurídica, Lima, 1998, 262. También en *Comisión de Reforma de Códigos, Legislatura 1998-1999*, Tomo I, Función Legislativa, Comisión de Reforma de Código, Comisión de Reforma del Código de Comercio, Comisión de Reforma del Código Civil, Asesoría, Segunda Edición, Palacio Legislativo, Lima, 1999, 292.

Le Tourneau, P. *La Responsabilité Civile*, Dalloz, Paris, 1972, p. 124.

Maffei, D. voz *Capacitá (diritto intermedio)*, *Enciclopedia del Diritto*, VI, cit., p. 4.

Monateri, P. «La Responsabilità Civile», en *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, 1998, pp. 263-264.

Napoli, E. «L'infermità di mente...», en *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 13.

Pacheco, T. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Imprenta del Estado, Lima, 1872, p. 99.

Pantaleón Prieto, F. «Comentario» TRIB.*SUP*., 22.09.84, cit., 1990.

Patti, S. «Ancora sul favor del diritto civile per gli incapaci (e su una innovazione, di segno opposto, dell'ordinamento francese)», *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 646.

Petrelli, P. *La responsabilità civile dell'infermo di mente nell'ordinamento francese*, en *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 85.

Tagliaferri, C. *Responsabilità del tutore, del curatore e dell'amministratore di sostegno*, *Responsabilità Civile*, Volumen I, Principi generali e situazioni protette, dirigido por Paolo Cendon, UTET, Torino, 2017, p. 738.

Perlingieri, P. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972, p. 118.

Pucella, R. voz *Imputabilità del fatto dannoso e danno cagionato dall'incapace (Responsabilità civile)*, *Enciclopedia del Diritto,* I Tematici, VIII, *Responsabilità Civile*, dirigido por Claudio Scognamiglio, cit., p. 647.

Santillán Santa Cruz, R. «La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados, pero no incapacitados, Estudios críticos sobre el Código Civil», *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Lima, 2014, p. 688.

Santos Briz, J. *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 407.

Trib. Sup., 22.09.84, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, septiembre/diciembre 1984, N.° 6, Madrid, 1979; 22.01.91, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 1991, N.° 25, Madrid, p. 219.

Trib. Sup., 17.06.88, en *Cuad. Civitas jur. civ*., abril/agosto 1988, N.° 17, Madrid, p. 607.

Trib. Sup., 27.09.90, en *Cuad. Civitas jur. civ.*, septiembre/diciembre 1990, Madrid, N.° 24, p. 1023.

Trib. Sup., 03.12.91, *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 1992, N.° 28, Madrid, p. 115.

Trib. Sup., 31.12.91, *Cuad. Civitas jur. civ.*, enero/marzo 1992, N.28, Madrid, p. 179.

Venchiarutti, A. «Incapaci in diritto comparato», en *Digesto, Disc. Priv.*, Sez. Civ., IX, UTET, Torino, 1993, p. 387.

Venchiarutti, A. *Imputabilità e amministrazione di sostegno*, *Danno e Responsabilità*, 5/2023, p. 615.

Venchiarutti, A. *La responsabilità civile degli infermi di mente in Francia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 510.

Vidal Ramírez, F. *Teoría General del Acto Jurídico*. *Su aplicación en la Codificación Civil Peruana Cultural*, Cuzco, Lima, 1985, p. 104.

Viney, G. y **Jourdain, P**. *Les conditions de la responsabilitè*, en *Traité de Droit Civil,* dirigido por Jacques Ghestin, segunda edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998, p. 543.

Zeno-Zencovich, V. «La colpa oggettiva del malato di mente le esperienze nord-americana e francese», *Resp. civ. e prev.*, 1986, p. 10.

CAPÍTULO 23

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ADULTOS

Natividad Goñi Urriza

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: 1. LAS MEDIDAS DE APOYO JUDICIALES EN SITUACIONES INTERNACIONALES. 2. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD EN LA LOPJ. 3. EL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA. 3.1. Ámbito de aplicación de los foros de competencia judicial internacional del Convenio de La Haya de 2000 y de la Propuesta de Reglamento sobre protección de los adultos. 3.2 Normas de atribución de competencia judicial internacional en el Convenio de La Haya sobre protección de los adultos. 3.2.1. Foro principal. 3.2.1.1. Determinación de la residencia habitual. 3.2.1.2. Cambio de residencia habitual. 3.2.2. Aceptación de la competencia de los tribunales del Estado de la nacionalidad del adulto. 3.2.3. Cesión de la competencia a otros tribunales de Estados contratantes. 3.2.4. Foro relativo a los bienes del adulto. 3.2.5. Foro de urgencia. 3.2.6. Foro de competencia excepcional para medidas de protección de la persona. 3.3. Foro de la autonomía de la voluntad en la Propuesta de Reglamento de protección de los adultos. 3.4. La continuidad de la protección del adulto en el territorio de los Estados contratantes. 4. ¿PODEMOS PRESCINDIR DE LA LITISPENDENCIA? 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. Las medidas de apoyo judiciales en situaciones internacionales

La Ley 8/2021 configura la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica diferenciando claramente entre las denominadas medidas judiciales y no judiciales[1]. Las medidas previstas en la norma como la constitución de la curatela y el nombramiento de un defensor judicial (artículo 250 y 269 CC) demandan la intervención judicial.

1 Proyecto I+D+i «Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales (Código: PID2021-127361NB-I00). Ayudas a «PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

En este trabajo nos ocuparemos de la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para adoptar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica que requieren la intervención de aquéllos. Esta cuestión de la competencia judicial internacional se plantea cuando en la situación concurre un elemento extranjero, por ejemplo, porque la persona se traslada de un Estado a otro, o tiene bienes, o allegados en otro Estado distinto al de su residencia y surge la pregunta ¿cuál es la autoridad, de entre las relacionadas con la situación, que es competente para acordar una medida de apoyo judicial?[2].

Las normas de nuestro ordenamiento jurídico que se encargan de contestar a esta pregunta están en proceso de modificación inminente. En este trabajo nos ocuparemos de analizar la normativa vigente y los cambios previstos en las normas internacionales anunciadas por la Comisión Europea en primavera del 2023[3].

En relación a la normativa interna vigente, es preciso tener en cuenta que muchos de los procedimientos iniciados ante los tribunales españoles en esta materia serán procesos de jurisdicción voluntaria. Para estos procedimientos el Capítulo I de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV) contiene, entre sus normas de Derecho Internacional Privado el artículo 9.1 que, para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, remite con carácter general a los «Tratados y otras normas internacionales en vigor para España».

Y para los casos no regulados por normas de origen internacional se aplicarán los foros de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) (artículo 9.1 II LJV).

Acertadamente, esta norma prevé el posible desajuste entre la competencia judicial internacional y la territorial y para ello prevé en su apartado 2 que, si no es posible fijar el juez territorialmente competente «lo será aquél correspondiente al lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución»[4].

La necesidad de adaptación de las normas de competencia judicial internacional y del resto de las cuestiones de derecho internacional privado en materia de protección de los adultos es un asunto ya clásico que se planteó justo después de la ratificación del Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CNY 2006) por parte de España en 2008[5]. La ausencia de normas de origen internacional que regulen las cuestiones clásicas del Derecho Internacional Privado incremente la inseguridad jurídica de las personas necesitadas de apoyo[6]. Los adultos

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE núm. 132, de 3 de junio.

2. Sobre el elemento extranjero en los instrumentos internacionales en materia de protección de las personas (menores y adultos) con un análisis detallado de la jurisprudencia del TJUE, véase Herranz Ballesteros, M., «El Derecho Internacional privado de la UE en materia de protección de los derechos de los menores y de los adultos en situación de vulnerabilidad: elementos teóricos que condicionan su aplicación», en Adroher Biosca, S./Campuzano Día, B./Palao Moreno, G., Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas, Tirant lo blanch, 2025, pp. 85-118.

3. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0281

4. Esta posibilidad ya la puso de manifiesto en relación a la competencia de los tribunales españoles en relación a la adopción de medidas cautelares, Adroher, Biosca S., «La protección de adultos en el Derecho Internacional Privado español: novedades y retos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol, 71, núm. 1, pp. 163-185, concr., p. 172.

5. Se planteó por Adroher Biosca, S., «La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente», en Llamas Pombo, E. (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 719-757. La necesidad de abordar una regulación específica en la materia también se puso de manifiesto por González Beilfuss, C., «La protección de adultos en Derecho internacional privado», Calvo Caravaca, A. L./Iriarte Ángel, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 91

6. Flebes Pozo N., «La protección transfronteriza de adultos en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos,» *Bitácora Milennium DIPr. Derecho Internacional Privado*, 2023, num. 18, pp. 1-29, concr. p. 5.

pueden cambiar de residencia habitual o tener bienes en más de un país, desconocer si las autoridades de otros países con los que la situación está relacionada serán competentes para decidir sobre sus apoyos, qué ley aplicarán para decidirlos o si se reconocerán las medidas adoptadas en el extranjero dificulta su vida transnacional.

Hasta que entren en vigor el Convenio de La Haya de 2000, sobre Protección Internacional de los Adultos (en adelante, CLH 2000) y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos (en adelante, PR) serán de aplicación las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se pasan a analizar[7]. Ambos textos internacionales establecen un régimen también para la determinación de la ley aplicable, para el reconocimiento y ejecución de decisiones y prevén la colaboración entre autoridades, pero en este trabajo se abordará únicamente la cuestión de la competencia judicial internacional.

2. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de discapacidad en la LOPJ

La Propuesta legislativa sobre la competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las medidas de cooperación en relación a la protección de los adultos viene a modificar de forma extraordinaria los criterios que van a aplicar los tribunales españoles y que están contenidos en la LOPJ[8].

Pese a que la regla básica prevista en el Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección de los adultos —al que remite el artículo 3 de la Propuesta de Reglamento— se basa en el foro de la residencia habitual de la persona necesitada de apoyos y, por tanto, no varía lo previsto en el artículo 22 *quater*, letra b) de la LOPJ, el resto de normas de dicho Convenio y de la Propuesta de Reglamento introducen novedades muy relevantes. Así, las otras disposiciones del propio Convenio de La Haya (artículos 7 a 12) y los artículos 6 y 7 de la Propuesta de Reglamento incorporarán a nuestro ordenamiento jurídico reglas que transformarán sustancialmente nuestro sistema de competencia judicial internacional en la materia.

Como España no es Estado contratante del Convenio de La Haya de 2000, una vez este entre en vigor, se pasará de aplicar la única regla especial para los litigios «En materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes» prevista en el artículo 22 *quater*, letra b) LOPJ a utilizar un complejo sistema en el que van a concurrir la aplicación de dos instrumentos internacionales complejos[9].

Se ha destacado la conveniencia de utilizar el foro de la residencia habitual (que otorga competencia a los tribunales españoles si el adulto necesitado de protección reside aquí) porque favorece la buena administración de justicia ya que, normalmente, esta solución reduce los costes procesales y favorece una intervención de calidad, además de hacer coincidir la

7. Convenio de La Haya de 2000, sobre Protección Internacional de los Adultos, hecho el 13 de enero de 2000, que entró en vigor el 1 de enero de 2009. http://www.hcch.net. Y la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de los adultos, COM (2023) 281 final..

8. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos, COM (2023) 280 final.

9. En el año 2015, se modificó el supuesto de hecho para adoptar la terminología del Convenio de Nueva York de 2006 y así eliminar la referencia a «en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados» por la Ley 7/2015, de 21 de julio, https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8167#aunico

competencia de los tribunales españoles con la aplicación de la ley española[10]. Sin embargo, el régimen vigente ha sido criticado por la doctrina que ha destacado la ausencia de norma para numerosos y frecuentes supuestos como los casos de los extranjeros que, no residiendo en nuestro país, tienen bienes en España o el de los españoles no residen aquí, pero si sus familiares[11].

Además de este foro especial está disponible el foro del domicilio del demandado del artículo 22 *ter* LOPJ para los procedimientos que devengan contradictorios. Este criterio de atribución de competencia judicial internacional es aplicable también a los litigios que tengan como objeto la adopción de una medida de apoyo a una persona con discapacidad.

El hecho de que las dos disposiciones de la LOPJ utilicen términos distintos, la residencia habitual y domicilio no parece suscitar problemas prácticos. El concepto español de domicilio de las personas físicas coincide con el de su residencia habitual. Para que esta residencia habitual se reconozca en España se exige la presencia física del adulto y que dicha presencia responda a la intención de permanecer de manera estable en territorio español siendo irrelevante en ambos casos la situación administrativa —que carezca de autorización de residencia— o fiscal del mismo[12].

Asimismo, se podrá acudir, por un lado, al foro de necesidad del artículo 22 *octies* 3 II LOPJ y, por otro lado, al foro de las medidas cautelares del artículo 22 *sexies* LOPJ[13].

En el primer caso, para los supuestos en los que el adulto necesitado de apoyos no resida habitualmente en España puede operar el foro de necesidad del artículo 22 *octies* III LOPJ, si el litigio presenta vínculos con España y «resulta imposible o procesalmente muy gravoso» acudir a los tribunales extranjeros[14]. En las demandas relativas a la provisión de apoyos de un adulto sin residencia habitual en España, una interpretación alineada con el principio constitucional de tutela judicial efectiva implicaría que bastaría con demostrar que supone una carga desproporcionada obligar a las partes a acudir a los tribunales extranjeros y una vinculación efectiva con nuestro país para justificar la aptitud de los tribunales españoles. Sólo esta interpretación permitiría que los tribunales españoles pudieran, en un plazo razonable, declararse competentes para adoptar medidas de apoyo respecto de las personas que tienen su residencia habitual en el extranjero y que son requeridas por nuestro ordenamiento jurídico respecto de sus bienes —necesidad de nombramiento de defensor judicial (artículo 295 CC) o autorización judicial para que el curador pueda enajenar o gravar determinados bienes (artículo 287 CC)—.

En el segundo caso, el foro relativo a las medidas cautelares del artículo 22 *sexies* LOPJ servirá para atribuir la competencia a los tribunales españoles cuando se requiera el nombra-

10. Calvo Caravaca, A.L./Carrascosa González, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1301-1304.

11. Adroher Biosca, S., «Medidas de apoyo a los adultos vulnerables en el derecho internacional privado español. Un marco jurídico en transformación», Ortega Giménez, A. (DIR.), Heredia Sánchez. L.S. (DIR.), *Silver economy y su impacto en el Derecho desde una perspectiva transfronteriza*, 2025, pp. 287-307, concr. p. 294 y Parra Rodríguez, C., «El cambio del paradigma de la discapacidad. El modelo inclusivo en las relaciones transfronterizas». AEDIPr., tomo XXI, 2021, pp. 65-88.

12. Calvo Caravaca, A.L./Carrascosa González, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 416-418.

13. De modo que se podrían solicitar medidas cautelares en virtud del del artículo 22 *sexies* LOPJ en relación a las personas necesitadas de apoyos o respecto de sus bienes cuando unas u otros se encuentren aquí y las medidas deban ejecutarse en España. Calvo Caravaca, A.L./Carrascosa González, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1299.

14. En realidad, la norma exige que los tribunales extranjeros han declinado su competencia, pero la doctrina ha entendido que debe interpretarse la norma teniendo en cuenta el principio constitucional de la tutela judicial efectiva y no literalmente. Ello posibilita hacer una interpretación más racional y flexible de este foro. Calvo Caravaca, A.L./Carrascosa González, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 376-382, concretamente p. 379. 2024

miento del defensor judicial como medida de apoyo de la persona con residencia habitual en el extranjero —en virtud del artículo 295. 4 CC— en relación a la administración de los bienes situados en España[15].

Este régimen de la LOPJ, unilateral por tratarse de una norma de origen interno, y que es además ciego a la situación y a las circunstancias que rodean al adulto necesitado de apoyos, va a verse pronto superado por los dos instrumentos internacionales mencionados.

3. El sistema de competencia judicial internacional en instrumentos internacionales: la propuesta de la Comisión Europea

La doctrina ha calificado de «Paquete legislativo combinado» la propuesta de la Comisión Europea porque añade a la Propuesta de Reglamento europeo las normas de competencia judicial internacional (y de ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones) del Convenio de La Haya de 2000[16]. Ante la pluralidad de fuentes, el estudio en Derecho Internacional Privado debe partir siempre de la determinación del ámbito de aplicación de cada uno de estos dos instrumentos normativos internacionales[17].

3.1. Ámbito de aplicación de los foros de competencia judicial internacional del Convenio de La Haya de 2000 y de la Propuesta de Reglamento europeo sobre protección de los adultos

El legislador europeo, con buen criterio, ha diseñado la Propuesta de Reglamento de tal manera que se aplique exactamente a los mismos asuntos que el Convenio de La Haya de 2000, esto es, el «bloque» normativo tiene un ámbito de aplicación material idéntico[18]. La coincidencia de los artículos 1 CLH 2000 y 2.3 PR no da lugar a dudas.

Para los tribunales españoles, cuando ambos instrumentos entren en vigor, el criterio para determinar qué normas rigen su competencia judicial internacional, será únicamente el de la residencia habitual de la persona.

El Convenio de La Haya de protección de los adultos no requiere criterios de aplicación personal, ni contiene reglas explícitas de no aplicación de las normas internas de los Estados contratantes, por lo que, en principio, nada impediría la aplicación cumulativa de los foros de

15. Sobre la conceptuación de medida provisional de este nombramiento de defensor judicial, Sancho Gargallo, I., «El juez en el nuevo sistema de apoyos», Pereña Vicente, M. (DIR.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* Tirant lo Blanch, 2022, pág. 76.

16. Adroher Biosca, S., «Medidas de apoyo a los adultos vulnerables en el derecho internacional privado español. Un marco jurídico en transformación», Ortega Giménez, A. (DIR.), Heredia Sánchez. L.S. (DIR.), *Silver economy y su impacto en el Derecho desde una perspectiva transfronteriza*, 2025, pp. 287-307, concr. p. 290.

17. *Vid*. González Marimón, M., «Hacia una Unión Europea «de» las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, núm. 2, pp. 420-445, p. 438.

18. La doctrina ha señalado que dicho ámbito «coincide perfectamente», Franzina, P., «Un nuevo diritto internazionale privato della protezione degli adulti: le proposte della commissione europea e gli sviluppi attesi in Italia», *Rivista di Diritto Internationale Privato e Processuale*, 2023, 3, p. 533. En España explica con detalle el ámbito de aplicación de las dos normas, Flebes Pozo N., «La protección transfronteriza de adultos en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos,» Bitácora Milennium DIPr. Derecho Internacional Privado, 2023, num. 18, pp. 1-29, concr. 9-12.

la LOPJ compatibles con sus disposiciones por parte de los tribunales españoles[19]. Lo que si se deduce de la concepción de este es que la aplicación de los foros de la LOPJ en ningún caso permite limitar la efectividad de los foros del Convenio en su vertiente atributiva y de coordinación[20].

Por un lado, los foros del Convenio en su vertiente atributiva otorgarán la competencia a los tribunales españoles si está presente la circunstancia en ellos contemplada. Por otro lado, las autoridades españolas aplicarán los foros de coordinación en el supuesto de que se plantee la coordinación con las autoridades de otros Estados contratantes[21].

Por su parte, el artículo 59.1, letra a) de la Propuesta de Reglamento establece que sus disposiciones son de aplicación si el asunto se refiere a la protección de una persona que tenga la residencia habitual en un Estado miembro. Esta regla general, sin embargo, tiene algunas matizaciones en el apartado segundo[22]. La especificidad que nos interesa para este trabajo hace referencia a la posibilidad de que un tribunal de un Estado miembro pueda «perder» o «ceder» su competencia en favor de un tribunal de un Estado no miembro contratante del CLH 2000. Esto es posible, por un lado, si las autoridades del Estado de la nacionalidad del adulto asumen la competencia —en aplicación del artículo 7 CLH 2000— que se aplicará, por parte de las autoridades de los Estados miembros, en caso de que éste ostente la nacionalidad de un Estado contratante del CLH 2000 no vinculado por la normativa de la Unión Europea (artículo 59.2, letra a PR). Esta norma se aplicará incluso mediando elección de foro en virtud del artículo 6 PR[23].

Por otro lado, el artículo 59.2, letra b PR hace referencia a la transferencia de la competencia prevista en el artículo 8 CLH 2000 en cuya virtud un tribunal de un Estado miembro puede ceder su competencia a favor de los tribunales de un Estado no miembro, contratante del CHL 2000[24].

Esta misma conclusión podría deducirse de la remisión hecha en el artículo 5 PR a que la competencia judicial internacional se fijará en aplicación del capítulo II del CLH 2000 ya que éste incluye todos los foros previstos en los artículos 5 al 12. Es decir, el resto de foros también son aplicables cuando la persona tiene su residencia habitual en un Estado miembro de la PR si los artículos 9-11 atribuyen competencia a los tribunales de un Estado no miembro contratante del convenio de La Haya.

En cuanto a la aplicación de la Propuesta de Reglamento, parecería lógico entender que al igual que ocurre con el Reglamento 2019/1111, las normas relativas a la competencia judicial internacional se aplicarán a los litigios con elementos transfronterizos que impliquen a un solo Estado miembro y a terceros Estados, no siendo necesario que el elemento extranjero esté vinculado con un Estado

19. La doctrina ha calificado este sistema de «cerrado» porque si ningún Estado contratante puede ejercer su competencia en virtud de los foros previstos en el Convenio, los tribunales de un Estado contratante no podrán aplicar sus normas internas para determinar su competencia, si el adulto tiene su residencia habitual en un Estado contratante. Lagarde, P., *Informe explicativo. Convenio sobre Protección de Adultos,* 2017, cit. apdo. 49.

20. Franzina P., «Un nuevo diritto internazionale privato op. cit., pág.538.

21. Los foros de la LOPJ, como el foro de necesidad o el del domicilio del demandado se aplicarán únicamente en relación con terceros Estados, siempre que el adulto no tenga su residencia habitual en un Estado miembro del futuro Reglamento de protección de los adultos.

22. La letra b de este artículo 59.1 de la Propuesta de Reglamento extiende la aplicación de las normas de reconocimiento y ejecución de las medidas adoptadas o de la aceptación de un documento público expedido por la autoridad de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro en relación a un adulto que tenga su residencia habitual en un Estado contratante del Convenio de La Haya del 2000 en el que no se aplique el Reglamento.

23. Franzina, P., «Un nuevo diritto... op. cit., pp. 549-550.

24. Además, el artículo 59.2, letra c PR prevé la aplicación del capítulo V del CLH 2000 que regula la cooperación entre las autoridades competentes y las autoridades centrales entre un Estado miembro y un Estado contratante no vinculado por la normativa de la Unión europea.

miembro[25]. De la misma manera, las disposiciones de competencia judicial internacional se aplican incluso cuando el litigio implica relaciones entre órganos jurisdicciones de terceros Estados[26].

Sin duda que la aprobación de un sistema tan complejo como el previsto en la propuesta de la Comisión Europea plantea muchos retos para los operadores jurídicos que ven dificultades en el empleo concurrente de una pluralidad de instrumentos internacionales. La experiencia, por ejemplo, en el ámbito de la ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de tráfico, en la que se producen una concurrencia del Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los accidentes de tráfico de 4 de mayo de 1971 demuestra estas dificultades[27]. Aunque es verdad que la mayoría de los problemas derivan del distinto ámbito de aplicación material de las normas. Sin embargo, conjugar el respeto de los compromisos internacionales —contraídos por más de una docena de Estados miembros que son parte del Convenio de La Haya de 2000— con el establecimiento de reglas más eficaces para garantizar el Derecho a la libre circulación de las personas necesitadas de apoyo en el ámbito de la UE requiere de un sistema complejo que el legislador ha pretendido organizar a través de remisiones desde la Propuesta de Reglamento hacia el Convenio de La Haya de 2000. En este sentido, la experiencia en materia de protección del menor, mediante la aplicación del Reglamento 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños puede ser de utilidad[28].

3.2. Normas de atribución de competencia judicial internacional en el Convenio de La Haya sobre protección de los adultos

3.2.1. Foro principal

El sistema de competencia judicial internacional establecido en el Convenio de La Haya de 2000 utiliza como criterio la residencia habitual del adulto; es el foro principal (artículo 5 CLH 2000) que ha sido elegido por ser estos tribunales los mejor situados para investigar las circunstancias que acompañan a la persona y evaluar sus necesidades[29]. Este foro se matiza en el

25. STJUE de 17 de octubre de 2018, C-393/18, *PPU - UD*, ECLI:EU:C:2018:835, apdos. 32-34. Sobre esta cuestión véase el pertinente análisis de Herranz Ballesteros, M., «El Derecho Internacional privado de la UE en materia de protección de los derechos de los menores y de los adultos en situación de vulnerabilidad: elementos teóricos que condicionan su aplicación», en Adroher Biosca, S./Campuzano Día, B./Palao Moreno, G., Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas, Tirant lo blanch, 2025, pp. 85-118, concr. pp. 102-103. Esta autora describe los distintos supuestos posibles y que quedarían sin resolver en caso de que el TJUE mantenga este concepto amplio de elemento transfronterizo, p. 101-102.

26. STJUE de 14 de julio de 2022, C-572/21, *CC*, ECLI:EU:C:2022:562, apdo. 29. Carrillo Pozo, L. F., «Cambio de residencia de un menor durante el proceso y *perpetuatio iurisdictionis*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, 15(1), 924-935.

27. Numerosos ejemplos avalan esta afirmación. Caamiña Domínguez, C., «La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. SAP Barcelona 19 junio 2020», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 732-740 y, en general, Calvo Caravaca, A.L./Carrascosa González, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 293.

28. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, versión refundida, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32019R1111 y Instrumento de Ratificación del 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

29. Franzina P., «Un nuevo diritto internazionale privato op. cit., p. 537.

artículo 6 CLH 2000 para dos supuestos: personas adultas desplazadas o refugiadas y personas cuya residencia habitual no sea determinable.

El Convenio de La Haya de protección de los adultos está concebido para que no existan competencias concurrentes. El tribunal de un solo Estado contratante puede ser competente. Como se analizará más adelante, esta característica se rompe, para los Estados miembros del futuro Reglamento europeo: dicha competencia será concurrente con la *prorogatio fori* (artículo 5 PR), siendo el tiempo el criterio que se tendrá en cuenta para otorgar preferencia a la misma en virtud del artículo 6 PR. Este sistema no prevé que las competencias sean alternativas, sólo un tribunal puede asumir la competencia.

A diferencia de lo que establece el artículo 8.1 Reglamento 2019/1111 y su predecesor 2201/2003 —que atribuye la competencia en materia de responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual «en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional»— el artículo 5 CLH 2000 y la misma disposición del CLH 1996 no precisan el momento en que ésta debe apreciarse. No obstante, se da por supuesto que dicha circunstancia debe concurrir en el momento de presentación de la solicitud de una medida de protección. Esta cuestión puede ser relevante en el caso de cambio de residencia habitual, como más adelante se analizará.

Este foro será aplicable para cualquier medida de apoyo judicial prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Será apto para la acción que pretenda el nombramiento del curador, su cese, suspensión o remoción, la rendición de cuentas o la acción para la solicitud de autorización judicial para el ejercicio de ciertas funciones de representación. Asimismo, será preciso comprobar la competencia judicial internacional antes del ejercicio de la acción para el nombramiento del defensor judicial (artículo 295 CC).

3.2.1.1. Determinación de la residencia habitual

El Convenio de La Haya no define que debe entenderse por residencia habitual» pero, al igual que en el Convenio de protección del menor de 1996 y los Reglamentos europeos de familia se acepta que es un concepto empírico[30].

La jurisprudencia del TJUE adoptada en interpretación del Reglamento Bruselas 2019/1111 será de gran utilidad para la aplicación de la residencia habitual como foro en aplicación de las normas internacionales de protección de los adultos. Si bien el TJUE ha afirmado que el concepto de residencia habitual de este Reglamento «debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, teniendo en cuenta el contexto de las disposiciones que se refieren a dicho concepto y los objetivos del mismo[31], de esta jurisprudencia se deduce que los tribunales determinarán la residencia habitual del menor atendiendo al conjunto de las circunstancias de hecho particulares del caso[32].

El TJUE ha exigido que el menor haya estado físicamente presente en el Estado en el que se plantea la demanda[33]. De modo que no es posible entender que un menor tenga su residencia habitual en un país en el que nunca haya estado presente[34]. Estas misma doctrina puede ser aplicable para determinar la residencia habitual de los adultos.

30. Lagarde, *Informe explicativo, op. cit.*, p. 58, apdo. 49.

31. STJUE de 28 de junio de 2018, C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513, apdo. 40; STJUE de 25 de noviembre de 2022, C-289/20, *IB*, ECLI:EU:C:2021:955, apdo. 39 y STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, *MPA*, ECLI:EU:C:2022:619.

32. STJUE de 2 de abril de 2009, C-523/07, *A*, ECLI:EU:C:2009:225 y STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-497/10, PPU - *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829, apdo. 45.

33. STJUE de 6 de mayo de 2021, C-499/15, *W y V*, ECLI:EU:C:2021:367.

34. STJUE de 17 de octubre de 2018, C-393/18, *PPU - UD*, ECLI:EU:C:2018:835, apdo. 41,

La presencia física de la persona en un Estado miembro sería así un requisito previo, pero no suficiente, dicha presencia no puede tener carácter temporal u ocasional si no que debe suponer una «integración en un entorno social y familiar»[35]. El término utilizado es el de «residencia habitual», por lo que parece exigirse cierta estabilidad o regularidad de la presencia en un Estado[36].

Al tratarse de una materia relativa a la persona, en este caso adulta, sería trasladable la idea de que la residencia debe corresponder al lugar en el que el adulto esté integrado en una comunidad. Y que, para ello, pueden tenerse en cuenta el lugar donde se encuentren, en su caso, las personas que van a prestarle los apoyos[37].

También sirve de referencia la jurisprudencia del TJUE que identifica las circunstancias que deben ser determinantes para fijar la residencia habitual de un menor y las que no deben serlo[38]. Así como la que indica que ciertos factores son pertinentes, pero no determinantes, como su nacionalidad y el hecho de compartirla con sus familiares o allegados[39]. Igualmente, en el ámbito de la protección del adulto el carácter provisional de los traslados de residencia y el tiempo transcurrido en cada país puede tomarse en consideración[40].

Forma parte de la filosofía de la Ley 8/2021 que las medidas de apoyo sean las estrictamente necesarias para que la persona pueda ejercer sus derechos. El propio artículo 268 II y III CC que regula la curatela establece la obligatoriedad de una revisión periódica en un plazo máximo de tres años de la curatela anteriormente constituida. Y, más aún, con carácter general el párrafo tercero prevé que las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se deben revisar «ante cualquier cambio en la situación de la persona que requiera una modificación». Por tanto, no será infrecuente que entre la resolución de la adopción de medidas en España y la demanda de revisión de la curatela la persona haya modificado su residencia habitual. En estos supuestos, en virtud de la jurisprudencia del TJUE en el caso *W y V* en aplicación del Reglamento 2201/2003, la competencia debe examinarse en el momento de iniciarse cada uno de los procedimientos; de modo que ésta no persiste una vez concluido el anterior que adoptó las primeras medidas[41]. La solicitud de modificación de las medidas de apoyo supondría el inicio de un nuevo procedimiento que requiere la determinación de la residencia habitual del adulto al que afecta, y ello con independencia de que las medias iniciales no hubieran sido reconocidas en dicho Estado[42].

3.2.1.2. Cambio de residencia habitual

Como es lógico por ser la residencia un criterio mutable, el Convenio no contempla la *perpetuatio jurisdictionis*, de modo que, si la persona cambia su residencia habitual, los tribunales del Estado contratante de la nueva residencia habitual serán competentes en virtud del mismo artículo 5 CLH 2000. No obstante, como se analizará más adelante, las medidas adoptadas por los tri-

35. STJUE de 8 de junio de 2018, C-111/17, *PPU - OL*, ECLI:EU:C:2017:436.

36. STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-497/10, *PPU - Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829, apdo. 44.

37. STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-497/10, *PPU - Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829. En otro orden de cosas (para la determinación de la ley aplicable en virtud del artículo 9.6 CC en un conflicto de leyes interno), similar argumentación utilizó la SAP de Barcelona para determinar la residencia habitual del adulto y así considerar aplicable las disposiciones del Código Civil y no la normativa catalana en un litigio sobre las medidas de apoyo de una persona. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 330/ 2022 de 19 de octubre, ECLI:ES: APB:2022:471A. Sobre este Auto véase el análisis de ADROHER BIOSCA, S. «Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación», Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 16, núm. 1, 2024, pp. 36-45.

38. STJUE de 28 de junio de 2018, C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513, apdos. 43-65.

39. STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, *MPA*, ECLI:EU:C:2022:619, apdo. 77.

40. STJUE de 9 de octubre de 2014, C-376/14, *PPU - C*, ECLI:EU:C:2014:2268, apdo. 56.

41. STJUE de 6 de mayo de 2021, C-499/15, *W y V*, ECLI:EU:C:2021:367, apdos. 67-70.

42. *Ibidem*, apdo. 69.

bunales del Estado de la anterior residencia habitual se mantendrán hasta su modificación por los tribunales del Estado a donde se haya trasladado el adulto (artículo 12 CLH 2000). La Propuesta de Reglamento guarda silencio sobre esta cuestión, pero la remisión hecha por su artículo 5 a la aplicación de todo el capítulo II del CLH 2000 implica la aplicación de dicho artículo 12 que lo incluye.

La Comisión que elaboró el Convenio de La Haya de protección de adultos «aceptó de manera tácita» la solución adoptada en relación al Convenio de la Haya de protección del menor en relación a que el rechazo de la *perpetuatio fori* debía ser radical. Es decir, si la persona se traslada el tribunal debe renunciar a su ejercicio. Incluso si se modifica la residencia habitual una vez iniciado el procedimiento, la competencia judicial internacional se pierde[43]. En una confusa sentencia el TJUE ha interpretado en este sentido las disposiciones del Reglamento 2201/2003 si el menor cambia de residencia habitual sin que el tribunal nacional se hubiera pronunciado sobre su aptitud para conocer del asunto[44]. La idéntica redacción del artículo 59 de la Propuesta del Reglamento de protección de los adultos con el del artículo 61, letra a del Reglamento 2201/2003 y las disposiciones de los Convenios de La Haya de protección del menor y del adulto pueden llevar a los mismos resultados, aunque han sido criticados por la doctrina[45].

En aplicación de esta doctrina los tribunales españoles perderían la competencia para solicitar la revisión periódica de la curatela prevista en el artículo 292 CC o para reclamar responsabilidad a éste por los daños que hubiese causado a la persona que debe prestar apoyo (artículo 294 CC) o incluso para declarar su extinción (artículo 291 CC). La aplicación de esta jurisprudencia conllevaría consecuencias indeseables, ya que estas medidas pueden no estar previstas en otros ordenamientos jurídicos.

La aplicación del artículo 12 CLH 2000 supone la pérdida de la antigua residencia habitual y la adquisición de una nueva, pudiéndose producir este traslado de manera inmediata o transcurriendo un periodo de tiempo[46].

Si el adulto traslada su residencia habitual a otro Estado contratante los tribunales españoles, en virtud del artículo 5 CLH 2000 dejarían de tener competencia judicial internacional, en cambio, si se traslada a un Estado no contratante del CLH 2000, en coherencia con lo afirmado más arriba, nada impediría a los tribunales españoles mantener su competencia en aplicación de los foros de la LOPJ[47]. En este caso, el artículo 22 *octies* apartado 2 LOPJ permite a los tribunales españoles continuar el procedimiento, pudiéndose, en ese caso, producirse procedimientos paralelos[48].

---

43. STJUE de 14 de julio de 2022, C-572/21, *CC y VO*, ECLI:EU:C:2022:562, apdos. 26-44. El TJUE justificó que el tribunal del Estado miembro perdía la competencia en virtud del artículo 8.1 Reglamento 2201/2003 ya que en el momento de adoptar la decisión el menor ya no tenía residencia habitual en dicho Estado.

44. STJUE de 14 de julio de 2022, C-572/21, *CC y VO*, ECLI:EU:C:2022:562, apdos. 26-44. El TJUE resuelve el caso como si el traslado se hubiera producido una vez iniciado el procedimiento desde un Estado miembro del Reglamento hacia un tercer país contratante del Convenio de La Haya de protección del menor de 1996, sin embargo, el menor salió de su país de origen días antes de plantearse la demanda ante los tribunales de dicho Estado. Así lo apunta acertadamente Carrillo Pozo, L. F., «Cambio de residencia de un menor durante el proceso y *perpetuatio iurisdictionis*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, 15(1), 924-935, concr. p. 927.

45. *Ibídem*, Critica el autor la solución del TJUE y expone las diferentes situaciones de traslado de la residencia habitual y las consecuencias a las que abogan, pp. 931-935.

46. Lagarde, *Informe explicativo, op. cit.*, p. 58, apdo. 49.

47. La doctrina ha afirmado que el Convenio de La Haya de protección del menor de 1996 no obliga en este supuesto de traslado a un Estado no contratante al resto de Estados contratantes a reconocer las decisiones que fueran adoptadas por las autoridades de la anterior residencia habitual. Ese mismo principio debe trasladarse en materia de protección de adultos en aplicación del Convenio de La Haya de 2000. Lagarde, *Informe explicativo, op. cit.,* p. 61, apdo. 52.

48. Esta posibilidad se ha planteado para la protección del menor por Carrillo Pozo, L. F., «Cambio de residencia de un menor durante el proceso y *perpetuatio iurisdictionis*, *op. cit.,* p. 934.

3.2.2. Aceptación de la competencia de los tribunales del Estado de la nacionalidad del adulto

El artículo 7.1 CLH 2000 permite que los tribunales del Estado cuya nacionalidad ostente la persona se consideren aptos para conocer, si entienden que están mejor situados para valorar el interés del adulto.

El foro de la residencia habitual es principal ya que todos los demás están supeditados a la *acquiescencia* de los tribunales de la residencia habitual de la persona, que debe consentir cualquier renuncia de su competencia. Pero es un foro también concurrente, porque se permite que otros tribunales, los del Estado cuya nacionalidad ostente el adulto, tengan capacidad para conocer, si se cumple la condición de estar mejor situados para valorar su interés (artículo 7.1 CLH 2000). Esta competencia se ejercerá previa solicitud de los tribunales del Estado de la nacionalidad del sujeto y una vez se haya solicitada a las autoridades de la residencia habitual. La prioridad de los tribunales de la residencia habitual se refleja en que si éstos consideran que ya se han adoptado las medidas oportunas y no es necesaria su intervención o que existe un procedimiento pendiente, los tribunales de la nacionalidad del adulto no podrán intervenir (apartados 2 y 3 del artículo 7 CLH 2000)[49].

Es un supuesto de transferencia de la competencia, que se convierte en el criterio de atribución de la misma al órgano jurisdiccional del Estado de la nacionalidad del adulto. Esta transferencia no requiere que exista un litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional.

Esta posibilidad de transferencia de competencia existe incluso si media elección de tribunal en aplicación del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento. Cabe la solicitud de transferencia por parte de los tribunales de la nacionalidad siempre que las autoridades elegidas en virtud del artículo 6 PR no hayan todavía ejercido la suya o se hubieran inhibido (artículo 7 PR).

El Convenio de La Haya de protección de los adultos está concebido para que no existan dos tribunales aptos para conocer. Sólo el tribunal de un Estado contratante puede ser competente. Sin embargo, para los Estados miembros del futuro Reglamento dicha competencia será concurrente con la *prorogatio fori*, siendo el tiempo el criterio que se tendrá en cuenta para otorgar preferencia a la misma en virtud del artículo 6 PR.

3.2.3. Cesión de la competencia a otros tribunales de Estados contratantes

Por otro lado, el sistema de atribución de competencia judicial internacional del Convenio de La Haya es flexible ya que permite, en su artículo 8, que el juez o autoridad de la residencia habitual del adulto requiera a las autoridades —a las que se refiere el apartado segundo de dicha disposición— para que asuman la competencia y adopten medidas para la protección de la persona o de sus bienes. Se produce así la «cesión» de la competencia por iniciativa del juez de la residencia habitual, a diferencia de lo que determina el artículo 7 CLH 2000 que establece la iniciativa del juez que ostenta la competencia principal.

Los tribunales que puede ser requeridos por el juez del Estado de la residencia habitual son taxativamente los seis enumerados en el apartado 2 del artículo 8 CLH 2000:

- los de la nacionalidad del adulto,
- los del lugar de residencia de sus allegados que acepten hacerse cargo de él,
- los del lugar de situación de sus bienes,
- los de la última residencia habitual,
- los elegidos por el adulto o
- los del lugar donde se encuentre la persona, para adoptar medidas relativas a la su persona y no a sus bienes.

49. Esta colaboración requiere un diálogo entre autoridades. Francina, P. «Un nuevo diritto.., *op. cit.*, p. 538.

Todos ellos tendrán que ser tribunales de Estados contratantes del Convenio de La Haya de 2000.

En caso de que la autoridad de los Estados enumerados en este apartado 2 no acepte su competencia, las autoridades de la residencia habitual serán las competentes (artículo 8.3 CLH 2000).

Esta disposición que ha sido calificada de *fórum non conveniens* atenuado ha sido criticada por carecer de plazos para su ejercicio[50]. Esta posibilidad de remisión de la competencia a un tribunal de otro Estado ya ha sido prevista en el artículo 12 del Reglamento 2019/1111.

Los mecanismos previstos en este Reglamento y los formularios en línea para emprender acciones judiciales no parecen adecuados para poder llevar a cabo esta transferencia de competencia por lo que tendrán que adoptarse engranajes más eficaces[51].

3.2.4. Foro relativo a los bienes del adulto

En ciertos ordenamientos jurídicos el ejercicio de determinadas actuaciones por parte de quien provee de apoyos a la persona con discapacidad, como la disposición de ciertos bienes, requiere autorización judicial por lo que, cuando estos bienes están situados en un Estado contratante diferente del de la residencia habitual, se establece otra competencia concurrente con la principal (artículo 9 CLH 2000). Así lo exige el artículo 287 CC al requerir que el curador necesita autorización judicial para enajenar o gravar ciertos bienes y, en general, para las realizar las actuaciones enumeradas en dicha disposición.

El foro del artículo 9 CLH 2000 otorga competencia, de manera concurrente, a las autoridades españolas cuando los bienes estén situados en territorio español, aunque la persona tenga su residencia habitual en el extranjero. Esta regla pretende facilitar la ejecución de los apoyos en el Estado de situación de los bienes. En todo caso, las medidas que se adopten deben ser compatibles con las adoptadas por las autoridades de la residencia habitual del adulto, de tal manera que esta competencia es siempre subsidiaria de la principal.

3.2.5. Foro de urgencia

Del mismo modo se prevé un foro para los supuestos de urgencia a favor de las autoridades del Estado contratante donde se hallen el adulto o sus bienes (en el artículo 10 CLH2000).

En este ámbito debe encuadrarse la previsión del artículo 253 CC que dispone la prestación «de modo provisional» de los apoyos por parte de la entidad pública española que tenga encomendada dicha función en el caso de que la persona que se encuentre en España y carezca de guardador de hecho requiera apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica con carácter urgente.

Las medidas adoptadas por estas autoridades se limitarán en el tiempo, en caso de que cualquiera de las autoridades competentes en virtud del resto de foros adopte los apoyos requeridas. Para evitar problemas en el ámbito del reconocimiento, el artículo 10 CLH 2000 establece que estas medidas dejarán de tener efecto en los Estados contratantes, una vez sean reconocidas las medidas adoptadas por las autoridades del Estado que tienen competencia general.

Debe entenderse que la situación de urgencia se produciría únicamente cuando esperar a la adopción de medidas por parte las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 9 produciría un perjuicio irreparable a la persona o a sus bienes[52].

---

50. Álvarez Torné, M. (2016). «Current Issues in the protection of adults from the perspective of private international law». *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016, 32, p. 11.

51. https://webgate.ec.europa.eu/e-justice/271/ES/brussels_iia_regulation__matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility_forms

52. El concepto de urgencia tendrá que interpretarse de manera muy estricta para que este foro no se convierta, en realidad, en el foro de la presencia, LAGARDE, P., *Informe explicativo, op. cit.*, apdo. 78.

3.2.6. Foro de competencia excepcional para medidas de protección de la persona

Distinto del foro anterior para los casos urgentes, pero con un criterio muy parecido, se contiene en el artículo 11 CLH 2000 una regla que otorga competencia excepcional a las autoridades del Estado donde se encuentre el adulto en un determinado momento para adoptar medidas de protección de su persona, que no de sus bienes (artículo 11 CLH 2000). Estas medidas, pensadas para situaciones en las que la persona con discapacidad requiera un tratamiento o una intervención médica no urgente, son por naturaleza temporal y limitadas territorialmente al Estado en cuestión.

El Convenio también requiere que estas medidas sean compatibles con las autoridades normalmente competentes, por lo que, a diferencia de lo previsto para los casos de urgencia —en los que las medidas se pueden separar de las adoptadas por las autoridades generalmente competentes—, éstas no pueden dar lugar a una protección distinta del adulto[53].

3.3. Foro de la autonomía de la voluntad en la Propuesta de Reglamento de protección de los adultos

Además de la «Competencia general» prevista en el Convenio de La Haya debe analizarse la relación entre dichos foros y la facultad que se le otorga a la persona mayor de edad de elegir el tribunal competente en el artículo 6 de la Propuesta de Reglamento. Esta disposición faculta al adulto a elegir la autoridad del Estado miembro que adoptará las medidas que necesite siempre que éste resida en un Estado miembro y la elección se produzca a favor de las autoridades de otro Estado miembro.

Esta elección se condiciona al cumplimiento de tres requisitos: a) que la persona hubiera elegido las autoridades competentes en un momento de plenas capacidades; b) que dicha elección responda el interés del adulto, —cuestión que se examinará en un momento posterior, cuando deba ejercerse dicha competencia por parte del juez elegido— y c) que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 8 CLH 2000 no la hayan asumido previamente.

Por tanto, la mayor innovación de la Propuesta de Reglamento, en este ámbito, es permitir que la persona mayor de edad, en tanto tenga capacidad para decidir sobre sus propios intereses, elija la autoridad que, llegado el caso, adoptará las medidas de protección que necesite. Dicha autoridad puede ser la de cualquier Estado miembro. No requiere la Propuesta de Reglamento ningún vínculo objetivo con el Estado a cuyos tribunales se le otorga la competencia.

El alcance otorgado a la facultad de elección del tribunal competente fue debatido en el momento de elaboración de la Propuesta de Reglamento. La Comisión Europea pretendía que dicha elección no pudiera ser limitada posteriormente, sin embargo, la posibilidad de que las circunstancias que llevaron a la persona a elegir una autoridad pública cambiaran en un momento ulterior aconsejaba poder examinar si dicha elección todavía respondía al interés del adulto en el momento de adoptar las medidas de apoyo[54]. Así, si la elección se debió a que en el país cuyas autoridades elegidas residían familiares que pudieran hacerse cargo del sujeto, pero con posterioridad a ese momento los familiares se mudan y dejan de residir habitualmente en dicho país.

Como la norma de conflicto del Convenio de La Haya de 2000 a la que remite el artículo 8 de la Propuesta de Reglamento determina que las autoridades aplicarán la *lex fori* (artículo 13

53. Frohn, E.N./Sumner, I., «Protecting vulnerable adults across borders: where do we stand?», *NIPR*, 2022, núm. 4, pp. 631-649, concr. p. 641

54. Posibilidad de elección que se diferencia de la referencia a la ley elegida del artículo 8.2, letra d CLH 2000, González Marimón M., «Hacia una Unión Europea "de" las personas. Sobre la Propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, Vol. 15, núm. 2, p. 439.

CLH 2000), la elección de las autoridades de un país determinará igualmente la *lex causae*[55]. De modo que una de las razones a tener en cuenta una persona para elegir los tribunales de un Estado para que adopten las medidas necesarias puede ser el contenido de su ordenamiento jurídico nacional en la materia, la práctica de los tribunales y su grado de adaptación a los principios del Convenio de Nueva York de 2006[56].

La flexibilidad que caracteriza al Convenio de La Haya también se extiende al régimen de la Propuesta de Reglamento, ya que la elección de los tribunales competentes no impide la reclamación de la competencia por parte de los tribunales de los Estados contratantes del Convenio en virtud de sus artículos 7 y 8 (artículo 59.2 Propuesta de Reglamento). Como consecuencia, incluso mediando elección de tribunal, se permite a las autoridades concernidas determinar la que está mejor situada para conocer las necesidades del adulto y para adoptar las medidas que necesita lo que convierte la elección de tribunal en «relativa»[57].

Por tanto, la aptitud de conocer de un asunto atribuida por la voluntad del adulto no será exclusiva (artículo 7 Propuesta de Reglamento) sino concurrente con el foro de la residencia habitual (artículo 5 CLH 2000), con el foro de la presencia para el caso de los refugiados desplazados y para el supuesto de que la residencia habitual no pueda determinarse (artículo 6, apartados 1 y 2 CLH 2000, respectivamente).

La *prorogatio fori* contemplada en la Propuesta de Reglamento se configura, así, como una competencia residual para las personas con residencia habitual en un Estado miembro. De la misma manera, con la finalidad de evitar procedimientos paralelos, la norma diseña unas obligaciones de comunicación y coordinación con los tribunales de la nacionalidad (artículo 7 CLH 2000), los de situación de los bienes (artículo 9 CLH 2000) y los tribunales competentes para los casos de urgencia (artículo 10.4 CLH 2000) y los competentes para adoptar medidas temporales (artículo 11 CLH 2000).

La Propuesta de Reglamento establece finalmente la forma en la que debe procederse a la elección del foro en el apartado tercero; exigiendo la forma escrita, la fecha y la firma del adulto. Se explicita, asimismo, que se considerará como forma escrita la comunicación efectuada por cualquier medio electrónico que permita un registro duradero de la elección (artículo 6.3 *in fine* PR).

---

55. Curiosamente, dado que en principio las disposiciones de este Convenio se aplicarán exclusivamente por las autoridades de los Estados contratantes, el artículo 18 CLH 2000 prevé el carácter universal de las normas de conflicto al indicar que la *lex causae* se aplicará incluso cuando se trate de una ley de un Estado no contratante. Esta regla, que es habitual en los Convenios de La Haya parece limitarse al supuesto de la ley aplicable a los poderes de representación para el que se prevé una limitada libertad de elección (artículo 15 CLH 2000).

56. Al ratificar la Unión Europea la Convención de Nueva York de 2006, ésta forma parte del Derecho de la Unión, por lo que todos los Estados miembros, todos ellos también Estados parte, deben respetar su contenido. A pesar de que dicha situación ayudará a aplicar en la práctica las disposiciones de la Convención, tanto a nivel de la Unión Europea como nacional, todavía no todos los Estados de la Unión han adaptado su legislación nacional a los principios de no discriminación de la Convención de 2006. Comisión Europea, *Study on the cross-border legal protection of vulnerable adults in the EU*, 2021, p. 54.

57. González Beilfuss, C., «Medidas de cooperación civil en relación con las personas con discapacidad», *Jueces para la democracia*, 2025, (113) pp. 69-78, p. 74. Al igual que el Convenio de Derechos Humanos ha influido en la determinación de conceptos como el del retorno seguro del menor de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre secuestro internacional de menores, también aquél y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, deberán dirigir la interpretación de los conceptos del Convenio de La Haya de 2000 y del futuro Reglamento de Protección de los Adultos tales como el interés de la persona. Ya el Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 8 en relación a estas materias en STEDH de 27 de marzo de 2008, *Shtukaturov c. Rusia*, 44009/05; determinando la temporalidad de las medidas limitativas de su capacidad jurídica y permitiendo su recuperación, STEDH de 17 de enero de 2012, *Stanev c. Bulgaria*, 36760/06 y mediante la garantía de una participación efectiva la persona o de sus representantes en los procedimientos en los que se van a determinar medidas limitativas de su capacidad y de sus derechos en STEDH de 31 de mayo de 2016, *A.N. c. Lituania*, 17280/08. Sobre la influencia del Convenio de Derechos Humanos en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre el secuestro internacional de menores véase, Herranz Ballesteros M., «El retorno seguro del menor: ¿puente entre la excepción de grave riesgo y la obligación de devolución?», *Millennium DIPr.* Tirant Lo Blanch, 2024, pp:1-43.

3.4. La continuidad de la protección del adulto en el territorio de los Estados contratantes

El Convenio de La Haya pretende asegurar la vigencia de las medidas de protección adoptadas en virtud de las reglas de los artículos 5 a 9 si cambian las circunstancias (artículo 12 CLH 2000). De modo que, en su virtud, un defensor judicial nombrado por las autoridades judiciales españolas, siendo el Estado de la residencia habitual de la persona (5 CLH 2000) podrá continuar ejerciendo sus funciones, aunque aquél cambie de residencia habitual. También el guardador de hecho nombrado por los tribunales españoles podrá hacerlo para prestar el consentimiento para realizar gastos extraordinarios, en las enajenaciones de bienes inmuebles o para otorgar donaciones y el resto de los actos enumerados en el artículo 287 CCC. Esta prolongación en el tiempo y en el espacio de la vigencia del nombramiento se extiende hasta que las nuevas autoridades competentes lo revoquen (artículo 5.2 CLH 2000).

El cambio de circunstancias puede consistir no sólo en el cambio de la residencia habitual, para las medidas adoptadas en virtud del artículo 5 CLH 2000, sino en el cambio de lugar donde se encuentra el adulto en un determinado momento, para el caso de los desplazados, refugiados o personas con discapacidad de las que no es posible la residencia habitual (artículo 6 CLH 2000) o el cambio de la nacionalidad (artículo 8 CLH 2000) o el lugar donde radiquen los bienes (artículo 9 CLH 2000).

Esta previsión viene a completar la efectividad del reconocimiento de pleno derecho en todos los Estados contratantes de las medidas adoptadas en virtud de las competencias anteriores del artículo 22 CLH 2000. De esta manera, se asegura que dichas medidas, una vez reconocidas, en su caso, siguen vigentes si cambian las circunstancias[58].

4. ¿Podemos prescindir de la litispendencia?

El sistema de competencia judicial internacional establecido por estas dos normas es extraordinariamente sofisticado y complejo y requiere de una fina coordinación entre las distintas autoridades de los Estados contratantes. Esta consulta es imprescindible para impedir los procedimientos paralelos, estos dos instrumentos internacionales ni contemplan la posibilidad de que tal situación se produzca, tanto es así que ni el Convenio de La Haya de 2000 ni la Propuesta de Reglamento contienen disposiciones para los supuestos de litispendencia.

Esto sólo es posible porque las reglas previstas se configuran como concurrentes, pero se plantea una regla principal, la que otorga competencia a los tribunales del Estado de la residencia habitual del adulto y se dispone la competencia del resto de tribunales como subsidiaria. Por tanto, los foros no son alternativos, el actor no elige ante qué órganos jurisdicciones puede solicitar la medida de apoyo. La cesión o transferencia de la competencia se realiza tras un diálogo entre autoridades, con independencia del comportamiento de las partes o del actor.

Se espera, por tanto, que el sistema funcione de manera armoniosa sin que existan procedimientos paralelos que puedan dar lugar a resoluciones incompatibles entre sí. Pero para ello los operadores jurídicos, en particular las autoridades judiciales, deben conocer las obligaciones que se derivan de cada uno de los dos textos normativos sobre la coordinación de competencias.

Incluso en el Reglamento 2019/1111, que prevé normas de transmisión de la competencia judicial internacional, se establece una disposición para el caso de procedimientos concurrentes (artículo 20). El legislador europeo da así un paso más en la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en materia de protección del adulto en el que, admitiéndose la autonomía de la voluntad del adulto, no está prevista la posibilidad de procedimientos paralelos.

58. Esta vigencia de las medidas se establece únicamente para las adoptadas por las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 9 CLH 2000, la vigencia de las medidas adoptadas en caso de urgencia se determina en el artículo 10.3 CLH 2000 y las adoptadas con carácter temporal sobre la persona del adulto en virtud del artículo 11 CLH.

5. Conclusiones

Este complejo sistema de competencia de los jueces y autoridades en la Unión Europea para la protección de los adultos necesitados de apoyos supondrá indudablemente un reto para las autoridades españolas poco acostumbradas —aunque esto va cambiando poco a poco— a manejarse a la vez con varios instrumentos internacionales. Veremos si el establecimiento de este sistema europeo, combinando dos instrumentos internacionales de distinta naturaleza —un Convenio Internacional y un Reglamento europeo—, que se basa, por un lado, en la remisión a las reglas de competencia del Convenio de La Haya de 2000 y que, por ello se ha denominado «completo y cerrado» y, por otro, en promover la autonomía de la voluntad, consigue efectivamente facilitar la libre circulación de personas adultas necesitadas de apoyos entre los Estados miembros de la Unión Europea.

El sistema previsto requiere necesariamente de un diálogo o comunicación fluida, rápida y constante entre autoridades para poder aplicar los mecanismos de cesión y transmisión de competencia de los artículos 7 a 11 del Convenio de La Haya, incluso mediando *prorrogatio fori*. La prioridad otorgada a los tribunales del Estado de la residencia habitual la persona convierte al resto de foros en subsidiarios, para cuya aplicación se necesita su refrendo. El sistema de foros previsto en la normativa proyectada es realmente complejo y abre muchas posibilidades de atribución de competencia judicial internacional para los tribunales españoles. Sin duda que el legislador vaticina una correcta aplicación de las reglas de competencia judicial ya que no entiende posible siquiera la existencia de procedimientos paralelos. Esta novedad en las normas de Derecho Internacional Privado europeas da un paso más en la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, un espacio judicial sin posibilidad de procedimientos paralelos. La correcta aplicación de estas sofisticadas disposiciones requerirá formación específica de los operadores jurídicos y medios materiales para poder llevar a cabo con celeridad las indagaciones para determinar las necesidades de los adultos con discapacidad y determinar cuál es la autoridad mejor situada para adoptar las medidas de apoyo[59].

6. Bibliografía

Álvarez Torné, M. (2016). «Current Issues in the protection of adults from the perspective of private international law». *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016, 32, pp.1-18.

Adroher Biosca, S., «La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente», en Llamas Pombo, E. (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 719-757.

Adroher, Biosca S., «La protección de adultos en el Derecho Internacional Privado español: novedades y retos», *Revista Española de Deerecho Internacional*, 2019, vol., 71, núm. 1, pp. 163-185.

Adroher Biosca, S. «Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024, pp. 36-45.

Adroher Biosca, S., «Medidas de apoyo a los adultos vulnerables en el derecho internacional privado español. Un marco jurídico en transformación», Ortega Giménez, A. (DIR.), Heredia Sánchez. L.S. (DIR.), *Silver economy y su impacto en el Derecho desde una perspectiva transfronteriza*, 2025, pp. 287-307.

59. Para un ejemplo de los problemas que surgen en la aplicación de los instrumentos internacionales en Italia, véase, di Napoli E., «Something New on the Eastern Front. The application of the 1996 Hague Child Protection Convention in Italy to Children Fleeing the Russian-Ukrainian War», *The Italian Law Journal*, 2023, pp. 711-726.

Caamiña Domínguez, C., «La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. SAP Barcelona 19 junio 2020», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 732-740.

Calvo Caravaca, A.L./Carrascosa González, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2024.

Di Napoli E., «Something New on the Eastern Front. The application of the 1996 Hague Child Protection Convention in Italy to Children Fleeing the Russian-Ukrainian War», *The Italian Law Journal*, 2023, pp. 711-726.

Flebes Pozo N., «La protección transfronteriza de adultos en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos,» *Bitácora Milennium DIPr. Derecho Internacional Privado*, 2023, num. 18, pp. 1-29.

Franzina P., «Un nuevo diritto internazionale privato della protezione degli adulti: le proposte della commissione europea e gli sviluppi attesi in Italia», *Rivista di Diritto Internationale Privato e Processuale*, 2023, 3, p. 538.

Franzina, P. «La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea». *AEDIPr*., tomo XVI, 2016, págs. 127-145.

Frohn, E.N./Sumner, I., «Protecting vulnerable adults across borders: where do we stand?», *NIPR*, 2022, núm. 4, pp. 631-649.

González Beilfuss, C., «La protección de adultos en Derecho internacional privado», in: Calvo Caravaca, A.L./Iriarte Ángel, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, A Coruña, 2000, p. 91.

González Beilfuss, C., «Medidas de cooperación civil en relación con las personas con discapacidad», *Jueces para la democracia*, 2025, (113) pp. 69-78

González Marimón, M., «Hacia una Unión Europea "de" las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, núm. 2, pp. 420-445.

Guzmán Zapater, M. (2024). «Los poderes de representación de personas vulnerables y el Derecho internacional privado: algunas reflexiones». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, pp. 885-897.

Herranz Ballesteros, M., «El retorno seguro del menor: ¿puente entre la excepción de grave riesgo y la obligación de devolución?», *Millennium DIPr.* Tirant Lo Blanch, 2024, pp:1-43.

Herranz Ballesteros, M., «El Derecho Internacional privado de la UE en materia de protección de los derechos de los menores y de los adultos en situación de vulnerabilidad: elementos teóricos que condicionan su aplicación», en Adroher Bisoca, S./Campuzano Día, B./Palao Moreno, G., *Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas*, Tirant lo blanch, 2025, pp. 85-118.

Lagarde, P., *Informe explicativo. Convenio sobre Protección de Adultos*, 2017.

Parra Rodríguez, C. «El cambio del paradigma de la discapacidad. El modelo inclusivo en las relaciones transfronterizas». *AEDIPr*., tomo XXI, (2021), pp. 65-88.

CAPÍTULO 24

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Dante Mauricio Negro Alvarado

Director
Departamento de Derecho Internacional
Organización de los Estados Americanos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS ANTECEDENTES DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA: LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA. 3. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES: CONTENIDO. 3.1. Definiciones esenciales. 3.2. Propósito, objetivo y principios generales. 3.3. Obligaciones, deberes y medidas a ser adoptadas por los Estados. 3.4. Los derechos protegidos en la convención. 3.5. Los derechos humanos innovadores en la convención interamericana. 3.6. Algunos derechos humanos consagrados en otros instrumentos jurídicos interamericanos que se refuerzan en la convención interamericana. 4. EL SEGUIMIENTO A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA EN LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA. 5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores fue adoptada en la sede de la Organización de los Estados Americanos (OEA), ciudad de Washington, D.C., en el marco del 45 período ordinario de sesiones de la Asamblea General de dicho organismo, el 15 de junio de 2015, después de un intenso, aunque relativamente corto proceso de negociación. Entró en vigor el 11 de enero de 2017, 30 días después de la fecha del depósito del segundo instrumento de ratificación/adhesión de la convención. Hasta la fecha son 12 los Estados parte en dicho instrumento jurídico, a saber, Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Perú, Suriname y Uruguay. Brasil lo ha firmado, pero aún no lo ha ratificado.

Datos estadísticos demuestran que, en años recientes, se ha producido un evidente aumento de las situaciones de violencia, abandono, y no respeto a la autonomía y la voluntad de las personas mayores en el hemisferio y que, a pesar de muchos esfuerzos, persisten prejuicios y estereotipos sobre la vejez y el envejecimiento. También es manifiesta la discriminación que sufren

estas personas frente a otros grupos considerados prioritarios y la brecha social existente entre las personas mayores con relación a otros sectores de la población, principalmente en el acceso a la tecnología, lo cual las deja cada vez más en clara desventaja.

En la actualidad las personas mayores se enfrentan a una serie de obstáculos para el disfrute de sus derechos humanos, entre ellos, el abuso, el maltrato, la falta de espacios de participación social, el trabajo no remunerado, y la falta de acceso a una asistencia sanitaria de calidad, a cuidados paliativos y a un efectivo apoyo a corto, mediano y largo plazo. La importancia de que la persona mayor permanezca en su hogar a medida que envejece, respetando sus preferencias personales, es uno de los mayores desafíos para una sociedad en la que el valor de las personas se mide cada vez más con base en su capacidad productiva.

Para algunos, una vejez digna se logra principalmente gracias a la existencia de herramientas sanitarias favorables que permita vivir más tiempo. Pero la mejor garantía para alcanzar dicha dignidad requiere del pleno disfrute de todos los derechos esenciales sin exclusión ajustándolos a las necesidades y condiciones específicas de estas personas. En la medida en que las proyecciones apuntan a la existencia de más de dos mil millones de personas mayores de 60 años a partir de 2050, debemos abordar esta temática no sólo a partir de la óptica del derecho, de los derechos humanos, o de las políticas públicas, sino también del desarrollo sostenible y de los valores que queremos que nos defina como sociedades.

En este trabajo vamos a explicar la forma en la que el sistema interamericano, particularmente la Organización de los Estados Americanos (OEA), ha intentado dar respuesta a estos desafíos. No obstante la complejidad y trasversalidad del tema, y teniendo en cuenta que la manera de enfrentar dichos desafíos debe ser multidimensional, nos limitaremos a aproximarnos a esta temática a partir de un instrumento jurídico internacional en materia de derechos humanos, a saber, la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores que, aunque extremadamente valiosa, debe considerarse tan solo como una de las muchas herramientas útiles para lograr un abordaje eficaz.

En ese sentido, examinaremos los antecedentes a la adopción de dicha convención pues reflejan los motivos y propósitos que tuvieron los Estados miembros de la OEA al embarcarse en esta tarea de codificación. También nos referiremos a los esfuerzos realizados por la Asamblea General posteriormente a su aprobación. Por motivos de espacio no abordaremos las acciones que se están llevando a cabo en otras instancias del sistema, a saber, en la Comisión o la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y en la Secretaría General de la OEA y tampoco desarrollaremos el mecanismo de seguimiento que la convención propone en la medida en que hasta el momento no ha sido puesto en funcionamiento[1].

Ya en lo que atañe a la convención misma, estudiaremos sus aspectos más importantes. Un análisis detallado de todo el articulado excede el propósito de este trabajo. Nuestra intención es abordar unos cuantos aspectos relevantes que despierten la curiosidad del lector por profundizar en el contenido de la convención y saber que existe una herramienta que bien utilizada puede resultar útil y eficaz en la protección y garantía de los derechos humanos de las personas mayores, condición que muchos de nosotros, tarde o temprano, habremos de alcanzar.

2. Antecedentes de la convención interamericana: las resoluciones de la asamblea general de la OEA

Sin lugar a duda, el órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que más impacto tiene en la generación de derecho internacional es su Asamblea General. La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA y durante sus reuniones se establece un diálogo político

1. El capítulo VI de la convención establece dos mecanismos de seguimiento, a saber, una Conferencia de Estados parte y un Comité de Expertos. Por otro lado, incluye como medios de protección a la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

al más alto nivel con el objetivo de construir y posteriormente implementar una agenda compuesta por los temas de mayor interés para el hemisferio. Estas decisiones son plasmadas en resoluciones y declaraciones que, en buena cuenta, constituyen los denominados *actos de organizaciones internacionales*[2].

La teoría general del derecho internacional establece que los actos de las organizaciones internacionales pueden, en ciertos casos, influir en la formación de normas generales de derecho consuetudinario[3]. Incluso podemos afirmar que pueden generar derecho convencional. En efecto, un tipo de resolución que tiene impactos en la evolución del derecho internacional convencional es aquella que aprueba un tratado o una convención. Tal fue el caso de la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores en 2015[4].

Durante los años previos a la adopción de la convención interamericana las resoluciones de la Asamblea General de la OEA dieron luz a una serie de declaraciones políticas de gran importancia y envergadura las cuales, aunque fueron generadas como parte integrante del proceso de elaboración del tratado, llegaron a poseer autonomía y relevancia propias. De la misma manera las resoluciones que se aprobaron posteriormente a la adopción de la convención tuvieron como propósito garantizar el seguimiento a la misma y su más amplia ratificación. A continuación, analizaremos las resoluciones que condujeron a la adopción de la convención interamericana para más adelante abordar aquellas que fueron adoptadas después de dicha aprobación.

La Asamblea General de la OEA aprobó su primera resolución sobre los derechos humanos de las personas mayores en 2009[5]. En ella se reafirmaron una serie de principios tales como el respeto de los derechos de todas las personas por razones de edad. Por otro lado, esta resolución constituyó la génesis de la convención interamericana[6].

En dicha oportunidad, el órgano máximo de la OEA reconoció también que el envejecimiento poblacional constituía una realidad etaria compleja[7] que planteaba nuevos desafíos para los países de la región. A su entender, dicha realidad requería de un tratamiento particular que prestara atención a las necesidades específicas de la población adulta. Si bien se reconoció que en muchos países existía ya legislación, normas especiales y políticas públicas en las que se habían

2. Barberis, J., *Formación del Derecho Internacional, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 157*.

3. Pastor Ridruejo, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 15 Ed., Tecnos, 2011, p. 149.

4. Obviamente la simple aprobación de este tipo de resoluciones no genera efectos jurídicos vinculantes para los Estados miembros hasta que estos ratifiquen la convención en cuestión.

5. AG/RES.2455 (XXXIX-09). «Derechos humanos y personas adultas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos, OEA/Ser.P/XXXIX-O.2, vol. 1, 21 de octubre de 2009, pp. 66-67.

6. No debemos olvidar, sin embargo, que a nivel hemisférico las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno habían ya aprobado la Declaración de Compromiso de Puerto España mediante la cual se comprometieron a continuar trabajando para incorporar los temas relativos a la vejez en sus agendas de política pública y a promover en el marco regional un examen sobre la viabilidad de elaborar una convención interamericana sobre los derechos de las personas mayores. La resolución de la Asamblea General de la OEA buscó pues implementar dicho mandato. «Compromiso de Puerto España», V Cumbre de las Américas, OEA/Ser.E, CA-V/DEC.1/09, 19 de abril de 2009, para. 41 y 42. También vale la pena mencionar como antecedentes inmediatos la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento realizada en Madrid en 2002 y las dos Conferencias Regionales Intergubernamentales realizadas en Santiago en 2003 y Brasilia en 2007. Posteriormente se realizaría la Tercera Conferencia Regional en Costa Rica en 2012. TORO, L. «The Inter-American convention on protecting the human rights of older persons», en *The Cambdrige Handbook of New Human Rights*, Von Arnauld, A., der Decken, K., Susi, M. (Ed.), Cambridge University Press, pp. 167-182.

7. La realidad etaria se refiere a la realidad que se vive en función de la edad y el grupo etario al que se pertenece. Este concepto enfatiza que las experiencias, perspectivas y necesidades pueden variar significativamente entre diferentes grupos de edad.

incorporado las necesidades específicas y preocupaciones de este sector, se abría una oportunidad para que estas pudieran compartirse y articularse a través de un diálogo y una cooperación regional más intensa y eficaz. No obstante lo anterior, esta resolución también puso en evidencia la insuficiencia de estudios e informes a nivel hemisférico respecto de la institucionalidad y los mecanismos asociados a los problemas de las personas adultas mayores, especialmente en lo relativo a las violaciones e infracciones a sus derechos. En ese sentido, se resaltó la necesidad de avanzar en la creación de instrumentos internacionales para la adopción de medidas de protección y su correspondiente evaluación, encomendando al Consejo Permanente de la Organización la convocatoria de una sesión especial con el objetivo de intercambiar información y buenas prácticas, así como examinar la viabilidad de elaborar una convención interamericana sobre los derechos de las personas adultas mayores.

Al año siguiente, en 2010, la Asamblea General aprobó una nueva resolución sobre el tema[8], reiterando el mandato al Consejo Permanente y alentando a la Organización Panamericana de la Salud (OPS) a que colabore con la OEA en la promoción de la cooperación regional mediante la identificación de buenas prácticas para el diseño de políticas públicas de tal manera de atender las necesidades específicas de las personas adultas mayores en el hemisferio.

Ese mismo año, el 28 de octubre, tuvo lugar la sesión extraordinaria antes señalada[9] en la que diversos actores hicieron presentaciones y formularon sus respectivas recomendaciones. A partir de los resultados de esta sesión, la Asamblea General, en 2011[10], solicitó al Consejo Permanente establecer un grupo de trabajo conformado por representantes nacionales y expertos provenientes del sector académico y de la sociedad civil, así como de organismos internacionales y agencias especializadas, con el propósito de preparar un informe que incluyera un análisis de la situación de las personas mayores en el hemisferio y sobre la efectividad de los instrumentos universales y regionales vinculantes de derechos humanos con relación a la protección de los derechos de las personas mayores[11]. Asimismo, solicitó a dicho grupo de trabajo que, sobre la base de los resultados del informe de la sesión extraordinaria de 2010, prepare un proyecto de convención interamericana para la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas mayores formulando asimismo las recomendaciones necesarias para avanzar en la implementación de las convenciones internacionales vigentes a la fecha.

El Grupo de Trabajo sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores fue instalado el 22 de septiembre de 2011 y desarrolló una intensa y productiva labor en los meses posteriores. Así, el grupo celebró dos sesiones los días 11 de noviembre de ese año y 22 de febrero de 2012 para recibir las presentaciones y recomendaciones de diversos actores. Asimismo, en su sesión del 2 de diciembre de 2011 adoptó un informe sobre la situación de las personas mayores en el hemisferio y la efectividad de los instrumentos vinculantes de derechos

8. AG/RES.2562 (XL-O/10). «Derechos humanos y personas adultas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos, OEA/Ser.P/XL-O.2, vol. 1, 29 de marzo de 2011, pp. 242-243.

9. «Proyecto de agenda. Sesión especial del Consejo Permanente sobre derechos humanos y personas adultas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, OEA/Ser.G, CP/CAJP-2801/10 rev.2, 5 de abril de 2010.

10. AG/RES.2654 (XLI-O/11). «Protección de los derechos humanos de las personas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos, OEA/Ser.P/XLI-O.2, vol. 1, 24 de octubre de 2011, pp. 165-167.

11. Es importante señalar que paralelamente el 21 de diciembre de 2010 la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante resolución 65/182, estableció un grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento con la misión de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores, de examinar el marco internacional en vigor en materia de derechos humanos de estas personas, y de determinar posibles deficiencias y la mejor forma de corregirlas, incluso mediante el estudio de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas. Hasta el momento la ONU no ha concluido sus labores.

humanos[12] el cual fue presentado el 14 de diciembre de ese mismo año al Consejo Permanente. Finalmente, en mayo de 2012, presentó ante el Consejo Permanente el proyecto de convención interamericana sobre los derechos de las personas mayores[13] y un compendio de propuestas[14]. Todos estos documentos fueron tomados como base para iniciar el proceso formal de negociación tendiente a la elaboración de la convención interamericana.

Entre tanto, la importancia que fue adquiriendo este proceso fue retomada por la VI Cumbre de las Américas celebrada los días 14 y 15 de abril de 2012 en Cartagena de Indias, Colombia. En su Declaración final los Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno se comprometieron a:

> «... avanzar en el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas mayores mediante la promoción de políticas públicas, programas y servicios, salvaguardando así su dignidad, su bienestar físico, mental, social y su calidad de vida, teniendo en cuenta los esfuerzos que se están llevando a cabo en el ámbito interamericano en la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante para proteger los derechos de las personas mayores y la consideración del tema en el ámbito internacional»[15].

Con esta declaración hecha al más alto nivel, el futuro de la convención interamericana quedaba asegurado, y en junio de 2012, la Asamblea General de la OEA decidió extender el mandato del grupo de trabajo del Consejo Permanente para que lleve a cabo el proceso de negociación formal del proyecto de convención presentado en su oportunidad. Durante los años 2012, 2013 y 2014, el grupo de trabajo realizó intensos esfuerzos de negociación (en este período se realizaron entre 15 y 19 reuniones por año)[16], aunque no llegó a culminar el proceso[17]. A tales efectos, la Asamblea General, en 2013[18] y 2014[19], extendió sucesivamente el respectivo mandato, instando a los Estados miembros a que continúen desarrollando sus mayores esfuerzos y brinden su decidida participación con miras a concluir las negociaciones respectivas.

---

12. «Informe sobre la situación de las personas mayores en el hemisferio y la efectividad de los instrumentos universales y regionales vinculantes de derechos humanos con relación a la protección de los derechos de las personas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-14/11 rev.1, 5 de diciembre de 2011.

13. «Proyecto de convención interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-37/12, 30 de abril de 2012.

14. «Compendio de propuestas al proyecto de convención interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores. Organización de los Estados Americanos», Consejo Permanente, OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-44/12, 30 de abril de 2012.

15. «Mandatos derivados de la Sexta Cumbre de las Américas», en OEA/Ser.E, CA-VI/doc.6/12 rev.2, 23 de mayo de 2012, p. 3, para. 11.

16. Toro, L., «The Inter-American convention on protecting the human rights of older persons», *op. cit.,* p. 175.

17. Los avances del grupo de trabajo quedaron reflejados en los siguientes dos documentos: «Artículos considerados durante la reunión celebrada el 2 de mayo de 2013», en Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-37/12 add.16, 3 de mayo de 2013; y «Artículos considerados durante las reuniones celebradas los días 28, 29 y 30 de abril de 2014», en Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, OEA. Ser.G, CAJP/GT/DHPM-37/12 add.29 corr.1, 14 de mayo de 2014.

18. AG/RES.2792 (XLIII-O/13). «Proyecto de convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos, OEA/Ser.P/XLIII-O.2, vol. 1, 3 de octubre de 2013, p. 149-151.

19. AG/RES.2825 (XLIV-O/14). «Proyecto de convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos, OEA/Ser.P/XLIV-O.2, vol. 1, 24 de septiembre de 2014, pp. 87-89.

Sin embargo, no todos los Estados de la región llegaban a este momento convencidos de las virtudes de dicho proceso. En efecto, Canadá se reservó su posición a través de una nota a pie de página en la resolución de 2014 en la cual indicaba que:

> «... es prudente esperar una aclaración del grupo de trabajo de composición abierta de las Naciones Unidas con respecto a los vacíos que puedan existir en el marco internacional de derechos en esta área y cuáles otros instrumentos podrían necesitarse, si es el caso, antes de que la OEA considere la conveniencia relativa de proseguir con la elaboración de una convención interamericana. Canadá alienta a la OEA a concentrarse en el fortalecimiento de la eficacia de los instrumentos existentes en materia de derechos humanos en lugar de iniciar procesos nuevos y posiblemente redundantes, sin antes identificar claramente una necesidad»[20].

De manera similar se expresó en dicha oportunidad Estados Unidos:

> «... la OEA debería aguardar las conclusiones del grupo de trabajo de composición abierta de las Naciones Unidas sobre el envejecimiento para poder considerarlas antes de seguir con el ya largo proceso multilateral de redacción y negociación de una convención interamericana ... Además, Estados Unidos no deja de alentar a la OEA para que preste especial atención a las medidas que los Estados miembros emprendan para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos de las personas mayores conforme a los tratados de derechos humanos existentes, como un medio potencialmente más eficaz e inmediato para atender lo que todos conocemos como graves problemas en esta área»[21].

Sobre estas declaraciones creemos interesante resaltar varios aspectos. Años después, la realidad demostró que los esfuerzos realizados en su momento por la OEA eran legítimos y oportunos pues hasta el momento y a pesar del tiempo transcurrido, la ONU no cuenta con una convención sobre la materia. Además, como veremos más adelante, la convención interamericana amplió y desarrolló el contenido de los derechos humanos de las personas mayores vis-a-vis los derechos contemplados en instrumentos internacionales anteriores, pues tuvo como principal objetivo centrarse en las necesidades y realidad específicas de este sector. Esto nos lleva a reafirmar una vez más, como hemos hecho en otras ocasiones, lo poco afortunada que es la afirmación de que el regionalismo constantemente duplica o se contrapone al universalismo, cuando en realidad constituye una herramienta de solución útil y eficiente a los problemas que otros foros internacionales no logran resolver o lo hacen de manera tangencial y/o tardía[22].

Por otro lado, desde que se menciona por primera vez la posibilidad de contar con una convención interamericana sobre la materia, en 2009, hasta su adopción final en 2015, transcurrieron 6 años (en realidad transcurrieron solo 3 años desde que se iniciaron las negociaciones formales de texto), tiempo récord para negociar y adoptar un texto final de tratado que además contiene estándares altamente técnicos y de avanzada en comparación con esfuerzos similares. En efecto, ningún otro instrumento adoptado en el sistema interamericano puede o podrá atender de una forma tan específica y acotada las necesidades de las personas mayores como lo hacen las normas de la convención interamericana. Por último, aunque el sistema interamericano ya cuenta con una convención interamericana para la protección de los derechos humanos de las personas mayores desde hace 10 años, Canadá y Estados Unidos aún siguen esperando los resultados del proceso que se inició en 2010 en Naciones y Unidas y que, muy posiblemente, aún tenga un largo camino por recorrer.

---

20. *Op. cit.*

21. *Op. cit.*

22. Negro, D. «El futuro del derecho internacional privado en las Américas: Reflexiones con motivo de la celebración de los 50 años de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado», en *Revista Peruana de Derecho Internacional,* Sociedad Peruana de Derecho Internacional, No. 178, Tomo LXXIV, 2024.

Como ya vimos, en junio de 2015, la Asamblea General de la OEA aprobó finalmente la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores[23], cuyo texto analizaremos a continuación.

3. La convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores: contenido

En esta sección vamos a analizar algunos de los aspectos más relevantes de la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Si bien no podremos analizar todos los detalles de dicho instrumento jurídico, abordaremos unos cuantos temas que nos parecen esenciales para entender su alcance y promover en el lector el interés de realizar por su cuenta un análisis más pormenorizado. En ese sentido iniciaremos nuestra labor con algunas definiciones esenciales; presentaremos el propósito de la convención, así como su objeto y los principios generales que la guían; analizaremos el alcance de las obligaciones y deberes de los Estados, y las medidas que establece la convención para el mejor cumplimiento de estos. Finalizaremos con la presentación de los derechos protegidos por la convención. Si bien no podremos abordar todos ellos en detalle, nos ocuparemos de dos grupos particulares, a saber, aquellos derechos que no tienen correlato en otros instrumentos jurídicos hemisféricos y, por lo tanto, podemos considerarlos como novedosos, y aquellos que refuerzan o amplían derechos ya contenidos en instrumentos previos. Con este ejercicio queremos resaltar cómo la convención interamericana logra atender de mejor manera las necesidades e intereses específicos de un sector de la población, en este caso, el de las personas mayores.

3.1. Definiciones esenciales

La convención interamericana contiene un total de 14 definiciones. Estas definiciones están referidas a la persona mayor, la vejez, la discriminación, la discriminación múltiple, la discriminación por edad en la vejez, el envejecimiento, el envejecimiento activo y saludable, la persona que recibe servicios de cuidado a largo plazo, el abandono, el maltrato, la negligencia, los cuidados paliativos, los servicios sociosanitarios integrados, y la unidad doméstica u hogar (artículo 2). Consideramos importante abordar las definiciones sobre persona mayor y vejez por ser los conceptos básicos, junto con aquella referida a la discriminación. En la medida en que esta última ha sido incorporada en otros instrumentos jurídicos interamericanos, podremos constatar si la convención interamericana ha logrado o no mantener la consistencia con el sistema interamericano convencional en su conjunto.

La convención interamericana considera como *persona mayor* o *persona adulta mayor* a todo aquel que tengo 60 años o más, salvo que la ley interna del Estado al que se le aplique dicho instrumento jurídico determine una edad base menor o mayor. En este caso, dicha base nunca podrá ser superior a los 65 años. Asimismo, la convención define a la *vejez* como una construcción social de la última etapa del curso de vida.

En cuanto al concepto de discriminación, cabe notar que ya la convención americana sobre derechos humanos incluía el concepto de *no discriminación*, aunque de una forma general. En efecto, mediante aquella convención los Estados parte se comprometían a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 1). La convención americana se limita

23. AG/RES.2875 (XLV-O/15). «Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores», en Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos, OEA/Ser.P/XLIV-O.2, vol. 1, 24 de septiembre de 2014, pp. 87-89.

pues a establecer los motivos que eventualmente pueden conducir a un acto de discriminación, pero sin definir en qué consiste la acción misma de discriminar.

La convención sobre las personas mayores si definirá el concepto de *discriminación* siguiendo la línea de dos instrumentos jurídicos anteriores: la convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, y la convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, ambas adoptadas en el año 2013. Además, adoptará un concepto casi idéntico a estos dos últimos tratados, definiendo la discriminación como cualquier distinción, exclusión o restricción (las otras dos convenciones añaden la palabra «preferencia») que tenga como objetivo o efecto anular o restringir (las otras dos convenciones utilizan el verbo «limitar») el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural *o en cualquier otra esfera* (la fórmula queda así abierta) de la vida pública y privada. Observemos que ninguna de las tres convenciones consagra un *derecho general a no ser discriminado* o a no sufrir discriminación, sino que este queda determinado por la aplicación diferenciada o distinta a la persona en cuestión de uno o más derechos ya consagrados en función de uno o más motivos específicos. Uno de estos motivos será, a efectos del presente trabajo, la condición de persona mayor. Como ya habíamos examinado en un trabajo anterior, desde un punto de vista jurídico, antes de determinar si existe o no discriminación, debemos establecer si existe o no el derecho, así como su contenido. Sólo después se podrá evaluar si el derecho en cuestión está siendo anulado o limitado, configurando así, como consecuencia, el acto de discriminación. En efecto, el principio de no discriminación es precisamente ello, un principio, no un derecho sustantivo. En otras palabras, su aplicación sólo procede sobre la base de la existencia de derechos específicos consagrados de manera previa[24].

3.2. Propósito, objeto y principios generales

La convención interamericana tiene un doble propósito. El primero de ellos es el reconocimiento de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. El segundo es la promoción, protección y garantía del pleno goce de dichos derechos y libertades fundamentales, en condiciones de igualdad, con el objetivo último contribuir a la plena inclusión, integración y participación de las personas mayores en la sociedad (artículo 1).

La convención interamericana también establece una serie de principios generales (artículo 3). Son numerosos los principios enunciados entre los que cabe destacar la valorización de la persona mayor, así como de su papel en la sociedad y su contribución al desarrollo; la dignidad, la independencia, la autonomía y el protagonismo de la persona mayor; su participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; su seguridad física, económica y social, así como su autorrealización; el enfoque diferencial para asegurar el goce efectivo de sus derechos, entre otros.

Como todo principio, estos no son en sí una regla, sino que subyacen a ellas y explican y proporcionan su razón de ser[25]. En efecto, los principios son la base que nos permite comprender un sistema y la manera como opera y se utiliza, en este caso, la propia convención. Estos principios generales son la piedra angular desde la cual se van a generar, explicar y legitimar todas las demás normas de dicho instrumento jurídico, las cuales deberán pues estar alineadas con aquellos tanto en su aplicación como en su interpretación. De allí su importancia.

---

24. Un Desarrollo más profundo sobre este tema y sus implicancias lo desarrollamos en: NEGRO, D. «Las convenciones interamericanas contra el racismo, la discriminación y la intolerancia», en *Curso de Derecho Internacional,* Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, vol. XLI, 2014, pp. 112.

25. Jiménez Piernas, C., *Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Tecnos, 2011, pp. 94.

3.3. Obligaciones, deberes y medidas a ser adoptadas por los Estados

Como todo tratado que se ocupa de los derechos humanos, es imprescindible determinar cuál es la obligación principal que asumen los Estados que llegan a ser parte de dicho instrumento jurídico y de la cual se derivan los demás compromisos estatales. En este caso, la convención establece como obligación esencial la adopción de las medidas legislativas *o de otro carácter* (se trata pues de un listado abierto) que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que ella misma consagra siempre que el ejercicio de estos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter. De ser así, se consideraría cumplida la obligación (artículo 1).

Estamos aquí claramente ante una *obligación de medios* que además ha de cumplirse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada Estado y a las disposiciones de la propia Convención (artículo 1). Aunque la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se deriva del derecho civil, presenta una importancia fundamental en el derecho internacional pues nos permite determinar de una manera objetiva cuál es el momento preciso y la forma en que una obligación se entiende cumplida o, en su caso, vulnerada.

Según la doctrina, las obligaciones de medios suponen el despliegue de los mayores esfuerzos para cumplir con la debida prestación, algo que no supone ninguna garantía de resultado y están contenidas principalmente en aquellas normas que detallan las acciones a seguir. El ejemplo más claro en el derecho interno es la labor de los médicos en la cual no puede existir compromiso alguno de curar al paciente. Con relación a este tipo de obligaciones, el derecho internacional utiliza frecuentemente el estándar de la diligencia debida mediante el cual el Estado solamente podrá ser declarado responsable si se llega a probar que no siguió los pasos apropiados para lograr o evitar una circunstancia.

Por su lado, las obligaciones de resultado exigen un estándar mucho más elevado mediante el cual no basta con el despliegue de los mayores esfuerzos posibles, sino que el resultado debe concretarse en la realidad. Un ejemplo claro en el derecho interno es el contrato de obra. En el campo de los derechos humanos podemos referirnos al deber de garantizar el igual trato jurídico a los extranjeros donde si bien Estado tiene la libertad de hacerlo por los medios que desee tiene que demostrar que cumplió con alcanzar la igualdad de trato en cuestión. Debemos notar que dicho resultado, en efecto, puede medirse de manera objetiva.

A pesar de las dificultades que existen para tener una total claridad entre ambos tipos de obligaciones, los tribunales internacionales no han dejado de referirse a esta clasificación para resolver sus casos, y este debe ser también el criterio por emplear por los tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos. Así, cuando en la redacción del artículo 1 de la convención interamericana se establece como obligación estatal la de *adoptar las medidas* con el *objetivo* de *hacer efectivos* ciertos *derechos y libertades,* este objetivo final queda claramente supeditado a la obligación principal de medios y ha de entenderse como un eventual resultado de la acción propuesta, resultado que, por lo demás, no siempre puede ser controlado por el Estado en cuestión. Esto último es muy importante, repetimos, para establecer adecuadamente y conforme al derecho internacional, la eventual responsabilidad estatal. No obstante lo anterior, en algunos casos dicha responsabilidad sí puede surgir a pesar de la adopción de los medios prescritos y, por ende, del cumplimiento de la norma. Estos son los casos en los que el hecho ilícito internacional queda configurado por una acción distinta (por ejemplo, la de un particular), que queda fuera del control del Estado incluso habiendo adoptado una debida diligencia, pero respecto de la cual dicho Estado tampoco habría adoptado las acciones ulteriores a las que efectivamente está obligado, como, por ejemplo, la obligación de reparar. El hecho ilícito internacional surgirá en este caso por la violación de una obligación distinta del Estado (la no reparación, la no administración de justicia), mas no por haber fallado en impedir la conducta discriminatoria original del particular. Como bien establece la doctrina, el Estado es responsable por sus órganos, sólo por sus órganos, y por todos sus órganos, cualquiera sea su jerarquía y sólo será responsable por dichos actos cuando ha dejado de

cumplir su deber de debida diligencia en la prevención o represión del delito cometido por el particular[26].

Ahora bien, además de la obligación principal ya descrita, la convención interamericana establece un deber general a cargo de los Estados que lleguen a ser parte de dicho instrumento jurídico (artículo 4). Así, la convención establece el deber de *salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales* de la persona mayor enunciados *en la convención*, *sin discriminación* de ningún tipo (concepto anteriormente examinado y que, como vimos, tiene alcances muy particulares).

Sobre este particular, debemos notar que se trata de salvaguardar los derechos y libertades fundamentales contenidos exclusivamente en la convención y que están relacionados con la condición de persona mayor, aunque, claro está, independientemente de que en su calidad de personas se les reconozca el goce y ejercicio de los demás derechos establecidos en otros instrumentos jurídicos. Esto contrasta con el artículo referido al objeto de la convención (artículo 1 mencionado anteriormente) que se refiere a la promoción, protección y reconocimiento del pleno goce y ejercicio de *todos* los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. Sin embargo, debemos entender que tal como está establecido el objeto de la convención, este tiene como propósito establecer el fin último de la misma en tanto instrumento jurídico, dejando a salvo el deber específico de los Estados parte tal como está contenido en el artículo 4 y que se refiere a los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor establecidos en la propia convención interamericana. Es ese el criterio que deberán tener en cuenta los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos al examinar sus competencias con relación a los casos específicos que les sean sometidos.

Con el objeto de hacer explícita la forma en que los Estados parte deben cumplir con el deber general examinado anteriormente, la convención interamericana establece una serie de medidas (artículo 4). Podremos observar aquí una vez más que el acento de la convención se traslada a la adopción de dichas medidas y no al resultado que eventualmente se produzca con su aplicación.

Para efectos metodológicos hemos dividido estas medidas en seis grandes grupos:

1. La adopción de medidas para prevenir, sancionar y erradicar prácticas contrarias a la convención: entre estas prácticas contrarias se citan como ejemplos, entre otros, el aislamiento, el abandono, las sujeciones físicas prolongadas (por ejemplo, los cinturones utilizados en sillas o camas), el hacinamiento, las expulsiones de la comunidad, la negación de la nutrición, la infantilización (infravalorar las capacidades físicas y mentales de la persona mayor), los tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, así como todos aquellos que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que atentan contra la seguridad e integridad de la persona mayor.
2. La adopción de medidas afirmativas o ajustes razonables necesarios que permitan el ejercicio de los derechos establecidos en la convención (nuevamente se hace claramente referencia exclusiva solo a los derechos contenidos en dicho instrumento jurídico). Según la doctrina, el concepto de acción afirmativa hace referencia a políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupo de personas con el fin de eliminar o reducir las desigualdades que los afectan o para lograr que un grupo subrepresentado tenga una mayor representación[27]. En nuestro caso, la convención define la medida afirmativa por exclusión indirecta, es decir, estableciendo las medidas que no deberían ser consideradas discriminatorias, no obstante ser capaces de producir eventualmente como resultado eventual una distinción, exclusión o restricción para

26. Jiménez de Aréchaga, E., *Tratado de Derecho Internacional Público,* Tomo 2, 7 Ed., Fundación de Cultura Universitaria, 2018, pp. 293 y 302.

27. Murillo, P. «Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales: Para reparar las injusticias históricas y la discriminación», en *Taller de expertos/as de la temática afrodescendiente en las Américas*, Organización de los Estados Americanos, 2010, pp. 21.

otras personas. Se citan como ejemplos de medidas afirmativas aquellas que tienen como objetivo acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor, así como asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural. La convención establece además que estas medidas no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado el objetivo. En este aspecto, la convención interamericana adopta los requisitos definidos en la doctrina[28], ampliando el alcance recogido en las convenciones interamericanas sobre racismo y discriminación que no incluían el factor del período razonable (artículo 1,5 de ambas convenciones).

3. La adopción y fortalecimiento de todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia, con el fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos. La convención considera a estas como medidas afirmativas y por ende son aceptadas a pesar de establecer tratos diferenciados y preferenciales para la persona mayor con relación al resto de la población.
4. La adopción de las medidas necesarias a fin de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. Esta medida, sin embargo, tiene sus condicionantes porque la convención enumera una serie de factores a ser tenidos en cuenta para su adopción como, por ejemplo, el grado de desarrollo del Estado en cuestión, el grado de recursos disponibles, lo establecido en su legislación interna, y la cooperación internacional existente. Esto está en consonancia con lo consagrado en otros instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, propiciando así una efectiva coherencia con el resto del sistema. En efecto el protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), toma en cuenta todos estos factores al momento de evaluar el cumplimiento o no de las obligaciones de los Estados parte en dicho instrumento jurídico (artículo 1).
5. La promoción de instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral.
6. La promoción de la recopilación de información adecuada a fin de dar efecto a la convención, incluidos datos estadísticos y de investigación que permitan la formulación y aplicación de las políticas adecuadas.
7. La promoción de la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular de la persona mayor, en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y de legislación dirigida a la implementación de la convención.

Podemos observar que todas las acciones aquí enunciadas están en concordancia con el espíritu del artículo 1 de la convención el cual establece la obligación primaria de adoptar las medidas legislativas *o de otro carácter* necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la convención. Estas acciones son pues esas *medidas de otro carácter* que se mencionan claramente. Se trata de conductas que buscan ejemplificar la manera o los *medios* a través de los cuales los Estados parte pueden dar pleno cumplimiento a aquella obligación principal sin exigir necesariamente la consecución del resultado final.

Antes de finalizar con este punto, queremos hacer mención especial a la última medida relativa a la participación de la sociedad civil y de otros actores sociales en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y de legislación. Esto va en consonancia con lo que ha sucedido en el seno de la OEA en las últimas décadas, en las que dichos actores no sólo han participado activamente en la formulación de los estándares normativos de las convenciones interamericanas, declaraciones, programas y planes de acción, sino que han sido también llamados a formar parte de cualquier esfuerzo de adopción por parte de los Estados de las medidas internas que

28. Negro, *Op. cit.*, p. 122.

les concierna y les sean aplicables. Así sucedió, por ejemplo, con la convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999), el Programa de Acción para el decenio de las Américas por los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (2006-2016), y la declaración americana de los derechos de los pueblos indígenas (2016), entre otros, en cuya elaboración los representantes de la sociedad civil y otros actores sociales tuvieron una gran incidencia y participación.

3.4. Los derechos protegidos en la convención

La convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores establece un listado exhaustivo de los derechos específicos que se intenta proteger y garantizar. Lo hace a lo largo de 26 artículos (artículos 5 al 31) que incluyen derechos ya mencionados en otras convenciones interamericanas, aunque desarrollándolos con más profundidad en función a las características, situación, necesidades e intereses de las personas mayores. También incluye derechos totalmente novedosos.

En el primer grupo, es decir, entre los derechos que tienen algún correlato en otros instrumentos jurídicos interamericanos podemos citar el de la igualdad y no discriminación (artículo 5); el derecho a la vida (artículo 6); el derecho a la dignidad en la vejez (artículo 6); y, el derecho de reunión y asociación (artículo 28). Todos estos derechos están mencionados de alguna manera en la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, en la convención americana sobre derechos humanos, y en el Protocolo de San Salvador.

Otros derechos consagrados en la convención y que están mencionados sólo en el Protocolo de San Salvador son el derecho a la participación e integración comunitaria (artículo 8), y el derecho al medio ambiente sano (artículo 25). Los derechos que tienen únicamente su correlato en la declaración americana son el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (artículo 9); el derecho a la privacidad y a la intimidad (artículo 16); el derecho a la recreación, esparcimiento y deporte (artículo 22); y el derecho a la vivienda (artículo 24). Por su parte, el derecho que además de la convención sobre personas mayores está mencionado únicamente en la convención americana sobre derechos humanos es el derecho de accesibilidad y movilidad personal (artículo 26).

Finalmente, otros derechos consagrados en la convención sobre personas mayores están también mencionados en más de uno de los demás instrumentos aquí referidos. Ellos son el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 10); el derecho a la protección de la salud, a la cobertura de servicios sociales, de seguridad alimentaria y nutricional así como al agua, vestuario y vivienda (artículo 12); el derecho a la libertad personal (artículo 13); el derecho a la libertad de expresión, opinión y acceso a la información (artículo 14); el derecho a la nacionalidad (artículo 15); el derecho a la libertad de circulación (artículo 15); el derecho a la seguridad social (artículo 17); el derecho al trabajo (artículo 18); el derecho a la salud (artículo 19); el derecho a la educación (artículo 20); el derecho a la cultura (artículo 21); el derecho a la propiedad (artículo 23); los derechos políticos (artículo 27); el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 30); y el derecho de acceso a la justicia (artículo 31).

Los derechos que podemos considerar como innovadores en la convención interamericana o que no tienen necesariamente un correlato en los demás instrumentos jurídicos son el derecho a la independencia y autonomía (artículo 7); el derecho a brindar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (artículo 11); y el derecho a la integridad en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (artículo 29), aunque respecto de este último no se consagran derechos sino más bien deberes para los Estados. Debido a la novedad que estos representan, vamos a ocuparnos brevemente de cada uno de ellos describiendo su contenido y alcance. También abordaremos algunos derechos que ya han sido contemplados en otros tratados interamericanos para observar mejor como una convención relativa a un sector específico de la población puede desarrollar mejor el contenido general de derechos humanos previamente consagrados.

3.5. Los derechos humanos innovadores en la convención interamericana

El primero de estos derechos es el derecho de la persona mayor a la independencia y a la autonomía (artículo 7). Tal como está desarrollado en la convención se trata de un derecho al desarrollo de una vida autónoma; a la autonomía en la toma de decisiones; a la definición del plan de vida; a la independencia en la realización de sus actos; a la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir; a no verse obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; al acceso progresivo a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y a otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, evitando así su aislamiento o separación; y a disponer de los mecanismos adecuados para poder ejercer todos estos derechos. Todo ello, además, conforme a las tradiciones y creencias de la persona mayor y en condiciones de igualdad con los demás. Como podemos ver, se trata no solo de un derecho esencial, sino que además ha sido ampliamente desarrollado en múltiples aspectos con el propósito de atender de forma integral las necesidades de las personas mayores.

La convención interamericana consagra también el derecho irrenunciable de la persona mayor a manifestar su consentimiento libre e informado en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación en el ámbito de la salud (artículo 11). El tratado detalla que dicho consentimiento debe ser manifestado de forma previa, voluntaria, libre y expresa y que la persona mayor ha de conservar el derecho de modificarlo o revocarlo. Asimismo, se establece el derecho de estas personas a aceptar, negarse a recibir, o interrumpir voluntariamente los tratamientos médicos o quirúrgicos de que se trate y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Estos tratamientos incluyen tanto los de la medicina tradicional como también los de la medicina alternativa y complementaria, además de la investigación, y los experimentos médicos o científicos, ya sean estos de carácter físico o psíquico.

Como contrapartida, los Estados parte asumen el deber de establecer mecanismos eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor para comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, así como sus riesgos y beneficios. También asumen el deber de establecer los medios para que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, esté disponible de forma accesible y sobre bases no discriminatorias, y que sea presentada de manera comprensible tomando en cuenta la identidad cultural, el nivel educativo y las necesidades de comunicación de la persona mayor. Asimismo, los Estados se obligan a establecer procesos a través de los cuales la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada, así como las instrucciones respecto de las intervenciones en materia de la salud, incluyendo los cuidados paliativos. La convención interamericana establece que esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor a través de instrumentos jurídicamente vinculantes de conformidad con la legislación nacional. Por último, la convención establece que en casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida de la persona mayor y cuando no resulte posible obtener el consentimiento de la forma antes determinada, se podrá aplicar excepciones, pero siempre y cuando estas sean establecidas de conformidad con la legislación nacional.

Finalmente, entre las novedades que consagra la convención interamericana tenemos la referente a las situaciones específicas de riesgo y emergencias humanitarias en que se pueden encontrar las personas mayores (artículo 29). En este caso, aunque la convención no establece derechos concretos, sí intenta proteger la integridad de la persona mayor sobre la base de la determinación de ciertos deberes para los Estados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Así, la convención consagra el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en este tipo de circunstancias. Estas incluyen tanto situaciones de conflicto armado como emergencias humanitarias y desastres. También establece que los Estados han de adoptar medidas de atención específicas a las necesidades de la persona mayor en prepa-

ración, prevención, reconstrucción y recuperación en situaciones de emergencia, desastres o conflicto, y que deberán propiciar su participación en los protocolos de protección civil en caso de desastres naturales.

Como se puede apreciar, la convención interamericana ha sido pionera e innovadora en varios aspectos, reconociendo derechos que hasta ese momento no habían sido consagrados. Pero incluso con relación a aquellos derechos que ya han sido previamente reconocidos, la convención avanza y desarrolla contenidos que se ajustan de manera más precisa a las demandas particulares de las personas mayores, tal como veremos a continuación a través de algunos ejemplos.

3.6. Algunos derechos humanos consagrados en otros instrumentos jurídicos interamericanos que se refuerzan en la convención interamericana

Es cierto que la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores retoma algunos derechos ya consagrados en otros instrumentos interamericanos, pero al hacerlo, no incurre en una duplicación innecesaria, sino que más bien amplía su contenido o los hace más explícitos y adecuados a la situación y necesidades específicas de este sector de la población. Al mismo tiempo, establece una relación mucho más amplia y detallada de los deberes que los Estados asumen en la tarea de protección y garantía de dichos derechos. Sobre el particular y a manera de ejemplo, vamos a introducir tres de los derechos contenidos en la convención interamericana viendo cómo se relacionan con derechos similares contenidos en otros tratados.

Empezaremos por el derecho a la seguridad social (artículo 17). La declaración americana establece que toda persona tiene derecho a una seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que provengan de causas ajenas a su voluntad y que la imposibilite física o mentalmente para obtener sus medios de subsistencia (artículo XVI). Por otro lado, el Protocolo de San Salvador especifica que en el caso de personas que se encuentran trabajando, este derecho cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional. Cuando se trate de mujeres, el derecho cubrirá licencia retribuida por maternidad antes y después del parto (artículo 9). Sin embargo, el Protocolo de San Salvador no habla de la desocupación en general.

La convención sobre las personas mayores aborda de una manera mucho más amplia y garantista el acceso de la persona mayor a una seguridad social, estableciendo la obligación de los Estados parte de promover progresivamente y dentro de los recursos disponibles un ingreso para la persona mayor que le asegure una vida digna a través de los sistemas de seguridad social pero también de otros mecanismos flexibles de protección social. Refiriéndose a situaciones específicas, solicita a los Estados que faciliten el reconocimiento de las prestaciones, los aportes realizados a la seguridad social o los derechos de pensión de la persona mayor migrante, ya sea mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos. La convención interamericana cubre así supuestos que quedaron fuera del ámbito de aplicación tanto de la declaración americana como del Protocolo de San Salvador.

Otro de los derechos que ejemplifica muy bien este mayor o más amplio grado de protección por parte de la convención interamericana es el derecho a la propiedad. La declaración americana establece que toda persona tiene derecho a la propiedad privada y que este derecho debe corresponder a las necesidades esenciales de una vida decorosa y contribuir a mantener la dignidad de la persona y del hogar (artículo XIII). La convención americana sobre derechos humanos también establece el derecho a la propiedad privada indicando que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, aunque este puede quedar subordinado mediante ley al interés social (artículo 21).

Sobre este aspecto, la convención sobre personas mayores establece de manera mucho más detallada tres obligaciones esenciales. Por un lado, la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el ejercicio del derecho en

cuestión incluida la libre disposición de sus bienes. En segundo lugar, establece la obligación de prevenir el abuso y la enajenación ilegal de la propiedad. Finalmente introduce la obligación de adoptar medidas para eliminar toda práctica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor respecto del ejercicio de su derecho a la propiedad, principalmente a las mujeres mayores y a los grupos en situación de vulnerabilidad. De esta manera la convención transita también hacia un nivel más detallado de grupos específicos dentro del colectivo general de las personas mayores.

Finalmente queremos referirnos al derecho al trabajo. La declaración americana establece que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas. También indica que toda persona tiene derecho a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Finalmente afirma que toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia (artículo XIV). El Protocolo de San Salvador desarrolla más el contenido de este derecho al establecer que toda persona tiene derecho al trabajo, y que este derecho incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida y aceptada. El Protocolo de San Salvador establece además una obligación correspondiente por parte del Estado: la de adoptar las medidas que garanticen la plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a las personas con discapacidad[29]. Igualmente establece la obligación de ejecutar y fortalecer programas encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo (artículo 6).

Como en los dos ejemplos anteriores, la convención sobre las personas mayores amplía el contenido de los derechos establecidos tanto en la declaración americana como en el Protocolo de San Salvador. Así, incluye el derecho a la igualdad de oportunidades de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere la edad de la persona. También amplía el número de obligaciones a cargo de los Estados parte al incluir la adopción de medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor, prohibiendo cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo. En efecto, además de indicar que el empleo o la ocupación debe ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades, establece que deben contar con las mismas garantías, beneficios, y derechos laborales y sindicales.

Una novedad importante es la obligación a cargo de los Estados de promover políticas laborables que propicien que las condiciones, el ambiente de trabajo, los horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor. También es innovadora la obligación de adoptar medidas ya sea legislativas, administrativas o de otra índole, para promover el empleo formal de la persona mayor; para regular las distintas formas de autoempleo y empleo doméstico con el propósito de prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social; y para reconocer el trabajo no remunerado. Asimismo, establece la obligación de promover programas y medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación. Por último, solicita a los Estados alentar el diseño de programas para la capacitación y certificación de conocimiento y saberes con el propósito de promover el acceso de la persona mayor a mercados laborales más inclusivos.

Nos llevaría muchas páginas abordar todos los derechos establecidos en la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Creemos que con el análisis de los derechos presentados anteriormente hemos cumplido con el objetivo no tanto de desarrollar a profundidad el contenido de la convención, sino de abordar sus características más importantes como son la innovación y el desarrollo ulterior de derechos previamente reconocidos.

29. El texto de la convención se refiere a los minusválidos, término que históricamente se utilizó de manera incorrecta para referirse a este grupo de la sociedad.

4. El seguimiento a la convención interamericana en las resoluciones de la asamblea general de la OEA

Posteriormente a la aprobación de la convención interamericana, la Asamblea General de la OEA aprobó una serie de resoluciones anuales sobre esta temática, destacando el aporte y las contribuciones de estas personas al desarrollo de las naciones del hemisferio. En particular, la Asamblea General siguió reconociendo que las personas mayores deben disfrutar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyendo los derechos a la vida y a la dignidad en la vejez, así como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental, material y social, sin ningún tipo de discriminación.

Estas resoluciones han tenido como objetivo seguir alentando a los Estados miembros a ratificar la convención, de tal manera que sus normas sean aplicadas lo más ampliamente posible en el hemisferio[30], pero además han desarrollado de forma progresiva sus contenidos y han intentado seguir adaptando la protección y garantía de los derechos humanos de las personas mayores a los cambios que se van produciendo a lo largo del tiempo. Esto ocurrió de manera particular cuando el mundo enfrentó la pandemia del Covid-19 y las personas mayores se encontraron en una situación de grave riesgo para su salud y sus vidas.

A lo largo de este período, la Asamblea General buscó poner de relieve el impacto diferenciado que la pandemia del COVID-19 tuvo en las poblaciones en situación de vulnerabilidad, de manera especial en los más de 85 millones de personas mayores de la región que enfrentaron riesgos adicionales de caer en la pobreza, la discapacidad, o de sufrir discriminación y aislamiento. En efecto, la Asamblea General reconoció que las personas mayores habían sido particularmente afectadas y discriminadas por su edad en lo concerniente a las prestaciones de los servicios de salud, abordando aquellas situaciones que limitaban el ejercicio de los derechos de las personas mayores en comparación con otros grupos generacionales. De manera especial se refirió a la discriminación por género, señalando que esta forma de discriminación agudizaba el impacto del COVID-19 y afectaba negativamente la vida de las mujeres mayores, incrementando los riesgos de exclusión y exponiéndolas a una mayor posibilidad de contagio debido a las tareas de cuidado y otras ocupaciones realizadas por ellas tradicionalmente. La Asamblea General subrayó asimismo la urgencia de integrar las necesidades y la participación significativa de las personas mayores en la recuperación postpandemia. En 2021[31], y enfrentada aún la región a los estragos de la pandemia del COVID-19, la Asamblea General instó a los Estados miembros a que con un enfoque de derechos humanos y de género prioricen y atiendan a las personas mayores en sus programas de salud pública encaminados a prevenir o enfrentar el COVID-19, incluidos los planes de inmunización, brindando información adecuada y precisa sobre éstos.

En cuanto al tema de la salud en general, en 2020[32], la Asamblea General instó a los países del continente a tener en cuenta la situación y las necesidades de las personas mayores al diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de manera que estén orientadas a una atención integral incluyendo, entre otros factores, la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas sus etapas, facilitando condiciones de cuidado dignas, una adecuada rehabilitación y los cuidados paliativos del caso, asegurando al mismo tiempo la autonomía y la seguridad física, económica y social de las personas mayores. También alentó a

30. A lo largo de todos estos años, la Asamblea General no ha dejado de alentar a los Estados miembros a que consideren ratificar o adherirse a la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

31. AG/RES.2976 (LI-O/21). «Promoción y protección de los derechos humanos», en Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. OEA/Ser.P/LI-O.2, vol. 1, 13 de julio de 2022, pp. 164-165.

32. AG/RES.2961 (L-O/20). «Promoción y protección de los derechos humanos», en Organización de los Estados Americanos, Declaraciones y resoluciones aprobadas por la Asamblea General, OEA/Ser.P, AG/doc.5717/20 rev.1, 21 de junio de 2021, pp. 170-171.

los países de la región a facilitar una atención y cuidado preferencial y el acceso universal, equitativo y oportuno a servicios integrales de calidad, fortaleciendo las capacidades de los trabajadores de los servicios de salud, sociales y sociosanitarios, y la formación académica profesional y técnica especializada, entre otros, en geriatría, gerontología y cuidados paliativos. Ese mismo año, la Asamblea General instruyó al Consejo Permanente a que conmemore el día 15 de junio de cada año el Día Mundial de la Toma de Conciencia del Abuso y Maltrato en la Vejez. Por su parte, en 2022[33], la Asamblea General instó a los Estados miembros a que prioricen las necesidades de las personas mayores al definir los programas y políticas de recuperación postpandemia.

Finalmente, en 2024[34], la Asamblea General por primera vez instó a los países a respetar y proteger los derechos humanos de las personas mayores que proveen cuidados y apoyo, así como de los cuidadores remunerados y no remunerados, y alentó a los Estados a que aumenten la inversión en políticas y programas e infraestructura de cuidados y apoyo a fin de garantizar el acceso universal a servicios asequibles y de calidad para las personas mayores. La Asamblea General también instó a los Estados a que tengan en cuenta las necesidades de las personas mayores al definir los programas y políticas públicas orientadas al desarrollo sostenible, pero, además, resaltó la importancia de incorporarlas en la implementación y seguimiento de los Objetivos de Desarrollo. Igualmente expresó su compromiso de trabajar en el marco del Decenio de las Naciones Unidas del Envejecimiento Saludable (2021-2030) iniciando así una acción concertada, catalizadora y de colaboración entre los gobiernos, la sociedad civil, los organismos internacionales, las instituciones académicas, los medios de comunicación y el sector privado con el objetivo de mejorar las vidas de las personas mayores, sus familias y las comunidades que habitan en la región.

Todo lo descrito anteriormente deja en evidencia que no debemos pasar por alto la contribución de la Asamblea General de la OEA al desarrollo progresivo de esta temática incluso el realizado en el período posterior a la adopción de la convención interamericana. En efecto, las resoluciones de los organismos internacionales como las que aprueba la Asamblea General, a diferencia de los textos convencionales, al ser aprobadas año a año, permiten una constante renovación, progresividad y actualización de sus contenidos, algo imposible de lograr con un tratado, el que incluso podría eventualmente quedar desactualizado o caer en desuso en muy poco tiempo, circunstancia cada vez más común en un mundo de cambios vertiginosos. La progresividad de las resoluciones permite además que algunos Estados, con el paso del tiempo, vayan adaptando paulatinamente sus posiciones sobre la base de las nuevas realidades que van surgiendo y las nuevas exigencias y necesidades de los actores internos. Todo ello da como resultado un vasto acervo jurídico que debe ser estudiado, comprendido y utilizado de manera comprehensiva y armónica si se quiere hacer un buen uso de las herramientas que nos brinda el sistema interamericano.

5. Recapitulación y conclusiones

La convención interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores de 2015 se ha constituido en un referente jurídico esencial no sólo para el hemisferio sino para el mundo entero siendo quizás el único tratado a nivel universal que trata la temática de una manera multidimensional e integral. En efecto, esta convención no sólo retoma derechos humanos ya consagrados en otros instrumentos, adaptándolos a la realidad y necesidades específicas de las personas mayores, sino que además ha sido pionera en la codificación de nuevos derechos que revisten una gran importancia. La región puede sentirse satisfecha de haber contribuido una vez más al derecho internacional general como históricamente ha sido el caso.

33. AG/RES.2991 (LII-O/22). «Promoción y protección de derechos humanos», en Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos, OEA/Ser.P/LII-O.2, 8 de junio de 2023, pp. 154-155.

34. AG/RES.3028 (LIV-O/24). «Promoción y protección de derechos humanos», en Organización de los Estados Americanos, Declaraciones y resoluciones aprobada por la Asamblea General, OEA/Ser.P, AG/doc.5871/24 rev.1, 3 de abril de 2025, pp. 145-146.

Entre los aspectos más importantes de la convención, cabe resaltar que al igual que otros tratados interamericanos, utiliza el concepto de la discriminación para referirse no a una realidad fáctica sino a la aplicación de un derecho específico de manera diferenciada a dos o más personas por diversos motivos, entre los que se puede encontrar la condición de persona mayor o la vejez. Otro aspecto a tener en cuenta es el uso de las obligaciones de medios a cargo de los Estados para establecer la correlación efectiva con los derechos allí consagrados. En efecto, mediante dicho instrumento los Estados se comprometen principalmente a adoptar una serie de medidas con el propósito de obtener ciertos resultados, distinción que será relevante al momento de establecer posteriormente su eventual responsabilidad internacional. En ese sentido, el acento de la convención se traslada a la adopción de tales medidas más que al resultado que se logre con su aplicación. Así, una de las ventajas de la convención es detallar de manera exhaustiva las medidas mediante las cuales los Estados pueden cumplir con el propósito establecido, a saber, la promoción, protección y garantía del pleno goce de los derechos y libertades fundamentales de la persona mayor en condiciones de igualdad, y su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Pero la convención interamericana no basta en sí misma. No debemos pasar por alto la contribución de la Asamblea General de la OEA al desarrollo progresivo de esta temática tanto antes como después de la adopción del tratado. En efecto, estas resoluciones están permitiendo una constante renovación, progresividad y actualización de los contenidos de la convención, y si bien no son jurídicamente vinculantes, si evidencian un alto grado de compromiso político, contienen una opinio juris colectiva, y constituyen una señal concreta de cómo la Organización seguirá transitando el camino hacia la plena garantía y protección de los derechos humanos para este colectivo tan importante de la población.

6. Bibliografía

Barberis, J., *Formación del Derecho Internacional,* Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.

Jiménez De Aréchaga, E., *Tratado de Derecho Internacional Público,* Tomo 2, 7 Ed., Fundación de Cultura Universitaria, 2018.

Jiménez Piernas, C., *Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Tecnos, 2011.

Murillo, P. «Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales: Para reparar las injusticias históricas y la discriminación», en *Taller de expertos/as de la temática afrodescendiente en las Américas*, Organización de los Estados Americanos, 2010.

Negro, D. «Las convenciones interamericanas contra el racismo, la discriminación y la intolerancia», en *Curso de Derecho Internacional,* Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, vol. XLI, 2014.

Negro, D. «El futuro del derecho internacional privado en las Américas: Reflexiones con motivo de la celebración de los 50 años de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado», en *Revista Peruana de Derecho Internacional,* Sociedad Peruana de Derecho Internacional, No. 178, Tomo LXXIV, 2024.

Pastor Ridruejo, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 15 Ed., Tecnos, 2011.

Toro, L. «The Inter-American convention on protecting the human rights of older persons», en *The Cambdrige Handbook of New Human Rights*, Von Arnauld, A., Der Decken, K., Susi, M. (Ed.), Cambridge University Press.

Cumbres de las Américas. «Mandatos derivados de la Sexta Cumbre de las Américas», OEA/Ser.E, CA-VI/doc.6/12 rev.2, 23 de mayo de 2012.

Cumbres de las Américas. «Compromiso de Puerto España», OEA/Ser.E, CA-V/DEC.1/09, 19 de abril de 2009.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. «Derechos humanos y personas adultas mayores, AG/RES.2455 (XXXIX-09)», OEA/Ser.P/XXXIX-O.2, vol. 1, 21 de octubre de 2009.

Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente. «Proyecto de agenda. Sesión especial del Consejo Permanente sobre derechos humanos y personas adultas mayores», OEA/Ser.G, CP/CAJP-2801/10 rev.2, 5 de abril de 2010.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. «Derechos humanos y personas adultas mayores, AG/RES.2562 (XL-O/10)», OEA/Ser.P/XL-O.2, vol. 1, 29 de marzo de 2011.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. «Protección de los derechos humanos de las personas mayores, AG/RES.2654 (XLI-O/11)», OEA/Ser.P/XLI-O.2, vol. 1, 24 de octubre de 2011.

Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente. «Informe sobre la situación de las personas mayores en el hemisferio y la efectividad de los instrumentos universales y regionales vinculantes de derechos humanos con relación a la protección de los derechos de las personas mayores», OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-14/11 rev.1, 5 de diciembre de 2011.

Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente. «Proyecto de convención interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores», OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-37/12, 30 de abril de 2012.

Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente. «Compendio de propuestas al proyecto de convención interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores», OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-44/12, 30 de abril de 2012.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. «Proyecto de convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, AG/RES.2792 (XLIII-O/13)», OEA/Ser.P/XLIII-O.2, vol. 1, 3 de octubre de 2013.

Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente. «Artículos considerados durante la reunión celebrada el 2 de mayo de 2013», OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-37/12 add.16, 3 de mayo de 2013.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. «Proyecto de convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, AG/RES.2825 (XLIV-O/14)», OEA/Ser.P/XLIV-O.2, vol. 1, 24 de septiembre de 2014.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. «Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, AG/RES.2875 (XLV-O/15)», OEA/Ser.P/XLIV-O.2, vol. 1, 24 de septiembre de 2014.

Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente. «Artículos considerados durante las reuniones celebradas los días 28, 29 y 30 de abril de 2014», OEA.Ser.G, CAJP/GT/DHPM-37/12 add.29 corr.1, 14 de mayo de 2014.

Organización de los Estados Americanos, Declaraciones y resoluciones aprobadas por la Asamblea General. «Promoción y protección de los derechos humanos, AG/RES.2961 (L-O/20)», OEA/Ser.P, AG/doc.5717/20 rev.1, 21 de junio de 2021.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. «Promoción y protección de los derechos humanos, AG/RES.2976 (LI-O/21)», OEA/Ser.P/LI-O.2, vol. 1, 13 de julio de 2022.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Actas y documentos. «Promoción y protección de derechos humanos, AG/RES.2991 (LII-O/22)», OEA/Ser.P/LII-O.2, 8 de junio de 2023.

Organización de los Estados Americanos, Declaraciones y resoluciones aprobadas por la Asamblea General. «Promoción y protección de derechos humanos, AG/RES.3028 (LIV-O/24)», OEA/Ser.P, AG/doc.5871/24 rev.1, 3 de abril de 2025.

COLEX

LA EDITORIAL JURÍDICA DE REFERENCIA PARA LOS PROFESIONALES DEL DERECHO **DESDE 1981**

Paso a paso | Códigos comentados | Vademecum

Formularios

Flashes formativos

Colecciones científicas

DESCUBRA NUESTRAS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

UN DERECHO CENTRADO EN LAS PERSONAS

PERSPECTIVAS DE DERECHO COMPARADO

En la presente obra se han seleccionado diversas contribuciones, a cargo de prestigiosos juristas de ambos lados del Atlántico, con una temática común, de perfiles poderosamente actuales, centrada en dónde se encuentra y hacia dónde camina el Derecho de familia. A título de ejemplo, por sus páginas desfilan cuestiones como los requisitos del matrimonio, las consecuencias económicas de la crisis conyugal o de pareja, la protección internacional de los menores, las sucesiones con elementos internacionales, la incidencia de la política exterior en la adopción internacional, el concepto de residencia habitual o la protección de adultos.

La riqueza de esas contribuciones se comprueba al repasar el origen de sus autores: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, España, Perú, Uruguay y Venezuela.

El presente trabajo es el resultado de las actividades desarrolladas en el marco del Proyecto PID2020-114611RB-I00: Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea) financiado por el MCIN/AEI.

DIRECCIÓN

Luis F. Carrillo Pozo, Nayiber Febles Pozo

AUTORES

Encarnación Abad Arenas, Ana Isabel Berrocal Lanzarot, Nayiber Febles Pozo, Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Cristián Lepin Molina, María Blanca Noodt Taquela, Guillermo Argerich, Adriana Verónica Villa, Patricia Orejudo Prieto De Los Mozos, Natalia Rueda, Luciana Beatriz Scotti, Leandro Baltar, Salomé Adroher Biosca, Luis F. Carrillo Pozo, Luciane Klein Vieira, Tatiana Cardoso Squeff, Inez Lopes, Luciana B. Scotti, Daniel Trecca, Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, Héctor Loyola Novoa, Claudia Madrid Martínez, Sebastián Paredes, Paloma Hernández, Fernando Pedro Meinero, Esther Alba Ferré, Juan Espinoza Espinoza, Natividad Goñi Urriza, Dante Mauricio Negro Alvarado

Proyecto PID2020-114611RB-I00
Financiado por el MCIN/AEI
Protección del menor en las crisis familiares internacionales.
(Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)

REDIJEA

GOBIERNO DE ESPAÑA · MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN

ISBN: 979-13-7011-205-9